

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



EYLÜL - EKİM 2017

CİLT: 91 • SAYI: 2017/5 ISSN 1304-737X





İSTANBUL BAROSU DERGİSİ



EYLÜL - EKİM 2017

CİLT: 91 - SAYI: 2017/5 ISSN 1304-737X

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

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

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

Türk Dil Kurumu'nun yayımladığı Yazım Kılavuzu esas alınır.

ABONELİK KOŞULLARI

Yıllık Abonelik Ederi 130.00 TL'dir.

Abonelik bedelinin, İstanbul Barosu'nun Vakıflar Bankası Beyoğlu Şubesi nezdindeki
TR 510001 5001 5800 7286 2874 96 no'lu hesabına yatırılması,
dekontun Derginin gönderileceği
adres eklenerek 0212 245 63 52'ye fakslanması gerekmektedir.

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

(Dergi, İstanbul Barosu üyelerine ücretsizdir.)

Dergimizin bu sayısı İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile
12. 000 adet basılmıştır.

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayınlanır.

Sahibi

İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Mehmet DURAKOĞLU

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Cengiz YAKA

Yayıncıdan Sorumlu Yönetim Kurulu Üyeleri

Av. İsmail GÖMLEKLİ

Av. Şahin EROL

Av. Süreyya TURAN

YAYIN KURULU

Başkan

Av. Yörük KABALAK

Genel Yazman

Av. A. Coşkun ONĞUN

Üyeler

Av. Osman KUNTMAN

Av. N. Ateş ATAYAKUL

Av. Ali Turan HÜR

Av. Sevgi BARUTÇU

Av. M. Şeref KISACIK

Av. Çiğdem KORKMAZ

Av. Hakan MURAN

Yönetim Yeri

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

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

Yayın Kurulu: (0216) 427 37 22

www.istanbulbarosu.org.tr

dergi@istanbulbarosu.org.tr

Yayıncı Sertifika No: 12457

Baskı

Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.

Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1 347047 Ataşehir - İSTANBUL

Tel: (0216) 470 44 70 Fax: (0216) 472 84 05

www.egebasim.com.tr

EYLÜL 2017

İÇERİK DİZİNİ

Anonim Ortaklığa Yönetim Kayyımı Atanması

Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU 15

Kıdem Tazminatı Uygulaması

Av. M. Mustafa ÖZÜNVER..... 29

Saat Ücretine Göre Aylık Ücretin Tespiti

Av. Yörük KABALAK..... 52

Alt İşverenin İş Sağlığı Ve Güvenliği İle İlgili Yükümlülükleri

Cansu ÖZTÜRK 55

Hukuk Yargılamasında İstinaf Kanun Yoluna Başvuru Süreleri

Arş. Gör. Oğuz ERSÖZ..... 74

Toplu İş Sözleşmesi Yetkisi

Av. Setenay HALİS 87

Trafik Ve İş Kazasında Yargıtay Uygulamaları İle Aktüeryal Tazminat Hesaplamaları

Ali Coşkun ONĞUN..... 100

Geçersiz Sözleşmeler

Av. Yağmur ÜNSAL 191

Tahkim Sözleşmesinin Ana Sözleşmeden Bağımsızlığı

Av. Adnan İNANÇ 203

Tahkimin Niteliği

Av. Zeki DELİKAYA..... 213

Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğunun Doğması

Kenan KOÇ 233

Bankacılık Kanununda Zimmet Suçu

Av. İrfan TÜNER 253

Şarta Bağlı Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar

Stj. Av. İhsan İbrahim DALDABAN 272

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda Marka Düzenlemeleri

Stj. Av. A. Atakan KARATAŞ..... 288

**Çocuk Hakları Sözleşmesi Kapsamında Uluslararası Ve Ulusal
Hukukta Ayrımcılık Yasası**

Nurgül KUTBAY 297

**Türkiye Cumhuriyeti / Osmanlı Devleti ve Ardılık / Devamlılık
Sorunsalının Görelileşmesi**

Dr. Deniz AKÇAY..... 307

Yargıtay Kararları 347

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 349

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 448

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 463

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 473

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 479

Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 486

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 491

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 501

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 508

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 570

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 583

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 587

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 595

Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 604

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 605

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 613

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 647

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 657

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 661

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı..... 684

Yargıtay 12. Ceza Diresi Kurulu Kararı 687

İdari Yargı Kararları..... 689

Bölge Adliye Mahkemeleri Kararları 721

Yararlı Bilgiler..... 727

Yitirdiklerimiz Nakiller / Ayrılmalar 735

Kavram Dizini..... 749



YAYIN KURULU'NDAN



YENİ ADLİ YIL

Uzun sayılabilecek bir tatilin ardından yeni adli yıla giriyoruz. Adliyenin geçen yıldan kalan sorunlarını toparlama ve hâkim açığının nispeten giderilmesiyle, vatandaşın adalet arayışının yargı istemine yansması olan çok sayıda ve bir o kadar zorlu dosyaların çözüme kavuşturulmasında adım atılmış oldu.

Uygulamadaki tüm hukukçuları ve personeli yaşayacakları bu süreçte azmin ve çabanın yanında kolaylık dileğine de gereksinimi var. Özellikle de İstanbul başta olmak üzere büyük şehirlerin adliyelerinde iş yükünün boyutları ortadayken...

Adalet Bakanlığı'nın yoğun biçimde hâkim alımı yürüttüğünü görmekteyiz. Avukatlık yapanların mesleğe geçiş yapmaları sağlanırken fakülteden henüz mezun olmuş meslektaşlarımızın da hâkimlik cübbesine iki yıllık -pek de verimli geçtiği söylenemeyen- bir staj süreciyle kürsülere geçecekleri kuşkusuz. Dergimiz, en yeni Yüksek Mahkeme kararlarına sayfalarında yer açıyor. Hukuki uyumsuzluk konularında yazılmış önemli bilimsel -dahası uygulamaya yönelik- makaleleri yayımlıyoruz.

Böylece bilgi eksikliğinin giderilmesine hukuki katkı sunma çabamızı ortaya koyuyoruz.

Bu kapsamda geçen sayımızda B. Kerem Gökteş imzalı Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerinin

Cuma Akşamı Sona ermesi ile Cumartesi gününün tatil yapılması başlıklı yazısında bir maddi hata yapıldığı sonradan anlaşıldı.

Yazarı tarafından 2429 Sayılı Yasa ele alınırken Kanun'un yazılış ve yapım tekniğinden kaynaklanan hatada Cumhuriyet Bayramı ve öncesindeki yarım günün de tatile dahil olduğu birinci maddede yazılıyken, diğer ulusal bayram ve tatil günleri ikinci maddede ele alınmasından ötürü söz konusu hatanın meydana geldiği yazarı tarafından okurlardan özür ile birlikte Kurulumuza iletildi. Bu durumu okurlarımızın bilgisine sunmakta yarar görüyoruz.

Önceki Baro Başkanlarımızdan **Av. Ümit Kocasakal**, emek dolu bir süreçten sonra Profesörlük unvanına kavuştu.

Başkanımızı bu unvanından dolayı tebrik ediyor, başarılarının devamını diliyoruz.

Sevgi ve esenlik dolu bir adli yıl geçirmek dileği ile tüm meslektaşlarımıza çalışmalarında başarılar diliyoruz.

Yeni yayınlarda buluşmak umuduyla...

Yayın Kurulu



YAZILAR



ANONİM ORTAKLIĞA YÖNETİM KAYYIMI ATANMASI

Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU¹

I. SORUN

Uygulamada anonim ortaklığa yönetim kayyımı atanması konusundaki ilkeler henüz istikrara kavuşmuş değildir. Kayyım atanmasının geçici bir koruma önlemi olarak hakimın takdiri içinde olması, mahkemelerden değişik kararların çıkması sonucunu doğurmaktadır. Yargıtay içtihatlarında da bu konudaki ilkelerin gerekli açıklıkta belirlenmemiş ve kırmızı çizgilerin ortaya konmamış olması, zaman zaman yerel mahkemelerden anonim ortaklığın temel niteliklerine aykırı ve menfaatler dengesini zedeleyen kararların çıkmasına neden olmaktadır.

Bu konuda, ilk nazarda kayyım atanmasının geçici bir koruma önlemi olduğu, her aşamada itiraz edilebileceği duruma göre kaldırılacağı ya da değiştirilebileceği ve eğer bir menfaat ihlali varsa bu eksikliğin giderilebileceği düşünülebilir. Ne var ki sorun bu derece basit değildir. Geçici koruma önlemleri bazen sonucu etkileyici ve menfaat dengesini tersine çevirici bir boyut kazanabilmektedir. Özellikle yönetim kayyımı atanması gibi şirketin yönetim ve temsilinin şirket bünyesine yabancı bir organa verilmesi ve çoğu kere bu olağanüstü yönetimin uzunca bir süre (hatta bazen dava sonuna kadar) devam etmesi şirketteki dengeleri önemli oranda etkileyebilmekte ve sonuçta şirkete telafisi güç zararlara mal olmaktadır. Bu nedenle bu konudaki ilkelerin kesin ve somut ölçütlerle saptanması gerekmektedir.

Yönetim kayyımı kurumunun bu derece güçlü bir silah niteliğine sahip olması uygulamada bu hukuki imkanın kötüye kullanılmasına neden olmakta ve hak arama süreci yargı organlarından yanlış takdirlere dayalı kararların çıkmasıyla sonuçlanabilmektedir.

Tüzel kişilere ve özellikle ticaret ortaklıklarına kayyım atanması ile gerçek kişilere ve mallara kayyım atanması arasında menfaatler dengesi açısından önemli farklılıklar vardır. Bazen ulusal ekonominin bütününe etkileyici boyuttaki büyük sermaye birikimlerini bünyelerinde toplayan sermaye ortaklıklarında, şirket ortaklarının ve alacaklılarının dolayısıyla

1 FSMVÜ Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

kamunun korunması gereken menfaatleri kayyım atanmasının önemini bir kat daha artırmaktadır.

Bu yazımda sermaye ortaklıklarına yönetim kayyımı atanması konusunda uygulanacak ölçütleri somutlaştırılarak bazı tereddütleri gidermeye çalışacağım.

II. KAYYIMLIK KURUMU VE TÜRLERİ

1. Kayyımlık Kurumunun Yasal Temeli

Kayyım, temsil ya da yönetim erkinden geçici veya devamlı olarak yoksun kalan (gerçek ya da tüzel) kişilere veya mallara bu eksikliği gidermek üzere yargı tarafından atanan kamu görevlisidir. Hukukumuzda kayyım kural olarak küçük ve kısıtlıların korunmasını amaçlayan vesayet kurumunun kapsamı içinde görevli vesayet organlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle MK'nın Aile Hukuku Kitabının vesayet kısmında 426-428 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Amacı, kendisine kayyım atanan kişinin menfaati yanında kamu yararını da korumaktır.

Kayyımlık kurumu *geçici bir koruma önleimidir*. Amacı, hukuken korunması gereken bir menfaatin yargı organlarınca kamu adına korunmasıdır. Geçerliliği *karşılıklı ihtiyacın devamı süresi ile sınırlıdır*. Bu ihtiyaç tüzel kişilerde, temsil eksikliği ya da yönetim boşluğu şeklinde kendisini gösterir; temsil eksikliği ya da yönetim boşluğu giderildiğinde kayyımın görevi de sona erer (MK 396). Bu sonuç Mecelle'de ifadesini bulan "*Mâni kalktıktâ, memnu avdet eder*" kuralının bir uygulamasıdır.

Kural olarak gerçek kişiler için düzenlenmiş olsa da² aynı ihtiyaç devamlı ya da geçici olarak temsil ve yönetim erkinden yoksun olan tüzel kişiler için de söz konusudur. Bütün tüzel kişilerde, bu bağlamda ticaret şirketlerinde de, devamlı ya da geçici temsil boşluklarının giderilmesinde hem ilgili tüzel kişinin hem de kamunun yararı vardır. Bu nedenle öğreti ve uygulama kayyımlığa (özellikle temsil kayyımlığına) ilişkin hükümlerin *tüzel kişilere de uygulanma yeteneğine* sahip olduğu konusunda görüş birliği içindedir³.

2. Türleri

Kayyımın iki türü vardır: 1. Yönetim ve 2. Temsil kayyımı

2 Sadece MK 427 N.4, tüzel kişiden söz etmektedir.

3 *Mustafa Alper Gümüş*, Türk Medeni hukukunda Kayyımlık, İstanbul 2006, s.103; *Ekrem Yıldız/Serkan Gürsoy*, Kayyımlık ve Kayyım Katılımıyla Görülmesi Gereken İşler ve Davalar, İstanbul 2007, s.377; *Sanem Yılmaz*, Sermaye Şirketlerinde (Anonim ve Limited Şirketlerde) Geçici Hukukî Korumalar (İhtiyati Tedbirler) Ankara 2010, s.174 vd.

a)Yönetim Kayyımı

Yönetim kayyımı yönetim organından yoksun olan tüzel kişiler için bu işlevi yerine getirmek üzere atanan kayyımdır (MK 427 N.4). Yasa ve öğreti yönetim kayyımı atanması açısından tüzel kişinin yönetim ve temsil organının değişik nedenlerle fiilen (ve uzunca bir süre) çalışmamasını⁴ da organın yokluğuna eşdeğer saymaktadır⁵. MK 427 N.4 bu hükmü “ Bir tüzel kişi gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa” sözleriyle ifade etmektedir.

Yönetim kayyımının görevi anonim ortaklığın yürümesi için gerekli tüm yönetim ve temsil işlemlerini kapsar. Organ yokluğu nedeni ile açılan fesih davası kapsamında atanan kayyımın temel görevi, organ boşluğunun doldurulmasıdır. Kayyım bunun dışında mahkemenin somut olarak kendisine verdiği yönetim görevlerini de ifa eder⁶. Şayet vesayet makamı atama kararında başkaca bir belirleme yapmamışsa, yönetim kayyımı şirketin, TMK 462 N.8 ve 463.maddeler uyarınca vesayet makamının iznine ve denetim makamının onayına tâbi işlemler dışındaki bütün işlerini görmeye yetkili ve görevlidir.

Yönetim kayyımlığı, yönetim boşluğu giderilinceye kadar devam eden *geçici bir koruma önlemdir*. Amaç en kısa sürede organ boşluğunun giderilmesi ya da organın çalışmasındaki fiili engellerin kaldırılmasıdır. Bu nedenle hakim yönetim kayyımına öncelikli olarak organ boşluğunun doldurulması ya da işler hale getirilmesi görevini vermelidir; temsil kayyımının şirketi yönetme işlevi ise ikinci plandadır.

TK'muzda mahkemeye *anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerini* (gerekçe ne olursan olsun) görevden alma ve yerlerine yenilerini atama yetkisi tanınmamıştır⁷; bu yetki genel kurula aittir. Bu nedenle mahkemenin yönetim kurulu üyelerinin yönetim ve temsil yetkilerinin ellerinden alınması sonucunu doğuran yönetim kayyımı atanması kararını ancak bu

4 Bu konuda bkz.: dpn.6'daki Yargıtay kararı.

5 İsmail Cem Soykan, Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu, İstanbul 2012, s. 266 vd. Limited ortaklıklarda organ yokluğunun hukuki sonuçları ve şirkete yönetim kayyımı atanması ile ilgili bkz.: Çamoğlu (Poroy/Tekinalp) Ortaklıklar Hukuku II, 13. Basi, İstanbul 2017, N. 1741j,k,l.

6 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Gümüş, s. 99 vd.

7 Limited ortaklık müdürlerinin haklı sebeple görevden alınması için TK 630(2) ve kolektif ortaklık temsilcilerinin yetkilerini sınırlandırılması ya da tamamen kaldırılması için TK 219.maddeye bkz. Bu nedenle, Yargıtay 11. HD'nin 07.04.2016 t. E. 2015/7612 K.2016/3875 sa.kararında anonim ortaklık yönetim kurulunun şirketi borçlandırması, krediler alması, şirketin tek taşınmazı olan oteli yıkturmaya karar vermesinin, görevden alınıp yerlerine bir yönetim kayyımı atanması için yeterli olup olmadığının *araştırılması gerektiğine* ilişkin karardaki görüşü paylaşmak olanağı yoktur (www.kazanci.com=Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

yetkilerin hukuken veya fiilen kullanılamadığı hallere özgü olarak verebilmesi gerekir. Kısaca mahkeme yönetim kurulu üyelerinin *sahip oldukları ve kullandıkları* yönetim ve temsil yetkilerini, çoğunluğun gücünü kötüye kullandığı, azınlığı ezdiği, ortaklar veya yönetim kurulu üyeleri arasında derin anlaşmazlıklar olduğu, şirketin sürekli zarar ettiği vb. gerekçelerle ellerinden alarak bir temsil kayyımına veremez⁸.

Yönetim kayyımlığı, yönetim boşluğu giderilinceye kadar devam eden *geçici bir koruma önlemidir*. Yönetim kayyımının görevi, tüzel kişinin yasal organın oluşması ya da organın çalışmasındaki fiili veya hukuki tıkanıklığın giderilmesi (engelin kalkması) ile sona erer.

b)Temsil kayyımı

Temsil kayyımlığı tüzel kişinin temsilinde yasal ya da fiili bir engelin varlığı halinde, vesayet makamı tarafından bu boşluğun doldurulması amacı ile atanan geçici bir koruma önlemidir. Temsil kayyımında, tüzel kişinin yönetim ve temsil organı mevcuttur; sadece somut bir noktada oluşan *menfaat çatışması*, temsilcilerin o konuda temsil yetkilerini kullanmalarına engel oluşturmaktadır.

Diğer bir anlatımla tüzel kişinin temsilinde somut bir konuda boşluk meydana gelmiştir; temsil kayyımı bu boşluğu doldurmak amacıyla atanır⁹.

Temsil kayyımı sadece kendisini atayan vesayet makamının atama kararında belirlediği *somut işleri yapmakla* görevli ve yetkilidir. Mahkeme kayyımın görev ve yetkisini atama kararında belirlemek ve somutlaştırmakla yükümlüdür. Ayrıca uygulama aşamasında da resen veya kendisine ulaşan talepler doğrultusunda kayyımın görevinde değişiklikler yapmaya, kayyım talimatlar (MK 459) vermeye ve gereğinde kayyımı görevden almaya (MK 477(2) vd) yetkilidir.

MK 426 b.3 uyarınca anonim şirkete *temsil kayyımı* atanmasının tipik örneğini anonim ortaklık genel kurul kararları aleyhine *yönetim kurulunca iptal davası açılmasında* ve yönetim kurulu üyelerinin tamamı hakkında sorumluluk davası açılmasında görüyoruz. Şöyle ki:

8 Bkz.: Yargıtay 11.HD 09.06.2011 t. E.2009/14424 K. 2011/7022 sa.kararı (www.kazanci.com).

9 Yargıtay, bir limited ortaklıkta, her biri şirketi temsil ve ilzama münferiden yetkili olan iki müdürden birisinin şirketi temsilen açtığı muvazaanın tespiti davasında, diğer müdürün bu davadan feragat etmesi üzerine oluşan *menfaat çatışması* nedeni ile şirketi bu davada temsil etmek (ve menfaatlerini korumak) amacıyla bir *temsil kayyımı* atanması gerektiğine hükmetmiştir (Yargıtay 11.HD 01.12.2016 t. E. 2016/10385 K. 2016/8877=www.kazanci.com).

TK 446.maddenin 1.fikrasının (c) bendi uyarınca, anonim ortaklık genel kurul kararlarına karşı *iptal davası* açmaya yetkili olanlar arasında, *kurul olarak yönetim kurulu da* vardır. Yönetim kurulunun kurul olarak davacı konumunda olduğu, diğer bir anlatımla şirketin yasal temsilcisinin davalı olduğu hallerde bu davada şirketi temsil etmek üzere MK 426 b.3 uyarınca bir temsil kayyımı atanması zorunludur.

Yine bunun gibi anonim ortaklık yönetim kurulunun *görevdeki bütün üyeleri* hakkında TK 553 vd. hükümleri uyarınca *sorumluluk davası* açıldığı takdirde bu davada şirketi temsil edecek ve şirketin menfaatlerini koruyacak bir temsil kayyımına ihtiyaç vardır¹⁰.

Hiç kimsemin kendi davasının hakimi olamayacağı (*Nemo debet esse iudex in propria causa*) evrensel kuralı nedeniyle, bu davada şirketi davalı yönetim kurulu üyelerinin temsil etmesi mümkün olmadığı için *her ilgilinin* vesayet makamına başvurup şirkete bir temsil kayyımı atanmasını talep etme hakkı vardır. MK 426.maddenin 1.fikrası uyarınca bu ihtiyacı resmen öğrenen hakim *resen* de kayyım atayabilir. MK'nın 404. maddesinin 2.fikrasına göre, “ *Görevlerini yaparken vesayeti gerektiren böyle bir halin varlığını öğrenen nüfus memurları, idari makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar*”. Yine bunun gibi MK'nın 405. maddesinin 2. fıkrası da, görevlerini yaparken vesâyet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idari makamları, noterleri ve *mahkemeleri* bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlü kılmaktadır. Bu hükümler bir anonim ortaklığa kayyım atanmasını gerekli kılan hallere de kıyasen uygulanır. Şu halde görevleri sırasında bir anonim ortaklıkta temsil organının bu görevi yerine getirmesine fiili ya da hukuki bir engelin bulunduğunu öğrenen kamu görevlileri, noterler ve *mahkemeler*, (bu eksikliğin giderilmesi ve ortaklığın menfaatlerinin korunması amacıyla) durumu vesayet makamına bildirip şirkete bir kayyım atanmasını sağlamakla yükümlüdürler. Bu bilgiyi edinen vesayet makamı da şirketi bu konuda temsil edecek bir temsil kayyımı atamak zorundadır. Şayet temsil boşluğunu ve bu konudaki menfaat çatışmasını öğrenen (kayyım atamak

10 *Yargıtay* 11.HD. 02.12.2014 t.kararında, ETK'nun 341.maddesinin uygulanması gereken bir dosyada, azlığın talebi üzerine yönetim kurulu üyeleri ve denetçi aleyhine açılması gereken bir sorumluluk davasında şirketi temsilen oluşan boşluğun atanacak bir *temsil kayyımı* tarafından doldurulması gerektiğini içtihat etmiştir (E.2014/13840 K. 2014/18849=www.kazanci.com). Yine bunun gibi, *Yargıtay* 11. HD, bir anonim ortaklıkta şirketi tek başına temsil ve ilzam yetkisine sahip ortağın şirkete karşı sahibi olduğu, (A) grubu paylarının oy imtiyazının TK 479(2) hükmü uyarınca devamı talebiyle açtığı davada *menfaat çatışması* nedeniyle oluşan temsil boşluğunun atanacak bir temsil kayyımı aracılığıyla doldurulması gerektiğine karar vermiştir (11 HD 05.03.2015 t. E. 2014/17667 K. 2015/3000=www.kazanci.com).

konusunda görevli) asliye ticaret mahkemesi ise¹¹, resen hareket yetkisi ve görevi kapsamında bu boşluğu doldurmak ve şirkete bir temsil kayyımı atamakla yükümlüdür.

III. ANONİM ORTAKLIKTA YÖNETİM KAYYIMI ATANMASI

1. Anonim Ortaklıkta Yönetime Hâkim İlkeler ve Yönetim Kayyımı

Yukarda belirtildiği gibi, yönetim kayyımı yönetim kurulu yerine kaim olarak şirketi yönetmekle görevli kamu görevlisidir. Diğer bir anlatımla bir anonim ortaklıkta yönetim kayyımı atanması, yönetim ve temsil yetkilerinin yönetim kurulundan alınıp kayyıma verilmesi anlamını taşır. Oysa bu olgu anonim ortaklığın yapısına ve şirkete hakim olan temel yönetim ilkelerine yabancı bir işlemdir. Zira anonim ortaklık özel hukukun ve liberal ekonominin temel kuruluşlarından birisidir; kuruluş ve işleyişlerde irade özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Anonim ortaklık kendi yasal yönetim ve temsil organları tarafından yönetilir.

Anonim ortaklık yönetim kurulu ancak genel kurul tarafından seçilir ve yine onun tarafından değiştirilir¹² (TK 408 (2b)). Mahkemenin yönetim kurulu üyelerini görevden alma ve yerlerine yenilerini atama yetkisi yoktur¹³. Bu nedenle yargıcın bir anonim ortaklığa kayyım atarken bu yetkiyi özenle ve sadece yönetim ve temsil eksikliğini giderecek boyutta kullanması gerekir.

Yönetim Kayyımı Atanmasının Yasal Koşulları

MK'nın "yönetim kayyımı" başlığını taşıyan 427.maddesinin 4.bendi, vesayet makamının : "*Bir tüzel kişi gerekli organlarından yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamamışsa*" o tüzel kişiye bu yönetim kayyımı atamasını öngörmektedir.

11 Bkz.: Aşağıda 3a.

12 Bu kuralın bazı kamu yasaları ile öngörülen istisnaları hakkında bkz.: BankK 134; SerPK 92, 96(2); SigK 20(2c); İİK 179 a.

13 TK 630.maddenin 2. fıkrasına göre, limited ortaklıklarda her ortağa, *haklı sebeplerin varlığı halinde* müdürlerin yönetim haklarının ve temsil yetkilerinin sınırlandırılmasını ya da kaldırılmasını mahkemeden talep etme hakkı tanımıştır (Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, İstanbul 2017, N 1678 vd.) *Yargıtay* 11. HD., karı-koca olan iki ortaklı bir limited şirkette, müdür olan eşin, diğer ortağa bilgi vermediği, şirketi borçlandırdığı, şirket araçlarını satın bedelini şirkete yatırmadığı, aynı konu ile uğraşan yeni bir şirket kurduğu ve hakkında boşanma davası açıldığı gerekçelerini müdürlerin azli için yeterli *haklı sebep* saymış ve azil sonucu yönetim ve temsil organından yoksun kalacak olan şirkete bir *yönetim kayyımı* atanmasını gerekli bulmuştur (*Yargıtay* 11.HD 14.05.2014 t. E. 2014/3201 K. 2014/9259=www.kazanci.com).

a) Organ Yokluğu

TK'nun 530.maddesinin 1.fıkrasına göre: “Uzun süreden beri şirketin kanunen gerekli organlarından biri mevcut değilse veya genel kurul toplanamıyorsa, pay sahipleri, şirket alacaklıları veya Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nun istemi üzerine, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, yönetim kurulu da dinleyerek şirketin durumu kanuna uygun hale getirmesi için bir süre belirler. Bu süre içinde durum düzeltilmişse, mahkeme şirketin feshine karar verir”. Madde- nin 2.fıkrası ise “ Dava açıldığında mahkeme, taraflardan birinin iste- mi üzerine gerekli önlemler alır” hükmünü içirmektedir. Bilindiği gibi anonim ortaklığın zorunlu organları genel kurul ve yönetim kuruldur. Mahkeme şirketin yasal organlarından birisinden yoksun olması halinde 2. fıkrada sözü geçen gerekli önlemler kapsamında, şirkete öncelikle bir *yönetim kayyımı* atamakla yükümlüdür¹⁴ [MK 426(3), 427 (4)].

Genel kurul, şirketin ticaret siciline tescil edilerek tüzel kişilik kazan- ması ile oluşan ve tüzel kişilik devam ettiği sürece varlığını koruyan bir yasal organdır. Bu nedenle TK 530.maddedeki genel kurulun mevcut ol- maması ibaresi genel kurulun çalışma yeteneğinden uzun süre yoksun kalmasını ifade etmektedir. Yasa bu durumu, “*genel kurul toplanamıyor- sa*” sözleriyle ifade etmiştir. Kısaca, yapılan çağrılara rağmen (ortakların adreslerinin bilinmemesi, ölen ortakların mirasçıları arasında anlaşma sağlanamaması vb. nedenlerle) genel kurulun çalışma erkine sahip olması için gereken toplantı nisabı sağlanamıyorsa veya yasal ya da sözleşmesel yetersayılara ulaşıp hiçbir karar alınamıyorsa ve bu durum uzunca bir süre devam ediyorsa, genel kurul açısından TK 530.maddenin aradığı *or- gan yokluğu* koşulu gerçekleşmiştir¹⁵.

14 *Yargıtay* 11. HD, 25.01.2007 t. E. 2005/12237 K. 2007/826 sa.kararında, esas serma- yenin yasal süre içinde zorunlu asgariye yükseltilmemesi nedeniyle infisah eden ve bu nedenle yasal organlarından yoksun kalan bir anonim ortaklığa *kayyım* (temsil kayyım- ı) atanması gerektiğine hükmetmiştir (www.kazanci.com).

15 *Yargıtay*'ın, anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin görev sürelerinin sona ermiş olması olgusunun organ boşluğu yaratıp yaratmadığı ve bu nedenle bir yön- etim kayyımı atanmasının gerekip gerekmediği konusundaki içtihatları zaman içinde farklılık göstermiştir. 11.HD, eski kararlarında, yönetim kurulu üyelerinin yasal en yüksek süre olan 3 yılın bitiminden sonra da şirketin ivedi ve zorunlu işlerini görme görevinin, özellikle genel kurulu toplantıya davet yetkisinin devam ettiği, ancak bu du- rumun şirketin organsız kaldığı gerçeğini değiştirmeyeceği gerekçesi ile (yönetim organı oluşturuluncaya kadar) şirkete bir *yönetim kayyımı atanması* gerektiği görüşünde idi (Bkz.: *Yargıtay* 11. HD 17.10.1989 t. ve E. 1989/6361 K. 1989/5454=www.kazanci.com; 11. HD 18.01.2010 t. ve E.2008/9158 K. 2010/428=www.kazanci.com; 11. HD 09.06.2011 t. E.2009/14424 K. 2011/7022=www.kazanci.com= 11. HD20.09.2011 t. E. 2009/12668 K. 2011/10598=www.kazanci.com). Buna karşılık 11. HD daha yeni kararlarında yönetim kurulunun görev süresi dolsa da, [EBK 397(2); TBK 513(2) uyarınca] şirketin ivedi ve zorunlu işlerini yapmakla ve genel kurulu toplantıya çağırarakla

Genel kurulun fiili yokluğuna dayanılarak şirkete karşı fesih davası açılması halinde, eğer görev başında bir yönetim kurulu varsa kural olarak şirkete kayyım atanmasına gerek yoktur; TK 530(1) uyarınca açılan fesih davasında şirketi yönetim kurulu temsil eder. Diğer taraftan tüm olanakları kullanarak genel kurulu toplantıya çağırarak yönetim kurulunun görevleri arasındadır. Eğer yönetim kurulu da hukuken veya fiilen yoksa bu takdirde genel kurulu toplantıya çağırarak, şirketi bu süreçte yönetmek ve fesih davasında temsil etmek üzere bir *yönetim kayyımı* atanır. Fesih davası şayet yönetim kurulu üyeleri tarafından açılmışsa, bu takdirde oluşan menfaat çatışması fesih davasında şirketi yönetim kurulunun temsil etmesine engel olduğu için, mahkeme talep üzerine veya resen bu davada şirketi temsil etmek üzere MK 426(3) ve 427(4) hükümleri uyarınca bir *temsil kayyımı* atamakla yükümlüdür.

Şirketin yönetim ve temsil organı olan yönetim kurulu, seçilmiş bir organdır. Bu nedenle yönetim kurulunun mevcut olmaması hem hukuki hem de fiili yokluk olgularını içerir. Yönetim kurulunun, genel kurul toplanamadığı veya nisap sağlanamadığı için seçilememesi, seçim kararının geçersiz olması, tüm üyelerin birlikte istifa etmeleri, tutuklu olmaları vb. nedenler yönetim kurulunun *hukukî yokluk*¹⁶; mevcut kurulun üyeler veya ortaklararası anlaşmazlıklar nedeniyle uzunca bir süre toplanamaması ya da (yasal ya da sözleşmesel nedenlerle) karar nisabı sağlanamadığı için karar alamaması da *fiili yokluk* örnekleridir¹⁷. Bu tabloda mahkeme şirketin dava sürecinde yönetimi ve temsili için talep üzerine veya resen bir *yönetim kayyımı* atamalıdır.

b) Yönetimin Başka Yoldan Sağlanamaması (MK 427(4))

Yasa koyucunun, “yönetimin başka yoldan sağlanamaması” deyimini ile neyi kastettiği açık değildir. Madde gerekçesinde de bu ibarenin neyi ifade ettiği açıklanmamıştır. Bu terimin, organ boşluğu kavramının özellikle fiili yokluk halinin mahkemece özenle irdelenmesi gereğini belirtmek amacıyla kullanıldığı inancındayım. Yoksa yasanın yönetim kuruluna verdiği şir-

görevli ve yetkili olduğu gerekçesiyle şirketin organsız kalmadığı ve bu dönemde bir *kayyım atanmasına gerek olmadığı* görüşünü benimsemiştir (Bkz.: Yargıtay 11. HD 25.02.2014 t. E. 2012/13135 K. 2014/35150=www.kazanci.com; 11. HD 28.12.2015 t. E. 2015/1085 K. 2015/85220=www.kazanci.com).

16 Yargıtay 11. HD, ETK 370, (TK 416) maddeye göre toplanan ancak bir ortağın katılmaması sebebiyle nisabın oluşmadığı bir genel kurulda alınan yönetim kurulu seçimi kararının yok hükmünde olduğu; bu nedenle bu şirkete (organ boşluğu nedeniyle) bir *yönetim kayyımı* atanması gerektiğine karar vermiştir (Yargıtay 11. HD, 27.02.2015t. E. 2014/15320 K. 2015/2749=www.kazanci.com).

17 Yargıtay, genel kurulun toplanmasındaki çözümsüzlük halini, organ yokluğu ile eşdeğer saymaktadır (Yargıtay 11.HD 18.01.2010 t. E. 2008/9158K. 2010/428=www.kazanci.com)

keti yönetmek ve temsil etmek görev ve yetkisinin, bu anlam ve kapsamda başka hiçbir formülle karşılanmasının mümkün olmadığı görüşündeyim.

Bilindiği gibi yönetim kurulu yönetim ve temsil yetkisini bütünü ile devredemez. TK'nun 375.maddesinde yönetim kurulunun "devredilemez" görev ve yetkileri sayılmıştır. Yönetim kurulu bunlar dışında kalan görev ve yetkilerini ancak TK 367. ve 371.maddelerin tanıdığı oranda devredebilir¹⁸.

Öğretide bazı kurumların yönetimi başka yoldan sağlayıp sağlayamadıkları tartışılmıştır. Bu bağlamda akla gelen seçeneklerden birisi imzalanmış bir "yönetim sözleşmesi" dir. Yönetim sözleşmesi şirketin işletmelerinden veya malvarlıklarından birisinin veya bazılarının yönetiminin yöneticiye bırakıldığı sözleşmedir¹⁹. Bu nedenle imzalanmış ve halen yürürlükte olan bir yönetim sözleşmesi MK 427.maddenin 4.fıkrası hükmünü karşılamaz. Yine bunun gibi şirkete atanan bir *ticari mümessil* de yönetimin başka yoldan sağlanması kavramı ile örtüşmez²⁰.

Kanımcı şirkete atanmış olan *murahhas üye* ya da *murahhas müdürlerin* varlığı da kural olarak şirkete kayyım atanmasına engel değildir. Yönetim kurulu temsil yetkisinin tamamını murahhas üye ya da murahhas müdürlere devredemez; en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisine haiz olması gerekir (TK 370(2). Yine bunun gibi yönetim kurulunun TK 375.maddede sayılan vazgeçilmez yetkilerini devretmesi mümkün olmadığı gibi, TK 375.maddenin 1(e) bendi uyarınca yönetimle görevli kişilerin işlem ve eylemlerini *gözetim yükümü* de devam eder. Sayılan bu olanaklar, MK 427. maddenin 4.fıkrasında yer alan, yönetimin başka yolla sağlanması hükmünü karşılamadığı için, somut olayda belirlenen ihtiyaca göre, şirkete yönetim kurulu yerine kaim olacak bir yönetim kayyımı atanmasına ya da yönetim kurulunun karar ve uygulamalarını bir kayyımın onayına bağlamasına engel oluşturmamaktadır. Sonuç olarak MK 427(4) maddedeki "*ve yönetimi başka yolla sağlanamamışsa*" ibaresinin, organ yokluğunun veya işlevsizliğinin giderilmesinin mümkün olmadığına vurgu yapmak amacı ile kullanıldığı sonucuna vardığımı tekrar belirtmek isterim.

Görüldüğü gibi yasa tüzel kişilere yönetim kayyımı atanmasına ancak *organın mevcut olmaması* ya da hukuki ya da yetkili organın *fili nedenlerle* çalışma erkinden yoksun kalması halinde olanak tanımıştır. Bu

18 Ayrıntılı bilgi için bkz: Çamoğlu(Poroy/Tekinalp) Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014, N. 540.

19 Bkz.: Turgut Öz, Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul, 1997 s.3 vd.

20 Bkz.: Soykan, s.268, dpn.34; Karşı görüşte: Gümüş, s.111-112.

nedenle *bu istisnai yetkinin sadece bu hale özgü olarak kullanılması gerekir*; bu iki hal dışındaki nedenler yönetim kayyımı atanmasına gerekçe olamaz.

Şu halde hakim, şirketin *iyi yönetilmediği* gerekçesiyle yönetim kayyımı atayamaz; diğer bir anlatımla *hakim şirket yönetiminde “yerindelik”* denetimi yapamaz²¹. MK 427(4)'ün amacı şirketi daha iyi bir yönetime kavuşturmak değildir; bu olgu şirketin iç sorunudur. Şirket yönetimini izlemek ve değerlendirmek yetkisi münhasıran genel kurula aittir. Yönetimi beğenmeyen ve yerinde bulmayan genel kurul, yönetim kurulu üyelerine görevden alabilir, tekrar seçmeyebilir; ibra etmeyebilir ve haklarında sorumluluk davası açılmasına karar verebilir²².

Yine bunun gibi ortaklar veya yönetim kurulu üyeleri arasındaki anlaşmazlıklar da yönetim kayyımı atanmasına gerekçe yapılamaz. Yönetim kurulu hukuken var olduğu diğer bir anlatımla toplantı ve karar yetersayılarını sağlayıp karar alma erkine sahip bulunduğu sürece, üyeler arasındaki husumet, fiilî kavgalar, adli vakıalara dönüşmüş olsalar dahi yönetim kayyımı atamasına temel oluşturmaz²³; sorun TK'nun anonim ortaklıklara ilişkin hükümleri ve ceza hukukunun diğer olanakları ile çözümlenmelidir.

Yönetim kurulu üyelerinin şirketi özensiz yönettiği, hatta görev ve yetkilerini kötüye kullandıkları iddiaları da kayyım ataması yolu ile çözümlenemez. Ortaklar bu iddiaları genel kurula taşıyıp orada sorunlara çözüm arayabilirler. Bu konuda TK 437.maddedeki *bilgi alma ve inceleme*, 438. maddedeki özel denetim isteme, TK 553 vd.'daki yönetim kurulu üyeleri aleyhine *sorumluluk davası açma*, TK 445-447 uyarınca, genel kurul ve yönetim kurulu kararları aleyhine *iptal ve butlan davaları açma* ve (azlık olarak)

21 Bkz.: *Yargıtay 11*. HD'nin 24.02.2014 t. E. 2015/4548 K. 2015/2472 (www.kazanci.com).

22 56 ETK 341.madde yeni Yasaya alınmadığı için genel kurulun yönetim kurulu üyeleri hakkında dava açılmasına karar vermesi dava şartı niteliğini yitirmiştir. Yeni TK sistemde yönetim kurulu üyeleri hakkında sorumluluk davası açılmasına görev başındaki yönetim kurulu karar verir ve bu davada şirketi temsil eder (Bkz.: Çamoğlu (*Poroy/Tekinalp*) Ortaklıklar Hukuku I, N.602). Yeni sistemde genel kurulun, yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açılması kararı bu konuda yönetim kuruluna verilmiş bir talimattır.

23 Bkz.: *Yargıtay 11*. HD'nin dpn. 20'de yollama yapılan kararı.Aynı yönde: *Yargıtay 11*. HD 17.02.2016 t. E. 2015/4057 K. 2016/832 sa.kararı (www.kazanci.com); 11. HD 28.09.2006 t. e. 2005/6576 K. 2006/9398=sa. kararı= www.kazanci.com); 11. HD 27.01.2000 t. E. 1999/6874 K. 2000/369 (www.kazanci.com).

531.maddeye göre şirketin haklı sebeple feshini dava etme haklarından yararlanabilirler. Kısaca ortaklar bütün bu konulardaki ihlâl iddialarına ve azlığın çoğunluk tarafından ezildiği yakınmalarına TK'nın tanıdığı bireysel ya da azlık hakları ile çözüm aramak zorundadırlar. Bu yolda gitmeyerek, anılan gerekçelerle mahkemeden şirkete yönetim kayyımı atanmasını istemek mümkün değildir²⁴.

3. KAYYIM ATANMASININ USULÎ HÜKÜMLERİ

a) Yetkili ve Görevli Mahkeme

MK'nın 430.maddesinin 1.fıkrasına göre: “*Temsil kayyımı, kendisine kayyım atanacak kişinin yerleşim yeri vesayet makamı tarafından atanır*”. Bu hüküm temsil kayyımı atanmasında yetkili mahkemeyi belirlemektedir.

MK 430.maddenin 2.fıkrası ise “*malvarlığının büyük bölümünün yönetildiği veya temsil edilen kimsenin yapına düşen malların bulunduğu yer, vesayet makamı*” ni yönetim kayyımı atamaya yetkili mahkeme kabul etmektedir. MK'nın gerçek kişiler ve mallar odaklı olarak düzenlediği bu hükümlerin anonim ortaklığa uygulanması bizi *yetkili mahkeme* olarak şirket merkezi mahkemesine götürmektedir (HMK 6(1), 14(2)).

Kayyımlık sürecinde vesayet makamı *görevli mahkemedir*. MK kayyımlık kurumunu 397.madde ve devamında kural olarak gerçek kişiler ve malvarlığı odaklı olarak düzenlediği için bu konuda görevli mahkemeyi 397.maddenin 2.fıkrasında sulh hukuk mahkemesi olarak belirlemiştir. Ancak 6102 sayılı TK'muzda (ki MK'a göre şirketler konusunda özel Yasa konumundadır) görev konusunu düzenleyen özel hükümler vardır. Nitekim TK 4.maddesine göre bu yasada düzenlenen konulardan doğan tüm ihtilaflar *mutlak ticari davadır* ve asliye ticaret mahkemelerinde görülür (TK m.5). Anonim ortaklıklara yönetim ya da temsil kayyımı atanması da bu kapsamdadır²⁵. *Yargıtay 11.HD'nin kökleşmiş içtihadı* da anonim şirketlere kayyım atanmasının *asliye ticaret mahkemesinin görevi* içinde olduğu yolundadır²⁶. Bu nedenle bir ticaret şirketine kayyım atanması söz konusu olduğunda *görevli mahkeme*, diğer bir anlatımla *vesayet*

24 Dpn. 22'deki kararlara bkz.

25 Aynı yönde: *Oğuz İmregün*, Anonim Ortaklıklar, 4.Bası, İstanbul 1989, s. 480; *Soykan*, s.271. *Gümüş*, (s.105,114) görevli mahkemenin sulh hukuk mahkemesi olduğu görüşündedir.

26 *Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin*: 02.10.2013 t. E. 2003/5318 K. 2003/8638 sayılı; 25.06.2003 t. ve E. 2003/5621 K. 2003/6912 sayılı; 24.03.2003 t. ve E. 2002/13363 K. 2003/2691 sayılı; 24.01.2005 t. ve E. 2004/15284 K. 2005/166 sayılı kararları; *Yıldız/Gürsoy*, s.390 vd.

*makamı asliye ticaret mahkemesidir*²⁷. Bu çözümün bir anonim şirkete kayyım atanması işleminin doğasına da uygun olduğunu vurgulamak isterim. Zira bu atamanın konunun uzmanı olan asliye ticaret mahkemesince yapılması, menfaatler dengesinin en isabetli şekilde saptanacağı ve şirket menfaatinin en yüksek düzeyde korunacağı anlamını taşımaktadır. Kayyımlık görevinin devamı sürecinde de vesayet makamının uygulamayı denetlemesi, bu süreçte yapılacak talepleri değerlendirmesi (MK 484) ve gereğinde resen veya talep üzerine kayyım talimatlar vermesi de bu konuda uzmanlığı gerekli kılmaktadır²⁸ (MK 485).

b)Yargılama Süreci

HMK 382. maddenin (2 b 19) hükmü uyarınca vesayet işleri (bu kapsamda kayyım atanması) çekişmesiz yargı işlemindedir. Hatırlatmak isterim ki TK 5.maddesi uyarınca asliye ticaret mahkemeleri “*ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerinde*”de görevlidir.

Çekişmesiz yargı işlerinde aksine bir hüküm bulunmadıkça *resen araştırma ilkesi* geçerlidir²⁹ (MK 385(2)). Maddenin gerekçesinde çekişmesiz yargı işlerinin *kamu düzeni* ile ilişkili olması nedeniyle, konunun aydınlatılmasında yargıca kendiliğinden araştırma yetki ve görevinin verilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Çekişmesiz yargı işi, nizamın (ihtilafın) bulunmadığı yargı sürecidir; bu nedenle yasa çekişmesiz yargı için dava terimini kullanmamış, bu etkinliği *yargı işi* olarak nitelemiştir. Çekişmesiz yargı işlerinde teknik anlamda *taraf yoktur; ilgililer vardır*³⁰ (HMK 382 (1a,b), 384, 387). İlgili, menfaati korunması gereken kişi, tüzel kişiler bağlamında da anonim ortaklıktır. Bu nedenle talep sahibi, başvurusunda teknik anlamda hasım göstermek zorunda değildir; sadece maddi ilgiliyi (menfaat sahibini) belirtmesi yeterlidir.

27 Asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu konularda, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri h.Kanun'un (RG 07.10.2004/25606) m.33,36 uyarınca, ilk derece mahkemelerinden verilen (kesin olmayan) kararların inceleme mercii Bölge Adliye Mahkemeleridir. Diğer bir anlatımla, asliye ticaret mahkemelerinin vesayet makamı olarak verdiği kararlar açısından *dene-tim makamı Bölge Adliye Mahkemeleridir* (Karş. MK 462, 463).

28 *Yargıtay* 11. HD, 24.11.2014 t. ve E. 2014/16402 K. 2014/18216 sa.kararında bir anonim ortaklığa kayyım atanması konusunda görevli mahkemenin (vesayet makamının) asliye ticaret mahkemesi olduğunu belirttikten sonra, bu atamanın konunun uzmanı olan asliye ticaret mahkemesi tarafından yapılmasının yararlarına da vurgu yapılmaktadır (*Yargıtay Karar Arama Veri Tabanı-emsal.yargıtay.gov.tr*).

29 İlhan E. *Postacıoğlu/Sümer Altay*, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş 7. Bası İstanbul 2015, s.25 N.61; *Baki Kuru*, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 923; *Hakan Pakcanitez /Oğuz Atalay/ Muhammed Özekes*, Medeni Usul Hukuku 14. Bası, Ankara 2013, s.103 dpn.9; 107 dpn.13.

30 Bkz.: *Kuru*, s.919; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 103.

Mahkeme resen araştırma görevi kapsamında “şeklen yargılamada yer almasalar dahi maddi ilgilileri çağırıp dinleyebilir; hatta bu kişiler kanun yollarına başvurma hakkına da sahiptirler³¹”.

HMK 387.madde uyarınca çekişmesiz yargı işlerinde verilen (yasada kesin olduğu belirtilenler haricindeki)³² kararlar aleyhine *istinaf* başvurusu yapılabilir.

Buna göre kayyım atanması talebinde mahkemenin vereceği kararı, ilgiler öğrenme tarihinden itibaren iki hafta içinde Bölge Adliye Mahkemesine (*istinafa*) götürebilirler. Bölge Adliye Mahkemesinin çekişmesiz yargı kararlarına karşı yapılan başvuruda vereceği *kararlar kesindir*, temyiz edilemez (HMK 362(1ç)).

c) Mahkemenin Talep Üzerine ve Resen Hareket Görevi

MK 405.maddesinin 2.fıkrası, “görevlerini yaparken vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığını öğrenen idari makamlar, noterler, mahkemeler, durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar” hükmünü içermektedir. Yasanın 404. maddesinin 2. fıkrasında da aynı yönde bir hüküm mevcuttur. MK, vesayet hükümlerini gerçek kişiler odaklı düzenlediği için, burada sadece “vesayet altına alınmayı gerekli kılan bir durumun varlığı” ndan söz edilmektedir. Kanımca bu hüküm geniş yorumlamalı ve “vesayet kurumunun kapsamı içinde korunması gereken bir menfaatin varlığını öğrenen kamu görevlileri, noterler ve yargı organlarının”, durumu vesayet makamına bildirmekle yükümlü oldukları şeklinde anlaşılmalıdır. Bu bağlamda sözü geçen yükümlülerin bir tüzel kişiye temsil ya da yönetim kayyımı atanmasını gerektiren olguyu öğrenmeleri halinde de aynı yükümlünün mevcut olduğu tartışmasızdır. MK'nın 426.maddesinin 1.fıkrası uyarınca vesayet makamının ilgililerin başvurusu üzerine ya da *resen* gerekli koruma önlemlerini almakla yükümlü olduğunu da hatırlatmak isterim.

c) Mahkemenin Kayyımın Uygulamalarını İzleme ve Denetleme Görevi

Kayyım atanması niteliği yönünden bir geçici koruma önlemi olduğu için, mahkeme belirlenen ihtiyaca göre kayyımın uygulamalarını her aşamada gözden geçirilebilir ve gereğinde tamamen kaldırılabilir. Mahkeme kayyımın uygulamalarını izleme, talep üzerine veya resen kayyım talimatlar vermek, görev kapsamında değişiklikler yapmak, gereğinde kay-

31 Pekcanitez/Atalay/Özeker, s. 105.

32 TK'da kesin olduğu belirtilen çekişmesiz yargı işleri : TK 268(3), 310(2), 343(1), 392(4), 399(6), 410(2), 412 (1), 437(5), 440(2), 441(3), 597 (2), 614(3), 1310(4).

yımı görevden almak yetkisine de sahiptir [MK 459, 447(2)]. Kayyım da, ihtiyaç duyduğu her konuda vesayet makamından istisnai görüş de sorabilir.

MK'nın "Malvarlığının yönetimi" başlığını taşıyan 460.maddesinin 1. fıkrasına göre "kayyım bir malvarlığını yönetim ve gözetimi ile görevlendirilmiş ise, yalnız o malvarlığının yönetimi ve korunması için gerekli olan işleri yapabilir" hükmünü içeriyor. Bu hükümden bir anonim ortaklığa atanan yönetim kayyımının kural olarak ortaklığın olağan işlerini yapma yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bunun dışındaki olağan dışı işlerin yapılması (ortaklığın kendisine bu konularda özel yetki vermesi ya da) vesayet makamının izni ile mümkündür. Buna göre kayyım MK 462.maddedeki 14 bent halinde sayılan sadece gerçek kişileri özgü işlemler dışında kalan işler için vesayet makamının iznini almakla yükümlüdür. Hemen belirtmek isterim ki bu maddede sayılanlar arasında bulunmasa da, niteliği itibarıyla olağan işlemler dışında kalan olağanüstü işlemler içinde MK 460(2) hükmü uyarınca vesayet makamından izin istenmesi gereklidir³³. MK 463. maddede sayılan vesayet makamının iznine ek olarak denetim makamından da onay alınması gereken hallerden, sadece 3.bentteki "Bir işletmenin devralınması veya tasfiyesi bir ortaklığa ortak olunması" anonim ortaklığa uygun düşmektedir.

33 Yargıtay 11. HD, 12.05.2016 t. E. 2015/11092 K. 2016/5432 sa.kararında (www.kazanci.com), bir ortağın paylarını yönetmek üzere atanan kayyımın, yönetim kurulu üyeleri aleyhine sorumluluk davası açıp açmayacağını, MK 460.madde kapsamında olağan işlerden olmadığı için, vesayet makamının izne tâbi olup olmadığını araştırılması gerektiğine hükmetmiştir.

KIDEM TAZMİNATI UYGULAMASI

Av. M. Mustafa ÖZÜNVER¹

1- Kıdem Tazminatı Kavramı ve Hukuki Niteliği

Kıdem tazminatı, Kanunda belirtilen asgari bir çalışma süresini dolduran işçinin iş akdinin yine kanunda sayılan nedenlerden biriyle son bulması halinde, işçiye kıdemi ve ücreti dikkate alınarak işverence ödenmesi gereken bir miktar paradır.²

Başka bir tanıma göre ise; bazı sebeplerle hizmet sözleşmesinin sona ermesi hallerinde veya işçinin haklı, işverenin ise haksız olarak hizmet akdini tek yanlı feshetmesi sonucunda kıdemi bir yıl veya daha fazla olan işçiler için öngörülen kendine özgü bir tazminattır.³

Diğer bir tanımda ise kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin sona ermesi haline dayalı ve kıdem üzerine kurulu özel bir tazminat türüdür.⁴

Kıdem tazminatının hukuki niteliği ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre kıdem tazminatı ikramiyedir. Başka bir görüşe göre kıdem tazminatı işsizlik ödeneğidir Diğer bir görüş ise, kıdem tazminatı işçinin uğradığı yıpranmayı telafi etmenin(tazminat) yanında, işçiye muhtemelen işsiz kalacağı dönemde destek olmaya ve onu ödüllendirmeye (ikramiye) yöneliktir. Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından ise kıdem tazminatının Kanundan doğan kendine özgü bir hukuki kurum olduğu belirtilmektedir.⁵ Kanaatimizce bu nitelendirmelerden doğru olanı, kıdem tazminatının kendine özgü bir hukuki kurum olduğu görüşüdür. Zira; tazminat zararın karşılığıdır. Zararın olmadığı durumlarda tazmin yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir. Her ne kadar bir kısım yazarlar tarafından kıdem tazminatının zarar unsuru olarak işçinin işyerinde yıpranması sebep olarak gösterilmekte ise de; bu görüş doğru değildir. Nitekim her zarar tazminata müteveccihdir. Halbuki kıdem tazminatı hakkı işten ayrılan(yıpranan) her işçiye değil; kanunun öngördüğü tarzda iş akdi sona eren işçiye tanınmıştır. O halde kıdem tazminatı teknik anlamıyla bir tazminat değildir. Bunun gibi kıdem tazminatını işsizlik ödeneği olarak da kabul

1 Malatya Barosu Avukatı

2 Centel, İş Hukuku 679

3 GÜNAY, İş Davaları 381

4 Kurt /Koç İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi 509

5 Centel, İş Hukuku 679 ; Şakar İş Hukuku Uygulaması 211

etmek mümkün değildir. Kıdem tazminatı olarak işten ayrılan her işçinin işsiz kalmayacağı gerçeği karşısında bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kıdem tazminatı atıye bırakılmış ücret olarak da kabul edilemez. Zira ücret hizmet ediminin karşılığı ise ve kıdem tazminatı da atıye bırakılmış ücret ise iş akdinin sona erme sebebi önem arz etmeksizin her işçiye kıdem tazminatını ödenmesi lazım gelirdi. Belirli şartların tekemmülü ile vukuu bulan kıdem tazminatını ücret olarak kabul etmek ücretin tanımına aykırıdır. Görüldüğü üzere kıdem tazminatının kendine özgü yapısı onu bir kalıba oturtmayı zorlaştırmaktadır.

2- İşçinin Kıdemi

İşçinin yasada belirtilen bir tam yıl kıdeminden sonra kanunda yer alan sebeplerle hizmet akdini feshi ve sona ermesi hallerinde işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Muvazzaf askerlik hizmeti sebebiyle iş akdini fesheden erkek işçiler ile evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde işten ayrılan kadın işçiler işverenden kıdem tazminatını alabilirler. Yine bağlı buldukları sosyal güvenlik kurumlarından veya sandıklarından yaşlılık, emeklilik, malullük veya toptan ödeme alma amacıyla iş akdini fesheden erkek ve kadın işçilerden en az bir yıl veya daha fazla aynı işverene bağlı veya işyerinde yahut değişik kamu kuruluşlarında çalışmaları halinde kıdem tazminatına hak kazanacaklardır.⁶

İşçinin işyeri içinde veya dışında bir yıl hizmet koşulunu tamamlamış olması kaydıyla ölümü halinde de varislerine kıdem tazminatını talep etme hakkı tanınmıştır.

İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için işverenin yanında en az bir yıl çalışmış olması gerekmektedir. Bir yıllık süre, kıdem tazminatına hak kazanabilmek için ön şart olarak kabul edilmiştir. Kıdemi bir tam yıldan az olan işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz ve bu işçiye çalıştığı süre ile orantılı olarak da kıdem tazminatı ödenemez. Ancak; doktrindeki bir kısım yazarlara göre sırf işçinin kıdem tazminatı almasına engel olmak için bir yılın dolmasına kısa bir süre kala işverence iş akdinin feshedilmesi, olayın özelliğine göre objektif iyiniyet koşullarına aykırılık oluşturabilir. Fesih hakkının kötüye kullanılması sayılacak bu gibi durumlarda işçi, kötüniyet tazminatı yanında kıdem tazminatı da talep edebilmelidir.⁷

a- Kıdem Süresinin Başlangıcı :

Kıdem süresinin başlangıcı hizmet akdi tarihi değil, fiilen işe başlama

6 Günay; İş Davaları, 381

7 Süzek; İş Hukuku, 681

günüdür.⁸ Nitekim iş sözleşmesinin akdedilmiş olması, her zaman işçinin bu tarihte işverenin buyruğuna girmesini gerektirmez. Taraflar işe başlama tarihini ayrıca kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda sözleşme hükümlerinin icrası söz konusu olamayacağından, kıdem başlangıç tarihi işçinin eylemli olarak işe başladığı, daha doğrusu edimini işverenin buyruğuna hazır bulundurduğu tarih olacaktır. Fakat yeni işe alınmış olan işçi, işinde veya işverenin emrinde bulunmakla beraber, işveren tarafından çalıştırılmazsa, örneğin birkaç gün ya da birkaç hafta iş ve işyerini tanması arzu edilirse, bu takdirde fiilen çalışılmış gibi sayılan bu sürenin ilk gününden kıdem hesaplanması gerekir.⁹

b- Kıdem Süresinin Sonu :

Burada kıdem süresinin sonundan da bahsetmek gerekecektir. Kıdem süresinin sonu kuşkusuz sözleşmenin sona erdiği tarihtir. Sona erme halini biraz açmakta fayda mülahaza ediyoruz. Şöyle ki, bilindiği üzere yenilik doğurucu haklar karşı tarafa varmak ile hüküm ve sonuç doğururlar. Fesih beyanı da yenilik doğuran bir hukuki işlem olması hasebiyle muhataba ulaşması ile hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. Doktrindeki kimi yazarlarda kıdem sonu olarak, feshe karşı irade beyanının karşı tarafa ulaştığı günü kabul etmektedir.¹⁰ Ancak, uygulamada bu görüşün kabulü bazı sıkıntıları doğurmaktadır. Nitekim; fesih beyanları çoğu kez noter ihtarnamesi ile yapılmakta ve muhataba varması yaklaşık 3 günü bulmaktadır. Noter ihtarnamesinin muhataba ulaştığı tarihi kıdem sonu kabul etmek çoğu kez hakkaniyete uygun düşmemektedir. Konuyu örnekle açıklayalım:

01/01/2017 tarihinde işten çıkan işçi, 02/01/2017 tarihinde iş akdini feshettiğini belirtir ihtarnamesi işverene göndermiştir. İşveren de 03/01/2017 tarihinde devamsızlıktan kaynaklı fesih ihbarnamesini işçiye göndermiştir. İşverenin fesih ihbarnamesi, 04/01/2017 de işçiye; işçinin fesih ihbarnamesi ise 05/01/2017 de işverene ulaşmıştır. Eğer ulaşma anını kıdem sonu kabul edersek; işçinin 04/01/2017 tarihi itibari ile iş akdi feshedilmiş kabul edilecek ve kendisinin gönderdiği fesih ihbarnamesine ise ehemmiyet verilmeyecektir. Bu durumun ise hakkaniyete aykırı olduğu ortadadır. Her ne kadar yenilik doğurucu bir işlem olan fesih beyanı, karşı tarafa varmakla hukuki sonuç doğursa da; doğan bu hukuki sonucun gönderme anına teşmili ile sorunun çözülmesi icap etmektedir. Kısaca; karşı tarafa varan fesih beyanı varmakla hüküm ve sonuç do-

8 Günay; İş Davaları, 382

9 Narmanlıoğlu; Ferdi İş İlişkileri I, 553

10 Narmanlıoğlu; Ferdi İş İlişkileri I, 555

ğuracaktır. Doğan hukuki sonuç, geçmişe etkili olarak gerçekleşmelidir. Örneğimizde; 02/01/2017 tarihinde gönderilen işçi ihtarnamesi ile iş akdinin feshedildiğini belirtmek icap eder. Aksi halin kabulü, hakkaniyete aykırılığı intaç edecektir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, işçi ve işverenler tarafından gönderilen ihtarnamelerin, çoğu kez fesih beyanını tevsik etme görevini yüklenmesidir. Zira; işçi ve işveren arasında yaşanan olayların bir çoğunda iş akdi, anında feshedilmekte, akabinde feshi vesikalandıran ihtarnameler işçi ve işverenler tarafından gönderilmektedir. Fazla mesai, yıllık izin vs. hakkını isteyen işçinin olumsuz cevap alması üzerine bu şartlarda çalışamayacağını beyan ederek çıkması halinde beyan ile fesih vukuu bulmuştur. Akabinde göndereceği fesih ihbarnamesi ise, sözlü olarak yaptığı feshi vesikalandırmak gayesiyledir. O halde her olayın oluşuna ve özelliğine göre ve dinlenecek tanıklarla, feshin nasıl gerçekleştiği üzerinde titizlikle durulmalıdır.

Yine uygulamada işverenlerin çoğu kez yaptığı ve Mahkemelerin gözden kaçırdığı bir hususa değinmekte fayda görüyoruz. Şöyle ki, kıdem süresinin sonu iş akdinin sona erdiği tarihtir. Bu nedenle sözleşmenin bildirim sürelerine uyularak feshedilmesi halinde bildirim süresinin sona erdiği tarih kıdem süresinin sonudur. Peki, işverenin bildirim sürelerine uymaksızın iş akdini usulsüz feshetmesi durumunda kıdem süresi nasıl hesaplanacaktır? Örneğin 01/01/2016 tarihinde işe başlayan ve 25/12/2016 da işverence haklı herhangi bir sebebe dayanmadan ve bildirim süresine uyulmadan işçinin iş akdinin feshedilmesi durumunda işçi kıdeme hak kazanacak mıdır? Bir görüşe göre; işçinin ihbar tazminatının peşin verilmesi halinde, sözleşmenin bitim tarihi fesih tarihidir. Örneğe uygularsak 25/12/2016 tarihidir. Bir diğer görüşe göre ise işverence bildirim sürelerine ilişkin ücretin peşin ödenmesi veya bu sürele uyulmaksızın iş akdinin usulsüz feshedilmesi halinde de durumda bir değişiklik olmaz ve bildirim süresinin sona ereceği tarih, işçinin kıdem süresinin sona erdiği tarihtir.¹¹ Örneğe tekrar dönecek olursak; 25/12/2016 tarihine eklenecek olan 4 haftalık ihbar süresinin sonunu kıdem süresinin sonu kabul etmek gerekir ve işçimiz kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Yarğıtay ise bildirim süresine ait ücretin peşin verilmesi halinde, kıdem sonunun fesih tarihi olduğunu kabul etmektedir. Bu durum uygulamada

11 Süzek; İş Hukuku 694; Narmanlıoğlu'na göre " Fesih bildirimini ister usulüne uygun yapılsın isterse usulsüz yapılsın veya fesih bildirimini hakkın kötüye kullanılması şeklinde olsun, sözleşme bildirim sürelerinin bitiminde sona erecektir. Nihayet, bildirim sürelerine ait ücretin peşin verilmesi halinde de, sözleşmenin bitimi bu sürelerin sonu olarak kabul etmek kanunun düzenleme biçimine olduğu kadar ruhuna da uygun düşecektir." İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 556

özellikle maaş artışları sebebiyle işçinin kıdem tazminatında meydana gelecek artışın önüne geçmek için uygulanmaktadır. Asgari ücrette 2016 yılında meydana gelen 300 TL'lik net artış sebebiyle 2015 yılının son ayında on binlerce işçinin iş akitleri feshedilmiş ve fesih tarihi, kıdem tarihinin sonu olarak kabul edilerek işçiler mağdur edilmiştir. Halbuki yukarıda da belirttiğimiz gibi bu durumda kıdem sonunu fesih tarihine eklenen bildirim süresinin sonunu kabul etmek gerekecek ve kıdem tazminatının hesabında maaş artışının göz önünde bulundurulması icap edecektir.¹²

c- Kıdem Süresinin Niteliği

Kıdem süresinin niteliği hususunda doktrin ve uygulamada görüş birliği bulunmamaktadır. 1475 sayılı Kanunda belirtilen bir yıllık sürenin fiili çalışma şeklinde anlaşılabilmesi gerektiğini öncelikle belirtmek gerekir. Kanunda belirtilen tam yıldan kastedilen, işçinin işverene bağımlı olarak devam eden en az bir senelik hizmet süresidir. Örneğin 01/01/2016 tarihi itibari ile hizmet ilişkisi başlamış olan bir işçi, 01/01/2017 tarihi ile birlikte kıdem tazminatı için ön koşul olarak belirtilen bir tam yıllık süreyi doldurmuş olmaktadır. Belirtilen bir tam yıllık süre içerisinde işçinin raporlu ya da istirahatli olarak çalışmadığı günler kural olarak yıl hesabından düşülmeyecektir. Örneğin işçi, 01/01/2016- 01/01/2017 tarihi arasında 30 gün raporlu olarak çalışmasa dahi, bir tam yıl çalışmış kabul edilecek ve diğer şartların mevcudiyeti durumunda kıdem tazminatına hak kazanacaktır.

Ancak yukarıda da bahsedildiği gibi bu hususta öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Bir kısım yazarlar İş Kanunu m. 14, f.2'de "işçilerin kıdemleri (nin) hizmet akdinin devam etmiş veya fasıllarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler" in ifadesini dayanak yaparak, kıdem süresinin işçinin çalıştığı sürelerin oluşturacağını öne sürmektedir.¹³ Halbuki f.2'de belirtilen "çalıştıkları süre" ile iş sözleşmesine dayanarak geçirilen süre kastedilmiştir.¹⁴ Nitekim baskın görüş te bu doğrultudadır.

12 Yargıtay'ın müstekar kararlarına göre; "İhbar öneli tanınmak suretiyle yapılan fesih-te önelin bittiği tarihte fesih gerçekleştiğinden, önelin bittiği tarihteki ücret esas alınmalıdır. Bildirim öneli tanınmaksızın ve ihbar tazminatı da ödenmeden (tam olarak ödenmeden) işverence yapılan fesih durumunda ise, bildirim öneli sonuna kadar işyerinde uygulamaya konulan ücret artışından, iş sözleşmesi feshedilen işçinin de yararlanması ve tazminatının bu artan ücret esas alınarak hesaplanması gerekir." HGK, 2011/9-484; 7. HD., 2013/6951E., 2013/11665K., HGK, 2011/9-484; 9.HD., 2009/17310E.,201119792K; 9.HD 2008/35277E, 2010/29102K

13 Reisoğlu 44; Cuhruk 10

14 Narmanlıoğlu; Ferdi İş İlişkileri, 553 ve orada anılanlar.

d- Yargıtay'ın Görüşü ve Makul Ölçüt :

Bununla birlikte Yargıtay, işçinin kaza ve hastalık gibi nedenlerle işçinin işe gidememesi durumunda gidemediği tüm sürenin kıdeme dahil edilmesini hakkaniyetli görmemiş ve makul ölçüyü aşan sürenin kıdem hesabında göz önüne alınamayacağını içtihat etmiştir. İşçinin istirahatli ya da raporlu olduğu günler, ihbar süresini altı hafta aşmıyorsa makul kabul edilmiş ve bu sürenin kıdeme dahil olduğu belirtilmiştir. Ancak işçinin ihbar süresine eklenen altı haftayı aşan raporlu günlerinin kıdem hesabında göz önünde bulundurulmayacağı ifade edilmiştir. Yargıtay'ın makul ölçü hesabını örnekle açıklayalım: İki yıl işverenin yanında çalışan işçi geçirdiği kaza sebebiyle yüz gün raporlu olarak işe devam etmemiştir. Buna göre; iki yıl çalışan işçinin ihbar süresi altı haftadır. Altı haftalık ihbar süresine eklenecek altı haftalık süre ile makul süre tespit edilecektir. Yani oniki haftaya kadar işçinin raporlu olduğu günler, kıdem hesabında göz önünde bulundurulacak geri kalan onaltı günlük süre ise kıdem hesabına dahil edilmeyecektir.

g- Tutuklulukta Geçen Süre, İlmi ve İçtihadı Görüşler :

Doktrinde baskın görüşe göre; tutuklulukta geçen süre kıdem hesabında göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak Yargıtay, tutuklulukta geçen sürenin kıdem hesabında göz önünde bulundurulmayacağını içtihat etmektedir. Bize göre iki görüş de, 4857 sayılı İş Kanununda belirtilen işçinin gözüne alınması veya tutuklanması halinde, devamsızlığın bildirim süresini aşması halinde işverene fesih yetkisi veren düzenlemesi ile geçerliliğini yitirmiştir. Zira; tutukluluk süresi ihbar süresini aştığı an fesih yetkisi işverene tanındığından, ihbar süresini aşmayan süre kıdem hesabına dahil edilmesi gerektiği gibi, aşan sürenin de dahil edilmemesi gerekmektedir. Örneğin; iki yıl işverenin yanında çalışan işçinin tutukluluğu 6 haftayı aşması ile birlikte işverene fesih yetkisi tanınmıştır. Buna göre onuncu hafta işçinin iş akdi işverence feshedilirse altı haftaya kadar olan tutukluluk süresi kıdem hesabına dahil edilecek, geri kalan dört haftalık süre ise kıdem dışı tutulacaktır.

h- Grev ve Lokavt Kıdem Süresine Dahil Edilemez :

Burada hemen belirtmek icap eder ki; kanuni bir grev/lokavt durumunda sözleşmenin askıda kaldığı süreler kıdemden sayılmaz. Sözleşmeyle bile bu sürenin kıdeme katılacağı kararlaştırılamaz. Bu hususta kanun mutlak bir hüküm getirmiştir. (TSGLK 42/5) Kanuni grevde geçen sürenin kıdemden sayılmadığı bir sistemde kanundışı grevde geçen sürenin de kıdemden sayılmayacağı açıktır. Ancak kanundışı lokavt durumunun kıdemden sayılması ise elzemdir.¹⁵

¹⁵ Akyiğit; İş Hukuku 378

i- Hamilelik/Doğum İzinleri ve Kıdem Süresi :

Hamilelik/doğum halinde işçi tarafından kullanılan izinlerin de kıdeme dahil edilip edilmeyeceği hususunu değerlendirmek icap etmektedir. Bilinmektedir ki; İş Kanununun 74. maddesine göre; kadın işçilere doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere onaltı haftalık sürede çalıştırılmaması esastır. İş Kanunu 25/1/3 hükmüne göre işçinin doğum ve gebelik hallerinde işveren için bildirimsiz fesih hakkı; 74. maddede belirtilen sürenin altı hafta aşılmasıyla doğar. Buna göre; gebelik halinde doğumdan önce ve sonra olmak üzere toplam onaltı hafta kullanılan doğum izninin altı hafta aşılmasıyla birlikte işverene fesih hakkı tanınmıştır. Bu hükme ek olarak İş Kanunu 55. maddesinin b bendine göre; kadın işçilerin doğumdan önce ve sonra 74. maddeye göre çalıştırılmadığı günler yıllık ücretli izin bakımından çalışılmış gibi kabul edilmektedir. Yıllık ücretli izin bakımından çalışılmış kabul edilen süre aynı şekilde kıdem süresi açısından da çalışılmış kabul edilen süredir. İşveren açısından fesih hakkı ise onaltı haftalık süreye eklenecek altı haftalık süre ile tanınmakta olup; kadın işçinin onaltı haftalık iznini altı hafta kadar aşan süre kıdemden sayılmalıdır. Yargıtay'ın bir kararında da benzer görüşler serdedilmiş ve kadın işçinin onaltı haftalık iznini 6 haftaya kadar aşan süreyi ihbar hesabında göz önünde bulundurmuştur.¹⁶

j- Ücretsiz İzin Süresi Kıdeme Etkisi :

Askı süresinin kıdeme etkisi başlığı altında, hizmet akdinin askıda olduğu sürelerin kıdeme dahil olup olmayacağını genel hatlarıyla açıklamakla yetinebileceken; konunun daha net anlaşılabilmesi adına tek başlık yerine birden çok alt başlıkla doktrin ve yargı görüşlerine yer verdik. Bu alt başlıklardan biri de ücretsiz izin sürelerin kıdeme etkisidir. Bilindiği üzere; sözleşmenin askıda olduğu hallerden biri de ücretsiz izin halidir. Öğretide bir kısım yazarlara göre askı sürelerinin tümünün işçinin kıdemi hesabında göz önünde bulundurulması icap etmektedir. Nitekim; İş Kanunu 14. maddesinin 1. fıkrasının açıklığı karşısında aksi düşünülemez. İş akdinin askıda da olsa devam ettiği tüm sürenin kıdem hesabında göz önünde bulundurulması icap etmektedir. Ancak Yargıtay, bu görüşü benimsememekte ve çalışılan ve kanuna göre çalışılmış sayılan sürelerin toplamının kıdem hesabında göz önünde bulundurulacağından bahsetmektedir. "Çalışılmış gibi sayılan haller de İş Kanunu 51. maddede belirtilmiştir. Bu maddede yer almayan ücretsiz izin süresini çalışılmış sayılan süre olarak kabul etmek mümkün değildir. Kaldı ki; uzun süreli ücretsiz yıllık izinleri kıdem süresinden saymak hakkaniyetle bağdaşma-

16 9. HD.; 2007/29103 E., 2007/26743 K. 17/09/2007 tarih.

maktadır.” Yargıtay’ın bu görüşü doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Her şeyden önce İş Kanunu 55. maddesinde işveren tarafından verilen diğer izinlerin çalışılmış sayılan sürelerden olduğu kabul edilmektedir. Bu hükmün işverenler tarafından verilen ücretsiz izinleri de kapsadığı kuşkusuzdur.¹⁷ Ayrıca İş Kanununun teorik temeli ücretsiz izin süresini kıdem süresi hesabında göz önünde bulundurmaya gerektirmektedir.¹⁸

k- Kısmi Süreli Çalışan İşçinin Kıdemi :

4857 sayılı İş Kanunu’nun 13. maddesinde, işçinin normal haftalık çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az olarak belirlendiği iş sözleşmesi “kısmi süreli iş sözleşmesi” olarak tanımlanmıştır. Çalışma süresi, aynı Kanun’un 63. maddesinde haftada en çok kırkbeş saat olarak açıklanmıştır. Yukarıda değinilen 13. maddede emsal işçiden söz edilmiş olmakla, kısmi süreli iş sözleşmesinin belirlenmesinde esas alınacak haftalık normal çalışma süresi, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre belirlenecektir. Kanun’un 63. maddesinde yazılı olan haftalık iş süresi azamidir. Buna göre o işkolunda emsal bir işçinin ortalama haftalık çalışma süresi haftalık kırkbeş saati aşmamak şartıyla belirlenmeli ve bunun önemli ölçüde azaltılmış olup olmadığına bakılmalıdır. İş Kanununa ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 6. maddesinde, “İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır”. Gerekçede “üçte ikisinden az” olan çalışma ifadesi kullanılmışken, yönetmelikte üçte iki oranına kadar yapılan çalışmalar kısmi çalışma sayılmıştır. Bu durumda emsal işçiye göre kırkbeş saat olarak belirlenen normal çalışmanın taraflarca otuz saat ve daha altında kararlaştırılması halinde, kısmi süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilir.

Peki kısmi süreli iş sözleşmesi ile örneğin haftada 2 gün çalışan bir işçinin kıdemi nasıl hesaplanacaktır. İşçinin fiilen çalıştığı günler mi toplanacak yoksa iş akdinin devam süresi üzerinden mi hesap yapılacaktır? Burada öncelikle belirtmeliyiz ki; İş Kanunu madde 13/2’ye göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, tam süreli emsal işçiye göre farklı bir işleme tabi tutulamamaktadır. O halde kısmi süreli çalışan işçinin kıdem hesabında da tam süreli çalışan işçinin kıdem hesabı nasıl yapılmakta ise aynen yapılmalıdır. Doktrinde baskın görüş bu doğrultudadır.¹⁹

17 Süzek; İş Hukuku, 696

18 Süzek’e göre “Kendi kusuruna dayanmayan veya işverenin alanında ortaya çıkan nedenlerle iş görme edimini yerine getiremeyen, bunun sonucunda ücret alamayan işçinin bir de kıdeme bağlı haklardan yoksun bırakılması modern iş hukukunun izlediği amaçlar arasında yer almaz”.

19 Süzek; İş Hukuku 698, Çelik/Caniklioğlu/Canpolat İş Hukuku Dersleri, 516-51, Senyen/Kaplan Bireysel İş Hukuku, 264, Akyiğit; İş Hukuku, 379

Yargıtay 2000 tarihlerine kadar verdiği kararlarda, kısmi süreli çalışan işçinin fiilen çalıştığı günlerin toplanması zaruretinden bahsetmekte ve hizmet akdi süresi üzerinden kıdem hesabı yapılamayacağını belirtmişse de; sonradan verdiği kararlarda bu görüşünden dönmüş ve hizmet akdi süresini kıdem süresi olduğunu içtihat etmiştir. Kısmi süreli çalışan işçinin, tam süreli işçi gibi hizmet akdi süresinin esas alınması hakkaniyete aykırı değildir. Zira; kısmi süreli olarak çalışan işçinin maaşının daha düşük olması sebebiyle hesaplanacak kıdem tazminatı da o doğrultuda az olacaktır. Örnek vermek gerekirse;

01/01/2015 – 01/01/2017 yılları arası haftada 3 gün 22,5 saat çalışan işçi A'nın son maaşı brüt 1.000 TL'dir. Aynı işyerinde haftalık 45 saat çalışan işçilerin brütü ise 2.000 TL'dir. Kısmi süreli çalışan işçinin hizmet akdi süresi üzerinden kıdem tazminatı hesap edildiğinde çıkan rakam ile haftalık 45 saat esasına göre çalışan işçinin tazminatı hesap edildiğinde çıkan rakam birbirinden farklıdır.

Bir kısım yazarlarsa kısmi süreli çalışmaların çalışmış ve çalışılmış gibi sayılan süreler üzerinden kıdem hesabı yapılması gerektiğini aksi durumun hakkaniyete uygun düşmediğini belirtmektedir.²⁰ Bilindiği üzere kıdem tazminatının hesabında işçinin bir günlük ücretinin öncelikle belirlenmesi esastır.²¹ Ancak Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre; kıdem tazminatı hesabında dikkate alınacak hakların ve ödemelerin bir günlüğe isabet eden miktarın bulunmasında, bir yıl için işçiye ödenmiş olan gerçek miktarların 365'e bölünmesi esasının kabulü icap etmektedir. O halde, yukarıdaki örneğimizden de hareket edersek, haftanın 3 günü çalışan işçinin günlük ücretinin hesabında, bir senede aldığı ücretin 365'e bölünmesi suretiyle tespit edilmesi icap etmektedir. Yani yılda 12.000 TL kazanan işçimiz, bir günde $12.000/365 = 32,87$ TL kazanmıştır. 30 günlük ücreti ise 986,301 TL'dir. İki yıllık kıdemine karşılık alacağı tazminatı ise 1.972,60 TL'dir. Görüldüğü üzere kısmi süreli çalışan işçinin kıdem tazminatı miktarının hakkaniyete aykırı olduğunu söylemek pek de mümkün gözükmemektedir.

Doktrinde bir kısım yazarlar, kısmi süreli çalışmadaki kıdem süresi hesabının çağrı üzerine çalışmada da geçerli olduğunu belirtmektedir.²² Ancak Yargıtay çağrı üzeri çalışmalarda çağrılmayan günlerin hesaba katılmayacağı görüşündedir.²³

20 Narmanlıoğlu; Ferdi İş İlişkileri, 560

21 Süzek; İş Hukuku, 708

22 Akyiğit; İş Hukuku, 379

23 HGK 11.04.2012:9-303/317

1- Mevsimlik İşçinin Kıdem:

Birbirini izleyen mevsimlik sözleşmelerde, mevsim sonunda iş akdi sona ermeyip gelecek mevsime kadar askıda kalır.²⁴ Örneğin Palandöken'deki oteller için yoğunluk, kayak yapılabilecek kış aylarıdır. Ya da tarım işçisi olarak kayısı toplayan işçiler yaz aylarında çalışmaktadır. İşte bunun gibi, yılın birkaç ayında çalışan mevsimlik işçilerin kıdem süresi hesabının nasıl yapılacağı hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir kısım yazarlar, İş Kanununun 14. maddesini gerekçe olarak sunup; askıda kalan sürelerin kıdem hesabında göz önünde bulundurulacağından bahsetmektedir. Ancak İş Kanunu 14. maddesi, kıdem hesabında tam yıl ölçüsünü kabul etmişse de; bu ölçüt, bir yılda tam zamanlı çalışan işçiler için getirilmiştir. Mevsimlik sözleşme ise kanunla düzenlenmiş değildir. Mevsimlik sözleşmelerin Kanunda düzenlenmemiş olması, onun bir vakıa olduğu gerçeğini göz ardı etmeye sebep değildir. Bir kısım yazarlar mevsimlik sözleşmelerin kanunda düzenlenmediği için hizmet akdi süresi üzerinden kıdem hesab edilmesini hakkaniyete aykırı ama kanuna uygun bulsa da biz bu görüşü kabul etmemekteyiz. Yukarıda da değindiğimiz gibi 14. madde de belirtilen tam yıl esası, yılın tamamında çalışan işçiler için getirilen düzenleme olup; tam yıl esasının mevsimlik işçilere tatbiki adalete de hakkaniyete de kanunu da muvafık düşmemektedir.

m- Kıdem Tazminatı Avansı ve İçtihadı Görüşler :

Yeri gelmişken uygulamada sıklıkla yapılan ve Mahkemelerimizin çoğunlukla gözden kaçırdığı bir hususa değinmekte fayda mülahaza ediyoruz. Şöyle ki, hizmet bütünlüğü içindeki ayrı ayrı hizmetler birleştirilerek kıdem tazminatı hesabında göz önüne alınır. Şayet hizmet akdi feshedilmeden girdi çıktı yapılarak çalışmada kesinti olmaksızın kıdem tazminatı adı altında bir ödeme yapılmış ise, bu takdirde ödemenin kıdem tazminatı avansı olarak nitelendirilmesi nedeniyle tüm süre birlikte değerlendirilir.²⁵ Nitekim uygulamada işçi işyerinde çalışırken toplu para ihtiyacı duyduğu hallerde işverenden toplu para istemekte ve işverende işçiye hak ettiği kıdem tazminatını vermekte ve SGK'da girdi-çıkta göstermektedir. Daha az kıdem tazminatı ödemesi yapacağını bilen işverenler, bu toplu ödemeleri yapmaktadır. Burada işçinin menfaatinin mi yoksa işverenin menfaatinin mi ağır bastığı ayrıca incelenmelidir. Detaylara alt paragraflarda değinilmiştir. Konuyu bir örnekle açıklayalım:

A işçi işinde çalışırken altıncı yılda toplu paraya ihtiyacı olmuş ve kıdemine karşılık işverenden 6.000 TL kıdem tazminatı ödemesi almıştır.

24 Süzek; İş Hukuku, 697

25 Günay; İş Davaları 382

Bu arada işveren SGK'ya çıkış – giriş göstermiş ve işçi, 10. yılında brüt ücreti 2.000 TL iken iş akdini kıdem tazminatına hak kazanacağı şekilde feshetmiştir. Eğer işçinin çıkış – giriş yapıldıktan sonraki süreç için kıdem hesabı yapılırsa; $2.000 \text{ TL} * 4 = 8.000 \text{ TL}$ kıdem tazminatı alacağı olacaktır. Ancak tüm çalışma dönemi esas alınırsa $2.000 \text{ TL} * 10 = 20.000 \text{ TL}$ ücrete hak kazanacak ve altıncı yılında kıdem tazminatı adı altında aldığı 6.000 TL'yi belli bir faiz oranı ile iade ederek mahsuplaşacak ve arta kalan bedel kıdem tazminatı alacağını oluşturacaktır. İşte Yargıtay, bu ikinci hesabı kabul etmekte ve işçinin çalışması devam ederken girdi-çıkıtı yapılarak ödenen meblağın(kıdem tazminatı avansı) ödeme tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte tüm süre için kıdem tazminatından mahsubu yapılması gerektiğini belirtmektedir.²⁶

Hukukta her vakıanın kendi içerisinde bir bütün olarak değerlendirilmesi elzemdir. Yargıtay'ın yukarı paragrafta belirtmiş olduğumuz görüşü; işçinin iş akdinin sonlanmamasına rağmen girdi çıktı yaptırarak işveren menfaatine olmak üzere kıdem tazminatı alması durumudur. Aynı işte çalıştırılmaya devam olunan işçinin evvelce işverence yapılan fesihleri daha az kıdem tazminatı ödeme amacına yönelik ise işverenin bu davranışının korunmaması gerektiği açıktır.²⁷ Ancak; işçinin önceki iş sözleşmesi kendisinin isteği üzerine feshedilmişse, bu durumda işverenin daha az kıdem tazminatı ödemek amacıyla hareket ettiği söylenemez eski hizmet süresi sonraki süre ile birleştirilemez.²⁸ Belirttiğimiz gibi yine de her vakıayı kendi bütünlüğü içerisinde değerlendirmek icap etmektedir. Bununla birlikte yaşlılık aylığı almak amacıyla iş sözleşmesini fesheden ve kıdem tazminatı kendisine ödenen işçinin, yaşlılık aylığını iptal ettirmeden çalışmasının devam etmesi halinde, işverenin daha az kıdem tazminatı ödeme amacı taşımadığı açıkça söylenebileceğinden, hizmet sürelerinin birleştirilmemesi icap etmektedir.²⁹ Ancak bir kısım yazarlar; iş hukukuna hakim olan ilkelere işçi lehine yorum prensibinden hareketle, işverenin amacının önem taşımaksızın, tüm sürelerin kıdem hesabında göz önünde bulundurulması gerektiğini savunmaktadır.³⁰ Bize göre; Yargıtay'ın görüşü isabetli olup; hayat kaidelerine de uygun düşmektedir. Zira; uygulamada işçilerin ev almak, düğün yapmak, borç ödemek kabilinden zaruret

26 22. HD.; 2012/10549E. 2013/863K., 9. HD., 2010/15437 E. 2012/22815 K., 9.HD.,2009/24409 E., 2011/32631K., 9.HD.,2006/25205 E., 2006/24335K.

27 Çelik/Caniklioğlu/Canpolat, İş Hukuku Dersleri, 510

28 Çelik/Caniklioğlu/Canpolat, İş Hukuku Dersleri 511 de yer verilen kararlar.

29 Çelik/Caniklioğlu/Canpolat, İş Hukuku Dersleri 512 de yer verilen kararlar.

30 Süzek'e göre "Daha önce belirttiğimiz gerekçelerle her durumda kıdem tazminatının hesabında daha önce bu tazminatın ödendiği süreler göz önünde tutulmalı, toplam süre üzerinden hesaplama yapılmalı ve daha sonra mahsup yoluna gidilmelidir".

durumlarında işverenlere başvurarak, kıdem tazminatlarını talep ettiği bir vakiadır. İşçilerin bu istekleri her ne kadar işverenin daha az kıdem tazminatını ödeme sonucunu intaç etse de; çoğu kez serbest ticarete peşin para, işveren açısından değerlidir. Bu sebeple, işverenlerin daha az kıdem tazminatı ödeme amacı bulunmadan ve işçinin talebiyle ödediği kıdem tazminatından kaynaklı mağdur edilmesi de hak ve nesafet kurallarına uygun düşmese gerektir. Nitekim; aksi düşüncenin kabulü durumunda hiçbir işveren, işçisinin nakit paraya ihtiyacını karşılamak için kıdem tazminatı ödemesine yanaşmayacak ve bu durum aslında işçilerin mağduriyetine sebep olacaktır. İş hukukunun amacı haklı ya da haksız ayırt etmeksizin işçiyi korumak değil, hakkı korumak olmalıdır. Maalesef; doktrinde karşılık bulan çoğu görüşler işçiyi mutlak haklı konumlandırmanın neticesinde serdedilen görüşlere dayanmaktadır. İşçi ve işveren arasındaki menfaat dengesini hak nazariyesiyle değerlendirmek adalete uygun olmalıdır. Nitekim maslahat ta bunu gerektirmektedir.

n- Aynı İşverenin Bir veya Değişik İşyerlerinde Devamlı ve Fasılalı Olarak Geçirilen Süreler

İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasına göre “İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır”. Kanunun metninden de görüldüğü üzere; işverenin farklı işyerlerinde çalışan işçiler aynı işi ya da başka işi yapsalar da kıdem süresinin hesabında tüm süreler göz önünde bulundurulur. İşyerlerinin farklı hizmet kollarında olmuş olması ya da belirtildiği işçinin başka bir işi yapması sonucu değiştirmeyecek ve tüm süre üzerinden kıdem hesabı yapılacaktır.

Yargıtay, “belediye hizmetlerinin bütünlüğü içinde yer alan ünitelerin” farklı tüzel kişiliklerde olsalar dahi bir bütün olarak görülmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre aynı belediyenin bünyesindeki EGO idaresinden ayrılarak fen işlerine geçen davacı işçinin bu ayrılışının kıdem tazminatı gerektirmeyen bir istifa olarak değil görev değişikliği olarak kabul edileceğini ve tüm süre üzerinden kıdem hesabı yapılması gerektiği içtihat edilmiştir.³¹

aa- Fasılalarla Çalışma ve Kıdem Süresi

Kanunun açık hükmünden de görüldüğü üzere işverenin işyerinde fasılalı çalışmalar, birleştirilerek kıdem süresi hesaplanmalıdır. İşçinin işyerinde değişik zamanlarda çalışmış olması durumu değiştirmeyecek

31 Süzek; İş Hukuku 699

ve hizmet süreleri birleştirilerek kıdem süresi tespit edilecektir. Kanun, fasıllı çalışmalar konusunda hiçbir ayırım yapmadığından, iş akitlerinin kısa veya uzun ya da belirli veya belirsiz süreli olması bu açıdan önem taşımamaktadır.³²

ab- Önceki Çalışmanın Kıdem Tazminatına Hak Kazandıracak Şekilde Sona Ermesi

Fasıllı çalışma durumunda önceki çalışmaların kıdem tazminatlarına hak kazandıracak şekilde sona ermesi halinde işçinin çalışmalarının birleştirilerek kıdem tazminatı hesabı yapılacağı açık ve tartışmasızdır. Örneğin; 01/01/2010-2012 ve 01/01/2014-2016 yılları arasında çalışan ve ilk dönemin sonunda iş akdi haksız olarak feshedilen işçinin tekrar işe alınması durumunda işçinin iş akdi ikinci kez haklı hiçbir sebebe istinat etmeden feshedildiğinde, çalışma dönemlerinin birleştirilerek kıdem süresi tespit edilecek ve bu surette son maaş üzerinden kıdem tazminatı hesaplanacaktır.

ac- Önceki Çalışma Nedeniyle Kıdem Tazminatının Ödenmiş Olması

İşçi kıdem tazminatını alarak ayrıldığı işyerinde tekrar iş başı yaparak çalışmaya devam etmiş ve iş akdi kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde son bulmuş olabilir. Yukarıdaki örneğimizi uyarlırsak, işçinin çalıştığı ilk dönem (01/01/2012-2014) karşılığı işverence tazminat hakkı verilerek çıkarılan işçi tekrar işe alınıp iş akdi kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde son bulduğunda tüm kıdem süresi üzerinden mi tazminat hesabı yapılacak yoksa sadece ikinci dönem üzerinden mi tazminat hesabı yapılacaktır ? Konu tartışmalıdır. Bir görüşe göre; aynı işverene ait bir veya değişik işyerlerinde fasıllı olarak çalışan ve ilk döneme ilişkin kıdem tazminatı alan işçiye sonraki çalışması nedeniyle bu tazminat ödenirken, kıdem tazminatının tüm hizmet süreleri ve son ücret üzerinden hesaplanması, bulunan tutardan daha önce ödenen miktarın düşülmesi gerekmektedir.³³

Bizim de savunduğumuz diğer görüşe göre; 1475 sayılı İş Kanununun değişik 14. maddesinin 8. fıkrasına göre, aynı kıdem süresine için bir defadan fazla kıdem tazminatı ödenmez. O halde işçinin, aralıklı çalışmalarında kıdem tazminatı alarak işinden ayrıldığı dönemler kıdem süresi içerisinde değerlendirilemez. Aksi durum kanunun açık hükmüne aykırı

³² Süzek; İş Hukuku 700

³³ Süzek; İş Hukuku 701; Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri, 594

rılık teşkil edecektir.³⁴ Nitekim Yargıtay da aynı görüşü benimsemekte ve kıdem tazminatı alınarak sonlandırılan sürenin tekrar hesaba katılması gerektiğini içtihat etmektedir.³⁵ Ancak burada fasıllı çalışma olgusu üzerinde titizlikte durulması gerektiğini vurgulayalım. Zira; yukarıda ayrıntısıyla açıkladığımız üzere işçinin aralıksız çalışmış olmasına rağmen kıdem tazminatı verilip girdi – çıktı işlemi yapılması ayrı bir konu olup; bu hususa ilişkin yukarıya atf yapılmasıyla yetiniyoruz.

İlk görüşün savunucuları tarafından gerekçe yapılan ve devamlı çalışma durumunda ödenen tazminat ile fasıllı çalışma durumunda ödenen tazminat miktarlarının farklı olacağı hususuna ilişkin ÇELİK & CANIKLI-OĞLU & CANPOLAT'ın cevabını alıntulamakla iktifa ediyoruz. Yazarlara göre “Karşı görüşün dayanaklarından biri olan, devamlı çalışma halinde ödenecek tazminatla aralıklı çalışma halinde ödenecek tazminat arasında eşitliğin sağlanması için bunların aynı miktarda olması gerektiği düşüncesi de, bu tazminatların değişik zamanlarda ödendiği gerçeğini gözden kaçırdığı için, isabetli sayılmaz. Söz konusu iki durumda tazminat tutarları arasında sağlanacak rakamsal bir eşitlik, gerçek bir eşitlik sonucunu doğurmaz. Önceki bir çalışma süresine ilişkin olarak ödenen tazminatın zamanla kazandığı ekonomik değer ve en azından yasal faiz göz önüne alındığında, gerçek bir eşitliğin sağlanabilmesi için, ayrı zamanlarda ödenen kıdem tazminatı toplamının bir defada ödenenle eşit miktarda olmayıp herhalde daha az olması gerekir.”

ad- Önceki Çalışmaların Kıdem Tazminatına Hak Kazandırmayacak Bir Şekilde Sona Ermesi

Burada üzerinde durulması gereken ödemli bir husus ta, önceki çalışmaların kıdem tazminatına hak kazandırmayacak bir şekilde sona ermesi durumudur. Yukarıdaki her iki durumda da işçi kıdem tazminatına hak kazanmış olmasına rağmen ilkinde kıdem tazminatı ödemesi yapılmamış ikincisinde ise tazminat ödemesi yapılmıştır. Ancak buradaki durum her ikisinden de farklıdır. İşçinin ilk dönem çalışmaları tazminata hak kazandırmayacak sona erdiği bir halde; tüm süre üzerinden tazminat hesabı yapıp yapılmayacağı tartışmalıdır. Hakim olan görüşe göre; İş Kanununun 14/4’ de kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin kıdem tazminatı açısından birleştirileceği öngörülmüş ancak izleyen 5. fıkrada “kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem taz-

34 Tunçomağ/Centel İş Hukukunun Esasları 237; Çelik/Canıklıoğlu/Canpolat, İş Hukuku Dersleri 510 ;Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan; Bireysel İş Hukuku, 239

35 “İşçinin önceki çalışmaları sebebiyle kıdem tazminatı ödenmişse, aynı dönem için iki defa kıdem tazminatı ödenmeyeceğinden tasfiye edilen dönemin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması mümkün olmaz.” 9. HD; 16/01/2012, E 31730 , K 141

minatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz” denilmiştir. Kelamın imali ihmalinden evladır. O halde kamu kuruluşlarında çalışan işçilere ilişkin olarak önceki çalışmaların kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sona ermemesi halinde tazminata hükmedilemeyeceğini belirten bu madde özel bir düzenleme içermektedir. Kanunun lafzi yorumuna göre, kamu kuruluşlarına ilişkin getirilen bu özel düzenlemenin mefhumu muhalifinden çıkan sonuç kamu kuruluşlarında çalışmayan işçilerin önceki çalışmalarının kıdem tazminatına hak kazandırmadan sona ermesi durumunda dahi tüm süre üzerinden kıdem tazminatı hesabı yapılmalıdır.

o- İşyerinin Değişmesi veya Naklinin Kıdem Tazminatına Etkisi

İşyerinin devredilmesi hadisesi uygulamada sıklıkla yaşanan bir hadisedir. Hususiyle, ihale yoluyla iş alan firmaların yeni ihaleyi kazanamaları sebebiyle, işçilerin ihaleyi kazanan başkaca bir firmada işçi olarak çalışmaya devam etmesi bir vakiadır. Bu vakianın hukuki vasıflandırılması ise ehemmiyet arz etmektedir. Vasıflandırmadan önce, İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen özel hükme değinmek icap etmektedir. Mezkur hükme göre; “İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir surette bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/07/1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir surette el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır”.

Kanun hükmünün incelenmesinden de görüleceği üzere, her iki işverenin kıdem tazminatından birlikte sorumlu olduğu ancak devreden işverenin sorumluluğunun işçiyi çalıştırdığı sürelerle ve devir anındaki işçinin aldığı ücret seviyesi ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. Haliyle ortada müteselsil sorumluluk bulunmamaktadır. Her ne kadar doktrinde bazı yazarlar, işyeri devri halinde oluşan sorumluluğun müteselsil sorumluluk olduğunu belirtse³⁶ de; öğretinin kahir ekseriyeti müteselsil sorumluluk olmadığına ittifak halindedirler. Müteselsil sorumluluk esası kabul edilmediğinden, alacağın tümü üzerinden devralan ve devreden işverenlerin mesuliyeti bulunmamaktadır. O halde dava açılırken işverenlerin sorumluluklarının dilekçede gözetilmesi icap etmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında, eski devreden işverenin, sadece kendi dönemi ile ilgili çalış-

36 Korkmaz/Alp; Bireysel İş Hukuku 257

masından ve el değıştirme esnasındaki ücret seviyesiyle sınırlı olduğunu belirtmiştir. Yeni işverenin ise önceki işveren zamanındaki çalışmalar da dahil olarak tüm kıdem süresinden sorumlu olduğunu içtihat etmiş ve önceki döneme tekabül eden tazminat ödemesine müteakip, eski işverene rücu edebileceğine işaret etmiştir.³⁷

İşyeri devri ile ilgili, devralan ve devreden işverenlerin sorumlulukları belirtildiği şekildedir. Ancak bu kısmın ilk paragrafında belirtmiş olduğumuz ihale ile işveren değışikliği durumunda işçilerin konumunun nasıl değerdendirileceği meselesini incelemek icap etmektedir. Uygulamada muvazaa yoluyla işin bir bölümünün müteahhide verildiği görülmektedir. Bu halde asıl işveren gerçek işverendir. Hassaten müteahhit ve taşeronların değışmesine rağmen işçiler çalışmaya devam ediyorlar ise asıl işvereni kıdem tazminatından sorumlu tutmak gerekir.³⁸ Ancak muvazaa olgusunda kimsenin kendi muvazaasına dayanamayacağı ilkesini de göz önünde tutarak muvazaa yapan şirketi de kıdem tazminatından sorumlu tutmak icap etmektedir. Müteahhidin ihale süresi sonunda ihaleyi kazanamaması halinde işçilerin ihaleyi yeni alan firma bünyesinde çalışmaya devam etmesi halinde iş ilişkisinde kesinti olmadığını belirtmek icap edecektir. Nitekim, işverence yapılan girdi çıktı işleminin hiçbir ehemmiyeti olmayıp; ortada herhangi bir fesih olgusunun olmadığını ayrıca ifade etmek gerekir.. İhale sonrası işyerinin başka bir işverene geçmesi halinde işçinin hizmet akdi feshedilmiş sayılmayıp yeni işverene geçer. Bu şekilde işyerinin devri işçiye fesih hakkı vermez.

İş Kanununun 6. maddesinin 5. fıkrasına göre “devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz”. O halde sırf işçinin işyeri devredildi diye iş akdini sonlandırması kanunun açık hükmüne aykırılık teşkil edecek ve korunmayacaktır. Yine İş Kanununun 6. maddesinde belirtilen iki yıllık süre sınırlamasının burada uygulama alanı bulmayacağını belirtmek gerekmektedir.³⁹ Öte yandan, işyerinin devri durumunda, işyerinde yürütülen işin değıştirilmiş olup olmamasının da, kıdem tazminatı açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır.⁴⁰

37 Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri 600

38 Somut olayda davacı, davalı Üniversiteye ait hastanede ihale ile verilen temizlik işi kapsamında kayden davalı K... Şirketi işçisi olarak sağlık memuru göreviyle çalışmıştır. Davacının yaptığı iş, hastanenin asıl işi olup mahkemenin muvazaa yönündeki tespiti yerindedir. Ancak Dairemizin yerleşik kararlarında da belirtildiği gibi asıl işveren-alt işveren ilişkisi muvazaalı dahi olsa <kimse kendi muvazaasından yararlanamaz> ilkesi uyarınca muvazaa yapan şirkette asıl işveren ile birlikte ödenmeyen kıdem tazminatından müteselsilen sorumludur. 9. HD., 2012/1266 E., 2014/6470K.

39 Çelik/Canıklıoğlu/Canpolat, İş Hukuku Dersleri 519

40 Tunçomağ/ Centel; İş Hukukunun Esasları 240

Diğer yandan T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanuna tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle, Sosyal Sigortalar Kanuna göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçinin kıdem tazminatı son kamu kuruluşu işvereni tarafından ödenir. (İş Kanunu M14/IV)

Şu ana kadar incelemiş olduğumuz durum, işyerinin devri veya naklini ihtiva etmiştir. Peki iş sözleşmesinin devri durumunda nasıl hareket etmek gerekecektir. Hemen belirtmek icap eder ki; TBK 429'da, iş sözleşmesinin taraf iradelerine bağlı olarak devri halinde, devreden işverenin kıdem tazminatından sorumluluğu konusunda, işyerinin devri halinde uygulama alanı bulan ve devreden işverenin kıdem tazminatından sorumluluğunu düzenleyen 1475 sayılı İş Kanunu m. 14/f.2 gibi bir düzenleme yer almadığından konu tartışmalıdır.⁴¹ Doktrinde hakim olan görüş, İş Kanunu 14/f.2'nin kıyasen doğrudan uygulanmasıdır.⁴² O halde iş sözleşmesinin devri halinde de devralan ve devreden firmaların sorumlulukları cari olup; devreden firmanın sorumluluğu işçiyi çalıştırdığı süre ve devir esnasındaki ücret miktarı ile sınırlı olacaktır.

Burada ARSLANOĞLU'nun iş sözleşmesinin devrine ilişkin bir görüşünü incelemeyi uygun görüyoruz. ARSLANOĞLU'na göre *“Devir sözleşmesinde kıdem tazminatının ödenmesiyle ilgili olarak özellikle devralan işverenin sorumlu olacağını belirten bir hükmün konulmasında engel bulunmamaktadır. Bu nedenle devir sözleşmesinde böyle bir hükmün bulunması halinde işverenlerin çalışılan dönem itibariyle oluşan sorumluluklarından söz edilemeyeceğinden, devreden işverenin de kendi dönemindeki çalışma süresi ve ücret düzeyi ile ilgili olarak işçinin kıdem tazminatından sorumlu olacağından bahsedilemeyecektir”*.⁴³ ARSLANOĞLU'nun bu görüşünü kabul etmek mümkün değildir. Zira iş sözleşmesinin devrinde taraflar eski ve yeni işverenlerdir. İşçinin ise bu devir işlemine yazılı rızasının alınması yetmektedir. O halde sözleşmenin tarafları arasında imza edilen devir sözleşmesindeki sorumsuzluk hükmünün işçiye teşmili, şahsılık ilkesi gereğince mümkün değildir. Borçlar Hukukunun genel prensibine aykırı olarak sözleşme devrindeki sorumsuz-

41 Ayrıntılı görüş incelemesi için bkz Zincirlioğlu İş Sözleşmesinin Devri 203

42 ALP'e göre “Kanunu 14/f.2'nin kıyasen uygulanmalıdır. Bu durumda devreden işveren devralan ile birlikte kendi döneminde doğmuş borçlardan iki yıl süre ile sorumlu olacaktır”. Bu görüş kanaatimizce doğru değildir. Örneğin devralan firmada 4 sene daha çalışıp iş akdini kıdem tazminatına hak kazandıracak şekilde sonlandıran işçinin bu görüş doğrultusunda eski işverene başvuramaması icap ederdi ki; bu durum Kanunun ruhuna da uygun düşmemektedir.

43 Arslanoğlu, İş Sözleşmesinin Devri 544

luk hükmünün işçi aleyhine olacağı ise aşıkardır. İşçi lehine yorum ilkesi, iş hukukuna hakim olan prensiplerdendir. O halde, işveren A ile mali durumu batık olan B firması arasında iş sözleşmesinin devri ile ilgili imza ettikleri sözleşmeye sorumsuzluk hükmünün konması, işçinin kıdem tazminatını alamaması sonucunu doğuracaktır. Hukukun ise bu durumu korumayacağı aşıkardır. Sözleşmedeki sorumsuzluk hükmünün ancak taraflar arasındaki iç ilişkide sonuç doğurabileceği söylenebilir.

p- Değişik Kamu Kuruluşunda Geçen Süreler :

İşçinin çalışması özel sektöre ait kuruluşlarda olabileceği gibi kamu kuruluşlarında da hatta kısmen kamu kuruluşlarında kısmen özel kuruluşlarda olabilir. Hizmetin geçtiği bu kamu kuruluşlarının, aynı veya değişik bakanlıklara bağlı kuruluşlar olması herhangi bir farklılık doğurmayacaktır.⁴⁴ İşçinin, farklı kamu kuruluşlarında geçirdiği süreler şartların tekemmülü ile birleştirilecek ve işçi, kamu kuruluşlarında geçirdiği tüm süre üzerinden kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Şimdi bu şartları inceleyelim:

İş Kanununun 14. maddesinin 4. Ve 5. fıkrasına göre “T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye ha kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir. Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz”.

Öncelikle hükmün incelenmesinden de görüleceği üzere “son kamu kuruluşu işverenince” kıdem tazminatı ödemesi yapılacaktır. İşçinin evvelden çalıştığı kamu kuruluşlarının kıdem tazminatı kendi dönemleri de dahil olmak üzere sorumlu olmadığını kanunun açık hükmü gereğince belirtmek gerekmektedir. Kamu kuruluşlarında geçen çalışma sürelerinden sadece son kamu kuruluşu sorumludur.

Kamu kuruluşlarında çalışılan hizmet birleştirilmesinde ilk değerlendirilmesi icap eden kamu kuruluşu lafzıdır. Burada söz konusu olan kamu kuruluşları İK 14/7 uyarınca genel, katma ve özel bütçeli idareler ile 3346 sayılı kamu iktisadi teşebbüslerine ilişkin kanunda sayılan kurum-

44 Tunçomağ/Centel İş Hukukununun Esasları 238

lardır.⁴⁵Bunun yanında kendilerine bazı kamu yetki ve görevleri verilmiş olup, galip vasıfları bu kamu hizmetlerini yürütmek olan yukarıda sayılan kuruluşlardan ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından olmayan özel kanunlara tabi kurumlar ve İller Bankası da kamu kuruluşu olarak kabul edilmektedir.⁴⁶

Kamu kuruluşunda geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi için son kamu kuruluşundaki iş akdinin “yaşlılık veya malullük aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla” nihayete erdirilmiş olması icap etmektedir. Yani hizmet birleştirilmesi tüm hallerde değil emeklilik ya da toptan ödeme almak amacıyla sonlandırılması halinde mümkündür. İşçinin haklı fesih sebebi de olsa belirtilen haller dışında kamu kuruluşlarında geçen hizmetlerinin birleştirilmesi hakkı doğmamaktadır.

Hizmet birleştirilmesi için diğer şart ise kamu kuruluşundaki çalışmanın işçi vasfı ile olmasıdır. İşçinin son çalışmasının işçi vasfında olması elzem olmakla birlikte, evvelki çalışmalarının işçi olarak geçirilmiş olmasının şart olup olmadığı tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre kıdem tazminatına esas alınacak süreler daha önceki kamu kuruluşlarında da işçi olarak geçirilmiş sürelerdir.⁴⁷ Ancak doktrinde kahir ekseriyet müdafaa edilen diğer görüşe göre ise, daha önce işçinin memur statusuyla çalıştığı sürelerinde hizmet birleştirilmesinde esas alınması icap etmektedir.⁴⁸

İkinci görüşün kabulü ile birlikte Kanunda lafzını bulan “işçinin hizmet akdinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz” hükmünün değerlendirilmesi icap etmektedir. Zira memuriyet, ya memurluktan çıkarma suretiyle ya da istifa suretiyle sonlanmaktadır. Her iki hal, kıdem tazminatına hak kazandırmayacak sonlanma şeklidir. GÜNAY’a göre memuriyetten arada bir fasıla olmaksızın işçiliğe istifa edilerek geçilmesi halinde memuriyette geçen süre, kıdem tazminatında değerlendirilebilir. Aksi halde memuriyetten istifa dışında bir ayrılma şekli bulunmamaktadır.⁴⁹ Naklen geçişlerde istifa iradesi söz konusu olmayıp nakil arzusu bulunmaktadır. Bu

45 Süzek, Bireysel İş Hukuku 706

46 Günay, İş Davaları 402

47 Çelik/ Canpolat / Canikli, İş Hukuku Dersleri 520

48 Süzek, Bireysel İş Hukuku 707, Günay İş Davaları 403, Tunçomağ /Centel İş Hukukunun Esasları 238

49 “Davacının astsubaylıktan istifaen ayrıldığında bir tereddüt yoktur. İstifa hizmet akdinin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde bir sona erme halidir. 1475 sayılı İş Kanununun 14. Maddesinin 5. Fıkrası hükmüne göre hizmet akdinin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında nazara alınmaz.” 9. HD ., 24.1.2007 16628/737

durumda çoğu kez memuriyet izni sırasında işçiliğe başlama görülmektedir. Böylece çakışan süreler ve aralıksız çalışma hali istifa olgusunu ortaya çıkarmamaktadır.⁵⁰

Yargıtay'ın konu hakkındaki görüşü istikrarlı değildir. Anca en son kararlarında ikinci görüşü benimsemekte ve memurlukta geçen sürelerin de kıdem tazminatı hesabında göz önünde bulundurulmasını içtihat etmektedir.

Kıdem sürelerinin birleştirilmesinde yukarıda kısmen değinildiği gibi işçinin önceki kamu kuruluşundaki iş akdinin kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermiş olması gerekmektedir. Bundan kaynaklı önceki çalışma işverenin haklı feshi ile sonlanmışsa bu çalışmanın kıdem hesabında göz önünde bulundurulmaması icap etmektedir.

Burada son olarak Yargıtay'ın taraftar bulmayan muvazzaf askerlik borçlanmasına ilişkin müstekar uygulamasından bahsetmek icap etmektedir. Bu görüşe göre, askerlik süresinin borçlanılmış olması şart kılınarak, kıdem tazminatı hesabında göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Şayet işçi askerlik süresine karşılık prim borcunun tamamını ödemeyip aylık tahsis dilekçesinde, askerlik borçlanmasının geri kalan kısmını ödemeyeceğini belirtmişse sadece prim borcu ödenen askerlik süresi nazara alınır.⁵¹ Bu görüşün haklı hiçbir tarafı bulunmamaktadır. Sosyal Güvenlik Hukuku açısından önem arz eden askerlik süresini borçlanma halinin, kıdem tazminatında göz önünde bulundurulacak şekilde teşmiline sebep gösterilebilecek hiçbir kanun maddesi bulunmamaktadır. Kaldı ki, iş ilişkisinin, kısaca çalışma olgusunun karşılığı olan kıdem tazminatı için yapılacak hesaba, işçilik vasfının dahi olmadığı askerlik süresinin de dahil edilmesi mantıki temele de istinat etmemektedir. Aski sürelerini dahi sınırlı olarak kıdemden sayan Yargıtay'ın iş ilişkisinin devamının söz konusu bile olmadığı borçlanılan muvazzaf askerlik dönemini kıdem tazminatında dikkate alması kendi içinde bir çelişki niteliği taşır.⁵²

3- Kıdem Tazminatının Hesaplanması

Kıdem tazminatına hak kazanan işçiye, her geçen tam yıl için otuz günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır. (İş Kanunu 14/1) Kıdem tazminatı hesabında esas alınacak ücrete asıl ücretten başka para ve parayla ölçül-

50 Günay, İş Davaları 403

51 Günay, İş Davaları 403

52 Süzek; İş Hukuku 709

mesi mümkün, sözleşmeden veya kanunda doğan ve arızı olmayan tüm menfaatler brüt olarak dahil edilerek kıdeme esas ücret belirlenir.

Uygulamada sıklıkla müşahede edildiği üzere, işçinin maaşı asgari ücret miktarının üstünde bir rakam olmasına rağmen, işverenin ek sorumluluklardan kaçmak için kuruma, ücret miktarını asgari ücret olarak gösterdiği bir vakiydir. Bu halde resmi kayıtlar, işçinin asgari ücret karşılığında çalıştığını ortaya koymaktadır. Resmi kayıtlara göre kıdem tazminatı hesabı ise gerçek durumu yansıtmayacaktır. İşte bu sebeple işçinin yaptığı işin vasıf ve mahiyeti asgari ücret üzerinde bir rakamla çalıştığı durumunu ortaya koymakta ise müstekar kararlara göre meslek odalarından da sorulmak suretiyle gerçek ücretin araştırılması icap etmektedir. İşçi, ücret bordrolarına imza atmış olsa dahi, yazılı belgeye karşı yazılı belge savunmasına itibar edilmeyecek ve işçi dinleteceği tanıklarla gerçek ücreti üzerinde kıdem tazminatı hesabı yapılmasını sağlayabilecektir.⁵³ Belirttiğimiz bu durumun İş Hukukunun kendine özgü yapısı gereğidir.

İşçiye ödenecek kıdem tazminatı tutarının hesabında esas alınacak ücreti Kanun belirlemişse de nasıl bir hesaplama yöntemi izleneceği hususunda herhangi bir hüküm ihdas etmemiştir. Uygulamada Yargıtayca belirtilen yöntem ise aşağıda açıklanmıştır.

İşçinin öncelikle bir günlük ücreti belirlenecek, bu ücret önce otuzla sonra da işçinin kıdem yılı ile çarpılarak ve bir yıldan artan süreler için de orantılı şekilde ödeme yapılacaktır.⁵⁴ İşçinin bir günlük brüt ücretinin tespitinde giydirilmiş brüt kazanç bulunmalıdır. Bunun için işçiye sağlanmış aylık ödeme veya menfaatlerin bir günlük miktarı, bunların otuzla bölünmesi suretiyle tespit edilir. Son bir yıl içinde işçiye sağlanan nakdi ve aynı ödemelerde 365'e bölünerek bir günlük karşılığı tespit edilir.

Örneğin 06.11.2001 tarihinde işe başlayan ve 29.02.2016 tarihinde iş akdi işverence feshedilen işçi; yasal asgari ücret ve ücrete ek olarak verilen 2 maaş ikramiye ile çalışmış olsun. Bu işçinin iş sözleşmesi haklı hiçbir sebebe dayanmadan işverence feshedilsin. Bu durumda işçinin kıdem tazminatı nasıl hesaplanacaktır.

Öncelikle kıdem süresini bulalım.

Yukarıda da açıkladığımız üzere; işçinin kıdem süresi tespiti bazı esaslara bağlıdır. Bunlardan biri de işçinin iş akdinin ihbar süresi verilmeksizin feshi durumunda fesih tarihinin ihbar süresinin sonu olduğudur. Yargıtay ise, ihbar tazminatının peşinen verilmesi durumunda fesih be-

53 9. HD., 03.10.2000 E.8614, K13106

54 Süzek; İş Hukuku 709

yanının yapıldığı günü fesih tarihi olarak kabul etmektedir. O halde örneğimizde 29.02.2016 tarihinde ihbar tazminatı da verilmeksizin iş akdi feshedilen işçinin, kıdem sonunu bu tarih olarak kabul edemeyiz. Uygulamada bu halde sürekli yanlılık yapılmakta ve ihbar süresi göz önünde bulundurulmadan raporlar tanzim edilmektedir. 3 yılı aşan çalışması olan işçimizin ihbar süresi 8 hafta olup; kıdem sonu ise 25.04.2016 tarihidir.

25.04.2016- 06.11.2001 = 14 yıl 5ay 19 gün çalışmıştır. Ş i m d i d e giydirilmiş ücreti tespit edelim. 2016 yılı verilerine göre asgari ücret miktarı net 1.300 TL'dir. Bu rakamın brütü ise 1.647 TL'ye tekabül etmektedir. $1.647/30 = 54,9$ TL'dir. Ayrıca yılda iki maaş ikramiye verilmektedir. İşte uygulamada yanlı yapılan bir husus da burada görülmekte ve ikramiyenin net rakamı bir güne dönüştürülerek ücret tespit edilmektedir. $1300+1300/365 = 7.12$ rakamı bulunarak günlük ücret yanlı olarak tespit edilmektedir. Halbuki ödenen ikramiyeler vergi istisna ya da muafiyetlerine tabi tutulmamış ve bu bedeller üzerinden de prim kesintisi yapılacağı açıklanmıştır. O halde ödenen ikramiye ücretlerinin de brüte çevrilerek ücretin tespiti cihetine gitmek iktiza etmektedir. O halde yılda iki defa işçimize ödenen 1300 TL'lik ödemelerin brüt toplamı üzerinden 365 e bölersek $3294/365 = 9.02$ TL'yi günlük ücret olarak buluruz. Neticeten giydirilmiş ücret olarak $54,9+9.02 = 63,92$ TL'dir. Günlük olarak bulduğumuz $63,92$ TL'yi 30 ile çarparsak her seneye ödenecek kıdem tazminatı bulmuş oluruz. Buna göre $63,92*30 = 1.917,6$ TL'dir. Çıkan sonucu kıdem süresine uyguladığımızda;

İşçi 14 yıl 5ay 19 gün çalışmıştı,

$$1.917,6 * 14 \text{ yıl} = 26.846,4 \text{ TL}$$

$$1.917,6/12*5 = 798,75$$

$$1.917/365*19 = 99,8 \text{ Toplam kıdem tazminatı ise } 27.744,95 \text{ TL'dir.}$$

SONUÇ

Her ne kadar kıdem tazminatı, tek madde olarak 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinde düzenlenmişse de, binlerce hadisenin teşekkülünden kaynaklı olarak kalın bir cilt kitabın muhteviyatını oluşturacak kadar geniş bir alanı ihtiva etmektedir. Her olayın kendi içerisinde ince nüanslarla da olsa farklılık arz etmesi kıdem tazminatı uygulamasında da farklılık doğurmaktadır. İşte bu farklılıklar yıllar yılı uygulama bulan yargı içtihatlarını ve öğreti görüşlerini intaç etmiştir. Şüphesiz bu görüşlerin hepsi bilgi birikimi açısından zenginlik kaynağıdır. İctihadi görüş ve doktriner görüş olarak ikiye ayırabileceğimiz bu görüşler ise iki sac ayaklı bir bü-

tünü tamam etmektedir. Tek kanatla nasıl ki bir kuş uçamayacaksa, içtihadattan ve doktrinden beslenmeyen nitelendirmelerde eksik kalacaktır. Anlatmak istediğimiz husus şudur: Uygulama olarak nitelendirebileceğimiz yargı cenahının doktrin görüşünden kopmuş olması ilmi gelişmelere ayak uydurmayarak içtihadı gelişmelerin atıl kalması ile neticelenmiştir. Aynı şekilde uygulamadan kopan ilim adamlarımızın fildişi kulelerden serdettikleri görüşler de hayat planında akis bulamamıştır. Özellikle öğretileri sürülen görüşlerin kahir ekseriyeti işçi lehine yorum prensibine istinat etmektedir. Her ne kadar işçi lehine yorum, iş hukukuna hakim olan prensiplerin başında gelmekte ise de her meseleyi işçi lehine yorum düsturuyula değerlendirme gayretinde olan bazı ilim insanlarının hak topuzunu işverenin mahvına sebep olacak şekilde kaçırdığı da aşıkardır. İş hukukunun amacı zayıf olan işçiyi korumaksa da bu koruma işlevini işvereni mahvetme şeklinde değerlendirmemek gerektiği ise açıktır. Ancak bu tartışmalar ve görüşler, kıdem tazminatının fonunun yürürlüğe girmesi ile birlikte yakın bir gelecekte tarihi görüşler olarak yerini alacaktır.

Yararlanılan Kaynaklar

- Akyiğit, E.(2016) İş Hukuku, 11. Bası, Seçkin Yayınevi
Alp,M(2010) İş Sözleşmesinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı, Beta Yayınevi
Çelik,N/Canıklıoğlu,N/Canpolat,T (2016) İş Hukuku Dersleri 29. Baskı, Beta Yayınevi
Çil,Ş Kıdem Tazminatı Hesabında Ücret, Sicil İş Hukuku Dergisi Mart 2009
Eyrenci,Ö/Taşkent,S/Ulucan,D (2016)Bireysel İş Hukuku,7. Baskı, Beta Yayınevi
Günay,C (2016) İş Davaları, 5. Baskı Yetkin Yayınevi
Korkmaz,F/Alp,N (2016) Bireysel İş Hukuku 3. Baskı, Seçkin Yayınevi
Kurt,R/Koç,M (2015) İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi 2. Baskı, Seçkin Yayınevi
Narmanhoğlu, Ü (2014) İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, 5. Baskı, Beta Yayınevi
Senyen – Kaplan,T(2015) Bireysel İş Hukuku, 7. Baskı, Gazi Yayınevi
Süzek,S (2010) İş Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayınevi
Şakar, M (2016) İş Hukukunun Uygulaması, 11. Baskı, Beta Yayınevi
Tuçomağ,K/Centel,T(2015) İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Beta Yayınevi
Zincirlioğlu,C (2015) İş Sözleşmesinin Devri, Filiz Yayınevi

SAAT ÜCRETİNE GÖRE AYLIK ÜCRETİN TESPİTİ

Av. Yörük KABALAK

İşçinin saat ücretinin belli olması halinde aylık ücretin ne şekilde hesaplanması gerektiği son zamanlarda tartışma konusu olmuştur.

Bu konuda temel kural şöyledir:

Bilindiği gibi İş Kanunu 63. madde hükmüne göre haftalık yasal çalışma süresi 45 saat olup, bu duruma göre günlük yasal çalışma süresi: 45 saat / 7 gün = 7,5 saattir.

Bu hesabı yaparken, işçinin fiilen çalışmadığı haftanın yedinci günü olan hafta tatili gününde de işçiye ücret ödeneceğinin yasada öngörüldüğü dikkate alınarak, haftalık çalışma süresi yedi gün olarak kabul edilmiştir (İş K. 46)

Bu duruma göre işçiye bir ayda hafta tatili günleri dahil olmak üzere otuz günlük ücret ödendiği dikkate alındığında, otuz günlük ücret karşılığı olan aylık ücretin: 7,5 saat x 30 gün = 225 saat olarak hesaplanması gerekir.

Öte yandan, bazı işyerlerinde işçi günde sekiz saat çalıştırılmakta olup, bu duruma göre işçinin aylık ücretinin: 8 saat x 30 gün = 240 saat olarak hesaplanması gerekeceği görüşleri ileri sürülmektedir.

İlk bakışta işçinin lehine gibi görünen bu hesaplama aslında işçinin aleyhine olup İş Kanunu'nun benimsemiş olduğu temel ilkelere ve özelliklerle kamu düzenine aykırıdır.

Bu durumun açıklaması şöyledir:

Bilindiği gibi İş Kanunu hükümleri işçi aleyhine daraltılamaz.

Örneğin:

İşçinin asgari ücretin altında ücretle çalışacağı iş sözleşmesinde kararlaştırılamaz.

İş K. 53. maddesine göre yıllık 14 gün olan izin süresi iş sözleşmesiyle 12 güne indirilemez.

İşçinin bu duruma rıza göstermesi de sonucu değiştirmez; zira İş Kanunu hükümlerinin kamu düzenine ilişkin işçiyi koruyucu hükümleri işçi aleyhine azaltılamaz veya daraltılamaz.

Az yukarda belirtildiği gibi, İş Kanunu'na göre günlük yasal çalışma süresi 7,5 saattir.(İş K. 63)

Bu duruma göre aylık yasal çalışma süresi: 7,5 saat x 30 gün = 225 saattir.

Bu duruma göre de, işçinin yasal çalışma süresi olan 225 saatlik sürenin üzerindeki çalışmaları, İş Kanunu'nun kabul ettiği yasal çalışma süresini aşan fazla çalışma olup, bu fazla çalışma sürelerinin ücretleri işçiye % 50 zamlı olarak ödenir (İş K. 41).

Bu konuyu biraz daha açarsak:

Yasanın öngördüğü sürelerin üzerinde fazla çalışma yapmış olan işçiye, her fazla çalıştığı saat için saat ücreti ve ayrıca % 50 zamlı ücret ödenir.

Örneğin, saat ücreti 10,00 TL olan ve bir saat fazla çalışma yapmış olan işçiye fazla çalışma ücreti olarak: 10,00 TL Çalışılmış olan saatin ücreti + 5,00 TL % 50 Zam = 15,00 TL ödenir.

İşçinin günlük çalışma süresinin 8 saat olarak belirlenmesi durumunda, günde 8 saat çalıştırılan işçiye: 8 saat x 30 gün = 240 saatlik süreye göre aylık ücret ödenmekte ve bu şekilde davacı işçi ayda 240 saat çalıştırılmaktadır.

Bu duruma göre, işçi İş Kanunu hükümlerine göre 225 saat olan yasal çalışma süresini aşan 15 saatlik sürede de çalıştırılmakta ve bu şekilde İş Kanunu'nda öngörülen 225 saatlik yasal aylık çalışma süresi aşılacak suretiyle çalıştırılmaktadır.

Bu şekilde işçi 225 saat ile 240 saat arasında 15 saat fazla çalışma yapmaktadır.

Bu duruma göre de, ayda 240 saatlik çalışmaya göre aylık ücreti belirlenen işçiye 225 saat olan yasal çalışma süresini aşan 15 saatlik sürenin ücreti ödenmekte, ancak fazla çalışma süresi olan bu 15 saatlik çalışmanın % 50 zamlı bölümü ödenmemektedir. (İş K. 41)

Bu şekilde, her ay 240 saat çalıştırılarak aylık ücreti tahakkuk ettirilen işçiye her ay yaptığı 15 saatlik fazla çalışmalarının ücretleri yasaya aykırı olarak saat ücreti % 50 oranında artırılmadan eksik ödenmektedir.

Bu duruma göre de, İş Kanunu hükümlerinin işçi aleyhine daraltıldığı ve azaltıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi,işçinin kamu düzenine aykırı olan bu duruma rıza göstermesi de sonucu değiştirmeyecektir.

Böyle bir durumda kanuna karşı hileden de söz edilebilecektir.

Bilindiği gibi kanuna karşı hilenin genel tarifi: “Kanunun yasakladığı bir sonuca yasaklanmış gibi görünmeyen başka bir işlem yapılması suretiyle ulaşılması” şeklindedir.

Öte yandan,Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 19.11.2012 T. 2010/29488 – 2012/38204 Sayılı Kararında da: Yurt dışında günde 8 saatlik süreye göre belirlenen çalışma düzeninin İş K.'nun 41. maddesine aykırı olduğu ve olaya 4857 Sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir.¹

Keza, Yargıtay 9 HD 20.2.2016 T. 2016/19333 - 14689 tarihli kararında da, yurt dışındaki işyerindeki çalışma düzeninin günlük 8 saate göre değil, İş Kanunu hükümlerine göre belirleneceği ve saat ücretinin 225 sayısıyla çarpılarak işçinin aylık ücretinin tespit edilebileceği belirlenmiştir.² (Kaynak, Uyap Yargıtay Sitesi)

Öte yandan, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 26.Hukuk Dairesi'nin 8.2.2017 T. 2017/25 - 2017/100 Sayılı Kararı da aynı doğrultudadır.³

Sonuç olarak:

İşçinin saat ücreti 225 sayısıyla çarpılarak aylık ücret belirlenecektir.

Bir işyerinde günde 8 saat çalıştırılan ve aylık ücreti 240 saate göre belirlenen işçinin yapacağı iş: 225 saat ile 240 saat arasında çalışmış olduğu 15 saatlik fazla çalışma süresinin % 50 zamlı kısmının işverenden ödenmesini talep etmek olacaktır.

1 İşçilik Alacakları Uğur Ocak 2015 Ankara 2.Kitap sh 1.944

2 Kaynak, Uyap Yargıtay Sitesi

3 Bu karar yayımlanmamıştır.

ALT İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI ve GÜVENLİĞİ İLE İLGİLİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Cansu ÖZTÜRK¹

GİRİŞ

Toplumda mal ve hizmet tüketimine olan ihtiyaçlarının artması ve teknolojik gelişmelerin zamanla hızlanması, işverenleri belirli alanlarda uzmanlaşmaya itmiş, böylelikle de uygulamada taşeron adı verilen alt işverenlik kurumu ortaya çıkmıştır. Her ne kadar ilk kez 4857 sayılı kanunla alt işverenlik ilişkisinin tanımı yapılmış olsa da önceki dönemlerde de asıl işveren-alt işveren ilişkileri uygulamada görülmüş hatta 1475 sayılı kanun döneminde özellikle kamu alanında oldukça yaygınlaşmıştır. Bu beraberinde hem iş hukuku hem iş sağlığı ve güvenliği hukuku alanında sorunlara yol açmış; kanun koyucu da buradan yola çıkarak asıl işveren-alt işveren ilişkisini tüm unsurları ve sınırlarıyla 4857 sayılı İş Kanun'unda tanımlamıştır.

Özellikle işverenlerin, kanunların işverene yüklediği sorumluluklardan kurtulma amacı ile hareket etmeleri, onları alt işveren ilişkisi kurmaya yönlendirmiş bu da iş kazalarının bu işyerlerinde artmasına ve toplumda infial yaratacak olayların yaşanmasına neden olmuştur. İşte tüm bu nedenlerle iş sağlığı ve güvenliği bakımından alt işverenlik önemli bir noktayı oluşturmaktadır. İş Kanununda, İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununda ve çeşitli yönetmeliklerde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu işyerleri için bir takım özel düzenlemelere yer verilmiş ve böylelikle işverenlerin kendilerine ait yükümlülüklerden kurtulmak için taşeron işçisi çalıştırmalarının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

I.ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

İki işveren arasında çalışma yaşamında görülen her ilişki "alt işveren ilişkisi" değildir. Ancak, kanunun tanımladığı şekilde bir ilişkinin varlığı, ikisi de işveren olan taraflardan birinin "asıl işveren", diğerinin "alt işveren" olarak nitelenmesine olanak verebilir.² Kanundaki düzenleme dikkate alındığında bir ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olarak kabul edilebilmesi için o ilişkide tanımda belirtilen tüm unsurların bulunması şarttır. Bu unsurlardan birinin yokluğu o ilişkinin asıl işveren-alt işveren

1 İstanbul Barosu Stj. Av.

2 Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, İş Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2014, s. 178

ilişkisi olarak nitelendirilmesini engeller yahut muvazaalı ilişki haline getirir.³

A. ASIL İŞVEREN - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNİN UNSURLARI

a. İşyerinde İşçi Çalıştıran Asıl İşverenin Varlığı

Alt işveren sıfatının kazanılması için asıl işverenin varlığı zorunlu olduğu gibi, bu sıfatın devam edilebilmesi için de asıl işverenin varlığı zorunludur.⁴ Asıl işverenlerin bu sıfatı kaybetmeleri halinde, bunlardan iş alan alt işverenlerin de alt işverenlik sıfatı sona erecektir.⁵ İki taraf birbirinden bağımsız –kendi adlarına ve hesaplarına işçi çalıştıran- iki ayrı işveren olup; hukuki durum ve konumları arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Alt işveren asıl işveren karşısında bir işveren vekili de değildir. Zira alt işveren asıl işverenin nam ve hesabına değil, kendi nam ve hesabına işçi çalıştırmaktadır.⁶

Taraflardan biri işveren sıfatına haiz değilse o ilişki alt işverenlik ilişkisi değildir. Diğer bir deyişle, asıl işverenin o işyerinde işçi çalıştırarak işveren sıfatını koruması için işin bütünüdürün yapılmasını başka kişilere devretmemiş olması gerekir.⁷ Şu halde sözleşmeye göre işin tamamının bir başka işverene bırakıldığı hallerde asıl işverenlik- alt işverenlik ilişkisi mevcut olamaz. Nitekim işin tamamının taahhüt edildiği anahtar teslimi işlerde veya ihale makamının işin tamamının müteahhitte veya birden fazla müteahhitte birlikte veya bölerek verilmesi halinde asıl işverenlik- alt işverenlik ilişkisi yoktur.⁸ Ekleyelim ki, alt işveren ilişkisinin doğumundan söz edebilmek için işyerinde sadece asıl işveren değil İŞK 2/6 uyarınca iş alan kişinin de işçi çalıştırması gerekir. İşyerinin bir bölümünde işi üstlenmekle birlikte bunu kendi başına yapan kişi alt işveren niteliği taşımaz.⁹

3 Nuri Çelik, Nurşen Canikoğlu, Talat Canpolat, İş Hukuku Dersleri, 29. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 57

4 Yargıtay 10. HD, E. 2015/4873, K. 2016/8886, T. 31.5.2016 “Asıl işveren, sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişi olup, asıl - alt işveren ilişkisi için işyerinde asıl iş sahibinin de işçi çalıştırıyor olması gerekmektedir. Sigortalı çalıştırmayan, “işveren” sıfatını kazanamayacağından, bu durumdaki kişilerden iş alanlar da aracı sayılmayacak ve teelsül hükümlerine göre sorumluluk söz konusu olmayacaktır.”

5 Talat Canpolat, *Türk İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri*, İstanbul, Kazancı Yayınları, s. 21

6 Ünal Narmanlıoğlu, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar”, Vefa Toplantıları (II), İstanbul, 2008

7 Sarper Süzek, İş Hukuku, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s.165

8 Mollamahmutoğlu, Astarlı, *a.g.e.*, s. 183; Süzek, *a.g.e.*, s. 165

9 Süzek, *a.g.e.*, s.166

b. İşyerinde Yürütülen Mal Ve Hizmet Üretimine İlişkin Bir İşin Verilmesi

Asıl işveren- alt işveren ikinci unsuru işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işin devredilmesidir. Bu husus madde gerekçesinde de belirtilmiştir. Bu nedenle işyerinde yürütülen işin bir bölümü ya da yardımcı bir iş dışında bir iş başka bir işverene verildiğinde, bu işverene ait işyerinde yapılırsa da, bu ilişki asıl işveren alt işveren ilişkisi değildir.¹⁰ Yasada devamlılık koşulu aranmadığından, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimi ile ilgili olan, ancak çok kısa süreli olmamak kaydıyla belirli bir süre sonra sona eren işlerde de alt işveren ilişkisi kurulabilir.¹¹ Üstlenilen işin geçici, kısa veya kısa sayılabilecek bir zaman dilimini kapsamaması, örneğin diğer işverene verilen işin niteliğine göre bir hafta veya on beş gün devam etmesi, bir promosyon işinde iki aylık yahut bir bina inşaatında üç dört ay süren işin üstlenilmesi veya uygulamada çok sık görüldüğü üzere temizlik veya taşıma işlerinin bir yıllık bir süre üstlenilmesi asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulmasına engel olmaz.¹²

c. İşletmenin Ve İşin Gereği İle Teknolojik Uzmanlık Gerektiren Bir İş Olması

Kanun koyucu asıl işveren- alt işveren ilişkisinin kurulmasını konu bakımından da sınırlandırmıştır. Keza her türlü işin alt işverene verilmesi mümkün değildir. Asıl işveren iş yerinde yürüttüğü mal ve hizmet üretimine yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri alt işverene verebilir. 2. maddenin gerekçesinde bu husus “buna karşı işyerinde yürütülen asli ve yardımcı işler dışında iş alan bir işverenin, örneğin işyerinde ek bir inşaatın yapılması ya da bina onarım işini alan diğer işverenin alt işveren olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.” şeklinde belirtilmiştir.¹³

İş kanununun 2. Maddesinin 6. Ve 7. Fıkralarına ilişkin değişiklik önergesinin gerekçesinde yardımcı işlerin herhangi bir sınırlama olmaksızın alt işverene verilebileceği belirtilmiştir. Gerek iş hukuku öğretisinde gerek Yargıtay uygulamasında da yardımcı işlerde muvazaa oluşturmamak kaydıyla, bir koşul ve sınırlama olmaksızın kurulabileceği kabul edilmektedir.¹⁴ Yargıtay kararlarına göre güvenlik ve itfaiye işleri, otomas-

10 Çelik, Canikoğlu, Canpolat, *a.g.e.*, s. 57

11 Süzek, *a.g.e.*, s. 167

12 Münir Ekonomi, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması Ve Sona Ermesi”, Vefa Toplantıları (II), İstanbul, 2008, s. 31

13 Mehmet Anıl Arslanoğlu, İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler, Legal Yayınları, İstanbul, 2005, s. 103

14 Sarper, *a.g.e.*, s. 167

yon veri hazırlama ve kontrol işleri, kreş ve bakımevi işleri, forklift hizmetleri, şubeler arası evrak toplama ve dağıtım işler, otel işyerinde garaj ve oto yıkama işleri yardımcı iş kapsamındadır.¹⁵ Yine toplama, tahmil ve tahliye ile yükleme işleri yardımcı işler olarak değerlendirilmelidir. Her ne kadar yardımcı işler bu şekilde sayılmış olsa da, asıl işverenin faaliyet alanına göre asıl iş ve yardımcı iş kavramları değişebilecektir. Örneğin asıl işi yük ve taşımak olan bir işveren bakımından taşıma işleri asıl iş kapsamındadır.¹⁶

Kanuna göre asıl işin bir bölümünde asıl işveren- alt işveren ilişkisi kurulabilmesi için ise; alt işverene verilen işin, işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş olması gerekir. Dolayısıyla alt işverenin üstlendiği işin işletmenin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş değilse bu ilişki kanuna uygun bir şekilde kurulmuş olmayacaktır. Ayrıca kanunun ifadesindeki 'ile' öğretide tartışmalara neden olmuştur.¹⁷ Yargıtay kararında ise konu tam bir açıklık içinde tartışılmadan ve ayrıntılı gerekçelere girmeden kanun hükümleri aynen tekrar edilerek sonuca gidilmiştir.¹⁸ Ancak karar sonuçlarına bakıldığında yüksek mahkemenin asıl işin bir bölümünün alt işverene verilmesine ilişkin "işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işler" hükmüyle getirilen sınırlamayı, şartların "ile" sözcüğü "ve" anlamında yorumlayarak, her ikisinin birlikte olmasını arayan görüşü temsil ettiği kabul edilmektedir.¹⁹

d. İşin Asıl İşverene Ait İşyerinde Yapılması

Asıl işveren- alt işveren ilişkisinin ortaya çıkabilmesinin diğer koşulu, alt işveren tarafından yerine getirilen işin asıl işverene ait işyerinde yapılmasıdır. Alt işveren, işçilerini asıl işverene ait işyerinde çalıştırıyor

15 Yargıtay 9 HD, E. 2008/17081, K. 2008/12162, T. 12.5.2008 "Dava dışı... şirketi davalılara artış yerinde yardımcı iş mahiyetindeki temizlik ve yemekhane hizmetlerini üstlendiğinden, davalılar ile dava dışı şirket arasında asıl-alt işveren ilişkisi vardır.

16 Osman Güven Çankaya, Şahin Çil, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s.23

17 Çelik, Canikoğlu, Canpolat, *a.g.e.*, s. 61; Süzek, *a.g.e.*, s.168; Mollamahmutoğlu, Astarlı, *a.g.e.*, s. 186

18 Yargıtay 22. HD, E. 2016/9659, K. 2016/13287, T. 4.5.2016 "4857 Sayılı Kanun'un 2. maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisini sınırlandırılması yönünde kanun koyucunun amacından da yola çıkılarak asıl işin bir bölümünün alt işveren verilmesinde "işletmenin ve işin gereği" ile "teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işler" ölçütünün bir arada olması gerektiği belirtilmelidir. 4857 Sayılı Kanun'un 2. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında tamamen aynı biçimde "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işler" sözcüklerine yer verilmiş olması bu kararlılığı ortaya koymaktadır

19 Münir Ekonomi, *a.g.m.*, s. 27; Mollamahmutoğlu, Astarlı, *a.g.e.*, s.186

olmalıdır. Bu bakımdan da bir işverenden iş alan, ancak işi kendi işyerinde gören işveren (fason üretim yapan) ile diğeri arasında böyle bir ilişki doğmaz.²⁰ Bununla beraber “işverenin işyerinde yürütülen iş” ifadesi dar yorumlanmamalıdır. Bu ifadeyle işin mutlaka işyerinin coğrafi sınırları içinde getirilmesi koşulu aranmamıştır.²¹ İşverenin ürettiği mal ve hizmet ile nitelik yönünden bağlantılı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerler (işyerine bağlı yerler) ile dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden ve mesleki eğitim ve avlu gibi eklentiler ve araçlar da işyerinden sayılacaktır. Dolayısıyla işyeri olarak sayılan bu yerlerde de alt işverenlik oluşturulabilecektir.²²

e. Alt İşverenin İşçilerini Yalnızca Asıl İşverenden Alınan İşte Çalıştırması (Münhasırlık Koşulu)

Son olarak da alt işveren işçilerini sadece asıl işverenin işyerinde çalıştırması gerekmektedir. (münhasırlık koşulu). Burada önemli olan husus alt işverenin hükmünde de belirtildiği gibi bu iş için görevlendirdiği işçilerini, diğeri bir deyişle bir grup işçisini asıl işverenin işine tahsis etmesi ve bu işçilerin kural olarak sadece bu işyerinde istihdam etmesi, aldığı başka işlerde çalıştıramamasıdır.²³ Alt işveren işçilerini başka işyerlerinde saatlik veya günlük olarak görevlendirmesi durumunda bu işçiler yönünden asıl işveren- alt işveren ilişkisinin kurulmadığı çok rahatlıkla ulaşılabilecektir.²⁴ Hemen belirtelim ki alt işverenin işçilerinin bir kısmını çalıştırmış olması asıl işveren-alt işveren ilişkisini kurulmasına engel olmaz ancak bu ilişki sadece asıl işverenin işyerindeki işlerde çalışan işçilerle sınırlı olmak üzere kurulmuş olur.²⁵ Kanunun, alt işverenlik kavramını, bir işverenin diğeri işverenden aldığı işte çalıştırdığı işçilerini sadece o işyerinde çalıştırması koşuluna bağlamasının temel nedeni, asıl işverenin sorumluluğuna tatminkâr bir izah vermektir.²⁶

20 Çelik, Canikoğlu, Canpolat, *a.g.e.*, s.61

21 Süzek, *a.g.e.*, s.166

22 Arslanoğlu, *a.g.e.*, s.113; yazar, eklentilerde gerek mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerin yardımcı işlerin gerekse işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerin bu kısımlarda yapılabilmesini mümkün görmemektedir ve eklentilerde alt işverenlik ilişkisinin kurulamayacağı kanaatindedir.

23 Süzek, *a.g.e.*, s. 166

24 Çankaya, Çil, *a.g.e.*, s. 2

25 Ekonomi, *a.g.m.*, s. 51

26 Mollamahmutoğlu, Astarlı, *a.g.e.*, s. 190

II. İŞ SAĞLIĞI ve GÜVENLİĞİ KANUNU BAKIMINDAN ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ ve HUKUKİ SORUMLULUK

A. GENEL OLARAK

Yukarıda da belirtildiği üzere alt işverenin asıl işverenden bağımsız olarak kendine ait bir “işveren” sıfatı bulunmaktadır. Bundan dolayı 6331 sayılı İSGK uyarınca işverenler için öngörülmuş tüm yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir.²⁷ Alt işverenin bu önlemleri alacağı muhakkak olmakla beraber asıl işverenin, alt işverenin işçileri üzerinde bu yükümlülükleri olup olmadığı öğretide tartışmalıdır.

Öğretide bununla ilgili olarak bir görüş: “Alt işverenin işçisiyle, asıl işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığı için işin görülmesiyle ilgili olarak asıl işverenin alt işveren işçilerine talimat vermesi mümkün değildir. Ancak alt işverenin özellikle iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili davranışlarıyla alakalı olarak asıl işveren, alt işveren işçilerine talimat verebilir ve alt işveren işçileri bu talimata uymak zorundadır” şeklindedir.²⁸ Bir diğer görüş ise, asıl işverenle alt işveren işçileri arasında “edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri” ile bağlantılı bir görüş ileri sürmüşlerdir. Bu görüşe göre: “Alt işverenin işyerine dâhil olarak asıl işverenle bir teması girdiğini, bu sosyal temasın ise ²⁹ asıl işverenin işyerinde alt işverenin işçilerine karşı koruma yükümlülüğü içeren güven ilişkisinin ortaya çıkardığını, bu suretle alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında bir borç ya da iş ilişkisinin kurulduğunu, bunun en önemli sonucunun ise işçi sağlığı ve iş güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde ortaya çıkacağını, bu önlemleri almayan asıl işverenin alt işveren işçilerine haksız fiile göre değil aralarında mevcut olan borç ilişkisine dayanarak sözleşmenin ihlali hükümlerinden yararlanacaktır.”³⁰

27 Kanunda işveren için getirilmiş yükümlülükler şunlardır; risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü, acil durumlara ilişkin yükümlülüğü, sağlık gözetimi yapma yükümlülüğü, denetleme, bilgilendirme ve eğitim verme yükümlülüğü, çalışan temsilcisi görevlendirme yükümlülüğü, çalışanların görüşlerinin alınması ve katılımların sağlanması yükümlülüğü, aranan koşulları taşınması halinde iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğü, işyeri ağılık ve güvenlik birimi oluşturma ile işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüğü, iş sağlığı ve güvenliğinin koordinasyonunu sağlama yükümlülüğü

28 Gizem Sarıbay Öztürk, İş Sağlığı Ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari Ve Cezai Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 114

29 Sarıbay Öztürk, a.e, s. 116; asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkide sosyal temas; alt işveren işçisinin, her ne kadar işvereni alt işveren olsa da, asıl işverenin işyerinde çalışmakla, hem maddi hem de manevi değerlerin asıl işverenin hukuki tasarruf alanı olan işyerinde dâhil etmesi anlamına gelmektedir.

30 Narmanhoğlu, a.g.m, s.63

Esasında iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri bakımından asıl işverenin kendi işçileri ile alt işverenin işçileri arasında fark bulunmamaktadır. Bu konudaki tartışmaların son bulması adına İSGK'unda asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri bakımından sorumlu olduğu açıkça belirtilmesi gerekir.

Çalışmamızın konusu bakımından önem arz eden bir başka husus ise, asıl işveren ve alt işverenin müteselsil sorumluluğunun 6331 sayılı İSGK'nın uygulanması bakımından da söz konusu olup olmayacağıdır. Her ne kadar İş Kanununun iş sağlığı ve güvenliğini düzenleyen 77 ve devamı maddeleri 6331 sayılı kanunla mülga edilmiş olsa da; 6331 sayılı İSGK'nın 27. Maddesinin 1. fıkrasında "... Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4857 sayılı kanunun bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır." düzenlemesiyle müteselsil sorumluluğun devam ettiği sonucuna ulaşılabilir.³¹

Alt işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri bakımından kanunda işverenler için öngörülmüş tüm yükümlülüklerle tabi olduğunu yukarıda da belirttilmişti. Bunun dışında asıl önemli olan asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulmuş olduğu işyerlerinde, yani iki işverenin bulunduğu işyerleri için yükümlülüklerin nasıl şekilleneceğidir. Aslında her iki işverene ait işyerlerinin ayrı kabul edildiği göz önüne alındığında her işveren için iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri ayrı ayrı şekillenecektir. Ancak kanun koyucu iş sağlığı ve güvenliğinin aynı mekanı paylaşan alt işveren ve asıl işveren tarafından hakıyla yerine getirilmesi bakımından asıl işverene bazı istisnai yükümlülükler getirmiştir. İşte bu yükümlülükler şunlardır;

B. ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN BİLGİLENDİRİLMESİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ ve HUKUKİ SORUMLULUK

Kanuna göre, işveren işçilerini, işlerinde karşılaşılabilecekleri, sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler, kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar, ilkyardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler konusunda bilgilendirecektir.³² (m.16/1)

31 İbrahim Aydınlı, "6331 Sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu'nda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinde Asıl İşverenin Sorumluluğu Ve Hukuki Niteliği", VII. Uluslararası İş Sağlığı Ve Güvenliği Konferansı, İstanbul, 2014, s.17

32 Yargıtay 21. HD, E. 2015/17839, K. 2016/4837, T. 21.3.2016 " 6331 sayılı yasa uyarınca, işverenler iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçilerini karşılaşılabilecekleri mesleki riskler ile buna karşı alınması gerekli tedbirler ve yasal hak ve sorumluluklar konusunda bilgilendirmek için gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar. Buna karşılık işçiler ise iş sağlığı ve güvenliği konusunda işverenin aldığı her türlü önleme uymakla yükümlüdürler."

Alt işverenin kendi işçilerine karşı bu yükümlülükleri bulunduğu aşıkârdır. Asıl işverenin alt işveren işçilerine karşı bu yükümlülüğü ise doğrudan kanunla düzenlenmemiştir. Ancak İSGK 16/2-b: “Başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların belirtilen bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu çalışanların işverenlerine gerekli bilgileri verir.” denilerek öncelikle asıl işveren-alt işveren ya da geçici iş ilişkisi çerçevesinde işyerine gelen işçilere karşı da işverenlerin bu yükümlülükleri olduğu öngörülmüştür.³³ Başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanlar kapsamında, eser sözleşmesi ile çalışan müteahhit işçileri veya kamu görevlileri bakımından geçici görevle gelenler de yer alabilecektir.³⁴ Öğretide tedarikçi firma kapsamında gelen çalışanlar bakımından da aynı yükümlülüğün söz konusu olacağı belirtilmiştir.³⁵ Ancak asıl işverenin bu yükümlülüğü doğrudan alt işverenin işçilerine karşı değildir. Asıl işveren, bilgilendirme yükümlülüğü kapsamındaki bilgilerin alınmasını sağlamak üzere, söz konusu işçilerin işverenlerine yani alt işverene gerekli bilgileri verme yükümlülüğü altındadır.³⁶ İşveren aynı zamanda 12. maddede belirtilen ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalan veya kalma riski olan bütün çalışanları, tehlikeler ile bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alınacak tedbirler hakkında derhal bilgilendirme yükümlülüğü altına da sokulmuştur. (İSGK m 16/2-a) Yani bu madde bakımından değerlendirecek olursak da asıl işveren, kendi işçisi veya alt işveren işçisi olup olmamasına bakmaksızın, ciddi ve yakın tehlike ortamında çalışan bütün işçilere bu konudaki bilgilendirmeyi doğrudan ve derhal yapacaktır. Ancak ciddi ve yakın tehlike ortamında çalışmayan alt işveren işçileri için bilgilendirme, doğrudan alt işveren işçilerine değil, yine alt işverene (yani alt işveren işçilerin işverenine) yapılacaktır.³⁷ Risk Değerlendirmesi Yönetmeliğine göre ise: “İş yerinde çalışan temsilcileri ve başka işyerinde çalışmak üzere gelen çalışanlar ve bunların işverenleri, işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile düzeltici ve önleyici tedbirler hakkında bilgilendirecektir.” denilerek “başka işyerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar” da bu kapsamda sayılmıştır. Bu iki madde beraber değerlendirildiğinde, asıl işveren işyerindeki riskler bakımından bilgilendirme yükümlülüğünü, hem alt işverene hem de doğrudan alt işveren işçilerine karşı yerine getirmesi isabetli olacaktır.³⁸

33 Sarıbay Öztürk, *a.g.e.*, a. 29; Mollamahmutoglu, Astarlı, *a.g.e.*, s. 1205

34 Gülsevil Alpagut, “İş Sağlığı Ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri Ve Risk Değerlendirmesi”, İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu Tasarısı Semineri, Ankara, 2012, s. 38

35 Erdem Özdemir, İş Sağlığı Ve Güvenliği Hukuku, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.279

36 Mollamahmutoglu, Astarlı, *a.g.e.*, s. 1205

37 Aydın, *Asıl İşverenin Hukuki Sorumluluğu*, s. 4

38 Özdemir, *a.g.e.*, s. 371

İşyerlerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmeliğe de bu konuda özel bir düzenleme getirilmiştir. “İşverenler, varsa alt işveren ve geçici iş ilişkisi kurulan işverenin çalışanları ile müşteri ve ziyaretçi gibi işyerinde bulunan diğer kişileri acil durumlar konusunda bilgilendirir.” şeklindeki madde ile asıl işverenlerin işyerlerindeki acil durumlar hakkında, alt işveren işçilerini doğrudan bilgilendireceği hüküm altına alınmıştır.

Sonuç olarak asıl işverenin alt işverene ve işçilerine karşı olan bilgilendirme yükümlülüğü hem iki işveren arasındaki hukuki ilişkiden (edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi kabul edildiğinde) hem de 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda öngörülen aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğünden hem de yönetmeliklerden kaynaklanmaktadır.

Asıl işveren bilgilendirme yükümlülüğüne uymayıp işçilerin işverenlerini yani alt işverenleri bilgilendirmemesi halinde, bundan sorumlu olacaktır. Çünkü alt işverenin işçisini çalıştırdığı yerin sahibi olan asıl işveren; işyerinin teknik özelliği ile ilgili bilgileri alt işverene vermeme sonucunda, alt işverenin buna göre tedbir almaması sonucunda iş kazası ve meslek hastalığına maruz kalabilir. Aynı zamanda, ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalınabilecek ortamlarda çalışan alt işveren işçilerinin kanunda belirtilen hususlar konusunda bilgilendirilmeleri halinde, asıl işveren alt işverenle beraber sorumlu olacaktır. Bir başka ifadeyle bu konuda bir bilgisizlik nedeniyle alt işveren işçisinin iş kazası ya da meslek hastalığına maruz kalması halinde asıl işveren, alt işveren ile beraber işçiye karşı hem müteselsilen hem de doğrudan sorumlu olacaktır.³⁹

C. ALT İŞVEREN İŞÇİLERİNİN EĞİTİMİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ ve HUKUKİ SORUMLULUK

Bir toplumda iş sağlığı ve güvenliğinin gerçekleşebilmesi için öncelikle iş sağlığı ve güvenliği bilincinin oluşturulması zorunludur. Anayasada, kanunlarda ve tüm iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında getirilen hukuki güvence mekanizmaları ne kadar iyi düzenlenmiş olursa olsun, ilgili tüm çevre ve kişilerde bu güvenceleri korumak ve işletmek konusunda yeterli bir bilinç oluşturulamamışsa kâğıt üzerinde kalan temenniler olmaktan başka bir anlam taşımayacaktır.⁴⁰ Bu nedenle kanun koyucu iş sağlığı ve güvenliği konusunda işçilerin yeterli bilgi ve bilinç düzeyine ulaşması için işverene İSGK ile eğitim verme ve bilgilendirme yükümlülüğü getirmiştir. İSGK’nın gerekçesinde de, iş sağlığı ve güvenliği konusunda bütün sorumluluk işverene verilmiş olmakla birlikte, çalışanların iş sağlığı ve

39 Aydınlı, *Asıl İşverenin Sorumluluğu*, s. 6

40 Süzek, *a.g.e.*, s.870

güvenliğinin sağlanmasına katkılarını arttırmanın en etkili yolunun eğitim olduğu belirtilmiştir. Yeterli eğitim alan ve işyerindeki riskler konusunda bilgilendirilmiş olan çalışanlarda kendi hayatlarına değer verme olgusunun gelişmesiyle birlikte, güvenlik kültürünün oluşturulması hedeflenmiştir. Bu yolda olmak üzere, işveren, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini almasını sağlar. Çalışan temsilcileri özel olarak eğitilir. Yapılacak eğitimin usul ve esasları “Çalışanların İş Sağlığı Ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik” ile belirlenmiştir.⁴¹

Konumuz bakımından önemli olan hususlar ise şunlardır;

Tehlikeli ya da tehlikeli sınıfta olan işlerde işverenler, kendilerine çalışmak üzere başvuran işçilerin bu işlerde çalışabileceğine dair eğitim belgesine sahip olduklarına dikkat etme yükümlülüğü altındadırlar. Aynı zamanda işverenler, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen işçilerin de, tehlikeli işlerde çalışabileceğine dair eğitim belgesine sahip olduklarını kontrol etmelidir aksi halde bu işçiler de bu işyerinde çalıştırılmayacaktır. Hemen devamında ise ödünç iş ilişkisi ile işyerinde çalıştırılanların, doğrudan ödünç alan işverenlerce eğitime tabi tutulacağı belirtilmiştir. Böylece İş Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrası ile paralellik kurulmuştur. Ancak kanunda iş sağlığı ve güvenliği eğitiminin kimin tarafından verileceği geçici yani ödünç iş ilişkisinde gösterilmesine rağmen, alt işveren işçisinin eğitiminin kimin tarafından verileceği açıkça hükme bağlanmamıştır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi “başka işyerlerinden çalışmaya gelen işçiler ” den kasıt, alt işveren ve geçici işçiler ise, eğitimin kimin tarafından verilmesi gerektiği de aynı deyim altında beraber hükme bağlanmalıydı.⁴²

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin 7. fıkrasında belirtilen asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulan işyerlerinde, alt işverenin çalışanlarının, eğitim programlarının hazırlanması ve uygulanmasından, eğitimler için uygun yer, araç ve gereçlerin sağlanmasından, çalışanların bu programlar katılmasından ve son olarak eğitim programı sonunda katılanlar için katılım belgesi düzenlenmesinden asıl işveren alt işverenle birlikte sorumlu olacaktır. (Çal. Eğit. Yön. m 5/3) Dikkat edilecek olursa; yönetmelikte asıl işverenin, iş yerinde çalışan alt işveren işçilerine karşı doğrudan eğitim verme yükümlülüğünden söz edilmemekte fakat alt işveren işçilerinin eğitimlerinden asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumlu olduğu öngörülmektedir.

41 Sarıbay Öztürk, *a.g.e.*, s.30

42 İbrahim Aydın, “İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu Tasarısında Ve Veya Kanunu'nda Alt İşveren- “... Başka İşyerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar...” Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S. 26, 2012, s. 21

Her ne kadar asıl işveren, alt işveren işçilerine karşı eğitim verme yükümlülüğü bakımından alt işverenle birlikte sorumlu olsa da asıl işverenin, alt işveren işçilerine doğrudan eğitim verme yükümlülüğü olduğu da söylenemez. Bu durumu şu şekilde açıklamak doğru olacaktır. Alt işveren kendine ait bağımsız işveren sıfatına sahiptir ve kendi işçilerine karşı iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri almak ve gerekli eğitimleri verme yükümlülüğü altındadır ve asıl işverenin, alt işveren işçileri üzerinde doğrudan emir ve talimat verme yetkisi bulunmadığı için, doğrudan eğitim verme yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁴³

İş Sağlığı Ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik'te de, asıl işveren ve alt işverenin birlikte iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurması halinde kurul üyelerinin eğitimi bakımından da asıl işveren ile alt işverenin birlikte sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır.

Söz konusu yükümlülükler asıl işveren uymadığı takdirde diğer yükümlülüklerde olduğunun aksine 6331 sayılı kanunun 26. maddesinde para cezası öngörülmemiştir. Böyle olsa da asıl işveren söz konusu ortamlarda çalışacak olan alt işveren işçilerine gerekli eğitimi aldırmasa ya da aldığına dair belgesi olup olmadığının denetimini yapmadan işe başlamasına neden olursa; bu işçinin bu yüzden uğrayacağı iş kazası ya da meslek hastalığından yönetmelikte de belirtildiği gibi asıl işveren alt işveren ile beraber sorumlu olur. Çünkü alt işveren işçileri asıl işverenin işini görmemektedirler ve bu işin yapıldığı ve işçilerin çalıştığı mekânda, fiziken asıl etkili, hukuken de asıl etkili olan asıl işverendir. Bundan dolayı da asıl işverenin böyle bir sorumluluk altına sokulması hakkaniyet gereği olmaktadır.⁴⁴

D. RİSK DEĞERLENDİRMESİ SÜRECİNDEKİ YÜKÜMLÜLÜKLER ve HUKUKİ SORUMLULUK

Risk değerlendirmesini genel olarak şu şekilde tanımlayabiliriz: “Çalışanların ruh ve vücut bütünlüğüne zarar verebilecek tehlikelerin belirlenmesi ve bu tehlikelerden doğabilecek risklerin analiz edilmesi”. İş sağlığı güvenliği çalışmaları içinde yeni gelişen proaktif yaklaşımın kaynağını oluşturan risk değerlendirmesi, işyerinin kendine has sağlık ve güvenlik koşullarının değerlendirilmesini ve önlemlerin buna göre belirlenmesini sağlamaktadır. Her ne kadar işyerleri sınırsız sayıda riske sahip olsa da ve bunların tamamının bilinip tespit edilmesi mümkün olmasa da risk değerlendirme çalışmaları, iş sağlığı güvenliğini sağlamada çok önemli bir adımdır.⁴⁵

43 Özdemir, *a.g.e.*, s. 371

44 Aydın, *Asıl İşverenin Sorumluluğu*, s. 7

45 Berrin Filizöz, Ayşe Kocabacak, *Türkiye’de İş Sağlığı Ve Güvenliği Uygulamaları*, Seçkin Yayıncılık, s.172

6331 sayılı İSGK'ya göre işveren iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür.⁴⁶ Ancak işverenin sorumluluğu risk değerlendirmesi yapılması ile bitmemekte, aynı zamanda azaltıcı tedbirlerin alınması ve bu tedbirlerin işyeri organizasyonu içerisinde uygulanabilir nitelikte olmasının gerektiği gibi, gerekli koruyucu donanım ve ekipmanın kullanılmasının sağlanması da gerekmektedir.⁴⁷

Risk değerlendirilmesine yer verilmeyen bir iş sağlığı güvenliği sisteminin düşünülmesi mümkün değildir. Risk Değerlendirmesi Yönetmeliğinde, risk değerlendirmesinin tüm işyerlerinde kuruluş aşamasından başlamak üzere tehlikeleri tanımlama, riskleri analiz etme ve kontrol altına alma ve yapılan çalışmaları gözden geçirme aşamaları izlenerek gerçekleştirileceği öngörülmüştür. Gerçekten risk değerlendirmesi daha kuruluş aşamasından itibaren tüm tehlikelerin tespiti ve risklerin belirlenmesi ile bunların önlenmesine yönelik çalışmaları ifade eder ve işletmenin faaliyet süresince yenileme ve gözden geçirmelerle devam eder. Yönetmelikte, tehlikeleri tanımlama, risk analizi, risk kontrol adımları, risk değerlendirmesinin gözden geçirilmesi ve yenilenmesi süreçleri tek tek ele alınmıştır. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus; işyerini karmaşık süreç ve yöntemlerle karşı karşıya bırakmayacak, işverenler tarafından kolay anlaşılabilir ve hayata geçirilebilir, pratik ve makbul bir sisteminin benimsenmesidir.⁴⁸

Asıl işveren ve alt işveren ilişkisinin olduğu işyerlerinde risk değerlendirmesinin nasıl yapılacağı Risk Değerlendirmesi Yönetmeliğin 15. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, bir veya daha fazla alt işveren bulunması halinde, her alt işveren yürüttüğü işle ilgili olarak gerekli risk değerlendirmesi çalışmalarını yapar veya yaptırır. Alt işverenlerin risk değerlendirmesi çalışmaları konusunda asıl işverenin sorumluluk alanları ile ilgili ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeler asıl işverence sağlanır. Asıl işveren, alt işverenle yürütülen risk değerlendirmesi çalışmalarını denetler ve bu konudaki çalışmalarını koordine eder. Alt işverenler hazırladıkları risk değerlendirmesinin bir nüshasını asıl işverene verir. Asıl işveren, bu

46 Yargıtay HGK, E. 2013/21-102, K. 2013/1456, T. 9.10.2013 "...Bu çerçevede işverenin, "çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü" olduğu belirtildikten sonra, yapacağı ve uymakla yükümlü bulunacağı birtakım esaslara yer verilmiştir. Bunun gibi 5. maddede, işverenin anılan yükümlülükle gerçekleştireceği korunma sırasında uyacağı ilkeler belirlenmiştir. 10. maddede ise, işyerinde sağlık ve güvenlik sağlanırken, işverenin yapacağı risk değerlendirmesi çalışmasında dikkate almakla yükümlü bulunduğu hususlar belirlenmiştir."

47 Mehmet Yazıcı, İş Sağlığı Ve Güvenliğinde Risk Yönetimi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 193

48 Alapagut, a.g.m, s. 29

çalışmaları bütünleştirerek, risk kontrol tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.

Yönetmeliğin risk değerlendirmesinin örneğinin alınması ve asıl işverenin kendi çalışmaları ile bütünleştirilmesi son derece isabetli olmakla birlikte, asıl işverene yükletilen risk kontrol tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığını izleme, denetleme ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlama yükümlülüğü için aynı değerlendirmeyi yapmak mümkün değildir. Alt işverenlik “uzmanlık” temeline dayalı olduğu ve yardımcı işlerin dahi artık kendi içinde uzmanlık gerektiren işler olduğu dikkate alındığında, bu işte uzman olduğu kabul edilen alt işverenin kendi risk değerlendirmesini yapması, uygun donanım ve tedbirleri belirlemesi ve bunları uygulaması söz konusu olmalıdır. Asıl işverenin yükümlülüğü alt işveren tarafından yönetmeliğe uygun şekilde risk değerlendirmesinin yapıldığının denetlenmesi, bunun asıl işverenin risk değerlendirmesi ile bütünleştirilmesi ve koordinasyon sağlaması noktalarında olmalı ve bununla da sınırlı kalmalıdır. “İzleme”, “denetleme”, “uygunsuzluğu giderme” gibi kavramlar, iş sağlığı ve güvenliği hukukunda ucu açık ve her yere çekilebilecek, hukuk güvenliğini ortadan kaldıracabilecek bir nitelik taşımaktadır. Bunların yönetmelikte öngörülmesi de İş Kanununa aykırı olmuştur. Buna göre, kanunda öngörülen bu yükümlülüklerin operasyonel olarak değil teknik olarak ele alınarak yorumlanması isabetli olacaktır. Yani asıl işverenlerin alt işverene yapacakları yazışmalarda uygunsuzlukları belirtmeleri, düzenli olarak işverenden raporlama yapmasını istemeleri, alt işverenin de temsilcisinin katılacağı iş sağlığı ve güvenliği kurullarında uygunsuzlukları tespit ederek yapılması gereken aksiyonları karar altına almaları isabetli olacaktır.⁴⁹

E. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI ve GÜVENLİĞİ KURULU KURMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜ ve HUKUKİ SORUMLULUK

İşverenin en önemli yükümlülüklerinden biri iş yerinin iş sağlığı ve güvenliği konusunda örgütlenmesidir. İş sağlığı ve güvenliği dış denetiminin yetersizliği ancak işyeri örgütünün iş güvenliği konusundaki çabaları ve iç denetimlerde giderilebilir.⁵⁰ İSGK m. 22 ile getirilen düzenlemeye göre, elli veya daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süreli işlerin yapıldığı iş yerlerinde, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturulacağı, işverenin iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygulayacağı öngörülmüştür. Görüldüğü üzere İSGK, İş Kanunu mülga m. 80'den farklı olarak, iş sağlığı ve güvenliği

49 Özdemir, *a.g.e.*, s.373

50 Süzek, *a.g.e.*, s. 878

kurulu oluşturması gereken işyerinin sanayiden sayılması koşulunu kaldırmıştır. Dolayısıyla artık sanayi işi dışında, ticari iş yapan ya da tarım ve orman iş yapan işyerlerinde de iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurulmak zorundadır.⁵¹ İş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulması konusunda, “sürekli işlerin yapıldığı iş yerleri”, yani nitelikleri bakımından otuz iş gününden çok süren işlerin görüldüğü iş yerleri esas alınmakla birlikte; bunlardan sadece “altı aydan fazla sürekli işlerin yapıldığı iş yerlerinin” işvereni, kurul oluşturma yükümlülüğü altına sokulmuştur.⁵²

İSGK bakımından da iş sağlığı ve güvenliği kurulu bir danışma organı niteliğinde değildir. İSGK’unda işverenin, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına uygun kurul kararlarını uygulayacağı, bu yükümlülüklerine uymaması halinde de idari para cezası ile karşılaşacağı belirtilmiştir.⁵³ (m. 26/1-i) Kurul kararları ile bağlılık, kurulu oluşturan işveren bakımından değil, aynı zamanda kurula temsilci göndermekle yükümlü olan alt işveren bakımından da geçerli kabul edilmelidir. Zira aksi halin kabulü halinde, asıl işveren alınan kararın uygulanmasını sağlamakla yükümlü olurken, alt işveren işbirliği ve koordinasyonun sağlanması amacıyla kendisine yüklenen vekil gönderme yükümlülüğünü yerine getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir.⁵⁴

Son yıllarda özellikle alt işveren iş yerlerinde ölümlü ve yaralanmalı iş kazalarının sıklıkla ortaya çıkması nedeniyle İSGK’da iş yerinde kurulan alt işverenlik ilişkilerinin, iş yerindeki işçi sayıları bakımından iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulmasını engelleme amacıyla kullanılmasının önüne geçebilmek için ve işyerinde asıl işveren ve alt işveren tarafından oluşturulan kurulların koordinasyonunu sağlamak için bazı düzenlemelere yer verilmiştir.⁵⁵ İSGK işyerindeki aynı coğrafi alan üzerinde faaliyet gösteren asıl işveren ile alt işvereni dikkate alarak, her ikisinin de çalışmaları altı aydan çok sürdüğü takdirde bunların oluşturacakları kurulları bir bütün olarak değerlendirmiş ve her halükarda, birinden birinde iş sağlığı ve güvenliği kurulunun bulunmasını göz önünde bulundurulmuştur. Buna göre ancak faaliyeti altı aydan kısa sürmesi veya asıl işveren ile alt işveren çalışanlarının toplam sayısı elliden az olduğu takdirde, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun varlığı aranmayabilecektir. Alt

51 Sarıbay Öztürk, *a.g.e.*, s. 36; Süzek, *a.g.e.*, s. 881; Mollamahmutoğlu, Astarlı, *a.g.e.*, s. 1237; Alpagut, *a.g.e.*, s. 33

52 Tankut Centel, “İş Sağlığı Güvenlik Kurullarının Kuruluşu Ve İşleyişi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2013, s. 14

53 Mollamahmutoğlu, Astarlı, *a.g.e.*, s. 1238

54 Gaye Baycık, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013, s. 115

55 Mollamahmutoğlu, Astarlı, *a.g.e.*, s. 1238; Süzek, *a.g.e.*, s.884-88

işverenlik ilişkisinin altı aydan az veya çok sürmesine bakılması eleştirilerek,⁵⁶ böyle bir ayırımın haklı gerekçesini bulmanın güç olduğu belirtilmektedir. Ancak alt işverenin de sonuçta bir işveren olması ve İSGK m. 22/2 ilk fıkrası ile birlikte ele alınması zorunluluğu karşısında, altı aydan daha kısa süre ile ortaya çıkacak alt işveren işyerlerinde kurul oluşturma yükümlüğünün bulunmayışını olağan karşılamak gerekir. Bu anlamda, söz konusu ayırımın, insanın kendi mantığı ve düzenleme biçimiyle uyumlu olduğu görülmektedir.⁵⁷

Söz konusu yükümlülüğün ihlali halinde idari yaptırım olarak, 6331 sayılı İSGK'nın 26. maddesinde; işverenlere karşı her bir aykırılık için ayrı ayrı 2000TL para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

a. Asıl İşveren ve Alt İşverenin Her İkisinin de İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Kurması

Altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu halde, asıl işveren ile alt işverenin ayrı ayrı elli veya daha fazla çalışanı varsa, asıl işveren ve alt işverenin ayrı ayrı kurul oluşturma yükümlülüğü öngörülmüş olup, iş sağlığı ve güvenliği faaliyetlerini yürütülmesinde ve alınacak kararların uygulanmasında işbirliği ve koordinasyon asıl işverene bırakılmıştır. Asıl işveren-alt işveren ayrı ayrı kurul oluşturmaları durumunda, "faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması" konusunda gerekli işbirliği ve eşgüdüm, asıl işverence sağlanacaktır. Söz konusu düzenlemenin amacı, aynı coğrafi alan üzerinde oluşturulmuş iki kurulun birbirinden habersiz ve kopuk biçimde faaliyet göstermesini ve karar alıp uygulamasını önlemektir. Çünkü aynı konuya yönelik iki kurulun gereken eşgüdüm olmaksızın faaliyet göstermesi, bunların etkin olmalarına engel oluşturur. Diğer yandan gerekli işbirliği ve eşgüdümün sağlanması görevinin, alt işverenin yerine asıl işverene yüklenmesi, doğru ve yerinde olmuştur. Çünkü asıl işveren, coğrafi alan bakımından, işyeri ile ilgili sağlık ve güvenlik konularını alt işverenden daha iyi bilebilecek durumdadır.⁵⁸ Aynı zamanda öğretide hükmün iş kanunundaki birlikte sorumluluk hükmü ile (İşK. m. 2) birlikte değerlendirilmesi halinde, asıl işverenin iş güvenliği

56 Şükran Ertürk, "İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununda İşverene Getirilen Yükümlülükler", Sicil İş Hukuku Dergisi, 2012, s. 23, "İş sağlığı ve güvenliği kurulunun kurulmasını altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkileri bakımından aranmasına rağmen, altı aydan kısa süren asıl-alt işveren ilişkilerinde aranmaması yerinde olmamıştır. Bu ayırımın haklı gerekçesini de bulmak zordur. Bu nedenle bu yükümlülüğün, ayırım yapılmaksızın kanunun koyduğu temel sınırlamaya uygun olarak, (elli ve daha fazla çalışanı bulunan işyerleri) tüm asıl- alt işveren ilişkilerinde aranması yerinde olurdu." Benzer görüş için bkz.: Sarıbay Öztürk, a.g.e, s. 37

57 Centel, a.g.m, s. 1

58 Centel, a.g.m, s.15

tedbirleri konusunda alt işvereni yönlendireceği, alt işverenin iş güvenliği önlemlerini takip ederek alınmayan önlemleri bizzat alma sorumluluğunun yüklendiği sonucuna verilebileceği de ifade edilmiştir.⁵⁹

b. Asıl İşveren veya Alt İşverenden Sadece Birinin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Kurması

Asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren, koordinasyonu sağlamak üzere vekâletten yetkili bir temsilci atanacaktır. Yani alt işverenin elliden az işçisi varsa, kurul oluşturması gerekmeyecek ancak bu halde de asıl işverenin kuruluna temsilci gönderecektir bu düzenleme öğretide eleştirilmiştir. Yine işyerine kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren, alt işverenin oluşturduğu kurul ile işbirliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâletten yetkili bir temsilci atayacaktır. Burada da asıl işverenin elliden az işçisi varsa, kurul oluşturmayacak ancak kurul oluşturan alt işverene temsilci gönderecektir. Bu düzenleme tamamıyla isabet taşımaktadır.⁶⁰

c. Asıl İşveren ve Alt İşverenin Birlikte İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Kurması

İSGK'ya göre kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren-alt işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla olduğu takdirde koordinasyonu asıl işveren tarafından sağlamak üzere, asıl işveren ve alt işveren ikisi birlikte iş sağlığı ve güvenliği kurulu olacaktır. Kanununda kurul oluşumu için öngörülen elli işçi sayısının asıl işveren işçileri ve alt işveren işçilerinin sayısı toplanması suretiyle elde edileceği söylenebilir de öğretide bazı yazarlar bu hükmü asıl işverenin ve alt işverenin birbirinden bağımsız işverenler olduklarını, işyerlerinin de farklı olduklarını ve bu nedenle de işçi sayılarının toplanmaması gerektiğini savunmaktadır.⁶¹ Kanaatimce bu görüş yerinde değildir. Kanun koyucu iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğünü elli ve daha fazla işçinin çalıştığı işyerleri bakımından getirerek, bu sayıda işçi çalıştıran işyerlerinin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki önlemlerine özel bir önem atfetmiştir. Her ne kadar alt işverenin

59 Sarıbay Öztürk, *a.g.e.* s. 37

60 Özdemir, *a.g.e.* s. 324, ayrıca k.g. için bkz.: Centel, *a.g.m.* , s. 15; “Gerçekten de asıl işverene ait bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu iş yerinde varsa, artık kurul oluşturulması gerekmeyen alt işverenin eşgüdüm temsilcisine gerek kalmamaktadır. Söz konusu temsilcinin görevi “koordinasyonu sağlamak” olarak belirlenmesine karşılık, kendisinin neyin eşgüdümünü sağlayacağı belirsizdir. Nitekim eşgüdüm (koordinasyon), iki kurul arasında söz konusudur. Orada da iki kurul bulunmadığı takdirde ise, artık eşgüdümünden söz edilmemek gerekir. Bu itibarla, söz konusu düzenlemenin; olsa olsa yasa koyucunun, kurul oluşturması gerekmeyen taşeronun, iş sağlığı ve güvenliği konusunda kendi başına (başiboş) kalacağı endişesinden kaynaklanmış olacağı söylenebilir.”

61 Özdemir, *a.g.e.* s. 325; Centel, *a.g.m.* s.16

işyeri bağımsız ve farklı bir işyeri kabul edilse de alt işveren işçileri somut faaliyetlerini asıl işverenin işyerinde göstermektedirler, bu işyerinde çalışmaktadırlar. O halde asıl işverenin işyerinde çalışan taşeron işçisinin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması öncelikli kabul edilmeli, iş hukuku teorisinin sıkı sıkıya uygulanması, işçi sağlığı ve güvenliği için bir nebze de olsa geri bırakılmalıdır. Keza madde gerekçesinde de: "...ülkümüzde meydana gelen iş kazalarının önemli bir bölümü alt işverenlere yaptırılan işlerde meydana gelmektedir. Çoğunlukla bir iş yerinde toplam çalışan sayısı elliden fazla olmasına rağmen işin alt işverenlere devredilmiş olması nedeniyle asıl işveren ve alt işverenin her birinin çalışan sayısı elliden az tutularak kurul teşekkül ettirilmektedir. İş kazaları bakımından önemli bir yeri teşkil eden bu işyerlerinde asıl işveren ve alt işverene birlikte kurul oluşturma mecburiyeti getirilerek bir kontrol mekanizmasının kurulması sağlanmıştır. Bu nedenle söz konusu işyerlerinde kurul oluşturma mecburiyetinin ortadan kaldırılmasına yönelik uygulamaların önüne geçilmesi hedeflenmiştir." denilerek aslında uygulamada kötüye kullanılan hususun önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Söz konusu yükümlülükler değerlendirildiğinde; birden fazla işverenin bulunduğu mekanlarda her işverenin kanuni sayı oluştuğunda kendi kurulunu oluşturma yükümlülüğü yanında asıl işverenin hukuki sorumluluğunun aynı çalışma alanında kurulan iş sağlığı ve güvenliği kurulları arasında koordinasyonu sağlama noktasında yoğunlaştığı görülmektedir. Sonuç itibarıyla; söz konusu koordinasyonu yerine getirmeyen asıl işveren alt işveren işçisinin bu yüzden sakatlanması ya da hastalanmasından dolayı alt işverenle beraber sorumlu olur.⁶²

F. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI ve GÜVENLİĞİ BAKIMINDAN KOORDİNASYON YÜKÜMLÜLÜĞÜ ve HUKUKİ SORUMLULUK

İSGK 23. maddesine göre: "Aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda işverenler; iş hijyeni ile iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin uygulanmasında işbirliği yapar, yapılan işin yapısı göz önüne alınarak mesleki risklerin önlenmesi ve bu risklerden korunması çalışmalarını koordinasyon içinde yapar, birbirlerini ve çalışan temsilcilerinin bu risklere konusunda bilgilendirir." Kanun koyucu bu hükümle kapsamlı ve etkin bir sistem dâhilinde tüm işverenlerinin birbirleriyle koordinasyon içinde, sadece kendi bağımsız bölümleri için değil, aynı zamanda aynı fiziksel mekânın paylaşılması nedeniyle ortaya çıkabilecek riskler konusunda bilgilendirme ve önlem alınabilme imkânı tanımak istemiş-

62 Aydınlı, *Asıl İşverenin Sorumluluğu*, s. 9

tir.⁶³ Bu noktada kanun koyucu adı geçen hükümde alt işveren kavramını ele almamışsa ya da kanundaki koordinasyon yükümlülüğünü bu tip bir ilişki olmasına bağlamamışsa da, asıl işverenin farklı ve bağımsız bir işveren sayılması nedeniyle, asıl işverenle paylaşılan bu mekânlarda da söz konusu düzenlemelerin kıyasen uygulanması gerekmektedir.⁶⁴

SONUÇ

Kanun koyucu alt işverenleri kural olarak iş yeri olan işverenler olarak kabul etmiş olsa da iş sağlığı ve güvenliğinin aynı mekanı paylaşan alt işveren ve asıl işveren tarafından hakkıyla yerine getirilmesi bakımından bazı yükümlülükleri özellikle düzenlemiştir. Bunlar, asıl işverene başka işyerinden gelen işçileri özellikle alt işveren işçilerini bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü (6331m. 12, 16), alt işveren işçilerinin eğitimlerini koordine etme, uygulama ve belgelendirme konusunda alt işverenle beraber müteselsil sorumlu tutulması, (Çalış. Eğit. Yön. m. 5/2), belgesi olmayan alt işveren işçisinin çalışmasını engelleme, (6331 m. 17/5), aynı mekanda çalışan asıl işveren ve alt işverenin çalışan işçi sayısını 50'nin altında ise iş sağlığı ve güvenliği kurulu tüm işçileri sayılarının hesaplanarak kurulması ve koordinasyonu asıl işverence yapılması, bir bakıma kurulun ortak kurulması (6331 m. 22), Risk değerlendirmesinin asıl işveren koordine edilmesi, uygulanmasının denetlenmesi. (Risk Yön m. 15/1-2). Kanun koyucu 6331 sayılı kanunda kural olarak her iki işverene ait iş yerinin ayrı olduğunu, buna göre yükümlülüklerin belirlenmesi gerektiğini kabul etmekle beraber asıl ve alt işverenlerce paylaşılan aynı mekânlarda iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması bakımından bazı yükümlülükleri özel olarak ele almış ve bilhassa asıl işverene bu yükümlülükler doğrultusunda önemli görevler yüklemiştir.

Her ne kadar kanunlarla işçi korunmaya çalışılmış olsa da yapılan bir araştırmada; taşeron işçilerin %82.8'i işveren tarafından çalışma riskleri ile ilgili bilgilendirilmediğini, %81.3'ünün de işyeri hekimi tarafından periyodik muayenelerinin yapılmadığını belirtmektedirler. Yine işçilerin büyük çoğunluğu hem iş riskleri, hem de yasal hakları hakkında bilgilendirme eğitimlerinin yapılması gerektiğini ifade etmekte, %71.1'i ise taşeron çalışmanın sağlıkları açısından risk oluşturduğuna vurgulamaktadır.⁶⁵ O halde şunu rahatlıkla söyleyebiliriz ki alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu işyerleri bakımından hala uygulamada sorunlar vardır. Kanaatimce ka-

63 Alapagut, *a.g.m.*, s. 40

64 Sarıbay Öztürk, *a.g.e.*, s. 47

65 Mustafa Cumhur İzgi, Hafize Öztürk Türkmen, Akdeniz Üniversitesi'nde Taşeron Sağlık İşçilerinin İşçi Sağlığı Ve İş Güvenliği Durum Tespiti, (çevrimiçi), <http://tjph.org/ojs/index.php/TJPH/article/view/104>, 15.05.2017

nunlardaki ve yönetmeliklerdeki yükümlülükler bu ilişkinin kurulduğu işyerlerindeki ihtiyaçları tam karşılayamamaktadır. Kanun koyucu özellikle alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu işyerleri bakımından daha detaylı düzenlemelere gitmeli ve bunların yaptırımlarını arttırmalıdır.

KAYNAKÇA

Alapagut, Gülsevil. «İş Sağlığı Ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri Ve Risk Değerlendirmesi.» *İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri*. Ankara, 2012.

Arslanoğlu, Mehmet Anıl. *İş Kanununda Esneklik Temelli Üçlü Sözleşmesel İlişkiler*. İstanbul: Legal Yayınları, 2005.

Aydın, İbrahim. «6331 Sayılı İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu'nda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisinde Asıl İşverenin Sorumluluğu Ve Hukuki Niteliği.» *VII. Uluslararası İş Sağlığı Ve Güvenliği Konferansı*. İstanbul, 2014.

Aydın, İbrahim. «İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanunu Tasarısında Ve Veya Kanunu'nda Alt İşveren- "... Başka İşyerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar..." Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme.» *Sicil İş Hukuku*, 2012.

Baycık, Gaye. «Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler.» *Ankara Barosu Dergisi*, 2013.

Canpolat, Talat. *Türk İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri*. İstanbul: Kazancı Yayınları, tarih yok.

Centel, Tankut. «İş Sağlığı Güvenlik Kurullarının Kuruluşu Ve İşleyişi.» *Sicil İş Hukuku*, 2013.

Çankaya, Osman Güven, ve Şahin Çil. *İş Hukukunda Üçlü İlişkiler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

Çelik, Nuri, Nursen Canikoğlu, ve Talat Canpolat. *İş Hukuku Dersleri*. Ankara: Beta Yayınları, 2016.

Ekonomi, Munir. «Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması Ve Sona Ermesi.» *Vefa Yayınları (II)*. İstanbul, 2008.

Ertürk, Şükran. «İş Sağlığı Ve Güvenliği Kanununda İşverene Getirilen Yükümlülükler.» *Sicil İş Hukuku*, 2012.

Filizöz, Berrin, ve Ayşe Kocabacak. *Türkiye'de İş Sağlığı Ve Güvenliği Uygulamaları*. Seçkin Yayıncılık, tarih yok.

İzgi, Mustafa Cumhuri, ve Hafize Öztürk Türkmen. «Akdeniz Üniversitesi'nde Taşeron Sağlık İşçilerinin İşçi Sağlığı Ve İş Güvenliği Durum Tespiti.» tarih yok. <http://tjph.org/ojs/index.php/TJPH/article/view/104> (erişildi: 05 15, 2017).

Mollamahmutoğlu, Hamdi, ve Muhittin Astarlı. *İş Hukuku*. Ankara, 2014.

Narmanlıoğlu, Ünal. «Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar.» *Vefa Toplantıları (III)*. İstanbul, 2008.

Özdemir, Erdem. *İş Sağlığı Ve Güvenliği Hukuku*. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2014.

Öztürk, Gizem Sarıbay. *İş Sağlığı Ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari Ve Cezai Sonuçları*. İstanbul: Beta Yayınları, 2015.

Süzek, Sarper. *İş Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, 2016.

Yazıcı, Mehmet. *İş Sağlığı Ve Güvenliğinde Risk Yönetimi*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.

HUKUK YARGILAMASINDA İSTİNAF KANUN YOLUNA BAŞVURU SÜRELERİ

Arş. Gör. Oğuz ERSÖZ¹

GİRİŞ

İstinaf, ilk derece mahkemesinin istinafa başvurulması mümkün olan kararlarının hukuka ve maddi vakıalara uygunluğunu denetleyen olağan kanun yolu olarak hukuk yargılamamızda ikinci derece yargılama yolu olarak bulunmaktadır.

Bu kanun yoluna başvurabilmek için ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın istinafi mümkün bir karar olması ile istinaf değer sınırının sağlanması gerekmektedir. Ayrıca bu şartlar ile beraber istinaf kanun yoluna başvurulması mutlak, kesin ve hak düşürücü niteliği haiz sürelerle bağlanmıştır. Bu başvuru süreleri içerisinde istinafa başvurulmadığı takdirde ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu karar şekli anlamda kesin hüküm haline gelmektedir.

İstinaf kanun yoluna başvuru süreleri muhtelif kanunlarda düzenleme altına alınmaktadır. Çalışmamızın ilk kısmında genel hatlarıyla istinaf kanun yolu hakkında bilgi verilecek ikinci kısmında ise ana konumuz olan hukuk yargılamasında istinaf kanun yoluna başvuru süreleri genel ve özel mahkemeler ayrımı çerçevesinde ele alınacaktır. Nihayet çalışmamızın üçüncü ve son kısmında ise istinaf başvuru sürelerinin kaçırılmasına rağmen istinafin mümkün olabildiği istisnai haller üzerinde kısaca durulacaktır.

I. GENEL OLARAK İSTİNAF KANUN YOLU

İstinaf, hukuk yargılamasında ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasında yer alan ikinci derece yargılama sistemi olarak başvurulabilen olağan kanun yoludur.²

İstinaf kanun yolunda görevli mahkeme Bölge Adliye Mahkemeleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bölge Adliye Mahkemeleri, ilk derece mahkemeleri ile Yargıtay arasında ikinci derece mahkeme sıfatıyla istinaf kanun

1 Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Araştırma Görevlisi.

2 **POSTACIOĞLU, İlhan / ALTAY, Sümer**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, 7.Bası, İstanbul 2015, s.843.

yoluna başvuruları karara bağlayacaktır.³ Uygulamada alışlageldiği şekilde istinaf mahkemeleri deyiminin kullanıldığı da görülmektedir.

İstinaf kanun yolu 26.09.2004 kabul tarihli 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun⁴ ile yargı teşkilatının yeniden düzenlenmesi sonucunda kabul edilmiştir. Ancak bu kanun yolunun hayata geçirilmesi 20.07.2016 tarihi itibarıyla ancak mümkün olabilmiştir.

İstinaf kanun yolunun kabulü ve Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulması ile hukuk yargılamasında iki dereceli yargılama sisteminden üç dereceli yargılama sistemine geçilmiştir. İlk aşamada ilk derece mahkemesi tarafından yargılama yapılacak sonrasında ikinci derecede istinaf ve üçüncü derecede temyiz incelemesi gerçekleştirilecektir.

Adli yargı teşkilatımızın üç dereceli yargılama sistemine geçmesinin neticesinde istinaf mahkemesi bir vakıa mahkemesi olarak ilk derece mahkemesinin kararlarının hukuka ve maddi vakıalara uygunluğunu yeniden inceleyecektir. Temyiz mahkemesi olan Yargıtay ise yalnızca hukuki denetim mahkemesi olarak hukuka uygunluk denetimi ve kontrolü gerçekleştirecektir.⁵

İstinaf kanun yolu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun⁶ m.341-360 hükümleri arasında düzenlenmektedir.

İstinaf kanun yoluna İlk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı başvurulabilir (HMK m.341/1).

Miktar veya değeri üç bin Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar ise kesindir. Ancak manevi tazminat davalarında verilen kararlara karşı, miktar veya değere bakılmaksızın istinaf yoluna başvurulabilmesi mümkündür (HMK m.341/2).

Ayrıca HMK m.341/son uyarınca, ilk derece mahkemelerinin diğer kanunlarda temyiz edilebileceği veya haklarında Yargıtay'a başvurulabileceği belirtilmiş olup da bölge adliye mahkemelerinin görev alanına giren dava

3 **KALABALIK, Halil / ERDEM, Murat**, Temel Hukuk Bilgisi, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8.Baskı, 2016, s.466.

4 RG. 7.10.2004, 25606.

5 **YILMAZ, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Değiştirilmiş 2.Baskı, Ankara 2013, s.1478; **ÖZYAKUT, Salih / BELEÇ, Mehmet**, Karşılaştırmalı Açıklamalı Şerhli ve Gerekçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Adalet Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2.Baskı, Eylül 2015, s.1288-1289.

6 RG. 4.2.2011, 27836.

ve işlere ilişkin nihai kararlarına karşı, bölge adliye mahkemelerine başvurulabilmesi mümkündür.

İlgili maddelerde nihai kararın esasa ya da usule ilişkin bir ayırım yapılmadığından ilk derece mahkemesinin gerek esasa gerek usule ilişkin nihai kararlarına karşı istinaf sınırı nazara alınmak suretiyle istinaf kanun yoluna başvurulabilmesi mümkündür. Bu kararların çekişmeli ya da çekişmesiz yargıya ait olması da istinafa başvurma noktasında farklılık yaratmamaktadır.⁷

İstinaf kanun yoluna dilekçe ile başvurulur. Dilekçede yer alması gereken hususlar HMK m.342/2 hükmünde gösterilmektedir. İstinaf dilekçesinin verilmesi HMK m.343, harç ve giderlerin yatırılmasına ilişkin hususlar ise HMK m.344 hükmünde düzenlenmektedir.

II. HUKUK YARGISI YÖNÜNDEN İSTİNAF BAŞVURU SÜRELERİ

Çalışmamızın temel konusu hukuk yargılamaları açısından istinaf kanun yoluna başvuru sürelerinin ortaya konulmasıdır.

İstinafa kanun yoluna başvurmak HMK ile çeşitli özel kanunlarda belirli sürelerle bağlanmıştır. Davada istinaf kanun yoluna söz konusu süreler dâhilinde başvurulması gerekir.

İstinaf başvuru süreleri kesin süreler olup taraf anlaşmasıyla azaltılıp artırılması mümkün değildir. Ayrıca bu süreler hak düşürücü niteliği haiz olduğundan kural olarak bu sürelerin geçirilmesinden sonra istinaf kanun yoluna başvurma hakkı kaybedilmiş olur. Diğer bir deyişle istinafi mümkün olan nihai bir karar süresinde istinafa götürülmediği takdirde şekli anlamda kesinleşmiş olur.⁸

Biz hukuk yargılamasında istinaf kanun yoluna başvuru sürelerini saptamaya gayret ettiğimiz bu çalışmamızda mahkeme türleri bakımından istinaf kanun yoluna başvuru sürelerini genel görevli mahkemeler ve özel görevli mahkemeler bakımından başvuru süreleri olarak iki ana kısımda ele almayı tercih etmekteyiz.

A. Genel Görevli Mahkemeler Bakımından İstinaf Süresi

Genel görevli mahkemeler, baktıkları dava ve işlerin konu ya da tarafların sıfatlarına göre sınırlandırılmadığı mahkemelerdir. İlke olarak bir dava genel görevli mahkemede görülür. Diğer bir deyişle bir davanın özel mahkemelerde görülmesi için özel bir kanun hükmü bulunmalıdır.⁹

7 **PEKCANİTEZ, Hakan \ ATALAY, Oğuz, \ ÖZEKES, Muhammet**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 7.Bası, Ankara 2013, s.524.

8 **KURU, Baki**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal Yayıncılık, Ağustos 2016, s.676.

9 **ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema**, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara 2016,s.98-99.

Genel görevli mahkemeler, asliye hukuk mahkemeleri ve sulh hukuk mahkemeleridir. Nitekim 5235 sayılı yasanın 4.maddesi uyarınca, hukuk mahkemeleri, sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemelerinden oluşmaktadır.

Genel görevli mahkemeler olan asliye hukuk mahkemesi ile sulh hukuk mahkemesini istinaf başvuru süreleri bakımından ayrı ayrı ele almaya çalışalım.

1. Asliye Hukuk Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Başvuru Süreleri

HMK m.345 uyarınca asliye hukuk mahkemesinin istinafa konu edilmesi mümkün olan kararlarına karşı istinaf yoluna başvuru süresi ilke olarak *iki haftadır*.¹⁰ Söz konusu süre ilamın usulen taraflardan her birine tebliğiyle işlemeye başlar.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda¹¹ istinaf yoluna başvuru süresi on beş gün, 8.1.1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanuna tabi kamu kurumları hakkında ise otuz gün olarak öngörülmüştü.¹² 6100 sayılı HMK anlamında kural olarak istinaf kanun yoluna başvuru süresi iki haftadır ve bu kanun yoluna başvuracak kimseler yönünden de sürede farklılık olmaz.

Asliye hukuk mahkemesinin istinafa konu olabilecek kararlarına karşı ilamın usulen taraflardan her birine karşı tebliğiyle iki hafta olarak öngörülen istinafa başvuru süresinin istisnaları da bulunmaktadır. Söz konusu istisnaları şu şekilde belirtmemiz mümkündür:

✓ Esas hüküm bakımından istinaf yolu açık bulunan dava ve işlerde hâkimin reddi talebiyle ilgili merci kararlarına karşı tefhim veya tebliği tarihinden itibaren istinafa başvuru süresi *bir haftadır*. Bu halde istinafa cevap dilekçesine ilişkin HMK m.347 hükmü de uygulama alanı bulmaz. (HMK m.43/2). Esas hüküm bakımından istinaf yolu kapalı bulunan dava

10 Hükümet tarafından sunulan tasarıda istinaf yoluna başvuru süresi on beş olarak öngörülmüş ile TBMM Adalet Komisyonu gerekçesinde on beş gün ibaresinin sürelerin hesabında kolaylık sağlanması ve uygulamadan kaynaklanan sorunların giderilmesi amacıyla iki hafta olarak değiştirildiği ifade edilmektedir.

11 RG. 2, 3, 4.7.1927, 622, 623, 624.

12 4353 sayılı Maliye Vekâleti Baş Hukuk Müşavirliği'nin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine ve Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun'a tabi kamu kurumları hakkında istinaf süresinin 30 gün olarak öngörülmesi Anayasa'nın eşitliğine ilişkin 10. Ve adil yargılanma hakkına ilişkin 36.maddesine aykırı olduğundan Anayasa Mahkemesi'nin 02.12.2004 tarihli 2001/216 Esas ve 2004/120 Karar sayılı kararıyla iptal edilmişti. Karar için bkz: <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/10/20051021-8.htm>. (erişim:11.03.2017).

ve işlerde, hâkimin reddi talebiyle ilgili merci kararları ise kesin olup istinaf konusu yapılamaz (HMK m.43/1).

✓ HMK m.346/1 uyarınca istinaf dilekçesi, kanuni süre geçtikten sonra verilir veya kesin olan bir karara ilişkin olursa, kararı veren mahkeme istinaf dilekçesinin reddine karar verir ve m.344 hükmüne göre yatırılan giderden karşılanmak suretiyle ret kararını kendiliğinden ilgiliye tebliğ eder. Bu ret kararına karşı istinafa başvurulması mümkündür. Bu halde istinaf süresi ret kararının tebliği tarihinden itibaren *bir haftadır* (HMK m.346/2).

✓ İstinaf dilekçesi verilirken, istinaf kanun yoluna başvuru için gerekli harçlar ve tebliğ giderleri de dâhil olmak üzere tüm giderler ödenmelidir. Bunların hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren mahkeme tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi hâlde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususu başvurana yazılı olarak bildirilir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir. Bu karara karşı da istinaf yoluna başvurmak mümkün olup istinaf süresi kararın tebliği tarihinden itibaren *bir haftadır* (HMK m.344, 366/2).

✓ Vakıflar, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu¹³ m.103 hükmü uyarınca asliye hukuk mahkemesinin vakıfların tescili ya da tescil taleplerinin reddine ilişkin kararlarına karşı başvuran veya Vakıflar Genel Müdürlüğü istinaf kanun yoluna tebliğ tarihinden başlayarak *bir ay* içinde başvurabilir.

2. Sulh Hukuk Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Başvuru Süreleri

HMK m.345 uyarınca asliye hukuk mahkemesinde olduğu gibi sulh hukuk mahkemesinin istinafa konu edilmesi mümkün olan kararlarına karşı istinaf yoluna başvuru süresi ilke olarak *iki haftadır*. Söz konusu süre ilamın usulen taraflardan her birine tebliğiyle işlemeye başlar.

Asliye hukuk mahkemesi kısmında ifade ettiğimiz üzere 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda istinaf yoluna başvuru süresi on beş gün, 8.1.1943 tarihli ve 4353 sayılı Kanuna tabi kamu kurumları hakkında ise otuz gün olarak öngörülmüştü. 6100 sayılı HMK anlamında kural olarak istinaf kanun yoluna başvuru süresi iki haftadır ve bu kanun yoluna başvuracak kimseler yönünden de sürede farklılık olmaz.

13 RG. 8.12.2001, 24607.

Sulh hukuk mahkemesinin istinafa konu olabilecek kararlarına karşı ilamın usulen taraflardan her birine karşı tebliğiyle iki hafta olarak öngörülen istinafa başvuru süresinin istisnaları da bulunmaktadır. Söz konusu istisnaları şu şekilde belirtmemiz mümkündür:

✓ Esas hüküm bakımından istinaf yolu açık bulunan dava ve işlerde hâkimin reddi talebiyle ilgili merci kararlarına karşı tefhim veya tebliği tarihinden itibaren istinafa başvuru süresi *bir haftadır*. Bu halde istinafa cevap dilekçesine ilişkin HMK m.347 hükmü de uygulama alanı bulmaz. (HMK m.43/2). Esas hüküm bakımından istinaf yolu kapalı bulunan dava ve işlerde, hâkimin reddi talebiyle ilgili merci kararları ise kesin olup istinaf konusu yapılamaz (HMK m.43/1).

✓ HMK m.346/1 uyarınca istinaf dilekçesi, kanuni süre geçtikten sonra verilir veya kesin olan bir karara ilişkin olursa, kararı veren mahkeme istinaf dilekçesinin reddine karar verir ve m.344 hükmüne göre yatırılan giderden karşılanmak suretiyle ret kararını kendiliğinden ilgiliye tebliğ eder. Bu ret kararına karşı istinafa başvurulması mümkündür. Bu halde istinaf süresi ret kararının tebliği tarihinden itibaren *bir haftadır* (HMK m.346/2).

✓ İstinaf dilekçesi verilirken, istinaf kanun yoluna başvuru için gerekli harçlar ve tebliğ giderleri de dâhil olmak üzere tüm giderler ödenmelidir. Bunların hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren mahkeme tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi hâlde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususu başvurana yazılı olarak bildirilir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir. Bu karara karşı da istinaf yoluna başvurmak mümkün olup istinaf süresi kararın tebliği tarihinden itibaren *bir haftadır* (HMK m.344, 366/2).

✓ Ortaklığın satış suretiyle giderilmesine ilişkin davalardan sonra icra müdürlüğü tarafından satış ile ilgili gerçekleştirilen işlemlere karşı şikayet merci sulh hukuk mahkemesidir. Bu halde satış işleminin İcra ve İflas Kanunu hükümleri uyarınca yapılması ve sulh hukuk mahkemesinin bu sıfatla karar verse dahi İİK hükümleri gereği icra hukuk mahkemesi gibi hareket etmesi nedeniyle istinaf yoluna başvuru süresinin icra hukuk mahkemesinin tabi olduğu süre olduğu belirtilmektedir. Bu açıdan istinaf süresinin tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren *on gün* olduğu söylenecektir (İİK m.363/1). Nitekim HMK m.322/2 hükmünde ortaklığın giderilmesi davasından sonra satış işleminin İİK hükümleri uyarınca yapılacak oldu-

ğunu düzenlenmesinin burada da istinaf yoluna başvuru süresi olarak on günlük sürenin tatbik edileceğine işaret ettiği savunulmaktadır.¹⁴

B. Özel Görevli Mahkemeler Bakımından İstinaf Süresi

Özel görevli mahkemeler ise belirli kişiler arasındaki ya da belirli nitelikteki uyumsuzluklara bakmak için kurulmuş ihtisas mahkemeleridir. Bu mahkemeler olağanüstü ya da kişiye özel kurulmuş değildir. Bu mahkemeler kendi özel kanunlarında belirlenen dava ve işlere bakmaktadır. Özel görevli mahkemelerin belirli konularda uzmanlaşmanın sağlanması amacıyla özel hukuktan kaynaklanan belirli iş ya da davalarla sınırlı olarak yargılama yapmaktadır. Böylece mahkemenin görevli olduğu davalarda daha isabetli ve tatmin edici hükümler tesis edilebilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir.¹⁵

Türk hukukundaki özel görevli mahkemeler; iş mahkemeleri, icra hukuk mahkemeleri, asliye ticaret mahkemeleri, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri, aile mahkemeleri, tüketici mahkemeleri ve kadastro mahkemeleridir.

Belirttiğimiz bu mahkemelerin her biri için ayrı ayrı istinaf sürelerini ele almaya çalışalım.

1. İş Mahkemeleri Kararlarına Karşı İstinaf Süresi

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu¹⁶ m.8/1 hükmü uyarınca iş mahkemelerince verilen nihai kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Şu kadar ki, para ile değerlendirilemeyen dava ve işler hakkındaki kararlar hariç, miktar veya değeri üç bin Türk lirasını geçmeyen davalar hakkındaki nihai kararlar kesindir.

İş mahkemesinin istinafi mümkün olan nihai kararlarına karşı istinaf yoluna başvurma süresi, karar yüze karşı verilmişse nihai kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren *sekitz gündür* (İMK m.8/2).

İMK m.15 uyarınca bu kanunda açıklık bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümleri uygulanır. Bu anlamda hâkiminin reddi, istinaf dilekçesinin reddi ile başvurunun yapılmamış sayılmasına ilişkin kararlara karşı istinaf süresi genel görevli mahkemelerde olduğu gibi bir haftadır.

14 ÇİFTÇİ, Murat Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, Adalet Yayınevi, Güncelleştirilmiş 3.Baskı, 2016, s.112-113.

15 ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, s.103-104.

16 RG. 4.2.1950, 7424.

23.03.2016 tarihinde TBMM'ye sevk edilen İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı m.8/1 hükmüne göre, Hukuk Muhakemeleri Kanununun kanun yoluna ilişkin hükümleri, iş mahkemelerince verilen kararlar hakkında da uygulanır. Bu yönüyle söz konusu tasarının yasalaşması durumunda yukarıda belirtilen bir haftalık sürenin uygulandığı hallerin dışında iş mahkemesi kararlarına karşı istinaf süresi genel mahkemelerde olduğu gibi iki hafta olacaktır. Taslağın m.8/2 hükmüne göre, istinaf kanun yoluna başvuru süresi, ilamın taraflara tebliğinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Tasarının bu haliyle yasalaşması durumunda, iş mahkemesi kararları için de istinafa başvuru süresi artık tefhim değil; tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.¹⁷

2. İcra Hukuk Mahkemeleri Kararlarına Karşı İstinaf Süresi

2004 sayılı İcra İflas Kanunu¹⁸ m.363/1 hükmünde belirtilen istisnalar dışında hak veya malın değer veya miktarının yedi bin Türk lirasını geçmesi şartıyla istinaf yoluna başvurulabilir. İstinaf yoluna başvuru süresi kararın tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren *on gündür*.

Doktrinde belirtildiği üzere İİK m.363/1 hükmündeki on günlük süre icra hukuk mahkemesi kararları ile icra hukuk mahkemesi bulunmayan yerlerde asliye hukuk mahkemesinin bu sıfatla verdiği kararlar yönünden uygulanma kabiliyetine sahiptir.¹⁹

Bu bağlamda asliye hukuk mahkemesinde görülen icra hukuku ile ilgili davalarda (itirazın iptali, borçtan kurtulma, borçtan kurtulma, istirdat davaları gibi) verilen kararlara karşı istinaf süresi HMK m.345 hükmündeki genel kural gereği *iki haftadır*.

İcra mahkemesinin hâkiminin reddi, istinaf dilekçesinin reddi ile başvurunun yapılmamış sayılmasına ilişkin kararlara karşı istinaf süresi genel görevli mahkemelerde olduğu gibi bir haftadır.

3. Asliye Ticaret Mahkemeleri Kararlarına Karşı İstinaf Süresi

Asliye ticaret mahkemeleri, asliye hukuk mahkemesinin görev alanına giren ticari nitelikteki davaların çözümlendiği özel görevli mahkemelerdir. Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu²⁰ m.4/1 hükmü uyarınca aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir.

17 **KURT KONCA, Nesibe / DAMAR, Ceren**, İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:29, Sayı:125, Temmuz-Ağustos 2016, s.120.

18 RG. 19.6.1932, 2128.

19 **KURU**, s.677.

20 RG. 14.2.2011, 27846.

Asliye ticaret mahkemesi yargılama usulü bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na tabidir.

İlke olarak HMK m.345 hükmündeki genel kural gereği asliye ticaret mahkemesinin istinafi mümkün kararlarına karşı istinafa başvuru süresi ilamın tebliğinden itibaren *iki haftadır*.

Ancak bu kuralın da istisnaları bulunmaktadır. Söz konusu istisnaları şöylece ifade edebiliriz:

✓ Asliye ticaret mahkemesi tarafından verilen iflasa ve iflasın kaldırılmasına ilişkin kararlarda istinaf süresi *on gündür* (İİK m.164/2, 182/2). Bu süre ilamın tebliğ edilmesi ile başlar.

✓ Asliye ticaret mahkemesi tarafından iflasın ertelenmesi talebi üzerine verilen nihai kararlara karşı borçlu şirket veya kooperatif ya da erteleme talep eden alacaklı tarafından kararın tebliğinden; diğer ilgililer tarafından ise kararın ilanından itibaren *on gün* içinde istinaf yoluna başvurulabilir (İİK m.179/c).

✓ Asliye ticaret mahkemesi tarafından konkordato hakkında verilen hükme karşı tebliğ tarihinden itibaren *on gün* içinde borçlu ve itiraz eden her alacaklı tarafından istinaf yoluna başvurulabilir (İİK m.299/1).

✓ İİK m.307/1 uyarınca kendisine karşı konkordato şartları ifa edilmeyen her alacaklı konkordato gereğince iktisap etmiş olduğu yeni hakları muhafaza etmekle beraber konkordatoyu tasdik eden mahkemeye müracaatla kendisi hakkında konkordatoyu feshettirebilir. Asliye ticaret mahkemesi tarafından söz konusu konkordatonun fesih talebi üzerine verilecek hükmün tebliğinden itibaren *on gün* içinde istinaf yoluna başvurulabilir (İİK m.307/2).

Asliye ticaret mahkemesinin hâkiminin reddi, istinaf dilekçesinin reddi ile başvurunun yapılmamış sayılmasına ilişkin kararlara karşı istinaf süresi genel görevli mahkemelerde olduğu gibi bir haftadır. Bu bağlamda örneğin asliye ticaret mahkemesinin iflas kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurulduğunda dilekçe reddedildiği takdirde bunun istinaf süresi 10 gün değil bir haftadır. Uygulamada zaman zaman karıştırılan bu hususta aradaki farkın bilinmesi usul ekonomisi ve hak kayıplarının önüne geçmek bakımından büyük önem arz etmektedir.

4. Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Süresi

Fikri ve sınai haklar mahkemeleri, 5846 sayılı Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu²¹ m.76/1 hükmünün atfıyla 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu²²

21 RG. 13.12.1951, 7981.

22 RG. 10.1.2017, 29944.

m.156/1 uyarınca Sınai Mülkiyet Kanunu'nda öngörülen davalar ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan hukuki ilişkiler ile ilgili davalarda görevli olan mahkemelerdir.

SMK m.156/1 hükmünde belirtildiği üzere fikri ve sınai haklar mahkemeleri asliye hukuk mahkemesi derecesindedir. Bu nedenle fikri ve sınai haklar mahkemelerinde yargılama usulü anlamında HMK hükümleri uygulanacaktır. Dolayısıyla fikri ve sınai haklar mahkemesinin istinafi kabul olan kararlarına karşı istinafa başvuru süresi iki hafta olarak karşımıza çıkmaktadır. İki haftalık sürenin istisnaları ise asliye hukuk mahkemelerindeki istisnaların aynıları olduğundan ilgili kısma yollama yapmakla yetinmekteyiz.

5. Aile Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Süresi

Aile Mahkemeleri 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun²³ ile düzenlenmekte olan aile hukukundan doğan dava ve işleri görmek üzere kurulan özel görevli mahkemelerdir.

4787 sayılı Kanun m.7/2 hükmü uyarınca özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunda hüküm bulunmayan konularda Türk Medenî Kanununun aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. Bu anlamda aile mahkemesi kararlarına karşı istinaf süresi asliye hukuk mahkemesine ilişkin sürelerle tabidir. Söz konusu süreler ile ilgili olarak asliye hukuk mahkemesi kısmında yaptığımız açıklamalara yollama yapmakla yetinmekteyiz.

6. Tüketici Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Süresi

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁴ m.73/1 hükmüne göre, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Aynı kanunun m.73/4 hükmü uyarınca tüketici mahkemelerinde görülecek davalar 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun basit yargılama usulünün düzenlendiği Altıncı Kısım hükümlerine göre yürütülür.

Bu anlamda HMK m.322/1 hükmünün atfıyla tüketici mahkemesinin istinafi mümkün olan kararlarına karşı istinaf süresi asliye hukuk mahkemesindeki sürelerin aynısıdır. Söz konusu süreler ile ilgili olarak asliye hukuk mahkemesi kısmında yaptığımız açıklamalara yollama yapmakla yetinmekteyiz.

23 RG. 18.1.2003, 24997.

24 RG. 28.11.2013, 28835.

7. Kadastro Mahkemeleri Kararlarına Karşı İstinaf Süresi

3402 sayılı Kadastro Kanunu²⁵ m.24 hükmü uyarınca genel mahkemelere ait olup da bu Kanunun uygulanması ile ilgili dava ve işlere belirlenen usul ve esaslara göre bakmak üzere her kadastro bölgesinde tek hâkimli ve Asliye Mahkemesi sıfatını haiz yeter sayıda kadastro mahkemesi kurulur. Aynı kanunun 25.maddesinde bu mahkemenin görevleri sayılmıştır.

Asliye mahkemesi niteliğini haiz kadastro mahkemelerinin yargılama süslü hakkında Kadastro Kanunu'nda açıklık bulunmadığı takdirde basit yargılama usulü uygulanır (KK m.29/3). Bu bağlamda bu mahkemenin istinafi mümkün olan kararların tespiti ile bunlara ilişkin istinaf başvuru süresi hakkında asliye hukuk mahkemesi kısmında verilen bilgiler geçerli olacaktır.

III. İSTİNAF BAŞVURU SÜRELERİNİN KAÇIRILMASINA KARŞIN İSTİNAFA BAŞVURABİLECEK İSTİSNAİ HALLER

İstinaf başvuru sürelerinin kesin ve hak düşürücü süre niteliğinde olduğunu ve bu süreler içerisinde istinaf kanun yoluna başvurulmadığı takdirde hükmün şekli anlamda kesinleşeceğini ifade etmiştik.

Ancak iki halde istinafa başvuru sürelerinin kaçırılmış olmasına rağmen istinaf kanun yoluna başvurulması mümkündür. Bu haller, eski hale getirme ve katılma yoluyla istinaftır. Şimdi genel hatlarıyla bu haller üzerinde durmaya çalışalım.

A. Eski Hale Getirme

Eski hale getirme, HMK m.95-101 hükümleri arasında düzenleme altına alınmıştır.

HMK m.95 uyarınca eski hale getirme talebinde bulunabilmek için elde olmayan sebeplerle, kanunda belirtilen veya hâkimin kesin olarak belirlediği süre içinde bir işlemin yapılamaması ile üresinde yapılamayan işlemlerle ulaşılmak istenen aynı sonuca, eski hâle getirme dışında, başka bir hukuki yoldan ulaşılamaması gerekmektedir.

İstinaf kanun yoluna başvurmak için süreyi elinde olmayan nedenlerle kaçırın bir kimse eski hale getirme yoluna başvurmak ve bununla beraber verilen hükmü istinaf etmek suretiyle hükmün istinaf incelemesinin gerçekleştirilmesini sağlayabilir.

B. Katılma Yoluyla İstinaf

İstinaf yoluna katılma yoluyla başvurabilmesi mümkündür. Bu anlamda istinaf kanun yoluna başvurma hakkı bulunmayan ya da başvurma

25 RG. 9.7.1987, 19512.

süresini kaçıran taraf diğer tarafın istinaf dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren vereceği cevap dilekçesi ile istinaf kanun yoluna başvurabilecektir.

Nitekim HMK m.348/1 uyarınca, istinaf dilekçesi kendisine tebliğ edilen taraf, başvurma hakkı bulunmasa veya başvuru süresini geçirmiş olsa bile, vereceği cevap dilekçesi ile istinaf yoluna başvurabilir.

Katılma yoluyla istinaf kanun yoluna başvurma asıl istinaf başvurusuna bağlı bir talep özelliği göstermektedir. Bu açıdan katılma yoluyla istinafın söz konusu olabilmesi için ortada geçerli ve süre gelen bir asıl istinaf başvurusunun varlığı zorunludur. Böylece asıl istinaf yoluna başvuran tarafın bu talebinden feragat etmesi veya talebin bölge adliye mahkemesi tarafından esasa girilmeden sürenin kaçırılması, istinaf yolunun kapalı olması gibi usule ilişkin bir nedenle reddedilmesi hallerinde katılma yolu ile başvuranın talebi de reddedilir²⁶ (HMK m.348/2).

SONUÇ

İstinaf, ilk derece mahkemesi ile Yargıtay arasında yer alan ikinci derece yargılama aşaması olarak ilk derece mahkemesinin verdiği istinafi mümkün kararları hukuka ve maddi vakıalara uygunluğunu denetleyen olağan kanun yoludur.

İstinafa kanun yoluna başvurmak HMK ile çeşitli özel kanunlarda belirli sürelerle bağlanmıştır. Davada istinaf kanun yoluna söz konusu süreler dâhilinde başvurulması gerekir.

İstinaf başvuru süreleri kesin süreler olup taraf anlaşmasıyla azaltılıp artırılması mümkün değildir. Ayrıca bu süreler hak düşürücü niteliği haiz olduğundan kural olarak bu sürelerin geçirilmesinden sonra istinaf kanun yoluna başvurma hakkı kaybedilmiş olur. Diğer bir deyişle istinafi mümkün olan nihai bir karar süresinde istinafa götürülmediği takdirde şekli anlamda kesinleşmiş olur.

İlke olarak istinaf kanun yoluna ilamın usulen tebliğinde itibaren iki haftalık süre içerisinde başvurulması gerekir. Bu kural genel görevli mahkemeler ile özel görevli mahkemeler olan kadastro, fikri ve sınai haklar, aile, tüketici ve asliye ticaret mahkemesi bakımından geçerlidir.

İş mahkemeleri bakımından ise istinaf kanun yoluna başvuru süresi karar yüze karşı verilmişse nihai kararın taraflara tefhimi, yokluklarında verilmiş ise tebliği tarihinden itibaren sekiz gün, icra hukuk mahkemeleri bakımından ise kararın tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren on gündür.

26 ÖZAYKUT / BELEÇ, s.1305.

Bahsedilen bu genel başvuru sürelerinin yanında çalışmamızda ele aldığımız üzere özel olarak düzenlenmiş olan bir hafta, on gün ve bir ay şeklinde karşımıza çıkan istinaf başvuru süreleri de bulunmaktadır.

Hukukumuzda iki halde istinafa başvuru sürelerinin kaçırılmış olmasına rağmen istinaf kanun yoluna başvurulması mümkündür. İstisna olarak söz konusu olan bu haller eski hale getirme ve katılma yoluyla istinaftır.

KAYNAKÇA

ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara 2016.

ÇİFTÇİ, Murat Özgür, Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf, Adalet Yayınevi, Güncellenmiş 3.Baskı, 2016.

KALABALIK, Halil / ERDEM, Murat, Temel Hukuk Bilgisi, Seçkin Yayıncılık, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8.Baskı, 2016.

KURT KONCA, Nesibe / DAMAR, Ceren, İş Yargısında İstinaf Kanun Yolu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl:29, Sayı:125, Temmuz-Ağustos 2016.

KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Legal Yayıncılık, Ağustos 2016.

ÖZYAKUT, Salih / BELEÇ, Mehmet, Karşılaştırmalı Açıklamalı Şerhli ve Gerekeçeli Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Adalet Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2.Baskı, Eylül 2015.

PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz, / ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 7.Bası, Ankara 2013.

POSTACIOĞLU, İlhan / ALTAY, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, 7.Bası, İstanbul 2015.

ULUKAPI, Ömer, Medeni Usul Hukuku, Mimoza Yayınları, 3.Baskı, Konya 2015.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Değiştirilmiş 2.Baskı, Ankara 2013.

YILMAZ, Zekeriya, Açıklamalı – İçtihatlı 6100 sayılı HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) ve Getirdiği Yeni Hükümler, Adalet Yayınevi, Ocak 2012.

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ YETKİSİ

Av. Setenay HALİS

GİRİŞ

Toplu iş sözleşmeleri, tarihsel süreç içinde özellikle Sanayi Devrimi'nden bugüne kadar giderek güçlenen işçi örgütlenmelerini, hukuk alanında adeta ete kemiğe dönüőtüren özel bir sözleşme türüdür. TİS'ler aracılığıyla işçiler, hem işverenler karşısında iş kolları üzerinden pazarlık yapabileme hakkına, hem de sendikaları aracılığıyla üretim süreçlerine bir şekilde müdahale edebilme hakkına sahip olmaktadır.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt

Kanunu, yaklaşık otuz yılın sonucunda yürürlükten kaldırılmış ve en az beş yıldır süren çalışmalar sonucunda, AB ve ILO sözleşmelerine uyum programları çerçevesinde 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 7 Kasım 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Çalışmamızda, TİS yapma ehliyeti ve yetkisine ilişkin ilgili prosedür incelenecek olup bu bağlamda, TİS yapma ehliyet ve yetkisinin hangi kişi ve kişi topluluklarına tanınmış hukuki bir nitelik olduğundan, yetkinin tespit edilmesi ile itirazına ilişkin nasıl bir yol izleneceğinden, yetki belgesinin hukuki niteliğinden ve yetki belgesi verildikten sonra toplu iş sözleşmelerinin akdedilme aşamalarına ilişkin bilgi verilecektir.

Ő1. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN ÖZERKLİĞİ VE ERKİ

Toplu iş sözleşmeleri, kendi kendine kural koyma yetkisine sahip olmaları nedeni ile diğer kanunlar çerçevesinde düzenlenmiş olan sözleşmelerden farklıdır. Bu özellik TİS'lerin özerkliği olarak tanımlanmaktadır. Özerklik, TİS'lerin özünü oluşturmakla birlikte, bu özü oluşturan üç özellik bulunmaktadır. İlki, TİS'in işçi tarafını meydana getiren sendikal yapının, bireysel iş ilişkisinin zayıf tarafı olması ve haklarını korumakta güçlük çekmesi nedeni ile örgüte üye olan kişilerden bağımsız bir irade özerkliğine sahip olmasıdır. Dolayısıyla, sözleşmeler kolektif nitelik taşımaları nedeniyle bireysel iş sözleşmelerinden üstündür. İkincisi, TİS'ler ile işçilere sağlanan haklar, bireysel iş ilişkilerine etki ederek özel hukuka konu olurlar. Üçüncüsü ise, TİS ile devletin etkisi ve katkısı olmaksızın iş

hukuku kuralları oluşur ve bunlar temel hak olarak tanınır. Bu yönüyle kamu hukukunu da ilgilendirir hale gelir¹.

Toplu iş sözleşmesi erki, Anayasanın 53. maddesinde yer alan işçi ve işverenlere toplu iş sözleşmesi yapma hakkı veren hükümlerle birlikte, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin taraflara tanınan ve bu taraflar üzerinde etkili, objektif ve zorlayıcı nitelikte kural koyma iktidarı olarak tanımlanır. Söz konusu TİS'in erki ile taraflar, başta Anayasa olmak üzere diğer ilgili kanunlarda somutlaştırılmış ve tarafların hakları güvence altına alınmıştır².

Hukuk sistemimiz içinde başta Anayasa olmak üzere toplu iş sözleşmesi ve hangi kişi ya da kurumların bu toplu iş sözleşmesine taraf olabileceği yasalarla birlikte adeta ete kemiğe bürünmüştür. Bu noktada konumuza ilişkin olarak toplu iş sözleşmesinin taraf vasfını *ehliyet*, tarafın ehliyete sahip olması koşuluyla tarafını temsil edecek hangi özelliklere sahip olmasını gerektiğini ise *yetki* kavramı ile ifade etmekteyiz³.

Belirtmek gerekir ki, ehliyet ve yetki ayrımını tanım bakımından, gerek yürürlükten kalkan 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu ve gerekse de 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda açıkça görememekteyiz. Ancak süregelen zaman içinde öğretici ve yargı kararlarından bu ayrımın yapılmaya devam edildiği ve taraf ehliyetinin toplu iş sözleşmelerinin yapılabilmesi açısından olmazsa olmaz nitelikte olduğu görülmektedir.

§2. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ EHLİYET VE YETKİSİ

EHLİYET

Toplu iş sözleşmelerinin yapılabilmesi belirli şartlara bağlanmıştır. Bu şartlardan ilki toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti iken diğeri toplu iş sözleşmesi yapma yetkisidir⁴. Bu noktada bahsedilen ehliyet kavramı, hukukumuzdaki *genel hak ehliyeti* ya da borçlar hukukundaki *hukuki işlem ehliyeti* değildir. Sadece taraf olabilecek bir kişi veya kuruluşa tanınmış bir hak olması nedeniyle esasen kendine özgü olan toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti, geçerli bir TİS yapabilmenin yasal koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır⁵. Bu nedenle, her aşamada öne sürülebileceği gibi, herhangi bir hukuki uyumsuzluk durumunda hâkim tarafından re'sen araştı-

1 Süleyman BAŞTERZİ, Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti, !. Baskı, İstanbul 2016, s. 7-8.

2 BAŞTERZİ, s. 10-11

3 Murat ÖZVERİ, Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikasızlaştırma(1963-2009), İstanbul 2013, s.24.

4 A. Nizamettin AKTAY, Toplu İş Hukuku, Ankara 2015, s.192.

5 Kemal TUNÇOMAĞ, / Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, /. Baskı, İstanbul 2015, s.355-356

rılması gerekmektedir. Zira ehliyetin yokluğu, yetkinin yokluğundan daha ağır sonuçlar doğurabileceği gibi, ehliyetsiz tarafın bir şekilde yapmış olduğu TİS'in hükümsüzlüğü her zaman mahkemeden istenebilecektir. Bu nedenle ehliyet aynı zamanda yetkinin de ön koşuludur⁶.

Mevzuatımızda hangi kişi veya kuruluşların ehliyet sahibi oldukları noktasında açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak SenTİSK m. 2/1-h hükmü uyarınca toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti, sendika üyesi olmayan işverene, işveren sendikalarına ve işçi sendikalarına tanınmıştır. Belirtmek gerekir ki, tüzel kişiliğe sahip her işçi ya da işveren kuruluşu toplu iş sözleşmesine taraf olamayıp; belirli şekilde kurulmuş belli tipteki kuruluşların toplu iş sözleşmesi yapma ehliyeti bulunmaktadır. Aynı şekilde münferiden işveren için de aynı durum söz konusu olmaktadır⁷. Kanunumuz ehliyet konusunu işçi ve işveren tarafları bakımından ayrı ayrı esaslara bağlamıştır.

A. İŞÇİ TARAFININ EHLİYETİ

Toplu iş sözleşmesinin bir tarafını muhakkak işçi sendikası oluşturur. Çünkü örgütlenmiş işçiler ancak işverenler karşısında çıkarlarını onlara denk bir güçle savunabilir. Anayasada her ne kadar TİS yapma hakkı “işçiler” e tanınmış ise de (bu konuda 275 sayılı Kanun zamanında itirazlar oldu ancak Anayasa Mahkemesi, Anayasa’ya aykırılık olmadığına karar verdi) konumuzu düzenleyen 2822 sayılı eski Kanun ve 6356 sayılı yeni Kanun’da söz konusu taraf sıfatı “işçi sendikaları” na verilmiştir. Böylece TİS yapma ehliyeti işçiler bakımından sınırlandırılmış olup, sendikalaşmamış işçi topluluklarına TİS’e taraf olma sıfatı verilmemiştir⁸. Bu noktada belirtmek gerekir ki, konfederasyon, şube, fiili işçi toplulukları ve işçi derneklerinin TİS’e taraf olma ehliyeti bulunmamaktadır (SenTİSK 2/1-h). Bu nedenle ehliyet sadece sendikalara hasredilmiştir. Bunlarla birlikte ehliyete ilişkin diğer bir husus ise, TİS’in yapılacağı işkolunda kurulu bir sendika olma zorunluluğudur. İşyerinin hangi işkoluna dâhil olduğu hakkında ihtilaf varsa, 6356 sayılı Kanun’unun 5. maddesi uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na başvurulur ve işkolu tespit ettirilir⁹.

Karşılaştırmalı hukukta toplu iş sözleşmelerinin işçi tarafının ehliyetine bakacak olursak; İngiltere’de toplu iş sözleşmeleri yasal olarak bağlayıcı değil, örf ve adet kurallarına bağlı olarak centilmenlik sözü olarak

6 A. Can TUNCAY / F. Burcu SAVAS KUTSAL, Toplu İş Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2016, s. 228. 7 Ünal NARMANLIOĞLU, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 344.

7 Ü. NARMANLIOĞLU, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 3. Bası, İst. 2016, s.344

8 NARMANLIOĞLU, s.345.

9 Melda SUR, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 278.

adlandırılan bir tür ile hüküm ifade eder. ABD’de, sendikanın TİS’ e taraf olması için öncelikle işveren tarafından tanınması gerekir prensibi geçerlidir. İsveç ve Alman hukukunda da sendika olarak örgütlenmemiş işçi topluluklarının yapmış oldukları anlaşmalar TİS olarak değerlendirilmektedir¹⁰.

B. İŞVEREN TARAFININ EHLİYETİ

TİS’in kapsayacağı işyerinin sahibi *işveren*, işyerinin dâhil olduğu işkolunda kurulu bir sendikanın üyesi değilse işveren bizzat toplu iş sözleşmesi yapmaya ehildir (SenTİSK m. 2/1-h). Buna göre işveren sendikasının üyesi olan bir işveren, TİS’in tarafı olamayacaktır. Dolayısıyla, işveren sendika üyesi olmakla birlikte, TİS yapma ehliyetini işveren sendikasına devretmiştir diyebiliriz. Sendika üyesi olduğu müddetçe bağımsız olarak TİS yapma ehliyeti kabul edilemeyecektir. Söz konusu durumun ehliyet sorunu mu yoksa yetki sorunu mu olduğu tartışmalıdır. Bu konuda bir görüş¹¹ yetki sorunu derken, çoğunluk görüş ehliyet sorunu olduğunu ifade eder¹².

Buna karşılık, işveren işkoluna bağlı bir sendikaya üyesi ise TİS yapma ehliyeti *işveren sendikasına* ait olacaktır (SenTİSK m. 41/4). Zira bir sendikanın TİS yapma ehliyeti kurulu bulunduğu işkoluna aittir. Bununla beraber kamu işveren sendikalarının özel durumunu göz önünde bulundurmak gerekir. Kamu işveren kurumları her kolda faaliyet gösterdiklerinden tüzüklerinde belirtilmiş işkollarının hepsine üyesi olan işverenler adına TİS yapabileceklerdir. Bu durum kamu işveren sendikalarına özel bir durumdur¹³. İşveren sayılan gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar adına işletmenin bütününe sevk ve idare eden yetkili işveren vekilleri de TİS yapma konusunda ehliyet sahibidirler¹⁴. İşçi tarafının ehliyetinde olduğu gibi, burada da işveren konfederasyonlarının, işveren meslek örgütlerinin ve işveren derneklerin TİS’e taraf olmaları mümkün değildir¹⁵.

C. EHLİYETSİZLİĞİN HUKUKİ SONUÇLARI

TİS’in geçerli olarak akdedilebilmesinin temel unsuru tarafların ehliyetidir. Zira ehliyeti olmayan kişi ya da kuruluşların, yaptıkları sözleşme TİS sayılamaz. Dolayısıyla, ehliyetsizliğe rağmen bir şekilde yapılmış olan TİS, hukuki açıdan kesin hükümsüz olacaktır. Söz konusu hükümsüzlük

10 ÖZVERİ, s. 30-34.

11 Bu görüşte bkz. OĞUZMAN, işçi-işveren ilişkileri, s.22.

12 TUNCAY/ SAVAŞ KUTSAL, s. 231.

13 NARMANLIOĞLU, s. 348-349.

14 AKTAY, s. 195.

15 NARMANLIOĞLU, s. 347.

karşı tarafın ikrarı ya da sürenin geçmesi ile giderilemeyecektir. Daha önce bahsetmiş olduğumuz gibi, hâkim önüne gelmesi durumunda re'sen incelenecektir¹⁶.

Belirtmek gerekir ki, geçerli bir TİS yapıldıktan sonra, taraflardan birinin ehliyetini kaybetmiş olması durumunda TİS ayakta kalacaktır. Ancak durum ilerisi için farklı sonuçlar doğuracaktır.

YETKİ

TİS'in geçerli olarak akdedilebilmesi için her Şeyden önce onun kanunen belirlenen taraflar arasında akdedilmiş olması gerekmektedir. Daha önce dediğimiz gibi, TİS yapma ehliyet ve yetkisine sahip olmayan kişi ya da kuruluşların bu tür bir sözleşme yapmaları mümkün değildir. Kanun tarafları genel olarak tasrih etmiş ve bir takım özellikleri şart koşmuştur. Bu Şartlardan ehliyet kadar yetki de çok önemli olmakla birlikte, tarafların aynı zamanda kanunen aranan yetki Şartlarına da haiz olmaları gerekmektedir. Bu yetki aynı zamanda yetkinin belgelenmesi zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir.

TİS yapma yetkisi, TİS yapma ehliyetine sahip taraflardan hangisinin belli işyeri ya da işyerlerinde TİS yapabileceğini, karşı tarafı görüşmeye çağırabileceğini veya yapılan çağrıya muhatap olabileceğini ifade eder. Taraflar her zaman yetkinin tespit edilebilmesi için Bakanlığa başvurarak yetki belgesi talep edebileceklerdir¹⁷.

Yetki için ilk koşul başvurudur. Söz konusu başvuru daha çok işçi sendikaları tarafından yapılmakta ancak işveren tarafı da Bakanlığa başvurarak yetkili işçi sendikasının belirlenmesini talep edebilir (SENTİSK m. 41/1)¹⁸. Çalışmamızın bu bölümünde söz konusu yetki talebi ile birlikte Bakanlık tarafından yapılacak araştırma neticesindeki TİS tarafı olmak için yetki Şartlarını işveren ve işçi tarafı olmak üzere ayrı ayrı göreceğiz.

A. İŞÇİ TARAFININ YETKİSİ

6356 Sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca; işçi sendikasının, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin *en az yüzde biri* oranında üyesi olması (baraj Şartı) ve TİS'in kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinde çalışan işçilerin *yarısından fazlasının* (çoğunluk Şartı) bu sendikanın üyesi olması gerekmektedir. Eğer TİS yapılacak bir işletme ise, bu işletmede çalışan işçilerin *en az yüzde kırkı* bu işçi sendikasının üyesi olmak zorundadır¹⁹.

16 NARMANLIOĞLU, s. 354.

17 TUNCAY/ SAVAŞ KUTSAL, s. 232.

18 TUNÇOMAĞ, s. 360.

19 Nuri ÇELİK/Nurşen CANİKLİOĞLU/Talat CANBOLAT, İş Hukuku Dersleri, 29. Baskı, İstanbul 2016, s.749.

1. Baraj Şartı

Öncelikle kastedilen baraj Şartı, işçi sendikasının kurulu bulunduğu işkolundaki sendikalı ya da sendikasız olan toplam işçi sayısının en az belli bir yüzdesinin o işçi sendikasının üyesi olması anlamına gelir. 2828 sayılı Kanun uyarınca *yüzde on* olarak belirlenen bu yüksek baraj Şartının, zaman içerisinde işçilerin tepkisine neden olması, toplu pazarlık ilkesine aykırılık teşkil etmesi ve ILO konferanslarında eleştirilmesi nedeni ile önce *yüzde üç* barajına düşürülmüş; derken 6552 sayılı torba Kanun ile en nihayetinde *yüzde bir* barajına düşürülmüştür²⁰. Haliyle gelebileceği en son nokta da budur. Ancak, 6356 sayılı Kanun'da, 14.05.2015 tarihli AYM'nin Kararı ile iptal edilen hükme göre (ek madde 1), günümüzde *yüzde bir* olarak belirlenen işkolu barajı, Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen konfederasyonlara üye olmayan işçi sendikaları bakımından *yüzde üç* olarak saptanmıştı. Bu ayırımın eşitlik ilkesi ve konfederasyona üye olup olmama özgürlüğü açısından Anayasanın ruhuna aykırı olduğu aşıkardır²¹. Ancak, söz konusu ek madde kaldırıldığı için, TİS yapma yetkisine sahip olmak için tüm sendikaların işkolu barajı *en az yüzde bir* olmak zorundadır.

Söz konusu barajın belirlenmesinde; Bakanlığın yılda iki defa Resmi Gazetede yayımlanmış olduğu istatistiklere göre belirlenir. Yetki için başvuru tarihindeki istatistikler esas alınır ve yeni istatistik sonuçları gelene kadar en son rakamlar geçerli olur. Yetki belgesi alındıktan sonra yayımlanan istatistikler, yetki belgesinin geçerliliğini etkilemeyecektir²².

Yayımlanan istatistiklere itiraz yolu ise (SenTİSK m. 41/6) açık olmakla birlikte; itirazın kimler tarafından yapılacağı açık bir hükme bağlanmamıştır. Bu konuda bir görüş²³ işçi ve işveren sendikaları ile sendika üyesi olmayan işverenlerin hukuki yararları olduğu için itiraz edebileceklerini ifade ederken, diğer bir görüş²⁴ ise itirazın ancak işkolunda kurulu bulunan sendikalar tarafından yapılabileceğini ifade etmektedir. İtirazın usulüne ilişkin olarak; itiraz süresi 15 gün içinde Ankara İŞ Mahkemeleri'ne başvuru olarak belirlenmiş ve Mahkemelerin de 15 gün içinde uyuşmazlığı sonuçlandırması hükme bağlanmıştır²⁵. Mahkemece verilen karar ilgililer veya Bakanlıkça temyize konu olabilir. Bu durumda da Mahkeme temyiz kararını yine 15 gün içinde kesin olarak vermek zorundadır. Ba-

20 TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 233-234.

21 SUR, s. 280.

22 AKTAY, s. 202.

23 bu görüşte bkz. TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 235.

24 bu görüşte bkz. AKTAY, s. 202.

25 NARMANLIOĞLU, s. 366-367.

kanlık, yetkili sendikanın belirlenmesinde kendine gönderilen üyelik ve üyelikten ayrılmalara ilişkin bildirimler ile Sosyal Güvenlik Kurumu'na yapılan işçi bildirimlerini esas almaktadır (SenTİSK m. 41/7) ²⁶

2. Çoğunluk Şartı

Ünite barajı olarak da bilinen bu Şartta ise; iki kıstas söz konusudur. Birincisi; eğer TİS bir işyeri için yapılacaksa, bu işyerinde çalışan işçilerin *yarıdan fazlasının* ilgili sendikaya üye olması gerekmektedir (SenTİSK m. 41/1). Yani TİS yapmak isteyen bir sendika, üyeleri bakımından kurulu bulunduğu işkolundaki işyerinde çalışan işçilerin yarıdan fazla çoğunluğuna sahip değilse bu sendika o işyerinde TİS yapmak için yetkili sendika olamayacaktır²⁷. Burada ifade edilen yarıdan fazla terimini yüzde elli+ bir olarak algılamamak gerekir. Buna göre, örneğin 99 kişinin çalıştığı işyerinde, 50 işçi olarak düşünmek gerekmektedir²⁸. Çoğunluk tespitinde genel olarak işyerinde çalışan stajyerler, sözleşmeli çalışanlar vs. Yani iş sözleşmesi ile işyerine bağlı olmayanlar, TİS'in baraj hesabına dâhil edilemezler. Ancak bunun dışında kısmi süreli ya da tam veya belirli ya da belirsiz iş sözleşmeleri ile çalışan işçilerin çoğunluk hesabına dâhil edilmelerinde bir sakınca bulunmamaktadır²⁹. İkinci olarak; TİS eğer bir işletme ile yapılacaksa, işletmeye ait her bir işyeri bir bütün olarak ele alınır ve bu işyeri ya da işyerlerinde tüm işçilerin *yüzde kırk* çoğunluğunun bu sendikaya üye olması gerekmektedir³⁰.

B. İŞVEREN TARAFININ YETKİSİ

Daha önce bahsetmiş olduğumuz üzere, Sen TİSK m. 41 uyarınca işveren tarafının TİS yapma yetkisi, işveren sendikasına ya da sendika üyesi olmayan işverene verilmiştir. sendika üyesi olmayan işveren kendi işyeri ya da işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya; eğer sendika üyesi bir işveren ise üyesi olduğu işveren sendikası toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir. Ancak işçi tarafında olduğu gibi bir yetki şartı kanunda mevcut olmayıp, bu yetki şarkı adeta ehliyet şartıyla iç içe geçmiştir. Yani işveren tarafının yetkisini kullanabilmesi, karşısında yetkili bir işçi sendikasının varlığına bağlıdır³¹.

26 ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s. 752.

27 NARMANLIOĞLU, s. 360.

28 Ercan AKYİĞİT, Toplu İş Hukuku El Kitabı, Ankara 2014, s. 563.

29 TUNCA/SAVAŞ KUTSAL, s. 237.

30 SUR, s. 282.

31 AKTAY, s. 206.

C. YETKİNİN TESPİTİ

Toplu iş sözleşmesinin yapılabilmesindeki ilk şart yetki tespiti için çalışma ve sosyal

Güvenlik Bakanlığı'na yapılan başvurudur. Bu başvuru elbette işçi ve işveren tarafı tarafından pek tabii yapılabilir (SenTİSK m. 42/2). Ancak uygulamada görülen işçi sendikalarının yetki tespiti başvurularıdır³².

1. İşçi Tarafının Başvuru Usulü

İşçi sendikası TİS yapma yetkisine sahip olduğu iddiasıyla bakanlığa yazılı olarak başvurarak iki hususun tespitini istemek zorundadır. Birincisi; kurulu bulunduğu işkolunda üye sayısı itibariyle *yüzde bir* oranını sağladığının tespit edilmesidir. İkincisi ise; sözleşme kapsamına girecek işyeri, işyerleri ya da işletmede başvuru tarihinde çalışan işçiler ile üyelerinin tespitini istemektir³³. İşyeri ya da işletmede ilk defa bir TİS yapılacaksa başvuru her zaman yapılabilir. Ancak işyeri ya da işletmede daha önce yapılmış bir TİS varsa bu takdirde eski TİS' in bitmesinden önceki *yüz yirmi gün* içinde yeni TİS için yetki tespitinde bulunulabilir (Sen TİSK m. 35/4). Dolayısıyla, yasada herhangi bir yasak olmamasına rağmen bu hüküm ile birlikte bir işyerinde ya da işletmede birden fazla TİS yapılmasının önüne geçilmiştir diyebiliriz. Bir yandan da bu hükümdeki gün sınırlaması ile işyerinin ya da işletmenin TİS' siz kalmasının da önüne geçilmiştir. Zira yetki, yetki itirazı ve toplu görüşme işlemleri uygulamada uzun sürmektedir³⁴. Bakanlık inceleme yaparken işyerinin işkolunu ve işyerinde mevcut başka bir TİS'in olup olmadığını araştırarak, akabinde *yüzde bir Şartı ve çoğunluk şartıyla* ilgili tespitlerde bulunacaktır. Bakanlık başvuru tarihi itibariyle işçi sendikasının yetkili olduğunu tespit ettiği takdirde, başvuruyla birlikte tespit ettiği hususları işçi sendikasına ve karşı tarafa *altı işgünü* içinde bildirir³⁵ (SenTİSK m. 42/2). Buraya kadar anlatılan yetki prosedürüne *olumlu yetki tespiti*³⁶ denir. Ancak sendikasının yetkisizlik tespit etmesi durumunda -ki bu prosedür de *olumsuz yetki tespiti*³⁷ olarak adlandırılır- sadece bildirim yetkisiz işçi sendikasına yapar. Böylelikle işçi sendikasının gizlilik esasına uygun olarak bilgileri de korunmuş olur³⁸.

32 TUNÇOMAĞ, s. 360.

33 AKTAY, s. 210.

34 TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 239.

35 ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANPOLAT, s. 758.

36 Detaylı bilgi için bkz. AKTAY, s.213-214.

37 Detaylı bilgi için bkz. AKTAY, s. 214.

38 AKTAY, s. 212.

2. İşveren Tarafının Başvuru Usulü

Daha önce de bahsettiğimiz gibi, yetki tespit başvurusu her iki tarafa da tanınmış bir hak olsa da işveren tarafı tarafından bugüne kadar hiç kullanılmamıştır. Buradaki prosedür de işçi sendikası ile büyük oranda aynıdır³⁹.

İngiltere’de yetki prosedürü, işverenin elindedir. Daha doğru bir anlatımla, işveren tis yapacağı sendikayı kendisi seçmektedir. Almanya’da ise, TİS hakkı Anayasalarının sendika kurma özgürlüğü maddesi içinde belirtilmiş ayrıca bir maddeye gerek durulmamış olup, sendikaların tüzüklerinde kiminle TİS yapmaya ehil ve yetkili oldukları belirtilmiştir. Bu nedenle, esasen her işçi kuruluşu sendika adını alamamaktadır⁴⁰. Amerika’da ise daha demokratik bir yol izlenmiş ve işverenle TİS yapacak sendika, o işyerinde çalışan işçiler arasında yapılan seçimle çoğunluk esasına göre belirlenmektedir⁴¹.

D. YETKİ İTİRAZI

Sendikanın TİS yapabilmesi için verilen yetki tespit yazısı kesin yetki veren bir belge olmadığı için her zaman bu verilen belgeye itiraz yolu açıktır. Söz konusu belgeyi Bakanlık vermekle birlikte, itirazlar ilgililere tebliğden itibaren *altı işgünü* içinde, somut delilleri ile birlikte, işyerinin bağlı olduğu bölge müdürlüğünün⁴² bulunduğu yerdeki iş mahkemelerine yapılmaktadır (SenTİSK m. 43/1). Somut delillerin eklenmediği itirazlar, incelenmeksizin reddedilir⁴³. Eğer TİS birden fazla görevli makamın altına giriyorsa Ankara İş Mahkemeleri yetkili olacaktır. Bakanlığın vermiş olduğu yetki tespit yazısını alan işçi sendikası, işveren sendikası ya da sendika üyesi olmayan işveren (uygulamada genellikle işveren ya da yetkisiz olduğu bildirilen taraf) yetki itirazında bulunabilir. Belirtmek gerekir ki baraj Şartını (*yüzde bir*) sağlamayan işçi sendikasının, itiraz hakkı bulunmamaktadır⁴⁴. İtiraz süresi hak düşürücü süre olduğu için kaçırıldığı takdirde yetki kesinleşir ve tarafa kesin yetki belgesi verilir. Kesin yetkiye sahip olan işçi sendikası, TİS görüşmelerine taraf olmakla birlikte, TİS’e konu işyerlerinde temsilci atama imkânını da elde etmektedir (SenTİSK m. 24.)⁴⁵.

39 TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 244.

40 ÖZVERİ, s. 66

41 TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 245.

42 Bu konuda Yarg. 9. HD., 18.6.2014, E.2014/17431, K. 2014/20148, Çalışma ve Toplum, 2015/2., s. 278 vd.

43 Bu konuda Yarg. 22 HD., 26.06.2013, E.2013/16422, K. 2013/15619, Sicil Dergisi, 2014/31, s. 115 vd.

44 SUR, s. 289.

45 AKYİĞİT, s. 567.

Maddi hata ve süreye ilişkin itirazlar Mahkeme tarafından *altı işgünü* içinde incelenir ve duruşmasız olarak karar verilir. Bunlar dışındaki itirazlar (muvazaalı işlemler, alt işverenlik vb.) Duruşmalı olarak incelenir ve verilen kararlar temyiz edildiği takdirde Yargıtay tarafından *on beş gün* içinde incelenir ve kesin karara bağlanır (SenTİSK m. 43/3). Bu sürecin olabildiğince kısa tutulmasının nedeni daha öncede belirttiğimi gibi, yetkinin bir an önce tespit edilerek TİS' in gecikmeksizin bağtlanabilmesidir. Önemle belirtmek gerekir ki usule ilişkin olarak, itiraz dilekçesi mahkemeye sunulmadan önce ilgili görevli makama itirazın kayıt ettirilmesi gerekmektedir. Örneğin itiraz, Ankara İş Mahkemeleri'ne yapılacaksa önce Ankara Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na, başka bir ilde yapılacaksa o bölgeye bağlı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne kayıt ettirilmek zorundadır. Zira bu kaydın gerçekleştirilmemiş olması itirazın reddine yol açmaktadır⁴⁶.

E. YETKİ BELGESİ

Yetki tespit yazısına süresi içinde itiraz edilmemişse süre bitimini izleyen *altı işgünü* sonunda; yapılan itiraz reddedilmişse ya da itiraz sonucu sendikamın yetkili olduğuna karar verilmişse bu kararın tebliğ tarihinden itibaren *altı işgünü* içinde ilgili sendikaya Bakanlık tarafından yetki belgesi verilir (SenTİSK m. 44). Yetki belgesinde işçi sendikasının hangi işveren ya da işveren sendikasıyla, hangi işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olduğu belirtilir. Kanun, yapılan bir TİS' in hükümsüzlüğüne ilişkin bir imkân tanımıştır. Yetki belgesi alınmadan yapılan bir TİS' de, taraflardan birinin ya da ikisinin yetkisiz ve dolayısıyla TİS' in hükümsüzlüğü, Bakanlıkça durumunda tespitinden itibaren *kırk beş gün* içinde ilgililerce veya Bakanlıkça dava yoluyla ileri sürülebilir. Hükümsüzlüğe ilişkin davalar, görevli makamın bulunduğu yerdeki iş mahkemelerinde görülür (SenTİSK m.79) ⁴⁷.

TOPLU GÖRÜŞMEYE ÇAĞRI VE TOPLU GÖRÜŞME

A. TOPLU GÖRÜŞMEYE ÇAĞRI

Toplu iş sözleşmesi yapı ehliyet ve yetkisinin saptanmasından sonraki aşama, nihayetinde toplu görüşmedir. Toplu görüşme çağrısını uygulamada genellikle işçi sendikası yapmakla birlikte SenTİSK m. 46/1-c uyarınca işveren ya da işveren sendikası da yapabilir. Bu bağlamda yetki belgesini alan taraf *on beş gün* içinde, karşı tarafı toplu görüşmeye davet etmek ve daveti ilgili makama (il müdürlükleri ya da Bakanlık) bildirmek

46 TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 247.

47 AKTAY, s. 219.

zorundadır. Zira davet etmezse yetki belgesinin bir hükmü kalmayacak ve yukarıda anlatmış olduğumuz yetki prosedürünü tekrarlamak zorunda kalacaktır⁴⁸. Bunun yerinde bir uygulama olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Çünkü kanun bir an evvel toplu iş sözleşmesine ulaşmayı hedeflemektedir. Ayrıca, Yargıtay *on beş gün* içinde çağrı yazısının tebliğ edilecek makama (PTT gibi) verilmesini de yeterli görmektedir⁴⁹.

Çağrıyı yapan taraf, yazılı olmak kaydıyla çağrıdan başka, çağrıyla ekli olarak ya da yine aynı süre içinde daha sonra göndermek suretiyle tüm tekliflerini sunmak zorundadır. Dolayısıyla bu süre içinde taraflar karşılıklı olarak tekliflerde değişiklik yapabilmektedirler⁵⁰. (SenTİSK m. 46/3).

Toplu görüşme çağrısının karşı tarafa tebliğinden itibaren *altı gün* içinde, taraflar toplu görüşmenin yapılacağı yer, gün ve saati aralarında anlaşarak belirler ve bunu görevli makama yazılı olarak bildirmek zorundadırlar (SenTİSK m. 47/1) . Yer, saat ve gün konusunda bir anlaşmazlık olursa taraflardan birinin başvurusu ile görevli makam ilk toplantının yer, saat ve gününü belirler⁵¹. İşçi sendikası çağrı tarihinden itibaren *otuz gün* içinde ilk toplantıya gelmez ya da aynı süre için toplu görüşme işlemlerine başlamazsa işçi sendikasının yetkisi düşer (SenTİSK m. 47/2)⁵². Bu sürenin başlaması noktasında doktrinde iki farklı görüş yer almaktadır. Bir görüş, çağrının tebliğ edildiği tarihi⁵³ esas alırken, çoğunluk görüş kanunun ifade ettiği gibi çağrı tarihini⁵⁴ esas almaktadır. Toplu görüşmesinin süresi ilk toplantının yapılmasından sonra altmış gündür (SenTİSK m. 47/3).

B. TOPLU GÖRÜŞME

Nihayet tarafların belirli gün, yer ve saatte bir araya gelmeleri ile birlikte toplu görüşme aşaması başlar. Taraflar kendilerini hangi yetkili kişiler temsil ediyorsa karşı tarafa yetki belgelerini verirler. Toplu görüşmelerin devamı sırasında taraflar anlaştıkları ve anlaşamadıkları konuları maddeler halinde tutanak altına alırlar. Tarafların tüm maddeler için

Anlaşmaya bağladıkları noktada TİS oluşmuş olur. Tarafların toplu görüşmeler içinde anlaşamamaları yahut taraflardan birinin görüşmelere gelmemesi halinde ya da toplu görüşme süresinde bir anlaşmaya varıla-

48 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANPOLAT, s. 766.

49 Yarg. 9HD., 8.10.1985, E.9808., K.9168., bkz. AKTAY, s. 222.

50 SUR, s. 301.

51 TUNÇOMAĞ, s. 366.

52 TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 255.

53 SUR, s. 303.

54 TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s.255.

mazsa bu durum, taraflardan biri aracılığıyla *altı işgünü* içinde bir tutanak ile birlikte görevli makama bildirilir⁵⁵. Aksi halde işçi sendikasının yetkisi düşecektir (SenTİSK m. 49/1). Toplu görüşmeler devam ederken taraflardan birinin işyeri değişikliği yapması (işin niteliğini değiştirmeden) yetki alınmış işyeri için TİS yapılmasına engel olmaz. İşçi sendikasının toplu görüşmeler sırasında çoğunluğunu kaybetmesi ya da işverenin ölmesi süreci etkilemez, mirasçıları ile devam eder⁵⁶.

C. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN İMZALANMASI, TEVDİİ VE ŞEKLİ

Toplu iş sözleşmesinin müzakereler sonucunda anlaşmaya varılarak imzalanmasıyla birlikte toplu iş sözleşmesi bağlanmış olur. Sözleşme yazılı olarak toplam *dört nüsha* olarak hazırlanır. Dört nüsha olarak hazırlanmasının nedeni; iki tanesi *altı işgünü* içinde çağrıyı yapan tarafça görevli makama tevdi edilir. Görevli makam da sözleşmenin bir nüshasını Bakanlığa gönderir. Diğer ikisi ise taraflara verilir⁵⁷. İşveren söz konusu toplu iş sözleşmenin, toplu iş sözleşmesi niteliğindeki özel hakem veya Yüksek Hakem Kurulu kararı ile toplu hak uyuşmazlıklarında verilen mahkeme kararlarını, işyerinde işçiler tarafından görünebilecek bir yere asmak zorundadır (SenTİSK m. 48/2). Bu kararlar TİS niteliğinde olduklarından imzalanmalarına gerek yoktur.

Sözleşmenin yazılı olarak yapılması geçerlilik koşulu olarak karşımıza çıkar (SenTİSK m.35). Bu zorunluluk, tarafların maddeler hakkında iyice düşünceleri, acele ile doğabilecek sakıncaların önüne geçilmesi, sözleşmenin aleniyeti ve özellikle sözleşmenin kapsamına girenlere sözleşmenin muhtevasını açık ve kesin olarak uyuşmazlık çıkmasını önlemek amacıyla dayanmaktadır⁵⁸

SONUÇ

Toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen ehliyete sahip işçi sendikası, işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren Bakanlığa başvurarak yetkili karşı tarafın (genellikle işçi sendikasının) tespitini isteyebilir. Eğer toplu iş sözleşmesi yapılması istenen işyeri veya işletmede yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi yok ise Bakanlığa başvuru her zaman yapılabilirken, söz konusu işyeri veya işletmede toplu iş sözleşmesi mevcut ise toplu iş sözleşmesi süresinin bitmesinden önceki yüz yirmi gün içinde, yeni sözleşme için yetki başvurusunda bulunulabilir. Kanunda yer alan hükümlere göre baraj ve çoğunluk Şartını sağlayan işçi sendikası yetkili

55 TUNÇOMAĞ, s. 367.

56 TUNCAY/SAVAŞ KUTSAL, s. 256.

57 AKTAY, s. 226

58 ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 769.

kılınırken, işveren tarafı için herhangi bir yetki Şartı öngörülmemiş ancak işçi tarafının yetkili olması esas kriter olarak belirlenmiştir.

Yetkinin tespit edilmesine ilişkin olarak tarafların Bakanlığa yapmış olduğu başvuru önem kazanmaktadır. Yetkiye sahip olduğunu iddia eden taraf Bakanlıktan yetkili olduğunu tespitini ister ve Bakanlık kanundaki ilgili Şartları gözeterek taraf hakkındaki yetki tespitine ilişkin yazıyı kanuni süreler içinde ilgililere gönderir. Akabinde bu yazıya ilgili tarafından somut delillerle birlikte yetki itirazında bulunulur. Bu itiraz sürecinin her aşamasında süre en önemli unsurdur. Süresi içinde itiraz edilmezse yetkisizlik gerçek olsa bile, ilgili yetkili taraf haline gelir ve kendisine yetki belgesi verilir.

Yetki belgesinin alınmasından sonra, toplu görüşmelerin başlaması için karşı tarafa çağrı yapılır ve toplu görüşmeler için tarafların uygun oldukları gün, yer ve saat belirlenir. Bu Şekilde ilgili günde taraflar bir araya gelerek toplu görüşmelere başlarlar. Görüşmeler sonucunda tarafların üzerinde uyuştukları maddeler yazılı olarak toplu iş sözleşmesi haline gelir. Tarafların toplu iş sözleşmesini imzalamaları ve ilgili işyerlerinde ilan edilmesiyle, TİS geçerlilik kazanır.

Çalışmamızda genel olarak yukarıda bahsetmiş olduğumu üzere, toplu iş sözleşmelerindeki tarafların genel olarak ehliyet ve yetki unsurları üzerinde durulmuş olup, ilgililerin TİS yapmadan önce hangi özelliklere sahip olmaları gerektiği maddi ve Şekli unsurlara tek tek değinilerek anlatılmaya çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

- A. Nizamettin **AKTAY**, Toplu İş Hukuku, Ankara 2015
Ercan **AKYİĞİT**, Toplu İş Hukuku El Kitabı, Ankara 2014
Süleyman **BAŞTERZİ**, Toplu İş Sözleşmesi Ehliyeti, 1. Baskı, İstanbul 2016
Nuri **ÇELİK**/Nurşen **CANIKLIOĞLU**/Talat **CANBOLAT**, İş Hukuku Dersleri, 29. Baskı, İstanbul 2016
Ünal **NARMANLIOĞLU**, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul 2016
Murat **ÖZVERİ**, Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikasılaşırma(1963-2009), İstanbul 2013
Melda **SUR**, İş Hukuku Toplu İlişkiler, 5. Baskı, Ankara 2017
A. Can **TUNCAY** / F. Burcu **SAVAŞ KUTSAL**, Toplu İş Hukuku,6. Bası, İstanbul 2016
Kemal **TUNÇOMAĞ**, / Tankut **CENTEL**, İş Hukukunun Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2015
Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/2.
Sicil Dergisi, 2014/31.

TRAFİK ve İŞ KAZASINDA YARGITAY UYGULAMALARI ile AKTÜERYAL TAZMİNAT HESAPLAMALARI

Ali Coşkun ONĞUN¹

1- Giriş ve Kavram

Aktüerya sözcüğü, çok eskilerde Roma Senatosu'nda yöneticiler için kullanılan "actuarius" kelimesinden doğmuştur. Günümüzde de aktüeryal hesaplamalar için kullanılan hayat tablolarına esin kaynağı olacak ilk ölüm tablosunun da M.S. 220 yıllarında Domitius Ulpinos tarafından Roma Hukuku'na göre veraset vergilerinin hesaplanabilmesi amacıyla oluşturulduğu ortaya çıkmıştır.²

Aktüeryal alan, insanların; doğum, ölüm, hastalık, sakatlık, emeklilik gibi yaşamını; yangın, kaza, deprem, sel, hırsızlık gibi mal varlığını etkileyen olaylara bağlı, mücbir sebepler ve bu olayların finansal etkileriyle ilgilenir.³

Aktüeryal alanda tazminat hesaplamaları yapan kişiler, bu tür olayların oluşma riskini irdelemek, olasılıklarını tahmin etmek ve bu olayların finansal etkileri üzerinde bilimsel değerlendirme ve programlarını oluşturmak üzerine sonuçlar ortaya koyarlar.

Aktüeryal hesaplamalar günümüzde tazminat hukuku içerisinde değerlendirilmektedir.

Çelik'e göre tazminat hesaplarının Yargıtay'ca belirlenen ilkelere göre yapılması zorunludur. Ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle açılan maddi tazminat davalarında, Yargıtay kararlarıyla belirlenen tazminat ilkeleri doğrultusunda işlem yapılması zorunlu ve gerekli olmasına karşın, son yıllarda sigorta şirketlerinin dayatmalarıyla bir çekişme ve zıtlaşma orta-

1 İstanbul Barosu Avukatlarından,

Yazımın oluşumunda katkılarını esirgemeyen Tazminat Hukukunun duayenleri Yayın Kurulumuzdan Av. İsmail Gömleklî ve Av. Yörük Kabalak başta olmak üzere Av. Ayhan Tokat, Av. İbrahim Yılmaz ve Av. Fahri Tan üstatlarıma destekleri için içten teşekkürlerimi sunuyorum.

2 <https://tr.wikipedia.org/wiki/Akt%C3%BCerya>

3 http://www.aktuerya.hacettepe.edu.tr/akt_hak.php

mına girilmiş; buna Hazine Müsteşarlığı'nca yayınlanan bir "genelgenin" eklenmesiyle yargı'daki uygulamaların belirsizliğe itilmesi gibi olumsuz ve davaların uzaması ile tazminat ödemelerinin gecikmesi sonucunu doğuran bir durum yaratılmıştır.

Sigorta şirketlerinin hesaplama formülleri farklılıklar arz etmektedir. Bazı şirketler CSO 1980 yaşam tablosunu kullanırken diğer bazıları TRH 2010 tablosunu esas almaktadırlar. Trafik Sigortası Genel Şartlarında da TRH 2010 tablosunun hesaplama esas alınması öngörülmüştür. Ancak aşağıda yer vereceğimiz üzere Yargıtay istikrarlı biçimde tazminat hesaplamalarında PMF 1931 yaşam tablosunu esas almaktadır. Bunun tek istisnası iş kazaları rücu davalarında Kurum hesabıyla uyum sağlaması açısından kullanılan TRH 2010 tablosudur. İşçi ya da trafik kazasının mağduru hak sahiplerinin haksız fiil sorumlularına karşı açtığı tazminat davalarının tamamında istisnasız biçimde PMF 1931 yaşam tablosu esas alınmaktadır. Yargıtay'ca benimsenmemiş hiçbir hesaplama yöntemi, hiç bir formül yargıda geçerli değildir. Yargıtay kararları değişmediği sürece, açılan davalarda görevlendirilen bilirkişiler, yargıda geçerli yöntem ve formüllere göre tazminat hesabı yapmak zorundadırlar. Aksi takdirde yerel mahkeme kararı bozulur, davalar gereksiz yere uzar.

Bu konuda, Sigorta Tahkim Komisyonu'nda görülen bir anlaşmazlığa ilişkin olarak Yargıtay 17.Hukuk Dairesi'nin 09.10.2012 gün E.2011/11066 K.2012/10762 sayılı kararında, tazminat hesaplarının Hazine Müsteşarlığı'nın 2010/4 sayılı Genelgesine ve aktüerlerin uyguladıkları formüllere göre değil, yargıda geçerli yöntemlere göre yapılması öngörülmüştür.⁴

Yargıtay kararlarında tazminat hesaplama yöntemi olarak "Progressif Rant" denilen %10 arttırma %10 eksiltme yöntemi esas alınmaktadır. Bu hesaplama yöntemindeki yaşam olasılıkları da her zaman için PMF 1931 tablosundaki verilerle yapılmaktadır.

2- Olay ve Maddi Zarar:

Haksız eylemin birçok biçimde karşımıza çıkması olasıdır. Bu yazıda asıl olarak trafik ve iş kazaları olarak beliren haksız fiil durumlarının sonucunda oluşacak tazminat hesaplamaları Yargıtay bakış açısıyla ele alınacaktır.

⁴ <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/yargitay-ca-benimsenen-ilkele-re-gore-tazminat-hesaplama-yontemleri.htm>

Trafik ya da iş kazalarında yaralanan ya da vefat durumunda geride kalanların hak sahipliği ve talep edebilecekleri haklar konusunda karşımıza çıkan kanunlar ve ilgili maddeleri genel olarak şu şekildedir:

01/08/2012 günü yürürlüğe giren 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri başlıklı maddelerinden 49. Maddesi **Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür, hükmünü düzenlemiştir.**

Zararın ve kusurun ispatı başlıklı 50. Madde: **Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.**

Tazminatın Belirlenmesi başlıklı madde 51- **Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür.**

Yasa'nın 52. Maddesi ise **Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.**

Görüleceği üzere Yasa Koyucu Hakime tazminat miktarını belirlerken tarafların durumunu gözeterek geniş bir yetki alanı sunmuştur. Gelgelelim insani zararlar için Hakimlerin bu derece yetkilerinin bulunmadığını Yasa'nın devam maddelerinde karşımıza çıkar. Buna göre **Özel durumlar** başlıklı Ölüm ve bedensel zarar ile **Ölüm halleri için ayrı düzenleme getirilmiştir. TBK'nın 53. Maddesinde** Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır diyerek zarar kalemlerini tek tek saymıştır:

1. Cenaze giderleri.
2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.
3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.

b. Bedensel zarar

MADDE 54- Bedensel zararlar özellikle şunlardır:

1. Tedavi giderleri.
2. Kazanç kaybı.
3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.
4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.

TBK 52. maddesinde hakime tanınan geniş yetki insani can zararlarında 55. Madde ile açık biçimde kısıtlanmıştır. 55 maddede Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağı, kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemeyeceği, zarar veya tazminattan indirilemeyeceği, ve dahası hesaplanan tazminatın, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmayıp azaltılmayacağı açık biçimde hüküm altına alınmıştır.

Yasa koyucunun bedensel zararlar konusunda tarafların yıkımına yol açacak yüksek miktarda tazminat hesaplanmasının dahi hakkaniyet düşüncesiyle indirimine konu edilemeyeceği yönündeki tutumu konunun hassasiyetini de ortaya koymaktadır.

52. maddenin ikinci fıkrasında da Kanun hükümlerinin, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanacağını düzenlemiştir.

Tazminat hesaplamalarının hükme en yakın tarih olması gerektiği Yargıtay tarafından yerleşik içtihat haline gelmiştir:

Yüksek Mahkeme, zarar hesabı yapılırken hüküm tarihindeki yani mahkeme hükmüne en yakın tarihte belirlenebilen verilerle hesaplama yapılması gerektiğini içtihat etmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2011/17-351 E. , 2011/386 K. İlamı: "...Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; tazminatın hesabında hüküm tarihine en yakın tarihteki asgari ücret miktarının mı, yoksa ödemenin yapıldığı ve avans niteliğindeki ödemeye ilişkin bulunduğu kabul edilen belgenin düzenlendiği tarihteki asgari ücret

miktarının mı esas alınması gerektiği, sonuçta tazminatın hangi miktar üzerinden hesaplanacağı, noktasında toplanmaktadır. Vurgulamakta yarar vardır ki, haksız eylemin beden tamlığına karşı işlenmesi durumunda zararın gerçek kapsam ve miktarı zamanla daha iyi belirlenebileceğinden, zararın tespitinde ve yapılacak hesaplamada en uygun tarihin esas alınması gerekir.

Konuya ilişkin 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nın "Cismani Zarar Hâlinde Lazımgelen Zarar Ve Zıyan" başlıklı 46.maddesinde aynen; "Cismani bir zarara düşen olan kimse külliye veya kısmen çalışmağa muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve zıyanını ve bütün masraflarını isteyebilir. Eğer hükmün suduru esnasında, kafi derecede kanaat ile cismani zararın neticelerini tayin etmek mümkün değil ise; hükmün tefhimi tarihinden itibaren iki sene zarfında hakimin, tetkik salahiyetini muhafaza etmeğe hakkı vardır." hükmü yer almakta; Aynı Kanunun "Ölüm Takdirinde Zarar Ve Zıyan" başlıklı 45.maddesinde de:

"Bir adam öldüğü takdirde zarar ve zıyan, bilhassa defin masraflarını da ihtiva eder. Ölüm, derhal vukubulmamış ise zarar ve zıyan tedavi masraflarını ve çalışmağa muktedir olamamaktan mütevellit zararı ihtiva eder. Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir." düzenlemesi bulunmaktadır. **Bu düzenlemeler göstermektedir ki, mahkemece hüküm tarihindeki duruma göre zarar hesaplanmalı ve buna göre de hüküm tarihine en yakın tarihteki asgari ücret destek hesabında nazara alınmalıdır. Mahkemece yapılan hesaplama ve varılan sonuç ise bu belirlemeye uygun değildir. O halde, mahkemece yapılacak iş; hüküm tarihine en yakın tarihteki asgari ücretin tespiti ile destek tazminatının hesaplanması yönünden bilirkişiden ek rapor alınıp, sonucuna göre bir karar vermek olmalıdır.08.06.2011**"

3- Manevi Zarar:

Kanunun Manevi tazminat başlıklı 56. Maddede Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir, düzenlemesi öngörülmüştür.

Manevi tazminat konusunda Yüksek Mahkeme artık caydırıcılık özelliğine de tazminatta vurgu yapmaktadır. Tazminat alacaklısını zenginleştirmeme tazminat borçlusunu da yoksul duruma düşürmeme ölçütü halen geçerliliğini korusa da tazminatta caydırıcılık yönünün öne çıkarılması manevi tazminat tutarlarının arttırılmasına katkı sunmuş ve mağdur olanlar yönünden nispeten etkili hukuki sonuçlara ulaşılmıştır.

“Y 17. HD Esas : 2016/6738 Karar : ...Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile davacı ... için 30.000,00 TL, ... için 20.000,00 TL, ... için 20.000,00 TL olmak üzere toplam 70.000,00 TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 04.04.2013 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiz ile birlikte davalıdan alınarak davacılara verilmesine karar verilmiş, hüküm davacılar vekili ve davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Mahkemece toplanıp değerlendirilen delillere göre davalı vekilinin tüm ve davacılar vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir. Dava trafik kazası nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir.

Manevi tazminat zenginleşme aracı olmamakla beraber, bu yöndeki talep hakkındaki hüküm kurulurken olay sebebiyle duyulan acı ve elemnin kısmen de olsa giderilmesi amaçlanmalı ve bu sebeple tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte olayın meydana geliş şekli de gözönünde tutularak, 6098 sayılı B.K.'nın 56. maddesindeki özel haller dikkate alınarak, hak ve nesafet kuralları çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır. Zira, MK'nın 4.maddesinde, kanunun takdir hakkı verdiği hallerde hakimnin hak ve nesafete göre hükmedeceği öngörülmüştür.Belirtilen hususlar dikkate alındığında, davacılar için ayrı ayrı takdir olunan manevi tazminatın bir miktar az olduğu görülmüş ve hakkaniyete uygun bir manevi tazminata hükmedilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir. Davacı vekilince temerrüt faizi olarak ticari faiz istenilmiş, ancak mahkemece yasal faize hükmedilmiştir. Oysa, zarara neden olan araç şirket adına kayıtlı olup ticari nitelikte kamyonet olduğundan, dava konusu haksız eylemin TTK'nın 3.maddesi uyarınca ticari iş niteliğinde bulunmasına ve dava dilekçesinde avans faizi talep edilmesine rağmen, 6100 sayılı HMK'nın 26. maddesine (mülga 1086 sayılı HUMK'nin 74. maddesi) ve talebe aykırı biçimde yasal faize hükmedilmesi isabetli olmamıştır. Davacılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmadığı, aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunanların usul ekonomisi ilkesi dikkate alınarak birlikte dava açtıkları durumda da esasen birden fazla dava olduğu dikkate alınarak; her bir davacı yönünden lehine hükmedilen tazminat miktarına göre kendisini vekille temsil ettiren davacı lehine; reddedilen her bir dava yönünden de davalı lehine ayrı ayrı vekalet ücreti taktir edilmesi gerekmektedir. 19.09.2016”

Manevi tazminat tutarını %88 maluliyet oranı nedeniyle maddi tazminat yüksek çıktığı gerekçesiyle indirim sebebi yaparak tümüyle kaldıran yerel mahkeme kararı da Hukuk Genel kurulu tarafından bozulmuştur.

“YHGK Esas : 2014/4-1018 Karar : 2016/326 : **Mahkemece**, davacının davalıya ısrar ederek kendisini Kahramanmaraş'a götürmesini istediği, davalının alkollü olduğunu bildiği halde araca bindiği, davranışları ile zararın oluşumuna dahil olup razı olduğu, kimsenin kendi kusuruna dayalı olarak oluşan zarar ve ziyanının tazminini isteyemeyeceği, ortada kasıt bulunmadığı belirtilerek davacının manevi tazminat isteminin reddine, maddi tazminat istemi yönünden ise 50.000,00 TL`nin davalılardan alınarak davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

a-Dava konusu trafik kazasında davacının yaralanması, davacıya yönelik haksız bir eylem niteliğinde olup davalı ...`nun meydana gelen trafik kazasında taksire dayalı olarak tam kusurlu olduğu belirlenmiştir. Kaza tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK nun 41. maddesine göre,

“Bir kimse, gerek kasten gerekse ihmal veya dikkatsizlik tedbirsizlik sonucu haksız bir şekilde, başkasının zarara uğramasına sebep olursa, o zararı tazmin ile sorumludur.

Şu durumda, davalının taksiri ile neden olduğu trafik kazasında zarar gören davacının tazminat isteminden sorumlu olup, mahkemenin manevi tazminat istemini tümünden reddi doğru değildir. Ancak, mahkemenin manevi tazminat isteminin reddine gerekçe olarak gösterdiği sebepler BK 43-44 maddeleri uyarınca bir indirim nedeni olarak kabul edilebilir. Açıklanan bu hususlar gözetilmeden manevi **tazminat isteminin tümünden reddine karar verilmiş bulunması doğru olmayıp kararın bozulması gerekmiştir. ... 16.03.2016”**

Yüksek Mahkeme bir kararında manevi tazminatın üzüntüyü hafifletici nitelikte olması gerektiğini de içtihat etmiştir:

“Y21H:E:2016/699 Karar 2016/326: ... Öte yandan, 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 ni-

telik 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 zararlar 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 açıklamalardan olarak somut olayda, davacı vekilinin 29/01/2010 tarihli hesap raporuna karşı bir itiraz ileri sürmüyüp, ıslah dilekçesinde, anılan bilirkişi raporunda müvekkilinin zararının belirlendiği yönünde beyanda bulunması üzerine, davalılar lehine usuli kazanılmış hak oluştuğundan, mahkemece bu 29/01/2010 tarihli hesap raporunda belirlenen maddi tazminat miktarına hükmedilmesi gerekirken, usuli kazanılmış hak aşılarak fazlaya karar verilmesi doğru olmadığı gibi, davacı yararına hükmedilen 20.000,00 TL manevi tazminat da fazladır. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. 04/05/2016”

Ancak yüksek Mahkeme %7 işgöremezlik ve %90 davalı haksız eylem sorumlusunun kusurunun bulunduğu bir olayda 20.000 TL. manevi tazminat tutarını yerinde görmüştür.

“HGK. 2014/818 E., 2016/764 K. Yerel Mahkemece, 30.629,00 TL maddi ve 20.000,00 TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 14.07.2010 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine dair verilen karar, taraf vekillerinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuş; Mahkemece, önceki kararda davacı için takdir edilen manevi tazminat miktarı yönün-

den direnilmiştir. Direnme hükmünü, taraf vekilleri temyize getirmiştir. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; iş kazası nedeniyle yaralanan davacı lehine takdir edilen **manevi tazminat miktarının** fazla olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. ... Yine BK'nın 47. (TBK 56) maddesi hükmüne göre; hâkimin özel halleri göz önünde tutarak, **manevi** zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği tutar adalete uygun olmalıdır. Bu para tutarı, aslında ne **tazminat** ne de cezadır. Çünkü mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını amaç edinmediği gibi, kusurlu olana yalnız hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine, zarara uğrayanda bir huzur duygusu uyandırmayı, aynı zamanda ruhi ızdırabın dindirilmesini amaç edindiğinden, **tazminata** benzer bir fonksiyonu da vardır. 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. Manevi tazminat,** duyulan elem ve ızdırabın kısmen ve imkan nisbetinde iadesini amaçladığından hâkim, ...nun 4.maddesi gereğince hak ve nesafete göre takdir hakkını kullanarak, **manevi tazminat miktarını** tespit etmelidir. Hâkim belirlemeyi yaparken somut olayın özelliğini, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumunu, paranın alım gücünü, maluliyet oranını, beden gücü kaybı nedeniyle duyulan ve ileride duyulacak elem ve ızdırabı gözetmelidir (Hukuk Genel Kurulunun 28.05.2003 gün 2003/21-368-355; 23.06.2004 gün 2004/13-291-370 ve 19.06.2013 gün 2013/21-20-868 sayılı kararları). Somut olayın incelenmesinde, 14.07.2010 tarihinde meydana gelen iş kazası nedeniyle, davacının iş göremezlik derecesinin % 7 olarak belirlendiği, olayın meydana gelmesinde davacının % 10 oranında, davalının ise % 90 oranında kusurlu olduğu hususlarında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, direnme kararında açıklanan gerektirici nedenlere, tarafların kusur durumu ve davacının uğradığı zarar ile olayın meydana geldiği tarihteki paranın alım gücü dikkate alındığında yerel mahkemece hükmedilen **manevi tazminat miktarı** yerindedir. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında, somut olay itibarıyla mahkemece hükmedilen **manevi tazminat miktarının** fazla olduğu görüşü dile getirilmiş ise de, Kurul çoğunluğu tarafından bu görüşe iştirak edilmemiştir. Şu durumda, yukarıda belirtilen ilke ve maddi olgular dikkate alındığında, yerel mahkemenin takdir edilen **manevi tazminat miktarına** ilişkin kararı yerinde olup; usul ve yasaya uygun olan direnme kararının onanması gerekir. 08.06.2016”

4- Zarar Sorumluları ve Birlikte/Müteselsil Sorumluluk

Zarara kusurlarıyla sebep olanlar zarar görene karşı sorumludurlar. Trafik kazalarında işleten ve poliçede belirtilen limit oranında zorunlu trafik sigortacısı zarar görene karşı maddi zararlarda birlikte sorumludurlar.

İş kazalarında kusurları bulunması durumunda işveren ve kazaya etki edecek hareketi bulunan üçüncü kişi ve koşulları oluşması durumunda alt işveren iş kazasına uğrayan işçiye karşı birlikte sorumludurlar.

Türk Medeni Kanunu gereğince çocuğun verdiği zararlardan anne babası da sorumludur.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu da yine aynı kanunda düzenlenmiştir.

Zarara birlikte sebep verenlerin sorumluluğu da Türk Borçlar Kanunu (TBK) devam maddelerinde hüküm altına alınmıştır: Sorumluluk sebeplerinin çokluğu Sebeplerin yarışması başlıklı Madde 60- Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.

Müteselsil sorumluluk

Dış ilişkide

Madde 61- Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.

“Y 4. HD E.2016/644 - K.2016/3007 BK..`nın 50 ve 51. maddelerinde haksız eylemin ve bunun sonucunda doğan zararın birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesi durumunda zarar görenin dilediği takdirde eyleme katılanların birisinden, birkaçından veyahut tamamından zincirleme olarak sorumlu tutulmalarını isteme hakkına sahip bulunduğu düzenleme altına alınmıştır. Aynı hüküm 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 61. maddesinde de tekrar edilmiştir. Bu kapsamda; davalılar dışında dayanışmalı olarak başka sorumluların da bulunması davalıların sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Mahkemece, Dairemizin 14/03/2013 gün ve 2012/5113 esas ve 2013/4682 karar sayılı bozması gereğince inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bozma kararına uygun olmayan şekilde yazılı gerekçeyle davanın reddedilmiş olması doğru görülmemiş kararın bozulması gerekmiştir. 08.03.2016”

İç ilişkide

Madde 62- Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.

“Y. 17. H D 2014/21108 E. 2016/11054 K. Mahkemece, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre, Davanın kabulü ile Davacı ...'nın olay sebebiyle destekten yoksun kalma tazminatı olmak üzere 14.481,21 TL maddi tazminatın dava tarihi olan 21/01/2008 tarihinden itibaren hesap edilecek yasal faiziyle birlikte davalılardan **müştereken** ve **müteselsilen** tahsiliyle davacıya verilmesine; 5.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihi olan 21/01/2008 tarihinden itibaren hesap edilecek yasal faiziyle birlikte davalılar Taş. İnş. Teks. Petr. Ür. San. ve Tic. Ltd. Şti. ile ...'dan **müştereken** ve **müteselsilen** tahsiliyle davacıya verilmesine; Cezaze-defin gideri masrafı olan 1.000,00 TL'nin dava tarihi olan 21/01/2008 tarihinden itibaren hesap edilecek yasal faiziyle birlikte davalılardan **müştereken** ve **müteselsilen** tahsiliyle davacıya verilmesine karar verilmiş; hüküm, davalı sigorta şirketi vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Somut olayda davacı vekili, 23.09.2008 tarihli duruşmadaki imzalı beyanında davalı ... AŞ'ye sehven dava açtıklarını, aslında ZMMS'nin Y Sigorta olduğunu, ... AŞ'nin aracın kasko sigortacısı olduğunu belirterek ... şirketi hakkındaki davadan feragat ettiklerini beyan etmiştir. Buna göre davalı ... AŞ yönünden davanın feragat nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken diğer davalılarla birlikte **müşterek** ve **müteselsil** sorumluluğuna karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozma nedeni yapılmıştır. 1.12.2016”

Bu maddeler doğrultusunda trafik ya da iş kazalarında ortak kusurları bulunan kişilerin haksız eylemden zarar görenlere karşı müşterek müteselsil sorumlulukları doğacaktır.

2918 Sayılı Karayolları **Trafik Kanunu 85. Maddesinde** de bu durum hüküm altına alınmıştır. İşleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğu başlıklı madde Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya iş-

letme 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, düzenlemesini içerir.

Zarar verenlerin birden fazla olması başlıklı **Madde 88 – Bir motorlu aracın katıldığı bir kazada, bir üçüncü kişinin uğradığı zarardan dolayı, birden fazla kişi tazminatla yükümlü bulunuyorsa, bunlar müteselsil olarak sorumlu tutulur. Birden fazla kişinin sorumlu olduğu durumlarda, bunlar arasındaki ilişki bakımından zarar, olayın bütün şartları değerlendirilerek paylaşılır. Özel durumlar ve özellikle araçların işletme tehlikeleri, zararın iç ilişkide başka türlü paylaşılmasını haklı göstermedikçe, işletenler ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kusurları oranında zarara katlanırlar.**

İşletenler veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri arasında zararın tazmini başlıklı **Madde 89 – Birden çok motorlu aracın katıldığı bir kazada işletenlerden biri bedensel bir zarara uğrarsa, özel durumlar ve özellikle işletme tehlikeleri başka türlü paylaşılmayı haklı göstermedikçe, kazaya katılan araçların işletenleri ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kendilerine düşen kusur oranında, zararı gidermekle yükümlüdürler. İşletenlerden ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahiplerinden birine ait bir şeyin zarara uğraması halinde, zarar gören, ancak zarar veren işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kimsenin kusuru veya geçici olarak temyiz gücünü kaybetmesi veya zarar verene ait araçtaki bir bozukluk yüzünden zararın vuku bulduğunu ispat etmesi halinde zarar veren işleten veya işleticinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi tazminatla yükümlü tutulur. Tazminatla yükümlü olan işletenler veya işleticinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri zarar gören işletene veya işleticinin bağlı olduğu teşebbüs sahibine karşı müteselsilen sorumludurlar.**

“Y 17. HD Esas : 2016/13741 Karar : 2016/11374 Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası; motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde, o aracı işletenin zarara uğrayan 3. kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve yasaca yapılması zorunlu kılınan bir zarar sigortası türü olduğu anlaşılmaktadır. Motorlu araçların işletilme tehlikesine karşı, zarar gören üçüncü şahısları, korumak amacıyla getirilmiş olan bu düzenleme ile öngörülen sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu olmayıp, sebep sorum-

luluğu olduğu; böylece araç işletenin sorumluluğunun sebep sorumluluğunun ikinci türü olan tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunduğu, öğretide ve yargısal içtihatlarla kabul edilmektedir (EREN Fikret, Borçlar Hukuku, 9. B, s. 631 vd.; KILIÇOĞLU Ahmet, Borçlar Hukuku, 10. B., s. 264 vd.).

2918 sayılı Kanununun 86. maddesinde ise, bu Kanun'un 85. maddesinde düzenlenen sorumluluktan kurtulma ve sorumluluğu azaltma koşullarına yer verilmiştir. Bu düzenlemelere göre, araç işleteni veya araç işletenin bağlı bulunduğu teşebbüs sahibi, kendisinin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru bulunmaksızın ve araçtaki bozukluk kazayı etkilemiş olmaksızın kazanın bir mücbir sebepten veya zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusurundan ileri geldiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulabilecek; sorumluluktan kurtulamayan işleten veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi ise kazanın oluşunda zarar görenin kusurunun bulunduğunu ispat ederse, hakim, durum ve şartlara göre tazminat miktarını indirebilecektir. **Bir zarar sigortası türü olan zorunlu mali sorumluluk sigortasında sigortacı işletenin sorumluluğunu yine ancak sorumlu olduğu çerçevede karşılamakla yükümlüdür. Bu bakımdan zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesi ile işletenin poliçe limiti dahilinde tazminat sorumluluğunu yüklenen sigorta şirketi gerçek zarardan, işletenin ve eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin kusuru oranında sorumlu tutulabilecektir. Somut olayda; davacıların desteği ...'ün bisikletli olduğu sırada davalı taraf nezdinde trafik sigortalı araç sürücüsünün çarpması sonucu vefat ettiği anlaşılmıştır.** Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında, eldeki dava karşı aracın zorunlu mali sorumluluk sigortasına karşı yönelttiğinden kusur oranlarına göre sorumlu tutulması gerekmektedir. Buna göre; mahkemece, ceza dosyası da değerlendirilerek kusur raporu alınması ve davalı ... şirketinin, sigortalısının kusuru oranında sorumlu tutulması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir. 08.12.2016”

Sigorta şirketlerinin 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu kapsamında zorunlu mali sorumluluk diğer adıyla trafik sigortacısı olarak sorumluluklarına gidilmekte ihtiyari sorumluluk sigortası da yaptırılmış ise sorumluluğu ortaya çıkarmaktadır.

“17. Hukuk Dairesi 2014/5411 E., 2016/9800 K. Somut olayda, davalı ...'ın sürücüsü ve işleteni, davalı ... şirketinin ...'si olduğu araç ile dava dışı ...'ın sürücüsü olduğu aracın çarpıştığı, çarpmanın etkisiyle savrulan davalı ...'nin sürücüsü olduğu aracın davacının sigortalısı olan dava dışı ... Tic Ltd Şti'ye ait işyerinin açık deposunun demir tellerini ve taş bloklarını kırarak içeri girdiği ve açık depoda istiflenmiş halde bulunan seramik

bloklarının kırılmasına neden olduğu anlaşılmaktadır. Dosya kapsamına ve bilirkişi raporuna göre, sigortalı işyeri ve emtiasında meydana gelen zarara neden olan haksız fiilde, davalı ... %20 tali kusurlu, dava dışı sürücü...ise %80 asli kusurlu olduğu belirlenmiştir. Bu durumda, davacı zararının tamamını müteselsil sorumluluk hükümlerine göre zarara sebep olanların tamamından veya birinden talep edebilir. Dolayısıyla davaya konu zarardan, zarar veren haksız fiili meydana getiren davalı ve ...'si sorumludur. Bu nedenlerle Mahkemece davacı ... şirketi ödediği tüm zararı rücuen davalılardan isteyebileceğinden bilirkişi raporu ile belirlenen zararın tamamının hüküm altına alınması gerekirken, bilirkişi tarafından belirlenen zarar miktarının davalının %20 kusuruna isabet eden miktarına hükmedilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.”

Türk Borçlar Kanunu gereği birlikte sorumluluk halleri söz konusu olsa da 5510 Sayılı Yasanın 21. Maddesinde iş kazalarında hak sahiplerine bağlanan ilk peşin sermayeli gelirler için işveren ile üçüncü kişi, peşin sermayeli gelirin yarı tutarından kusurları toplamı kadar, geriye kalan yarısından da işveren tek başına kusuru kadar sorumlu olacaktır.

Ancak asıl alt işveren sorumluluklarında her iki işveren de kazaya uğrayan işçiye ya da geride kalan hak sahiplerine karşı birlikte sorumlu olacaklardır.

5510 Sayılı Yasanın İşveren, işveren vekili, geçici iş ilişkisi kurulan işveren ve alt işveren başlıklı 12. Maddesi bu durumu düzenlemiştir: 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işverendir. İşveren adına ve hesabına, işin veya görülen hizmetin bütününün yönetim görevini yapan kimse, işveren vekilidir. Bu Kanunda geçen işveren deyimi, işveren vekilini de kapsar. İşveren vekili ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlanan geçici iş ilişkisi kurulan işveren, bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. 4 üncü maddenin ikinci fıkrasının (a) bendine tâbi olanlar hakkında, işverenlerin bu Kanunda belirtilen yükümlülükleri, bunları çalıştıran işçi sendikaları ve konfederasyonları veya işveren tarafından; 4 üncü maddenin dördüncü fıkrasına tâbi olanlar hakkında, işverenlerin bu Kanunda belirtilen yükümlülükleri, bunları çalıştıran kamu idareleri veya eğitim gördükleri okullar tarafından yerine getirilir. 2/7/1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanuna göre çalıştırılanlar hakkında, işverenlerin bu Kanunda belirtilen yükümlülükleri, bunları çalıştırmaya yetkili makam tarafından yerine getirilir. Ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturu-

lan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutukluların işvereni, Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumu, işveren vekilleri ise Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumunun sorumlu müdür ve amirleridir. Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde, iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir. Sigortalılar, üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumludur.

Alt işverenin sorumluluğu konusunda Yargıtay 10. Hukuk Dairesi alt işveren kavramı üzerinde durmuş ve kendi adına sigortalı çalıştıran 3. Kişi olarak alt işvereni tanımlamıştır.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 2015/1120 E. 2016/5813 K. Sayılı ilamı: “Olay tarihinde yürürlükte olan 5510 sayılı Kanununun 12. maddesi hükmüne göre alt işveren, bir işte veya bir işin bölüm veya eklentisinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran 3. kişidir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin varlığı için, öncelikle, işin başka bir işverenden alınmış olması, bir başka ifade ile asıl işverenin işverenlik sıfatına sahip olması, asıl işyeri ya da işyerinden sayılan yerlerde kendi adına işçi çalıştırıyor olması gerekir. İşin belirli bir bölümünde değil de tamamının bir bütün halinde ya da bölümlere ayrılarak başkalarına devredildiği, işten bu yolla tamamen el çekildiği, sigortalı çalıştırılmadığı için işveren sıfatının haiz olunmadığı durumda ise, bunları devralan kişiler alt işveren, devredenler de asıl işveren olarak nitelendirilemeyecektir. Alt işveren sıfatının kazanılmasında diğer koşullar ise, asıl işverenden istenilen işin, asıl iş, ya da, işyeriyle ilgili işin bir bölümünde veya işyeri eklentilerinde alınmış olması ve bu işte iş alanın kendi işçilerinin çalıştırılması ve bu nedenle de işveren sıfatına sahip olunmasıdır. Kurum kayıtları ve taraflar arasındaki sözleşme ve belgeler de araştırılarak, taraflar arasındaki ilişkinin niteliği yani asıl- alt işveren ilişkisi olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Yapılan irdeleme sonucunda davalı ... İl Müdürlüğü'nün asıl işveren olmadığı belirlenirse işveren sıfatına haiz olmadığı için hakkında red kararı verilmesi gerekir.”

Anahtar teslim iş sözleşmelerinde asıl işverenin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

“21. Hukuk Dairesi 2016/3264 E., 2016/15220 K. Dava konusu olayda; Davalı ... Nakliyat ...Ltd. Şti'nin narenciye paketleme fabrikasının

dış cephe kaplama işini ... Ltd Şirketleri ortaklığına verdiği, bu ortaklığın da işi davalı ...'a verdiği, davacıların murisi sigortalı F.T.'nin ...'in işçisi olarak çalışırken cephe kaplama işinde kullanılacak lama demirini elektrik teline temas ettirmesi neticesinde vefat ettiği anlaşılmıştır.

Bu açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde; davalı ... Nakliyat Şirketinin kendisine ait bina kaplama işini için ücreti mukabilinde davalı adi ortaklığa tevdi ettiği, böylelikle Kazalı ile davalı ... Şirketi arasında günün belirlenen bir saatinde iş başı yapıp belirlenen zamanda işin bırakılacağı bu mesai karşılığında günlük ücret ödeneceği yönünde bir anlaşma olmaması, belirli bir süre çalışmanın değil, bir sonucun meydana getirilerek, bağımsız bir varlığı değiştirmeye, işlemeye veya biçimlendirmeye yönelik edimin amaçlanmış olması, hizmet akdinin yukarıda tanımlanan ayırt edici ve belirleyici özelliklerinin somut iş görme ilişkisinde bulunmaması karşısında, kazalı ile davalılardan K. şirketi arasındaki hukuki ilişkinin hizmet akdi veya **alt işveren** – üst **işveren** ilişkisi değil, istisna akdi niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır. Bu açıklamalar karşısında, mahkemece bilirkişi heyetinden alınan 30.10.2011 ve 24.04.2012 tarihli raporlarda belirtildiği şekilde davalı ... Nakliyat şirketine kusur isnadı yerinde değildir.

Yapılacak iş davalı ... Nakliyat şirketinin istisna aktiyle **anahtar teslim** olarak işi yükleniciye vermiş olması nedeniyle, tazminattan sorumlu tutulmayarak bu davalı yönünden davanın reddine karar vermekten ibarettir.”

Ancak Yüksek Mahkeme, sözleşmenin gerçekten de anahtar teslim niteliğinde olup olmadığına da vurgu yapmaktadır:

“Y. 21. HD 2015/19096 2016/15636 Kararı: 4857 sayılı Kanun'un 2.maddesine göre bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara **işveren**, işçi ile **işveren** arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir.

İş Kanunu'nun 2.maddesinin 7.fıkrasına göre bir **işverenden**, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer **işveren** ile iş aldığı **işveren** arasında kurulan ilişkiye asıl **işveren-alt işveren** ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl **işveren**, **alt işverenin** işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak

bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya **alt işverenin** taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden **alt işveren** ile birlikte sorumludur. 5510 sayılı Kanun'un 12/6.maddesi ile de asıl **işveren**, bu Kanunun **işverene** yüklediği yükümlülüklerden dolayı **alt işveren** ile birlikte sorumlu tutulmuştur.

4857 sayılı Kanun'un 2/7.maddesi ile işçilerin İş Kanunu'ndan, sözleşmeden ve toplu iş sözleşmesinden doğan hakları, 5510 sayılı Kanun'un 12/6.maddesi ile de Kurumun alacakları ve işçinin sosyal güvenlik hakkı daha geniş koruma-güvence **altına** alınmak istenmiştir. Aksi halde, 4857 veya 5510 sayılı Kanun'dan kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçmak isteyen **işverenlerin** işin bölüm veya eklentilerini muvazaalı bir biçimde başka kişilere vermek suretiyle yükümlülüklerinden kaçması mümkün olurdu.

Asıl **işveren** ile **alt işverenin** birlikte sorumluluğu "müteselsil sorumluluktur". Asıl **işveren**, doğrudan bir hizmet sözleşmesi bulunmamakla birlikte İş Kanunu'nun 2.maddesinin 6.fıkrası gereğince **alt işverenin** işçilerinin iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle uğrayacakları maddi ve manevi zarardan **alt işveren** ile birlikte müteselsilen sorumludur. Bu nedenle meslek hastalığına veya iş kazasına uğrayan **alt işverenin** işçisi veya ölümü halinde mirasçıları tazminat davasını müteselsil sorumlu olan asıl **işveren** ve **alt işverene** karşı birlikte açabilecekleri gibi yalnızca asıl **işverene** veya **alt işverene** karşı da açabilirler.

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 da bağlamaz.

Somut olayda, işin yapımına ilişkin dosyada bulunan sözleşmenin tetkikinden, yüklenici firmanın hizmetlerin ifası sırasında görev alacak tüm birimler için gerek zorunlu, gerekse ...(Rbtr) tarafından talep edilecek her türlü sağlık ve emniyet tedbirlerini, yangın ve diğer iş kazalarına karşı koruma tedbirlerini almak, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine uymakla yükümlü olduğunun, yüklenicinin bu konuda, bahsi geçen ekiplere profesyonel bir eğitim kuruluşundan gerekli eğitimlerin verilmesini sağlayacağını, işbu sözleşmeye eklenen ...'un iş güvenliği talimatlarına yüklenici tarafından uyulmaması durumunda ... (RBTR) tarafından yükleniciye yapılacak 3 yazılı ihtar sonrası o aya denk gelen istihkakın binde 1'i oranında ceza uygulanacağı, çalışan her personelin mutlaka kask giyeceği, yüksek yerlerde çalışanlara emniyet kemeri veri-

leceği hususlarının kararlaştırıldığı görülmektedir. Bu tespitler karşısında **anahtar teslimi** olarak kabul edilemeyecek bir sözleşme ile kendisine olağan denetim sınırlarını aşacak şekilde yetkiler tanınmış olan davalı ... San. ve Tic. AŞ'nin asıl **işveren** olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır. 27.12.2016”

2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu düzenlemelerinde tazminat hukukunu en çok ilgilendiren maddeler şu şekilde sıralanabilir:

Maddi ve manevi tazminat: Madde 90: Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun ve genel şartlarda düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır.

Madde 91 –İşletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur. Zorunlu mali sorumluluk sigortasına ilişkin primler peşin ödenir. Ancak, Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlık primlerin taksitler halinde tahsil edilmesine ilişkin düzenleme yapmaya yetkilidir. (Değişik üçüncü fıkra: 14/7/2004-5217/12 md.) Sigorta yaptıranların, sigorta şirketlerine ödeyecekleri sigorta priminin % 5'i oranındaki tutar, sigorta şirketi tarafından tahsil edildiği ay takip eden ayın en geç 20'sine kadar İçişleri Bakanlığı Merkez Saymanlığı hesabına yatırılır. Yatırılan bu tutarlar bütçeye gelir kaydedilir. Geçerli teminat tutarları üzerinden zorunlu mali sorumluluk sigortası bulunmayan araçlar trafikten men edilir. Yabancı plakalı taşıtların Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlıkça belirlenecek usul ve esaslara göre Türkiye'de geçerli sigortaları yoksa bunlar için zorunlu mali sorumluluk sigortası Türkiye sınırlarına girişleri sırasında yapılır. Milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde, ortak savunma veya barış harekâtı çerçevesinde Türkiye'de harekât, eğitim veya tatbikat maksadıyla bulunmasına izin verilen yabancı silâhli kuvvetlerin neden olabileceği hasar ve zararların tazmini konularının özel bir anlaşmayla düzenlendiği hallerde, bu kapsamda Türkiye'ye girecek yabancı askerî araçlar bakımından bu madde hükmü uygulanmaz. Bu madde hükmüne uymayanlar 1 800 000 lira para cezası ile cezalandırılırlar.

Zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususlar:

Madde 92 – Aşağıdaki hususlar, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadırlar.

a) İşletenin; bu Kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler,

b) İşletenin; eşinin, usul ve furuunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler,

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

d) Bu Kanunun 105 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre zorunlu mali sorumluluk sigortasının teminatı altında yapılacak motorlu araç yarışlarındaki veya yarış denemelerindeki kazalardan doğan talepler,

e) Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar,

f) Manevi tazminata ilişkin talepler.

g) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri,

h) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) İlgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat talepleri,

i) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) Bu Kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler.

Tazminatın azaltılması veya kaldırılması sonucunu doğuran haller: Madde 95 – Sigorta sözleşmesinden veya sigorta sözleşmesine ilişkin kanun hükümlerinden doğan ve tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran haller zarar görene karşı ileri sürülemez. Ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene başvurabilir.

Zarar görenlerin çokluğu: Madde 96 – 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.

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.

Doğrudan doğruya talep ve dava hakkı: Madde 97: Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.

5- Güvence Hesabı:

Trafik ve trafik iş kazalarında araçların sigortasının bulunmaması ya da plakası tespit edilmeyen ya da tescilsiz araçların neden olabilecekleri trafik kazalarında Güvence Hesabı'nın sorumluluğu gündeme gelir.

Güvence Hesabı yönetmeliğinde bu durum açıkça belirlenmiştir. Hesaba başvurulabilecek haller

MADDE 9 – (1) (Değişik ibare:RG-19/6/2009-27263) Hesaba zorunlu sigortalara ilişkin olarak;

a) (Değişik:RG-19/6/2009-27263) Sigortalının veya sigortayı yaptırmakla sorumlu olanın tespit edilememesi durumunda kişiye gelen bedensel zararlar için,

b) Rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dâhilinde sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu bedensel zararlar için,

c) Zorunlu sigorta teminat limitleri ile sigorta poliçesinde belirtilen teminat arasındaki fark kadar ödenecek bedensel tazminat tutarları için,

ç) Sigorta şirketinin mali bünye zaafiyeti nedeniyle sürekli olarak bütün branşlarda ruhsatlarının iptal edilmesi ya da iflası halinde ödemekle yükümlü olduğu maddi ve bedensel zararlar için,

d) Çalınmış veya gasp edilmiş bir aracın karıştığı kazada,13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca işletenin sorumlu tutulmadığı hallerde, kişiye gelen bedensel zararlar için, başvurulabilir.

(2) Ayrıca Hesaba, Yeşil Kart Sigortası kapsamında Türkiye sınırları içinde meydana gelen zararlardan dolayı Büro tekmül ettirilen hasar dosyalarının tazminat ödemesi için Büro tarafından da başvurulabilir.

(3) Hesap, sigorta şirketlerinin birinci fıkranın (ç) bendine istinaden rücu talepleri ile ilgili olarak topluca değerlendirme yapmak suretiyle bu şirketlerle hesap kapatmaya ve hesabın kapatılmasına yönelik anlaşmalar yapmaya yetkilidir. Bu takdirde, hangi sigortalılar için ödeme yapıldığı, sigortalı adı ve soyadı, poliçe numarası, hasar tutarı, hangi şirketten rücu edildiği bir liste halinde tutulur. Bu durumda, rücu eden şirketçe, listede yer alan sigortalılara rücu çerçevesinde yapılmış olan icrai ve yasal takipler derhal kaldırılır.

Güvence hesabının sorumlulara rücu edeceği gerekçesiyle alacaklılık borçluluk sıfatının birleştiği iddiası Yüksek Mahkeme tarafından ret edilmiştir.

Güvence Hesabı hakkında Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E: 2014/17172 E. 2014/13664 K. Sayılı ilamında şu hükme varmıştır: “Sigorta hakem heyetince, davacının üçüncü şahıs sıfatı ile talep ettiği destekten yoksun kalma tazminatı, Güvence Hesabının sorumluluğunda olmasına karşın, Güvence Hesabının tazminat ödedikten sonra başvuru sahiplerinin kazaya kusuru ile sebep olan sürücünün mirasçıları sıfatı ile rücu etme hakkına sahip olması sebebi ile alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleştiği, BK 135. madde gereğince borcu sona erdiren sebeplerin gerçekleştiği kabul edilerek davanın reddine karar verilmiştir. Güvence hesabının, hukuken ödediği tazminatı zarara kusuru ile sebebiyet veren başvuru sahiplerinin murisine, dolayısı ile mirasçıları olan başvuru sahiplerine rücu etmekle mükellef olduğu, bu nedenle de alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının birleştiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de dava konusu olayda, BK 135. madde anlamında alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının birleştiğinden söz edilemez. Mahkemece, davacıların kazada hayatını kaybeden araç sürücüsünün desteğinden yoksun kalıp kalmadıkları değerlendirilerek, destekten yoksun kaldıklarının kabulü halinde, güvence hesabı karşısında 3. kişi olarak tazminat talebinde bulunabilecekleri kabul edilerek karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.”

6- Sigortalara Başvuru Sırası:

Sigorta sorumluluk sırası da Yargıtay kararına konu olmuştur.

Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının B.8. maddeleri hükümlerine göre meydana gelen zarar öncelikle taşımacının sorumluluk sigortasından karşılanır. Ancak, bu sigortanın hiç yapılmamış olması, yapılmış fakat geçersiz hale gelmiş olması, süre-

sinin bitmiş olması veya meydana gelen zararın bu sigorta teminatlarının üzerinde bulunması halinde teminatların üzerinde kalan kısım için; sırasıyla zorunlu mali sorumluluk sigortasına ve varsa ihtiyari mali sorumluluk sigortasına başvurulur.

Zorunlu taşımacılık sigortası 26 Nisan 2016 günü yürürlüğe giren 6704 Sayılı Torba Yasa ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece zorunlu trafik sigortası limiti aşıldığında ise varsa ihtiyari mali mesuliyet –kasko sigortası poliçesi sorumluluğuna gidilebilecektir.

Yüksek mahkeme bir kararında yanlışlıkla sorumluluk sırasını karıştırıp ödemede bulunan sigorta şirketinin sonradan Güvence hesabının sorumluluğuna dayanamayacağına hükmetmiştir.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 2013/7985 E. 2014/19290 K. sayılı 23/12/2014 günlü ilamı: “Davacı sigorta şirketi davalı K.. S..’e ait minibüsün zorunlu mali sorumluluk sigortacısıdır. Davalı sigorta şirketi minibüsün yaptığı kazada vefat eden kişilerin desteğinden mahrum kalan üçüncü şahıslara ödeme yaptığını, aracın yolcu taşımacılığı yapması nedeniyle öncelikle Zorunlu karayolu taşımacılığı mali sorumluluk sigortacısının sorumlu olması gerektiğini, araç sahibi tarafından bu sigortanın yaptırılmamış olması nedeniyle Güvence Hesabının sorumlu olduğunu Güvence Hesabının ödemesi gereken tazminatı ödediklerini belirterek ödenen tazminatın davalılardan tahsilini istemiştir. Dosya kapsamına göre davacı şirkete zorunlu mali sorumluluk sigortası ile sigortalı ... plakalı aracın yolcu taşımacılığı yaptığı sırada kazanın meydana geldiği sabittir. Davacı kazada zarar görenlerin zararlarından öncelikle Zorunlu karayolu taşımacılığı mali sorumluluk sigortacısının sorumlu olduğunu iddia etmiştir. Zorunlu karayolu taşımacılığı mali sorumluluk sigortası ile sigortacı, poliçede belirtilen motorlu taşıtta seyahat eden yolcuların, duraklamalar da dahil olmak üzere,kalkış noktasından varış noktasına kadar geçecek süre içinde meydana gelebilecek bir kaza sonucu bedeni zarara uğraması halinde, sigortalının 10.07.2003 tarih ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Yasasından doğan sorumluluğunu poliçede yazılı limitlere kadar sigorta örtüsüne almaktadır. 4925 sayılı Yasanın 18 nci maddesi uyarınca taşımacılar, yolcuya gelebilecek bedeni zararlar için bu Yasanın 17 nci maddesinde düzenlenen sorumluluklarını sigorta ettirmek zorundadırlar. Bahsi geçen Yasanın 19/son ve Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının B.8 nci maddeleri hükümlerine göre meydana gelen zarar öncelikle taşımacının sorumluluk sigortasından karşılanır. Ancak, bu sigortanın hiç yapılmamış olması, yapılmış fakat geçersiz hale gelmiş olması, süresinin bitmiş olması veya meydana gelen zararın bu sigorta

teminatlarının üzerinde bulunması halinde teminatların üzerinde kalan kısım için; sırasıyla zorunlu mali sorumluluk sigortasına ve varsa ihtiyari mali sorumluluk sigortasına başvurulur. Bahse konu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, yasa koyucu yolcuların uğradığı bedeni zararlar bakımından taşımayı yapan aracın zorunlu karayolu taşımacılık sigortacısı, trafik sigortacısı ve varsa ihtiyari mali sorumluluk sigortacısı bakımından müştereken ve müteselsilen bir sorumluluk öngörmemiş, sıralı bir sorumluluk düzenlemiştir. Başka bir anlatımla, yolcunun uğradığı bedeni zararlar, taşımayı yapan aracın zorunlu karayolu taşımacılık sigortası kapsamında ise, bu aracın trafik veya ihtiyari mali mesuliyet sigortacısının sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak, limit aşımında sırasıyla zorunlu ve ihtiyari mali mesuliyet sigortacılarının sorumluluğu söz konusu olacaktır. Mahkemece yargılama aşamasında minibüsün yolcu taşımacılığı yapmasına rağmen Zorunlu karayolu taşımacılığı mali sorumluluk sigorta poliçesinin bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu halde, bu sigorta yerine Güvence Hesabı Yönetmeliğinin 9/1-b maddesine göre rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan teminat tutarları dahilinde zorunlu sigortasını yaptırmamış olanların neden olduğu bedensel zararlar için Güvence Hesabına başvurulabilir hükmü gereğince Güvence Hesabına rizikonun meydana geldiği tarihte geçerli olan Zorunlu karayolu taşımacılığı mali sorumluluk sigortası poliçe limitleri dahilinde başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu yasal düzenlemeler karşısında davacı sigorta şirketinin 4925 sayılı taşıma kanununun 19. maddesinde belirtilen sorumluluk sırasını dikkate almadan yasal bir zorunluluğu bulunmadığı halde ödememesi gereken tazminatı zarar gören üçüncü şahıslara ödediği hallerde ödediği tazminattan Güvence Hesabının sorumlu olduğu gerekçesi ile tahsilini talep edemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doru görülmemiştir.”

Ticari taşımacılık işlerinde yapılması zorunlu olan zorunlu ferdi koltuk sigortası bir meblağ sigortası olup riskin gerçekleşmesi anında limit dahilinde başkaca zarar ispatına gerek olmadan maktu tazminatın ödenmesi gerekecektir.

“17. Hukuk Dairesi 2014/9303 E., 2016/11871 K. Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu **Koltuk Ferdi Kaza Sigortası**, can **sigortası** türlerinden olup, bir meblağ **sigortası** olması itibariyle de, ölüm halinde limit kadar olmak üzere maktu sigorta bedelinin ödenmesi gerekeceğinden, bu yönlerin ispatlanması yeterli olup gerçek zararın hesaplatılmasına girişilmeksizin tespit edilecek bu miktarların aynen ödenmesi gerekmektedir. Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu **Koltuk Ferdi Kaza Sigortası** Genel Şartları'nın A.1.maddesine göre, “ Bu sigorta ile sigortacı yurtiçi ve ulus-

lararası yolcu taşımacılığı kapsamında seyahat eden yolcuları, sürücülerini ve yardımcılarını, taşımacılık hizmetinin başlangıcından bitimine kadar geçen seyahat süresi içinde, duraklamalar da dahil olmak üzere, maruz kalacakları her türlü kazaların neticelerine karşı aşağıdaki şartlar çerçevesinde teminat altına alır.”

4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanununun 18. maddesi uyarınca taşımacılar, yolcuya gelebilecek bedeni zararlar için bu Kanunun 17. maddesinde düzenlenen sorumluluklarını sigorta ettirmek zorundadırlar. Somut olaya bakıldığında kazaya ilişkin tutulan kaza tespit tutanağında aracın hususi olduğu belirtilmiş ve ayrıca toplanan delillerden araçtakilerin birbirleriyle akraba olup şehirlerarası gittikleri bir taziye ziyaretinden döndükleri anlaşılmaktadır. Bu belirlemelere göre yukarıdaki maddeler de dikkate alındığında taşımanın ticari olup olmadığı Genel Şartların A-1. maddesinde tarif edilen türde bir taşıma olup olmadığı hususu incelenip değerlendirilmeksizin karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.”

7- Tedavi Giderleri ve Sosyal Güvenlik Kurumu, 6111 Sayılı Kanun gereğince trafik kazalarında tedavi giderlerinin kurumca karşılanacağı düzenlenmiştir.

Sağlık hizmet bedellerinin ödenmesi: Madde 98 – Trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmi ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın genel sağlık sigortalısı sayılanlar için belirlenen sağlık hizmeti geri ödeme usul ve esasları çerçevesinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır. (Ek cümle: 4/4/2015-6645/60 md.) Ancak, Sosyal Güvenlik Kurumu, bu kapsama girenler yönünden genel sağlık sigortalısı sayılanlar için belirlenen sağlık hizmetlerine ilave sağlık hizmetlerini belirler, protez ve ortezler için farklı birim fiyatı tespit eder. Bu sağlık hizmetleri sağlık uygulama tebliğindeki istisnai sağlık hizmetleri kapsamına dâhil edilmez.

Yüksek Mahkeme, 6111 sayılı yasa ile getirilen düzenleme ile sigortacıların tedavi gideri sorumluluğunun sona erdirilmiş bulunduğunu, 2918 sayılı Yasa'nın 98. maddesinde belirtilen tedavi giderleri yönünden sorumluluğun dava dışı SGK'ya geçtiğini, buna karşın belgesiz tedavi giderlerinden sigorta şirketinin, işleyen ve sürücünün sorumluluklarının ise devam ettiğini içtihat etmiştir.

“17. Hukuk Dairesi 2014/9600 E., 2016/11753 K. ... 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91. maddesi ve Zorunlu Mali Sorumlu-

luk Sigortası Genel Şartları A-1. maddesinde, sigortacının poliçede belirtilen aracın işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu zorunlu sigorta limitlerine kadar temin edeceği düzenlenmiştir. Karayolları Trafik Kanunu'na göre zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorunludur. Sigorta şirketi, motorlu aracın işletilmesinden kaynaklanan kaza nedeniyle zarar görenlerin tedavisi için ödenen giderleri zorunlu olarak teminat altına alır. Sigorta şirketinin, işleten ve sürücünün yasadan ve sözleşmeden doğan bu yükümlülüğü, 6111 sayılı yasa ile getirilen düzenleme ile sona erdirilmiş bulunmaktadır. 2918 sayılı Yasa'nın 98. maddesinde belirtilen tedavi giderleri yönünden sorumluluğun dava dışı SGK'ya geçtiğinde kuşku yoktur. Buna karşın belgesiz tedavi giderlerinden sigorta şirketinin, işleten ve sürücünün sorumlulukları devam etmektedir.

Somut olayda davacı tarafından talep edilen ve belgelendirilen tedavi giderleri 2918 sayılı Kanun'un 98. maddesi kapsamında olup dava dışı ... sorumluluğunda olduğundan, zarara neden olan aracın (kararı temyiz eden) işleteni ve sürücüsü sorumlu olmayıp, bu davalılar yönünden davanın reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.”

Yüksek Mahkeme tedavi giderlerinin talep edilmesi durumunda SGK'nın davaya dahil edilmesi ve hekim bilirkişiden SGK sorumluluğunda bulunan tedavi giderlerinin açık biçimde belirlenmesi, SGK sorumluluğuna girmeyen tedavi giderlerinden ise işletenin sorumluluğunun devam edeceği görüşündedir.

“17. Hukuk Dairesi 2014/14039 E., 2016/11703 K.: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 91. maddesi ve Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları A-1. maddesinde, sigortacı poliçede belirtilen aracın işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre işletene düşen hukuki sorumluluğu zorunlu sigorta limitlerine kadar temin edeceği, düzenlenmiştir. Karayolları Trafik Kanuna göre, zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorunludur. Sigorta poliçesinde belirtilen, motorlu aracın işletilmesinden kaynaklanan kaza nedeniyle sigorta şirketi zarar görenlerin tedavisi için ödenen giderleri zorunlu olarak teminat altına alır, Sigorta Şirketinin yasadan ve sözleşmeden doğan bu yükümlülüğü, 6111 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme ile sona erdirilmiş bulunmaktadır.

Yukarıda açıklanan yasal düzenlemelere göre, 2918 sayılı Yasanın 98.maddesinde belirtilen tedavi giderleri yönünden sorumluluk SGK-ya geçtiğinden eldeki davada tedavi gideri yönünden yasal hasmın SGK olması gerekir. Bu durumda mahkemece, SGKnın davaya dahil edilmesi, tarafların bu yöndeki delillerinin toplanması, davacı tarafından talep edilen tedavi giderlerinden 2918 sayılı Yasanın 98.maddesi kapsamında kalan ve ...nın sorumluluğunda olanların belirlenmesi için bu konularda uzman doktor bilirkişiden ayrıntılı, gerekçeli ve denetime açık rapor alınarak sonucuna göre 2918 Sayılı Yasanın 98. maddesi kapsamında kalan tedavi giderleri yönünden usuli kazanılmış haklar saklı tutularak ...nın yasa kapsamı dışında kalan tedavi giderlerinden ise davalılar Zorunlu mali mesuliyet sigorta şirketi, sürücü ve işletenin sorumlu tutulması gerekirken, SGK davaya dahil edilmeden ve 2918 Sayılı Yasanın 98. maddesi kapsamında bulunan tedavi giderleri belirlenmeden tüm tedavi giderlerinden davalı ... şirketinin sorumlu tutularak yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”

8- Kusur:

Trafik kazalarında Kusur tespitlerinin uygulamada Adli Tıp tarafından yapıldığı görülmekte ise de Hukuk mahkemelerinde konunun uzmanı bilirkişilerden alınan raporların hükme esas teşkil ettiği de görülmektedir.

İş kazalarında da iş güvenliği, konuyla ilgili alanında uzman teknik bilirkişi ve iş güvenliği konusunda hukukçu bilirkişilerden rapor alınarak haksız fiil sorumluları kusur durumları ortaya konmaktadır.

Yargıtay, kazanın oluşuna ilişkin olarak keşif yapıp tanıkları dinlemek suretiyle kusur tespiti yapılması talebi bulunduğu, adil yargılama ilkesinin gereği olarak tarafların tüm iddia ve savunmalarının usulünce değerlendirilmesindeki zorunluluk gözetildiğinde; keşif yapılmadan ve davalı tanıkları dinlenilmeden kusur tespiti yapılmasının yerinde olmadığına hükmetmiştir.

“17. Hukuk Dairesi, 2014/14409 E., 2016/11146 K. Dava, trafik kazası sonucu oluşan cismani zarar nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı taraf, davaya konu kazanın oluşumunda davalı sürücünün asli kusurlu olduğu iddiası ile dava açmış; davalı taraf, kontrolsüz kavşaktaki geçişini tamamlamak üzere olan davalıya hızı nedeniyle çarpan davacının da kusurlu olduğunu, mahallinde keşif yapıp tanıkları dinlenerek kusur ...munun belirlenmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkeme tarafından ise, dosya üzerinden yaptırılan bilirkişi incelemesi

sonucu verilen rapor esas alınarak davalının tam kusurlu olduğu kabul edilmiştir. Mahkemenin hükme esas aldığı 31.05.2012 tarihli bilirkişi raporu incelendiğinde; ceza soruşturmasındaki beyanlar ile kaza tespit tutanağındaki tespitlerden hareketle, kazada davalının tam kusurlu olduğu yönünde görüş bildirildiği görülmektedir. Trafik kaza tespit tutanağının, aksi sabit oluncaya kadar geçerli resmi belge oluşu ve her zaman aksini ispatın mümkün oluşu, davalı araç maliki ve sürücüsünün kazanın oluşuna ilişkin bilgi sahibi olduğunu iddia ettiği tanıklarının da yer aldığı tanık listesini 03.11.2011 tarihli dilekçesiyle sunduğu, davalı yanın kazanın oluşuna ilişkin olarak keşif yapıp tanıkları dinlenmek suretiyle kusur tespiti yapılması talebinde bulunduğu, adil yargılama ilkesinin gereği olarak tarafların tüm iddia ve savunmalarının usulünce değerlendirilmesindeki zorunluluk gözetildiğinde; keşif yapılmadan ve davalı tanıkları dinlenilmeden kusur tespiti yapılmasının yerinde olmadığı görülmektedir. Bu ...mda mahkemece, davalının oluşa ilişkin savunmalarının karşılanması bakımından, konusunda uzman bilirkişi refakatiyle kaza mahallinde keşif yapılması ve bilgisi bulunan davalı tanıklarının keşif mahallinde dinlenilmesi suretiyle, tarafların kazadaki kusur oranlarının ne olduğu konusunda ayrıntılı, denetime elverişli, gerekçeli rapor alınarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı olduğu biçimde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.”

İş kazalarına dair SGK rücu davaları dosyalarını incelemekle görevli Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de kusur oranlarının tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta olmasını içtihat etmektedir. Yüksek mahkeme az aşağıda tamamına yer verdiğimiz kararında İşverenden alınan işin işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir iş yeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte ise, işi alan kimse aracı değil, bağımsız işveren olduğunu, işin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, madde anlamında bir alt işverenlik, dolayısıyla dayanışmalı sorumluluk söz konusu olmayacağını, benzer şekilde, işveren kendisi sigortalı çalıştırmaksızın işi bölerek, ihale suretiyle farklı kişilere vermişse, iş sahibi (ihale makamı), asıl işveren olmayacağından, alt - asıl işveren ilişkisi de bulunmayacağını önemli olan yönün “devir” olgusu olduğunu, devirden amaçlanan, yapılmakta olan işin, bölüm ve eklentilerinden tamamen bağımsız bir sonuç elde etmeye yönelik, işi alana bağımsız bir işveren kimliği kazandıracak bir işin devri olduğunu, diğer iş yerlerinde sigortalı çalıştırması nedeniyle “işveren” sıfatına sahip olan kişi, devredilen iş dolayısıyla işverenlik sıfatına sahip olmadığı için asıl işveren olarak sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Böylece kusur da bu işverene verilemeyecektir.

Aynı kararda ceza mahkemesinde kusurları tespit edilen kişilere de kusur verilmesi gerektiği, iş kolunda uzman bilirkişi heyetinden, olay tarihinde yürürlükte bulunan 506 sayılı Kanun'un 26. maddesine de uygun, soyut ifadelere dayanmayan, iş güvenliği mevzuatına göre hangi önlemlerin alınması gerekeceği, bu önlemlerin işverence alınıp alınmadığı ve alınmış önlemlere sigortalı işçinin uyup uymadığı ve dayanağı mevzuat hükümleri ayrıntılarıyla irdelenerek, tarafların kusur oran ve aidiyeti konusunda oluşa uygun rapor alındıktan ve mevcut çelişki giderildikten sonra hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekeceği de ifade edilmiştir.

“10. Hukuk Dairesi 2015/7879 E., 2016/14224 K. Somut olayda, dava dışı sigortalı... 30.06.2006 tarihinde geçirdiği iş kazası ile ilgili olarak 4 adet kusur raporu alınmış ise de, raporların birbiriyle çeliştiği mahkemece ise hangi raporun esas alındığının belirtilmediği, bu haliyle mahkemece, davalıların (hangi davalının ne kadar kusuru olduğu belirtilmeksizin) %70 kusur ve işe giriş bildirgesinin de bulunmaması sebebiyle %85 kusur oranı üzerinden Kurum zararının belirlendiği, talep gibi 10.000 TL'nin davalılar... yönünden davanın kabul edildiği diğer davalılar yönünden ise davanın reddedildiği anlaşılmaktadır. Davalılar... ile işveren vekili sıfatıyla davalı gösterilen ...'ın vermiş oldukları beyanda, söz konusu inşaat ile ilgilerinin bulunmadığını, evini yapana yardım projesi kapsamından köylülerden alınan vekaletname ile söz konusu inşaat işinin 2008 yılında şirket ortaklığından ayrılan gayri resmi ortak ...tarafından yapıldığını belirtip davanın husumetten reddini istedikleri, ayrıca tazminat dosyasında da, yönünden red, ...yönünden ise davanın kısmen kabulüne karar verildiği görülmektedir. Ayrıca diğer davalılar...ise, taşeron olmadıklarını, her hangi bir sözleşme imzalamadıklarını dile getirmişlerdir.

1- 506 sayılı Kanununun 87. maddesi hükmüne göre; aracı, bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişi olarak tanımlanmış, sigortalıların üçüncü bir kişinin aracılığı ile işe girmiş ve bununla sözleşme yapmış olsalar bile, bu kanunun işverene yüklediği ödevlerden dolayı, aracı olan üçüncü kişi ile birlikte asıl işverenin de sorumlu olacağı belirtilmiştir. Maddede “aracı” olarak nitelenen üçüncü kişi, gerek mevzuatta, gerekse öğreti ve yargı kararlarında; alt işveren, tali işveren, taşeron, alt müteahhit, alt ismarlanan gibi adlarla anılmaktadır. 506 sayılı Kanun yönünden uygulama olanağı bulunmamasına karşın belirtilmelidir ki; 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde asıl işveren – alt işveren ilişkisi, bir işverenden, iş yerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uz-

manlık 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 ilişki olarak tanımlanmış, 5510 sayılıKanununun da, asıl işveren, bir işverenden, iş yerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişi olarak tarif edilmiştir. Aracı kavramı, her şeyden önce, asıl işverenin varlığını, bir başka işverenin asıl işverene ait işin bir bölümünü yapmayı üstlenmesini ve asıl işverene ait iş yerinde veya iş yerinin bir bölümünde iş alanın kendi adına sigortalı çalıştırmasını gerektirir. Asıl işverenle aracı arasındaki ilişki taşıma, eser ve benzeri sözleşmelere dayanabilir ise de, hiç bir şekilde hizmet akdi unsurları bulunmamalıdır. Burada önemli olan yön, asıl işverene ait işin bir bölümünün aracı tarafından görülmesidir. Aracı kavramının belirleyici özelliği, asıl işverene ait işten bir bölüm iş alınması ve bu işte kendi adına sigortalı çalıştırılmasıdır. Asıl işveren; 506 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi hükmüne göre, sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişi olup, asıl - alt işveren ilişkisi için, iş yerinde asıl iş sahibinin de işçi çalıştırıyor olması gerekir. İşverenden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir iş yeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte ise, işi alan kimse aracı değil, bağımsız işverendir. İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, madde anlamında bir alt işverenlik, dolayısıyla dayanışmalı sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Benzer şekilde, işveren kendisi sigortalı çalıştırmaksızın işi bölerek, ihale suretiyle farklı kişilere vermişse, iş sahibi (ihale makamı), asıl işveren olmayacağından, alt - asıl işveren ilişkisi de bulunmayacaktır. Burada önemli olan yön “devir” olgusudur. Devirden amaçlanan, yapılmakta olan işin, bölüm ve eklentilerinden tamamen bağımsız bir sonuç elde etmeye yönelik, işi alana bağımsız bir işveren kimliği kazandıracak bir işin devridir. Diğer iş yerlerinde sigortalı çalıştırması nedeniyle “işveren” sıfatına sahip olan kişi, devredilen iş dolayısıyla işverenlik sıfatına sahip olmadığı için asıl işveren olarak sorumlu tutulamayacaktır. Aynı şekilde, işi alan kişinin de işverenlik sıfatını, alınan işte ve o iş nedeniyle sigortalı çalıştırması sonucunda kazanmış olması aranacaktır. Alınan işte sigortalı çalıştırmayıp, tek başına işi yürüten kişi alt işveren olarak nitelendirilemeyecektir. Bu kimsenin, diğer bir takım iş yerlerinde çalıştırdığı sigortalılar nedeniyle kazandığı işverenlik sıfatının sonuca etkisi ise, bulunmamaktadır. Öte yandan, alınan iş, işverenin asıl işinin bölüm ve eklentilerindeki işin bir kesimi veya yardımcı işler kapsamında bulunmalıdır. Diğer bir anlamıyla, bir işverene ait iş yerindeki üretim sürecine, başka bir işverenin dahil olması durumunda “aracıdan” söz edilebilecektir. Asıl işverenden

alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işveren sayılacaktır. Bu noktada belirleyici yön; yapılan işin, diğerinin yardımcı parçası olup olmadığıdır. İş yerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi durumunda aracından söz etme olanağı kalmayacak ve ortada iki bağımsız işveren bulunacaktır. 506 sayılı Kanununun 87. maddesi hükmüne göre aracı, bir işte veya bir işin bölümü veya eklentisinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran 3. kişidir. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, davalılar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği belirlenmesi için tüm yazılı sözleşmeler ve belgeler getirilmeli özellikle kaza olayının meydana geldiği inşaat ile ilgili asıl işverenin kim olduğu, bu işle ilgili kime vekaletname verildiği ve kapsamı ...na sorularak tüm belgeler getirilmeli, davalılar ...'ın taşeron olup olmadığının usulünce irdelenerek sonucuna göre karar verilmelidir. 2- Kusur raporlarının, 506 sayılı Yasa'nın 26., 4857 sayılı Yasa'nın 77. ve... Tüzüğünün 2 vd maddelerine uygun olarak düzenlenmesi gerekir. 4857 sayılı Yasa'nın 77. maddesi; "İşverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksanz bulundurmamak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. İşverenler, işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar..." düzenlemesini içermektedir. Anılan düzenleme, işçiyi gözetim ödevi ve insan yaşamının üstün değeri 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.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 74. (818 sayılı Borçlar Kanunu 53.) maddesi hükmü gereğince, hukuk hakimisi kesinleşen ceza mahkemesi kararındaki maddi olgu ile bağlıdır. Ceza mahkemesi kendine has usuli olanakları nedeniyle hükme esas aldığı maddi olayların varlığını saptamada daha geniş yetkilere sahiptir. Bu nedenle, hukuk hakiminin, ceza hakiminin fiilin hukuka aykırılığını ve illiyet bağı saptayan maddi vakıa konusundaki kabulü ve ceza mahkemesinin kabul ettiği olayın gerçek-

leşme şekli diğer bir deyişle maddi vakianın kabulü konusunda kesinleşmiş olan bir mahkûmiyet veya maddi vakıa tespiti yapan beraat hükmüyle bağlı olacağı benimsenmiş bulunmaktadır. Diğer taraftan, ceza davasında kusurlu bulunarak mahkum olanlara, zararlandırıcı sigorta olayının meydana gelmesinde az da olsa bir miktar kusur verilmesi zorunludur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 01.02.2012 gün; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.02.2009 gün veYargıtay Ceza Genel Kurulunun 06.04.2010 gün ve ... sayılı kararlarında da belirtildiği üzere düşme, takipsizlik, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlar kesinleşmiş mahkûmiyet kararları olarak kabul edilemeyecektir. Diğer taraftan, tarafları ve konusu farklı olan sigortalının açtığı tazminat dosyasında verilen karar, rücuân tazminat davalarında kesin hüküm teşkil etmez. Dolayısıyla, hak sahibi dosyasında alınan kusur raporu da eldeki davada kesin delil teşkil etmeyecektir. Şayet kesinleşmiş ise ancak, güçlü delil teşkil edebilir. Mahkemece, kusur tespitine yönelik tüm bu olgular da irdelenerek, tazminat dosyası ve ceza dosyası araştırılıp ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki ilkeler gözetilerek ve işçi sağlığı ve iş güvenliği ile iş kazasının vuku bulduğu iş kolunda uzman bilirkişi heyetinden, olay tarihinde yürürlükte bulunan 506 sayılı Kanun'un 26. maddesine de uygun, soyut ifadelerle dayanmayan, iş güvenliği mevzuatına göre hangi önlemlerin alınması gerekeceği, bu önlemlerin işverence alınıp alınmadığı ve alınmış önlemlere sigortalı işçinin uyup uymadığı ve dayanağı mevzuat hükümleri ayrıntılarıyla irdelenerek, tarafların kusur oran ve aidiyeti konusunda oluşa uygun rapor alındıktanve mevcut çelişki giderildikten sonra hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.”

İş kazalarında hak sahiplerinin işveren ve diğer sorumluluğu bulunan üçüncü kişilere karşı açtıkları davaların dosyasına bakmakla görevli Yargıtay 21. Hukuk Dairesi de kusur konusunda çelişkiye yer bırakılmaması gereğini ortaya koyarken insan hayatının kutsallığı kavramlarına vurgu yapmaktadır. Daire, Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi ve yerleşik Yargıtay uygulamasına göre; hukuk hâkimi, ceza davasındaki kusur oranları bağlı değilse de, kesinleşen ceza mahkemesi kararıyla saptanmış maddi olgularla bağlı olduğunu hüküm altına almıştır.

“Yargıtay 21. HD 2015/20410 E., 2016/7716 K. Mahkemece, davalı ... hakkındaki davanın kusuru bulunmadığından bahisle reddine, davacı eşin maddi tazminat isteminin kabulüne, manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne, diğer davacıların maddi ve manevi tazminat istemlerinin ise kısmen kabulüne karar verilmiştir. Dosyadaki kayıt ve belgelerden;

davacılar murisi sigortalı . . davalı'de tanker muavini olarak çalıştığı, 06.08.2011 tarihinde davalı'ne ait davalı ... sevk ve idaresindeki ... plakalı araçta bulunduğu esnada aracın frenlerinin tutmaması nedeniyle şoförün aracın hakimiyetini kaybetmesi üzerine tankerin devrildiği ve sigortalı vefat ettiği anlaşılmıştır. Birden çok kimsenin birlikte neden oldukları zarardan sorumluluklarını düzenleyen 818 sayılı BK. 50. maddesi (tam dayanışmalı sorumluluk) ya da birden çok kimsenin değişik nedenlerle sorumluluklarını düzenleyen 818 sayılı BK'nın51. maddesi (eksik dayanışmalı sorumluluk) uyarınca zarar gören alacaklı, edimin tamamını borçlulardan biri, birkaçı veya tamamından isteyebilir.(6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 61.maddesi) İş kazalarından kaynaklanan tazminat davalarında işveren, işveren vekili, alt-üst işveren, (işyeri devrinde)devreden ve devralan olarak ifade edilen kişiler dışında, 3.kişilerde(kusurlu çalışanlar veya çalışanlar dışında kusuru bulunan diğer kişiler) iş kazalarında kusurlarının tespiti halinde diğer kişilerle birlikte zarardan sorumlu olurlar. İnsan yaşamının kutsallığı çevresinde işveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlü olduğu İş Kanununun 77.maddesinin açık buyruğudur. Öte yandan Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi ve yerleşik yargıtay uygulamasına göre; hukuk hâkimi,ceza davasındaki kusur oranları bağlı değilse de, kesinleşen ceza mahkemesi kararıyla saptanmış maddi olgularla bağlıdır. Somut olayda; iş kazası sonrasında başlatılan adli soruşturma neticesinde davalı ... hakkında açılan Büyükçekmece 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 2012/1253 Esas ve 2014/700 Karar sayılı ceza dava dosyasında beraatine karar verilmiş ise de; kararın temyizi üzerine Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 19.01.2016 tarihli kararıyla beraat kararının bozulmasına karar verildiği anlaşılmıştır. Mahkemece davalı ...'ın kusurlu olmadığına ilişkin yetersiz rapora itibar edilerek davanın reddine karar verilmiş olması isabetli olmamıştır. Yapılacak iş; Ceza Mahkemesinin mahkumiyet kararındaki, fiilin hukuka aykırılığını ve illiyet bağı saptayan maddi olaya ilişkin kabulün, hukuk hâkimini bağlayacağı gözetilerek, Ceza Dava Dosyasının dosya arasına getirtilerek, bozmadan sonra yapılan keşif incelemesi ve bilirkişi raporu dikkate alınarak, davalı ...'ın iş kazasından sorumlu olup olmadığı hususunda kusur ve sorumluluğunun tespitiyle, sonuca gidilmesi; yetersiz raporu hükme esas alarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin eksik araştırma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.”

9- Bedensel Zarar ve İş Göremezlik:

İş göremezlik geçici ve sürekli olmak üzere iki ayrı döneme ayrılmaktadır. İyileşme süresi olarak da bilinen geçici iş göremezlik süresinde çalışılmayan her dönem için %100 maluliyet üzerinden tazminat hesaplaması yapılmaktadır.

Haksız eylemde maluliyetin tespiti konusunda tartışmalar sona ermiş görünmektedir. Yargıtay uygulamasında maluliyet yani iş göremezlik derecesinin Adli Tıp Kurumu tarafından ya da Üniversite hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dallarınca **Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü veya Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği** esas alınarak rapor alınması gerektiği hüküm altına alınmaktadır.

İş göremezlik derecesinin Adli Tıp bilimlerinden oluşan uzmanlarından oluşmasının temel sebebi mesleğe göre kişide oluşan kalıcı sakatlıkların iş göremezlik derecesinin özel olarak belirlenmesidir. Şöyle ki, parmaklarından birinde kalıcı kısılma yaşayan bir kişinin **piyanist** olması düşünüldüğünde iş göremezlik derecesi %100'e yaklaşabilecek iken, aynı kişinin **futbolcu** olması durumunda bu oran göreceli daha düşük oranlara gerileyebilecektir.

“17. Hukuk Dairesi 2014/18243 E., 2016/11897 K. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, Dairemiz uygulamaları ile benimsenen PMF Yaşam Tablosunun tazminat hesabında esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmamasına göre; davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. 2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan cismani zarar nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir. Haksız fiil sonucu **çalışma** gücü kaybının olduğu iddiası ve buna yönelik bir talebin bulunması halinde, zararın kapsamının belirlenmesi açısından maluliyetin varlığı ve oranının belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu belirlenmenin ise ... Kurumu İhtisas Dairesi veya Üniversite Hastanelerinin ... Anabilim Dalı bölümleri gibi kuruluşların, **çalışma** gücü kaybı olduğu iddia edilen kişide bulunan şikayetler dikkate alınarak oluşturulacak uzman doktor heyetinden, haksız fiilin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü veya **Çalışma** Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği hükümleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir. Somut olayda, kaza neticesinde davacının maruz kaldığı yaralanmaya ilişkin olarak .Devlet Hastanesi'nin

30.03.2012 tarihli sağlık kurulu raporunda, davacının % 10 oranında vücut fonksiyon kaybı olduğu belirlenmiştir. Mahkeme tarafından ... Üniversitesi Tıp Fakültesi ... Anabilim Dalı Başkanlığı'ndan alınan 28.01.2014 tarihli raporda ise, davacının % 47 oranında işgücü kaybı olduğu belirtilmiştir. Hükme esas alınan hesap bilirkişi raporunda, davacının % 47 oranında **çalışma** gücü kaybı olduğu kabul edilerek maddi tazminat hesabı yapılmıştır. Bu haliyle davacının kendisinin aldığı rapor ile mahkemenin aldığı doktor raporları arasında açık ve fahiş bir çelişki bulunmakta olup, maluliyet hususunda yapılan araştırma yetersizdir. Mahkemece, kazayla ilgili tüm tedavi evrakları celbedilerek yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında, **Çalışma** Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği esas alınarak, ... Kurumu 3. İhtisas Dairesi'nden, çelişkilerin giderilmesi yönünde ayrıntılı, gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”

İş kazalarında iş göremezlik oranının tespiti çoğunlukla Kurum sağlık kuruluşları tarafından yapılmaktadır. Sosyal sigortalar kurumu yüksek sağlık kurulu tarafından verilen raporun Kurum açısından bağlayıcı olduğu ancak bunun diğer ilgililer açısından bir bağlayıcılığı olmadığı konusunda Yüksek Mahkeme uygulaması söz konusudur.

Yargıtay tarafından bu konuda da içtihat geliştirilmiş ve raporlarda ortaya çıkan çelişkilerde Adli Tıp Genel Kurulunun son sözü söylemesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

“Y. 21. HD 2016/15708 E., 2016/15627 K: 5510 sayılı Yasa'nın 18 nci maddesinde Kurumca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurumlarından istirahat raporu alınmış olması şartıyla; iş kazası nedeniyle iş göremezliğe uğrayan sigortalıya her gün için geçici iş göremezlik ödeneği verileceği, 19 ncu maddesinde iş kazası sonucu oluşan hastalık ve özürlülük nedeniyle Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık Kurulları tarafından verilen raporlara istinaden Kurum Sağlık Kurulunca meslekte kazanma gücü en az %10 oranında azalmış bulunduğu tespit edilen sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanacağı; iş kazası ve meslek hastalığı sonucu sürekli iş göremezlik hallerinde meslekte kazanma gücündeki kayıp oranının belirlenmesine ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esasların Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği bildirilmiştir. 5510 sayılı Yasa'nın 95. maddesine göre “Bu Kanun gereğince, yurt dışında tedavi için yapılacak sevkler, **çalışma** gücü kaybı, geçici iş göremezlik ödeneklerinin verilmesine ilişkin raporlar ile iş kazası ve meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücü veya **çalışma** gücü

kaybına esas teşkil edecek sağlık kurulu raporlarının usûl ve esaslarını, bu raporları vermeye yetkili sağlık hizmeti sunucularının sahip olması gereken kriterleri belirlemeye, usûlüne uygun olmayan sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgeleri düzenleyen sağlık hizmet sunucusuna iade edecek belirlenen bilgileri içerecek şekilde yeniden düzenlenmesini istemeye Kurum yetkilidir. Usûlüne uygun sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgeler ile gerekli diğer belgelerin incelenmesiyle; yurt dışında tedavi için yapılacak sevkler, vazife malullük derecesini, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu tespit edilen meslekte kazanma gücünün kaybına veya meslekte kazanma gücünün kaybı derecelerine ilişkin usûlüne uygun düzenlenmiş sağlık kurulu raporları ve diğer belgelere istinaden Kurumca verilen karara ilgililerin itirazı halinde, durum Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır. Kural olarak Yüksek Sağlık Kurulunca verilen karar Sosyal Güvenlik Kurumunu bağlayıcı nitelikte ise de, diğer ilgililer yönünden bir bağlayıcılığı olmadığından Yüksek Sağlık Kurulu Kararına itiraz edilmesi halinde inceleme Adli Tıp Kurumu aracılığıyla yaptırılmalıdır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 28.06.1976 günlü, 1976/6-4 sayılı Kararı da bu yöndedir. Somut olayda, Kurum tarafından birbirine yakın tarihlerde belirlenen sürekli iş göremezlik oranları arasında açık çelişki bulunduğu anlaşılmışna rağmen, bu çelişki giderilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur. Yapılacak iş, Adli Tıp 3. İhtisas Kurulundan rapor alınması; mevcut raporlar arasında çelişki oluşması halinde ise; raporlar arasındaki çelişkinin Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alınmak suretiyle giderilmesinin ardından çıkacak sonuca göre bir karar verilmesinden ibarettir. Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan bozmayı gerektirmektedir. O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır”

10. Zarar Süresi:

Kaza tarihinde davacının gerek tedavi-istirahat-iyileşme- geçici iş göremezlik süresi boyunca ve gerekse bu dönemden sonraki yaşamı boyunca salt yaşamsal faaliyetlerini sürdürebilmek için emsallerine göre maluliyeti oranında daha fazla güç ve efor sarf edeceğinin ve bu durumun davacı bakımından en az asgari ücret düzeyinde bir zarar oluşturacağı kabul edilmektedir.

Nitekim, Yargıtay'ın kıyasla uygulanabilecek emsal nitelikteki kararlarında davacının geçici iş göremezlik-iyileşme süresi içinde aynı işte çalışıp aynı kazancı elde etmeye devam etse bile, bu kazancı aynı işi yapan

diğer insanlardan daha fazla efor sarf ederek ve daha fazla çaba harca-
yarak elde edeceğinden, bu oranda maddi tazminata hak kazanacağı be-
lirtilmiştir. (Y.21.HD.27.09.2005/2533-8329) Yargıtay 21. Hukuk Dairesi
27.03.2007 gün, 2007/2708 E. ve 2007/5209 K. Sayılı emsal kararına
göre “...herhangi bir işte çalışmasa bile, ekonomik bir değer taşıyan salt
yaşamsal faaliyetlerini sürdürebilmesi nedeniyle emsallerine göre fazla
güç sarfedeceği ve bu durumun sigortalı bakımından asgari ücret düze-
yinde bir zarar oluşturacağı açıktır...”.

Kazalı yaşı ve bakiye ömür süresi bulunurken kaza tarihindeki yaşı bu-
lunmakta P.M.F.1931 işaretli yaşam tablosuna göre de muhtemel bakiye
ömrü tespit edilerek zarar süreleri ortaya konmaktadır.

Yargıtay'ın bu konuda yerleşmiş içtihatlarında aktif olarak çalışabil-
me yaşı 60 olarak kabul edildiğinden, 60 yaşından kaza tarihindeki yaşı
çıkartılarak kişinin aktif çalışma hayatı tespit edilmekte, 60 yaşını aşan
kısım da 60 yaşından çıkartılarak pasif dönemi belirlenmektedir. Bunu
bir örnekle açıklayacak olursak 1.1.1970 doğumlu bir kişi 1.1.2017 günü
kazaya uğradığında kaza günü yaşı 47 olacaktır. 47 yaşındaki kişinin
PMF 1931 yaşam tablosuna göre bakiye ömrüne baktığımızda olası öm-
rünün 24 yıl olduğunu görürüz. $47+24 = 71$ yaşına değin kişinin yaşayacağı
varsayılır. Bu kişinin aktif çalışma hayat süresi $60-47 = 13$ yıl olarak
tespit edilecektir. Pasif dönemin başlayacağı 60 yaşından sonraki süre
de $71-60 = 11$ yıl olarak karşımıza çıkacak ve hesaplama bu rakamlar
üzerinden yapılacaktır.

Yargıtay tazminat hesaplarında PMF 1931 yaşam tablosuna göre he-
saplamaların devam edeceğine karar vermektedir.

“3. Hukuk Dairesi 2014/20408 E. 2015/7270 K: Diğer yandan; iş
göremezlik tazminatının hesabına ilişkin olarak yaptırılan bilirkişi ince-
lemesinde, bilirkişi tarafından CSO yaşam tablosu esas alınarak hesapla-
ma yapıldığı, mahkemece bu raporun esas alınarak hüküm tesis edildiği
görölmüştür.

Yargıda çok uzun yıllar “sabit taksitli rant” formülleriyle yapılan he-
saplar geçerli sayılmış iken Yargıtay, 1993 Ankara Sempozyumunda va-
rılan uzlaşısı sonucu “progressif rant” olarak adlandırılan kolay anlaşılır,
basit bir hesaplama yöntemini uygulamaya koymuştur. Yaşam tablosu
ise; halen yargıda ve Sosyal Güvenlik Kurumunda uygulanması zorunlu
olan PMF-1931 Yaşam Tablosu'dur. Bu tablonun yasal dayanağı 506 sa-
ylılı Yasa'nın 22.maddesi olup, iş kazalarıyla meslek hastalıkları ve Analık

Sigortaları Hakkında 4722 sayılı Kanuna ek olarak (Çalışma Bakanlığı ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından birlikte) hazırlanmış ve 1965 yılında yürürlüğe konulmuştur. Her ne kadar, 5510 sayılı yeni Sosyal Güvenlik Yasası'nda paralel bir hüküm bulunmamakta ise de geçici 3.madde hükmü gereğince yeni düzenleme yapılmaya kadar aykırı olmayan hükümler uygulanmaya devam edecektir. Başka bir ifade ile SGK ile yargı PMF-1931 yaşam tablosuna göre gelir bağlamaya ve tazminat hesaplamaya devam edecektir. Tazminat davalarında, Okyanus ötesi bir ülke olan ABD'nin CSO-1980 yaşam tablolarının (mortalite) kullanılmak istenilmesinin yasal bir dayanağı **bulunmamaktadır.**"

CSO 1980 yaşam tablosuna göre yapılan hesaplamalar da Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmemektedir.

"Y. 17. HD 2014/7117 E. , 2016/3080 K: Mahkemece, zararın hesaplanması amacıyla ...'den alınan 02.07.2013 tarihli bilirkişi raporunda CSO 1980 Kadın ve Erkek Mortalite Tablosu esas alınarak destek ve davacıların yaşam süresi belirlenmiş ve zarar hesabı yapılmıştır.

Mahkemece CSO 1980 Kadın ve Erkek Mortalite Tablosuna göre zarar hesaplanan bilirkişi raporu hükme esas alınmış ise de; karara esas alınan hesaplama, Hukuk Genel Kurulu'nun 1989/4-586 esas, 1990/199 sayılı kararı ve Dairemizin yerleşik içtihatlarına uygun değildir. Bu nedenle mahkemece, Dairemizin yerleşik kriterlerine uygun olarak Population Masculine Et – Feminine (PMF 1931) Tablosuna göre zarar hesaplanması için bilirkişiden ek rapor alınması gerekirken tazminat esaslarına uygun olmayan bilirkişi raporuna göre verilmesi doğru görülmemiştir."

11- Desteklik Sürelerinin de P.M.F. 1931 yaşam tablosuna göre belirleneceği, çocukların destekliğinde, erkek çocukların 18 yaşına, ortaöğrenim halinde 20 yüksek öğrenim durumunda ise 25 yaşına kadar desteklik alacağı varsayılmaktadır. Kız çocuklarının destekliği 22 yaşına kadar olup yükseköğrenim halinde 25 yaşa kadar desteklik süresi hesap edilecektir.

"Y. 17. Hukuk Dairesi 2014/9850 E., 2016/11484 K: Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacıların her biri için destekten yoksun kalacakları sürenin, çocuklar için, yaşları, okuldaki eğitim durumları, içinde yaşadıkları sosyal ve ekonomik koşullar değerlendirilerek ayrı ayrı belirlenmesi, yüksek öğrenim yapacaklar ise, öğrenimlerinin sona erdiği tarih, yapmamakta ise yerleşik ve kabul gören uygulamaya göre, erkek

çocukları için 18 yaşın, kız çocukları için 22 yaşın desteğin sona ereceği yaş olarak kabulü gerekmektedir. Somut olayda; davacı olay tarihinde 16 yaşında olup davacı vekili tarafından dosyaya ibraz edilen belgelerden, ... Lisesi 11. Sınıf öğrencisi olduğu ve üniversiteye hazırlık için dershaneye gittiği anlaşılmaktadır. **Bu durumda, davacı ... 'ın öğreniminin sona erdiğinden söz etmek mümkün olamayacağından öğrenim süresinin 25 yaşına kadar devam edeceğinin ve bu yaşa kadar da kadar annesinden destek göreceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.** Bu durumda mahkemece önceki raporu veren bilirkişiden ek rapor alınarak davacı in 25 yaşına kadar destekten yararlanma süresi olduğu gözetilerek yapılacak hesaba göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur.”

Engelli çocuklar ile belirli bir yaşa gelip de evlenmemiş kız çocuklarının da ölen desteğin PMF tablosundaki bakiye ömürle sınırlı olarak desteklik tazminatı alabileceklerine dair Yargıtay uygulamaları da söz konusudur:

“Y. 17. H D 2013/11965 E. , 2014/16069 K. Dosya içeriğinden trafik kazası nedeniyle vefat edenin **çocukları** olan davacı Ramazan'ın 1975 doğumlu, bekar ve **özürlü** olduğu, davacı Kadir'in 1983 doğumlu, bekar ve **özürlü** olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece desteğin 1970 doğumlu ve evli kızı Serpil'in dosya kapsamındaki deliller dikkate alındığında destek tazminatı alamayacağı yönünde yapılan tespit doğru ise de, **özürlü çocuklar** Ramazan ve Kadir'in müteveffa babanın desteğine muhtaç olacakları açık olup, davacılar Ramazan ve Kadir'in davacı anne Ayşe ile birlikte destekten yoksun kalma tazminatı alma durumuna göre hesaplanan ve Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına uygun bulunan 19.06.2012 tarihli ek aktüerya raporundaki tazminat miktarlarının esas alınarak karar verilmesi gerekirken, davacılar Ramazan ve Kadir'in destekten yoksun kalma tazminatı taleplerinin reddi doğru olmamıştır.”

Ancak Yüksek Mahkeme yine yer verdiğimiz çok yeni kararlarından birinde 22 yaşını geçmiş kız çocuğunun herhangi bir sağlık sorununun bulunmaması durumunda salt ailesiyle birlikte yaşıyor olmasını desteklik için yeterli görmemiştir.

“Y. 17. HD.2014/13858 E., 2016/11121 K. Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı ve cenaze-defin gideri istemine ilişkindir. Desteğin küçük çocuklarının bakım ihtiyacından ne zaman kurtulacaklarını tayin etmek **çocuğun** yaşadığı yöreye sosyal çevreye, **çocuğun** özelliklerine, cinsiyetine ailenin sosyal ve ekonomik du-

rumuna göre değişmektedir. Davacıların her biri için destekten yoksun kalacakları sürenin, çocuklar için, yaşları, okuldaki eğitim durumları, içinde yaşadıkları sosyal ve ekonomik koşullar değerlendirilerek, ayrı ayrı belirlenmesi, yüksek öğrenim yapacaklar ise, öğrenimlerinin sona erdiği tarih, yapamayacaklar ise yerleşik ve kabul gören uygulamaya göre, erkek çocukları için 18 yaşın, kız çocukları için 22 yaşın, desteğin sona ereceği yaş olarak kabulü dikkate alınarak denetime elverişli şekilde belirlenmesi suretiyle destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması gerekmektedir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları incelendiğinde normal şartlarda erkek çocukların 18, kız çocuklarının 22 yaşına kadar destek tazminatı alacakları, çocukların yüksek okul okuyor olması yada okuması ihtimali varsa 25 yaşına kadar destek alabileceklerdir.(Yargıtay HGK 10/06/2015 tarih 2013/17-2343 esas 2015/1534 karar, 17. HD. 09/04/2015 tarih 2013/17627 esas 2015/5572 karar, 21. HD. 10/12/2013 tarih 2013/17221 esas 2013/23524 karar, 4. HD. 24/01/2011 tarih 2010/1818 esas 2011/512 karar sayılı ilamları) Davacılarından desteğin kızları olup olay tarihinde 32 ve 29 yaşlarında olup 22 yaşın üzerindedirler. Yerel mahkemece benimsenen bilirkişi raporunda adı geçen davacıların evlenmediği ve destek ile birlikte yaşadığı gerekçesiyle Mevlüde'nin 3 yıl, ...'ün 6 yıl destek alacağı kabul edilip bu süre için tazminat hesaplanmıştır. Davacıların, desteğin ölüm günündeki yaşına göre destek alabileceği yaş sınırını geçtiği anlaşıldığından babalarından destek almadan yaşamını sürdürebileceğinin kabulü gerekir. Destek ile birlikte oturmak ve bekar olmak tek başına destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkı doğurmaz. Çalışmasını engelleyen bir özrü veya sağlık sorunu olduğu konusunda somut bir kanıt bulunmayan davacıların destekten yoksun kaldığı kabul edilemez. Bu nedenle mahkemece, olay tarihinde 29 ve 32 yaşlarında olan davacılar için desteklenme yaşını aşmış olması nedeniyle destekten yoksun kalma tazminat talebini reddetmesi gerekirken gerekçesiz bir şekilde 35 yaşına kadar destek zararı hesaplanarak tazminata karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”

12- Eşlerin Yeniden Evlenme Olasılıkları

Destek eşlerini kaybeden kadınların destekten yoksun kalmaları durumunda tazminat hesaplandıktan sonra yeniden evlenme olasılığı tablosuna göre hüküm tarihine en yakın olan rapor tarihindeki yaşına göre hesaplama yapılmaktadır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) tarafından kabul edilen tabloya bakılarak kadının evlenme olasılığı tespit edilerek bu olasılık doğrultusunda tazminatta indirimde gidilmektedir.

Kadınların yaşlarına göre yeniden evlenme olasılıklarını gösteren AYİM tablosu:

AYİM (Askeri Yüksek İdare Mahkemesi) tablosu	
17-20 yaş arası	%52
21-25 yaş arası	%40
26-30 yaş arası	%27
31-35 yaş arası	%17
36-40 yaş arası	% 9
41-50 yaş arası	% 2
51-55 yaş arası	% 1

Yukarıdaki yüzdeler, çocuksuz eşler için olup, AYİM uygulamasında 18 yaşından küçük her çocuk için %5 indirim yapılmaktadır.

Erkeklerin yeniden evlenme olasılığı:

Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından 1967-1973 yılları arasındaki yedi yıllık dönemi kapsayan bir araştırmaya göre, ülkemizde eşi ölen erkeklerin, eşi ölen kadınlara oranla, yeniden evlenme olasılıklarının %77,13 oranında daha yüksek olduğu belirlenmiştir. (tazminathukuku.com)

AYİM tablosunun erkeklere uyarlanması:	
17-20 yaş arası erkekler	%90
21-25 yaş arası erkekler	%70
26-30 yaş arası erkekler	%48
31-35 yaş arası erkekler	%30
36-40 yaş arası erkekler	%15
41-50 yaş arası erkekler	% 4
51-55 yaş arası erkekler	% 2

Yukardaki oranlardan, 18 yaşından küçük her çocuk için %5 indirim yapılacaktır.

“17. HD, 2014/14568 E., 2016/11867 K: Desteğin eşi; 19.11.1957 doğumlu olup, kaza tarihinde 52, rapor tarihinde 57 yaşındadır. Bilirkişi raporunda; AYİM tablosuna göre evlenme ihtimalinin olmadığı ancak yeniden evlenme ihtimalini kesin olarak sıfırlayan belge sunulmadığından %1 evlenme ihtimali uygulanarak hesaplama yapılmış ve bu rapor esas alınarak hüküm kurulmuştur. Buna göre; davacı eşin AYİM tablosuna göre evlenme ihtimali olmadığı değerlendirilerek hüküm verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme ile %1 evlenme ihtimali indirimi yapılarak hüküm verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.”

“17. HD 2015/5528 E. 2016/11500 K: Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir. Bedel artırımı dilekçesinde davacı ...için 23.722,84 TL destekten yoksun kalma tazminatı talep edildiği halde, mahkemece davacı ... lehine 23.792,84 TL'ye hükmedilerek 6100 Sayılı HMK 26. maddesine aykırı olarak talepten fazlasına karar verilmesi doğru değildir. 3-Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacı eşin evlenme ihtimali %35 olarak belirlenmiş ve indirim bu oran üzerinden yapılarak davacı eşin destekten yoksun kalma zararı hesaplanmıştır. Oysa, Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamaları ile benimsenen ilkeleri uyarınca, sağ kalan eşin evlenme ihtimalinin belirlenmesinde AYİM tarafından hazırlanan tablolara itibar edilmekte ve uygulamada yeknesaklık sağlanmaktadır. Buna göre, davacı eşin evlenme ihtimali olay tarihi itibarıyla %43 olup indirimin bu oran üzerinden yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davalı ...Ş. aleyhine fazla tazminata hükmedilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.”

13- Desteklik Hakkına Sahip Kişiler Dava Açmamış olsalar da açılan davada yapılacak tazminat hesap raporunda tüm destekten yoksun kalanların payları hesaplanmalıdır.

“Y.17HD.E.2013/12107 K.2014/15261 T.6.11.2014 Buna göre öncelikle gelirin tamamının, yardım görenlere tahsis olunmuş varsayılamayacağı, ölenin gelirinden bir bölümü kendisine ayıracağı, bu tahsisten vazgeçilemeyeceği ve bu suretle yardımın (payların) geliri yutmaması ilkesi dikkate alınmalıdır. Ayrıca ölenin kendi geçim masraflarından artan miktarın tamamının (hiçbir tasarruf düşüncesine yer bırakmadan) destek görenlere dağıtıldığı da kabul olunamaz. Öte yandan, destek görececek kimselere ayrılacak miktar da, bunların ihtiyaçlarının toplamı kadar olmalıdır. Bunun dışında destekten yoksun kalanlardan bir kısmının davacı olup diğer kısmının davacı olmadığı durumda talepte bulunmayan destek görenlerin paylarının da hesaplamada göz önünde tutulması gerekmektedir.”

tedir. Ancak destek almaktan vefat, evlilik ya da destek alma ihtiyacının sona ermesi gibi nedenlerle çıkan kişinin payı diğer destek alanlara aktararak hesaplama yapılması gerekmektedir.”

Destegın ölümünden sonra yeniden evlenen kişi için desteklik süresi desteğın ölümüyle, yeniden evlendiğı zaman aralığı kadardır. Kadının ikinci eşten boşanması da bu sonucu değıştirmeyecektir.

“17. Hukuk Dairesi 2013/6045 E., 2014/6926 K. Yasa metninden de anlaşılacağı gibi destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğın yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan zarardır. Buradaki amaç, destekten yoksun kalanların desteğın ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğı paranın ödettirilmesidir. Yani haksız bir eylem sonucu desteğini yitiren kimse BK'nın 45/II. maddesine dayanarak uğradığı zararın ödetilmesini isteyebilir. Davalı destekten yoksun kalmadan ileri gelen somut zararı gidermek zorundadır. Bu nedenle tazminat hesabından önce zarar tutarını belirlemek gerekir. Bunun yanında amaç zarar görenin malvarlığındaki eksilmeyi giderme olduğuna göre, ölüm nedeniyle desteğini yitirenin elde ettiği çıkarlar varsa, bunların da zarar tutarından indirilmesi gerekir. Aksi halde zarar görenin malvarlığında olaydan önceki duruma göre bir artış meydana gelmiş olur. Buradaki amaç zarar görenin malvarlığını zenginleştirmek değıl, desteğini yitiren kişiye ölümünden önceki yaşam düzeyini sürdürüebilme olanağı tanımaktır. Bununla birlikte destekten yoksun kalan kimse devamlı ve gerçek bir ihtiyaç içerisinde bulunmalıdır. **Genel olarak bakım ihtiyacı, sosyal düzeye uygun olan yaşamın devamını sağlamak için gerekli olanaklardan yoksun kalmayı anlatır. Eğer ölenin eylemli olarak baktığı davacı, ölüm yüzünden bu bakımın sağladığı yaşama düzeyinin altına düşmüş olursa, ihtiyaç bulunma koşulu gerçekleşmiş sayılır. Burada önemli olan, davacının ve ailesinin temsil ettiği sosyal ve ekonomik düzeye göre normal karşılanan giderlerdir. Yani, destek kavramı, gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi umulan bir bakım ilişkisini gösterir. Hukuki bir ilişkiyi değıl, eylemli bir durumu amaçladığından hısımlık ilişkisine ya da kanunun nafaka hakkındaki düzenlemelerine dayanmaz. Bu kapsamda, eşi öldükten sonra yeniden evlenen davacı eşin destek gereksiniminin ve bakım ihtiyacı evlendiğı gün sona ereceğinden, destekten yoksun kalma tazminatının davacının yeniden evlendiğı güne kadar hesaplanması gerekmektedir. Davacının sonradan boşanmış olması ise desteğın yeniden başlayacağı anlamına gelmez.** Eldeki dava dosyasında, dava-

cı eşin evlendiği tarihe kadar destek hesabı yapılması gerekirken, eşin 30.09.2009-11.04.2012 tarihleri arasında evli kaldığı süre dışında kalan dönemin tamamı için destek hesabı yapılan bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulması isabetli görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.”

14- Tazminatın Kazanç Unsuru:

Desteğin ya da iş göremez duruma gelen haksız fiil zarar göreninin kazancı tazminat hesaplamasına esas alınan temel veridir. Kaza tarihindeki verilerle kazancın açık biçimde tespiti gerekir. Fazla çalışma ücretleri ve ikramiyeler de nete çevrilerek kazançta dahil edilebilir.

Kazanç tespitinin ne şekilde yapılacağı da tazminat hukukunun en çok zorlandığı noktaların başında gelmektedir. Emsal ücret araştırması mümkün ise de kişi çalışıyorsa öncelikle işyeri kayıtlarının kazançta dair belgede esas alınacağı Yüksek Mahkeme tarafından benimsenmektedir.

Yüksek Mahkeme, yoksun kalınan gerçek destek miktarının tespit edilebilmesi için öncelikle desteğin sağlığında elde ettiği net gelirin doğru saptanması gerektiğini içtihat etmiştir.

“17. Hukuk Dairesi 2014/14192 E., 2016/11616 K. Dava; davacı murisinin ölümü nedeni ile 6098 sayılı TBK'nın53. maddesi gereğince destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

BK'nın45/2. maddesi gereği, ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir. Yasa metninden de anlaşılacağı gibi destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan zarardır. Buradaki amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettirilmesidir. Yoksun kalınan gerçek destek miktarının tespit edilebilmesi için öncelikle desteğin sağlığında elde ettiği net gelirin doğru saptanması icap eder. Davacı vekili, desteğin ölmeden önce trafik kazasına karışan ... plaka sayılı aracı ile...Şöförler ve Otomobilciler Odasına kayıtlı olarak servis işi, tarım ve hayvan yetiştiriciliği işi ile iştigal ettiğini, ortalama aylık kazancının 2.000,00-TL üzerinde olduğunu iddia etmiştir.

Mahkemece alınan aktüer bilirkişi raporunda müteveffanın (destek) geliri hesaplanırken, müteveffanın bizzat yaptığı anlaşılan “servis taşımacılığı” işinden elde ettiği aylık kazancının ...n Şöförler ve Otomobilciler

Odasının yazısına göre 2.500 TL olduğu kabul edilmiş ve asgari ücretin (4) katı tutarındaki miktar üzerinden tazminat hesabı yapılmış, bu bilirkişi raporu da hükme esas alınmıştır. **Buna göre, yapılan işten sağlanan bir gelirin bulunması halinde bu gelirin elde edilmesinde yapılan işin özelliği, desteğin tecrübesi gözetilerek bedensel ve yönetsel katkısı belirlenip, desteğin yerine başkasının çalıştırılması olanağı göz önüne alınarak ona yapılacak ya da yapılması gereken ücret esas alınarak bu miktar üzerinden destek zararının hesaplanması gereklidir.** Bu bakımdan böyle bir davada gerçek zararın belirlenmesi için, desteğin gelirin daha net kriterle ortaya konulması gerekmekte olup, açıklanan hususlar göz önüne alınarak desteğin çalıştırdığı servisin davacı mirasçılara intikal edebilir olduğu, mirasçılarının da bundan gelir elde edebileceği ve desteğin kişisel katkısı değerlendirilerek hakkaniyete uygun muhtemel bir gelirin belirlenmesi ile aktüer bilirkişiden ek rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde desteğin servis taşımacılığı işinden elde ettiği aylık gelir dikkate alınarak hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”

İş kazalarına bakan Daire de sigorta kayıtlarında görünen ücrete göre hesaplama yapmak yerine gerçek ücretin araştırılıp ortaya konması gerektiğini belirlemiştir.

“21. Hukuk Dairesi 2016/4365 E., 2016/14647 K: İş kazası sonucu sürekli iş göremezlik nedeniyle sigortalının maddi tazminatının hesaplanmasında, gerçek ücretin esas alınması koşuldur. Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Öte yandan, gerçek ücretin ise; işçinin kıdemli ve yaptığı işin özelliği ve niteliğine göre işçiye ödenmesi gereken ücret olduğu, işyeri veya sigorta kayıtlarına geçmiş ücret olmadığı Yargıtay’ın yerleşmiş görüşlerindedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır.

Aynı zamanda 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 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 sorumlu-

luğu 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 (müterafik 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.”

Öte yandan, 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 gide-rek Yargıtay’ın yerleşmiş görüşleri, Kurumca bağlanan gelirlerin peşin sermaye değerinin ve geçici iş göremezlik ödeneklerinin hesaplanan zarardan indirilmesi, Kurum 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 verdiği için gerçekleştirildiği tarihe bakılmaksızın tüm fiil ve işlemlere uygulanmalıdır.

Bu açıklamaları ışığında somut olayda, sigortalının 50 yaşında tır şoförü olarak çalıştığı, imzalı bordrolarının bulunmadığı gözetildiğinde, müteveffa sigortalının T.Ü.İ.K.’dan, yaşı itibariyle yaptığı tır şoförlüğü işi için alabileceği ücretin sorularak müteveffa sigortalının gerçek ücretini tereddütsüz olarak belirlenmesi, belirlenen bu gerçek ücretine göre davacıların maddi zararını yeniden hesaplanması gerekmektedir. Aynı zamanda TBK’nun 55.maddesi dikkate alınarak mükerrer ödemeyi önlemek için davacı eş ve çocuk için iş kazası sigorta kolundan gelir bağlanması için davacı eş ve çocuğa önel vermek, Kurumca istemin kabul edilmemesi halinde açılacak davanın sonucunu bekleyerek bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin rücuyla kabul kısmını tazminat alacağından tenzil ederek yapılacak hesabı hükme esas almak gerekmektedir. Mahkemece bu husulara riayet edilmeden karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma sebebidir.”

Emsal ücret araştırması ve desteğın en azından emsallerinin kazandığı ücreti elde edeceğine dair karine de Yargıtay tarafından geçerli kabul edilmiştir.

“Y. 4. Hukuk Dairesi 2016/4457 E., 2016/11451 K. Davacılar, müteveffanın eşi ve çocukları olup, davalı tarafından kasten öldürülen yakınlarının desteğinden yoksun kaldıklarını belirterek, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır. Davalı, istemin reddi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece, dosyadaki bilirkişi raporu esas alınarak istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden; müteveffanın aile şirketinin hissedarı ve müdürü olduğu, yaşam standardı ve refah düzeyinin yüksek olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanırken davacının tazminata esas geliri olarak sadece şirket tarafından düzenlenen ücret bordrosunun temel alınması doğru değildir. Keza; ceza dosyasında dinlenen tanıklar ifadelerinde maddi konulardan davalı ve öldürdüğü oğlu arasında sorunlar yaşandığını belirtmişlerdir, bu tanıklardan ... 20/02/2012 tarihli ifadesinde ağabeyi olan müteveffanın kendisine babalarının yanlış birtakım davranışları olduğunu, kendisini sömürdüğünü, ücretini düşük gösterdiğini söyleyerek dert yandığını beyan etmiştir. Yine mahkeme tarafından desteğin gelirin emsal olabilecek gelirler Mühendisleri Odasından sorulmuş, oda 19/02/2015 tarihli cevabi yazısında yıllara göre emsal ücretleri liste halinde dosyaya bildirmiştir. **Bu durumda; müteveffanın en azından emsallerinin elde edeceği kazancı elde edeceğinin kabulü ile gerçek gelirin belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ve yanılığ değerlendireme ile yaşam standardı ile de orantılı olmadığı açıkça belli olan ücret bordrosunun esas alınması doğru olmamış, bu durum bozmayı gerektirmiştir.”**

Vasıflı işçilerin asgari ücretle çalışmalarının kabul edilemeyeceği Yüksek Mahkeme kararlarında sıklıkla yer alır. Kazanç konusunda da gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılabilir.

“Y. 17. Hukuk Dairesi 2014/14853 E., 2016/8455 K: Dava, trafik kazası nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı, cenaze gideri ve manevi tazminat istemine ilişkindir. TBK'nun 53. maddesi (eski BK 45/2) gereği, ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir. Yasa metninden de anlaşılacağı gibi destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalan zarardır. Buradaki amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettirilmesi. Yoksun kalan gerçek destek miktarının tespit edilebilmesi için

öncelikle desteğin sağlığında elde ettiği net gelirin doğru saptanması icap eder. Destekten yoksunluk zararının hesabında müteveffanın gelirinin belirlenmesi tazminatın doğru tespitinde önemli bir yer tutmaktadır. Dava dilekçesinde, desteğin sağlığında inşaat soğuk demir ustası olarak çalıştığı, aylık 4.000,00 TL. gelirinin olduğu iddia edilmiştir. Davacılar tanığı da desteğin inşaat demirci ustası olduğunu, günlük yevmiyesinin 80,00-100,00 TL. olduğunu ve aylık ortalama 3.500,00-4.000,00 TL. kazanç elde ettiğini beyan etmiştir. Hükme esas alınan 02.09.2013 tarihli aktüerya raporunda, asgari ücret üzerinden hesaplama yapılmış, bu hesaplama göre davacıların sigortacıdan aldıkları bedel düşüldüğünde, bakiye destek tazminatı alacaklarının kalmadığı görüşü bildirilmiş, mahkemece bu görüş doğrultusunda davacıların destekten yoksun kalma tazminatı taleplerinin reddine karar verilmiştir. **Oysa ki, dosya içerisinde mevcut belgelere göre desteğin gelirinin asgari ücret seviyesinde olduğunun kabulü mümkün değildir. İstanbul Ticaret Odası'nın cevabi yazısında, kaza tarihi olan 2007 yılı itibariyle soğuk demir işçisinin aylık net kazancının 1.000,00 TL. olduğu; yine ... Sendikası Genel Başkanlığı'nın 06.12.2013 tarihli cevabi yazısında, soğuk demir ustasının kaza tarihinde saatlik çıplak ücretinin 4.34 TL. olduğu bildirilmiş olup bu iki yazıya göre ve desteğin yaptığı işin mahiyetine göre desteğin asgari ücretin üzerinde gelir elde ettiği açıktır. Bu durumda, desteğin, inşaat demir ustası olarak çalışıp gelir elde ettiği sabit olduğuna ve asgari ücretin üzerinde gelir elde edeceği anlaşıldığına göre; desteğin tazminata esas gerçek gelirinin belirlenmesi için, ... kayıtlarından geçmiş yıllarda ne kadar çalıştığına ilişkin bildirimler araştırıldıktan sonra, içerisinde inşaat mühendisi uzmanı bilirkişi olan konusunda uzman bilirkişi heyetinden, soğuk demir ustasının yılda ortalama ne kadar çalışıp gelir elde edeceği konusunda alınacak raporla, desteğin gerçek gelirinin oda ve sendika cevabı da gözetilerek belirlenmesi ve davacıların destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması, davacı vekilinin aylık 1.000,00 TL. gelir üzerinden yapılan hesabı kabul ettiklerine ilişkin beyanı ve bu miktar üzerinden yapılacak hesabın davalılar yönünden usuli kazanılmış hak olduğu da gözetilerek oluşacak sonuca göre, davacıların destekten yoksun kalma tazminatı talepleri hakkında karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir."**

12- Maddi Zarar Hesaplama Yöntemi:

a- Hesaplama yöntemi olarak **Progressif Rant yöntemiyle** tazminat hesaplaması yapılmaktadır.

Bu hesaplama yönteminde kişinin geliri gerçek ve varsayımsal dönemleri kapsayan, Bilinen aktif, Bilinmeyen aktif ve Pasif dönem olmak üzere üç ayrı dönemde değerlendirilmektedir.

Bilinen dönem, kaza ya da olay tarihi ile bilirkişi raporunun hazırlandığı dönem aralığını kapsamaktadır. Raporun hazırlandığı hükme en yakın tarihte belirlenebilir olan gelir kalemleri ilgili dönem sonuna kadar hesaplama esas alınır.

Bilinen dönem için malul kalanın ya da desteğin olay tarihindeki gelirleri aynen hesaplama dâhil edilir. Bu dönem gelirlerine arttırma ve indirim uygulanmayacaktır. Bilinen dönem geliri belge ile ya da işyeri kayıtlarıyla ve hatta tanık beyanlarıyla kanıtlanabiliyorsa en son bilinen ücretin asgari ücrete oranlamasıyla bulunacak katsayı, yürürlüğe giren asgari ücret dönemleri üzerinden tazminat hesaplamasına esas alınacaktır. Eğer gelir belgeleniyorsa kamu düzeninden olan yasal asgari ücretler üzerinden hesaplama yapılacaktır.

Bilinmeyen aktif dönem için de bilinen dönemin son aylık ücreti yıl kazancına dönüştürülerek %10 arttırım ve %10 eksiltme işlemine tabi tutularak hesaplanacaktır.

Peşin değer hesaplamasında faiz oranı %10'dur. Ana Paranın 100 TL. olduğunu düşünelim. Bir yıl sonra %10 yıllık faizle elde edilecek para = Faizli para $100 \times 1.10 = 110$ TL. olacaktır.

Arttırım düşüncesinin temelinde paranın zamanla değer kaybetmesi olgusu yatar. Ancak öte yandan para irat ve taksit biçiminde değil de peşin ve toplu olarak alınacağından aynı oranda %10 da iskonto/indirim yapılması da gerekecektir.

$$\text{Bir yıllık iskonto değeri} = 1/1.10 = 0,9090909091$$

$$\text{Bir yıl sonra elde edilecek } 110 \text{ TL'nin bugünkü peşin değeri} = 110 \times 0,9090909091 = 100 \text{ TL.}$$

Sonuç olarak faiz ve iskonto birbirinin tersi olduğu için sonuca etkisi sıfır değilse de kayda değer bir oran tutmayacak ve sifra yakın değer ortaya çıkacaktır.

Uluslararası Matematik Kuralı

$$\text{Arttırımlı değer} = 1 \times (1 + \text{faiz oranı})$$

$$\text{İndirimli değer} \% si = 1 / (1 + \text{faiz oranı})$$

Güncel değer = faizli değer x iskonto %si

$1x (1 + \text{faiz oranı}) x 1.$

$(1 + \text{faiz oranı})$

$= 1$

Bilinmeyen pasif dönem de kadın erkek ayrımı olmaksızın 60 yaşından sonra başlayacaktır. Bu dönem için bilinen en son yasal asgari ücretin net tutarları üzerinden yine %10 arttırım ve %10 eksiltme işlemi yıllık kazanç hesabı üzerinden uygulanarak toplam kazanç kaybına ulaşılacaktır.

Bilinen dönem ücretleri rapor günü belirlenebilen ücretlere göre hesap edilerek hükme en yakın verilerle ele alınır.

Bilinmeyen aktif dönem ücreti bilinen son dönem ücretinden yıllık olarak hesaplanır.

Yıllık ücretin 15.908 TL. olduğunu düşündüğümüzde bu tutarın **1 yıllık** bilinmeyen ücreti şu şekilde ortaya konur.

Yıllık Kazanç (15.908 TL.) x %10 Arttırım katsayısı (1,10) x % İskonto Katsayısı (0,9091) = 15.908 TL.

Görüleceği üzere ilk belirlenen rakam katsayı uygulanmakla yani %10 arttırım ve %10 eksiltme uygulanmakla değişmemekte aynı rakama ulaşmaktadır.

2. yıl için de %10 arttırım katsayısı ($1.10 \times 1.10 = 1.21$) formülüyle bulunmaktır. 3. Yıl arttırım katsayısını bulmak için de ikinci yıl katsayısını 1,10 ile çarpmak gerekecek, çıkacak yeni katsayıyı devam eden yıllar için her defasında 1,10 sayısı ile çarpmak yeni katsayıyı belirlemek için yeterli olabilecektir.

%10 iskonto katsayısını da ikinci ve devam edecek yıllar için her defasında 0,90909091 katsayısı ile çarpmak yeterli olacaktır.

Bilinmeyen Pasif Devre hesap formülü de aktif devrenin en son katsayısı ile çarpılarak bilinen en son asgari ücretlerin net tutarları vergi eklenmeden bir yıllık dönemler şeklinde aynı formülle hesap edilecektir.

Bulunan toplam tutara iş göremezlik ile sonuçlanan olaylarda iş göremezlik oranı ile çarpılacak daha sonra da haksız fiil sorumlularının varsa kusur oranları ile ilgili tutar çarpılacaktır.

Destekten yoksunluk davalarında ise bulunan kazanç sadece kusur oranlarıyla çarpılacaktır.

“21. Hukuk Dairesi 2015/16430 E., 2016/10195 K. Hükme esas alınan hesap raporunun yöntemine uygun olmadığı açıktır. Gerçekten davacılar iş kazası sonucu sigortalının vefatı nedeniyle uğramış oldukları zararın giderilmesini istemiştir. Tazminatın saptanmasında, zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, PMF yaşam tablosuna göre bakiye ömrü, işgörebilirlik çağı, işgöremezlik ve müterafih 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 tesbit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise; yıllık olarak %10 arttırılıp %10 iskonto 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 görüşlerindedir.”**

“Y. 21. HD Esas: 2015/15849 Karar: 2016/9351 Dosyadaki öncelikli uyuşmazlık, tazminatın belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Tazminatın saptanmasında ise; zarar ve tazminata doğrudan etkili olan işçinin net geliri, PMF 1931 yaşama tablosundan tespit olunan bakiye ömrü, iş görebilirlik çağı, iş görmezlik ve karşılık kusur oranları, Sosyal Sigortalar tarafından bağlanan peşin sermaye değeri gibi tüm verilerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde öncelikle belirlenmesi gerektiği tartışmasızdır. Öte yandan tazminat miktarının, işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu yönü ise söz götürmez. **Başka bir anlatımla, işçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise; yıllık olarak %10 arttırılıp %10 iskonto tabi tutulacağı, eğer davacının emekli olduğu tarih belli ise bu tarihe kadar aksi halde ise 60 yaşına kadar (aktif) dönemde, 60 yaşından sonrada bakiye ömrüne kadar (pasif) dönemde elde edeceği kazançların ortalama yöntemine başvurulmadan her yıl için ayrı ayrı hesaplanacağı, hesap raporunun**

Yargıtay denetimine elverişli olması gerektiği Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindedir. Hal böyle iken somut olayda, kazalının muhtemel yaşama süresinin PMF 1931 yaşama tablosu yerine Dairemizce kabul görmeyen TRH-2010 yaşama tablosuna göre tespit edildiği ve yine sigortalının bilinmeyen dönem kazancının yıllık olarak %10 arttırılıp %10 iskonto yapılmak suretiyle belirlenmesi yerine %5 arttırılıp %5 iskonto yapılarak belirlendiği hesap bilirkişisi raporu kısmına itimat ile neticeye varılması doğru olmamıştır. Yapılacak iş; davacının maddi zararının hesaplanmasında PMF 1931 yaşama tablosunun esas alındığı yine davacının dönem kazancının yıllık olarak %10 arttırılıp %10 iskonto yapılmak suretiyle belirttiği 16.02.2015 tarihli rapor kısmına itimat ile neticeye varmaktadır. 07.06.2016”

b- Devre Başı Ödemeli Rant Yöntemi:

Tazminat hesaplamalarında Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası – ZMSS-Genel Şartları düzenlemelerine atıf yapan 2918 sayılı KTK'da değişikliğe giden **6704 Sayılı Yasa yürürlüğe giriş tarihi 26/04/2016'dır.**

2918 Sayılı KTK Değişik Madde 90 –

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

Görüleceği üzere 6704 Sayılı Kanun ile **26/04/2016 günlü Yasal düzenleme** yürürlüğe girmiştir.

Başta **Anayasa Mahkemesi** kararları olmak üzere **Yargıtay** uygulamalarında da hukukun genel ilkesi olarak kabul edilen “**Bir sözleşme kurulduğu andaki yasal düzenlemelere tabiidir,**” hükmü gözetildiğinde dava ya konu tazminat hesaplamasının Yargıtay tarafından yerleşik uygulama halini almış PMF 1931 ve %10 +- yönteminde yapılması hukuki tespitine ulaşılmaktadır.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 2017/1773 K. Sayılı ve 21/02/2017 günlü İçtihadı:

“Yargıtay yerleşik uygulamalarına göre desteğin ve destek ihtiyacı olanların muhtemel yaşam süreleri belirlenirken P.M.F. 1931

... yaşam tablosu esas alınmalıdır. Ayrıca, destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanırken rapor tanzim tarihine kadar gerçekleşen zararın bilinen veriler nazara alınarak ve iskontoya tabi tutulmadan somut olarak, rapor tanzim tarihinden sonraki zarar da bilinen son gelir nazara alınıp 1/Kn katsayısına göre her yıl %10 oranında arttırılmak ve iskonto edilmek suretiyle hesaplanmalıdır (YHGK., 28.06.1995 tarih, 1994/9-628 Esas, 1995/694 Karar) Mahkemece hükme esas alınan aktüer bilirkişi raporunda TRH 2010 yaşam tablosu dikkate alınarak davacıların ve ölen desteğin kaza tarihinden sonraki muhtemel yaşam süresi belirlenmiş, işleyecek dönem için de %2 teknik faiz uygulanarak hesaplama yapılmıştır. Mahkemece tazminat esaslarına uygun olmayan şekilde hesaplama yapan bilirkişi raporu esas alınarak karar verilmiş olması doğru görülmemiştir. Eksik inceleme ile karar verilemez. Bu durumda mahkemece aynı bilirkişiden yurtdışıdaki açıklamalar ışığında ek rapor aldırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi doğru görülmemiştir.”

Yasaların, geriye yürüyemeyeceği konusunda **Anayasa Mahkemesinin** de önemli saptamaları bulunmaktadır.

“Anayasa’nın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu ifade edilmiştir.

Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasanın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.

Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun

üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

«Hukuk güvenliği ilkesi», hukuk devletinde uyulması zorunlu temel ilkelerden birini oluşturmaktadır. Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının önkoşulu olan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur. Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. «Yasaların geriye yürümezliği ilkesi» uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir.

....

Bu durumda, bir sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunmayan yasa hükmünün o sözleşmeden doğan uyuşmazlığın çözümünde uygulanması söz konusu olmaktadır. Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sağlanması, öncelikle hukuki işlemlerin sonuçlarının öngörülebilir olmasına bağlı bulunduğundan, bir sözleşmenin yapıldığı tarihte mevcut olmayan bir yasa hükmünün daha sonra geriye yürür şekilde bu sözleşmeden doğan bir ihtilafta uygulanmasının öngörülmesi, hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır.

Bu durum aynı zamanda, Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğüne de aykırılık oluşturur. Sözleşme özgürlüğü, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda sözleşme hükümlerinin esas alınmasını da gerekli kılar. Tarafların özgür iradeleri ile düzenledikleri ve hukuken geçerli olan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda sözleşme hükümlerinin belirgin olmadığından ya da tartışmalı olduğundan bahisle, söz konusu **sözleşmenin akdedildiği tarihte yürürlükte olmayan bir yasa kuralının esas alınarak uyuşmazlığın çözümlenmesinin öngörülmesi, sözleşme özgürlüğüne aykırıdır.**

Tarafların akdettikleri bir sözleşmenin hükümlerinin uygulanmasında ihtilafa düşmeleri o sözleşmeyi geçersiz kılmayacağından, bu sonuca yol açacak şekilde 5043 sayılı Yasa hükümlerinin geriye yürütülmesine olanak bulunmamaktadır. Kişilerin sözleşme özgürlüklerini kullanarak bir sözleşme akdetmelerinden sonra, geriye dönük düzenlemelerle söz konusu sözleşme hükümlerinin ve dolayısıyla kişilerin iradelerinin etkisiz kılınması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. **2005/128 E. 2008/54 K. 07.02.2008”**

Yüksek Mahkeme kararları doğrultusunda Genel Şartlarda belirtilen şekilde TRH 2010 ve 1,8 teknik faiz hesaplaması ancak 26/04/2016 gününden sonraki poliçelere karşı açılan taleplerde geçerlilik kazanabilecektir.

Devre başı ödemeli rant sisteminde hesap tarihi itibari TRH 2010 tablosuna göre muhtemel bakiye ömür belirlenmektedir.

Bu hesap sisteminde her geçen yıl için yıllık gelir daha düşük bir katsayı ile çarpılmaktadır. Bu nedenle hesaplama her zaman için zarar görenin aleyhine düşük çıkabilecektir.

Beklenen yaşam sürelerinin belirlenmesinde Hazine Müsteşarlığı 2/2/2016 tarihli ve 29612 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan değişiklik ile Genel Şartların A.6 ncı maddesinin ikinci paragrafı yayımı tarihinde diğer maddeleri **01/06/2015 tarihinden itibaren geçerli olmak** üzere yayımı tarihinde yürürlüğe giren **Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları** gereği TRH 2010 Kadın ve Erkek tabloları kullanılmış; teknik faiz oranı %1,8 olarak alınmış, hesaplama kaza tarihinden rapor tarihinde belli olan verilere göre hükme en yakın tarih olarak **Bilinen Dönem**; rapor tarihinden sonraki dönem için **Bilinmeyen Dönem** olarak **iki** ayrı dönem için yapılmaktadır. Bilinmeyen dönem de aktif ve pasif olmak üzere ikiye ayrılır.

Hesaplama TRH-2010 Erkek Moralite/Komütasyon tablosu ve %1,8 teknik faiz ile gelirlerin peşin değer formülü kullanılacaktır.

$a_{x,n} = (N_x - N_{x+n}) / D_x$ yöntemi/formülü hesaplamada kullanılacaktır.

Hesaplama yönteminde kullanılan;

İndis x: Kazalının hesap tarihidaki yaşı

İndis n: Kazalının hesap tarihi itibarı ile muhtemel bakiye ömrüdür.

Progressif rant yöntemiyle belki de tek ortak yanı bilinen dönem kazançları aynen hesaplamaya dahil edilmektedir.

Bilinmeyen Dönem

Örnek vermek gerekirse hesaplamada bugün 25 yaşında olan bir kişinin 35 sene boyunca yani 60 yaşına kadar alacağı iratların peşin değeri için **(N25-N60 / D25) formülünden yararlanılmaktadır.** Trafik Sigortası Genel Şartlarının atf yaptığı hesap yöntemi “Devre Başı Ödemeli Belirli Süreli Rant” olarak tanımlanmaktadır.

$$N_x - N_{x+n} / D_x$$

Formüllerdeki ifadeler yaşayanların ıskontolu sayılarıdır ve ıskonto oranına göre hesaplanan komütasyon tablosunda yer alır.

Gelir (Yıllık) x İrad Formül x Destek payı x Kusur Oranı x (Aktif/Pasif)

Av. Fahri Tan tarafından kaleme alınan yazıda şu tespit ve tanımlamalarda bulunulmuştur: Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanan genel şartlar içinde aktüaryel teknik ve yöntemle göre maddi zarar hesabına hesaba esas alınacak üç önemli parametre bulunmaktadır. Teknik faiz, Trh 2010 yaşam tablosu, Devre başı ödemeli belirli süreli rant formülü. Teknik faiz “Raporun düzenlendiği tarihte bilinen son gelir üzerinden her yıl için %10 artış ve yine her yıl için %10 oranında ıskonto yerine” Teknik faiz olarak % 1,8 kullanılması öngörülmüştür. Yaşam tablosu (TRH 2010) PMF 1931 tablosu yerine Aktüaryel metod ile hesaplama da yaşam tablosu olarak TRH 2010 tablosu kullanılması gerekmekte ise de; TRH 2010 Tablosu sadece muhtemel bakiye yaşam süresinin tespitinde nazara alınmamakta olup, bakiye ömür süresince her yaşın ayrı ayrı hayatta kalma ihtimali de değerlendirilmektedir. Genel **şartlarda açıklanan aktüaryel teknik ve yöntemle göre maddi zarar hesaplamalarında gözetilecek hususlar;** 55 yaşında kaza geçiren ve malül kalan kişinin 60 yaşına kadar zarar gördüğü 5 yıllık Zarar süresinin %1,8 Teknik faiz ve TRH 2010 yaşam tablosundan yararlanmak suretiyle Her yaşın hayatta kalma ihtimali ve her yaşın zarar gördüğü aktif ve pasif yaşam süresine göre hayatta kalma ihtimalinin tesbiti;

55 yaşındaki bir kişinin 55 yaşında hayatta

$$\text{kalma ihtimali} = 55/55 = 1$$

- 1 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı
= 56/55 = 97,40%
- 2 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı
= 57/55 = 94,70%
- 3 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı
= 58/55 = 92,00%
- 4 sene sonra bu kişinin hayatta kalma şansı
= 59/55 = 89,30% olup,

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

Aktüeryal metotta yaş ve süre arttıkça yıl çarpanı peşin değer katsayısı azalmaktadır.

Toplam 20 yıllık işleyecek aktif devreye karşılık gelen peşin değer faktörü 16,43 olmaktadır.

Destekten yoksunluk tazminatı hesabı:

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

Bu hesaplamada kullanılan formül:

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

Pasif devre hesaplamalarında ise 60 yaş sonrası bir an için 75 yaşa kadar sürecek pasif devre yaşam süresinde 15 yıllık %10 artış ve %10 iskonto katsayısı yerine, aktüaryel hesaplamaya esas alınacak peşin değer sayısı; TRH 2010 yaşam tablosu ve teknik faiz %1,8 esas alındığında;

{(a_{x:n} = (N_x - N_{x+n}) / D_x N60-N75 / D60)} = 7,18 katsayısına isabet etmektedir.⁵

5 Av. Fahri Tan, Destekten Yoksun Kalma Tazminat Hesaplamalarında Aktüeryal Yöntem İstanbul Barosu Dergisi 2016/3 S.40

13- Destek Payları: Yargıtay, destek payları varsayımsal olarak yapıldığından her somut olayın özelliklerinin gözetilmesini öngörmektedir. Yüksek mahkeme daire kararlarında bu nedenle yerleşip kökleşen ve üzerinde içtihat birliği oluşturulan bir pay dağılımı bulunduğu söylenemez. Varsayımsal hesaplama yöntemiyle yapılacak pay dağılımında uygulamada genel olarak desteğe ve geride kalan eşine 4 pay, çocuklarına 2 pay, yaşıyorlarsa anne ve babasına 1 pay ayrılması yönündedir. Anne ya da babadan birinin olmaması durumundaki payı diğerine geçecektir.

Desteğin bekar ölmesi ya da çocuk olması durumunda ise Tük verileri de gözetilerek erkeklerde ortalama 27, kadınlarda ise ortalama 24 yaşında evlendiğinin varsayıldığı daha sonra birinci ve bir süre sonra da -2 yıl sonrasında 5 yıl daha- ikinci çocuğunun olabileceği düşünülerek destek payları buna göre varsayımsal olarak belirlenmektedir.

Ancak çok yeni Yargıtay kararlarında bekar ya da çocuk ölümlerinde anne ve babanın payının da çocuklar gibi 1 olması destek ve eşine 2 pay verilmesi gerektiğine yönelik uygulamalar göze çarpmaktadır.

%10 arttırma ve %10 eksiltme uygulamasıyla elde edilecek kazanç kayıpları toplam tutar olarak ortaya konmaktadır.

Bu tutar daha sonra desteklik hesabında destekten yoksun kalanların destek payları ve destek görecekları süreler gözetilerek dağıtılmaktadır.

Çocuklar için destek görme süresi erkek çocuklarında rüşt yaşı, kız çocuklarında ise 22 olarak belirlenmekte, çocukların yüksek öğrenim görmeleri durumunda bu süre 25 yaşına kadar sürebilmektedir.

Pasif dönemde asgari ücretin neti üzerinden asgari geçim indirimi tutarı eklenmeden hesaplama yapılması gerekeceği de Yüksek Mahkeme kararlarında yer alır.

“Hukuk Genel Kurulu 2013/2343 E. 2015/1534 K. Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir. Mahkemece destekten yoksun kalma zararı hususunda, aktüerya alanında uzman bilirkişiden alınacak raporda, davacıların her biri için destekten yoksun kalacakları sürenin, çocuklar için, yaşları, okuldaki eğitim durumları, içinde yaşadıkları sosyal ve ekonomik koşullar değerlendirilerek, ayrı ayrı belirlenmesi, yüksek öğrenim yapacaklar ise, öğrenimlerinin sona erdiği tarih, yapamayacaklar ise yerleşik ve kabul gören uygulamaya göre, erkek çocukları için 18 yaşın, kız çocukları için 22 yaşın, desteğin sona ereceği yaş olarak kabulü, destek süresince yetiştirme

giderlerinin destek tazminatından indirilmesi, raporun düzenlendiği en yakın tarih, bilinen dönem kabul edilerek, ölenin bilinen gelirine göre davacıların gerçekleşen zararının ve sonraki bilinmeyen dönem için gelirin her yıl % 10 oranında artıp, % 10 oranında iskonto uygulanmak suretiyle hesaplanarak bilinmeyen dönem zararının hesaplanması, davacı eşin evlenme ihtimalinin bilimsel istatistikler ve davacının somut koşulları dikkate alınarak denetime elverişli şekilde belirlenmesi suretiyle destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması gerekmektedir. Mahkemece hükme esas alınan 16.03.2011 tarihli kök ve 27.07.2011 tarihli ek hesap raporlarında, müteveffanın yaşasa idi, aktif dönemde gelirin %30'unu kendisine, %50'sini eşine, %20'sini ise iki çocuğuna ayıracağı, çocuklar destekten çıktıktan sonra ise gelirin %30'unu kendisine, %70'ini eşine ayıracağı kabul edilmiş, pasif dönemde ise rapor tarihindeki en düşük emekli işçi aylığının pasif dönemin başlayacağı 2030 yılında ulaşacağı parasal değer 2.228 TL olarak hesap edilmiş ve bu miktar üzerinden hesaplama yapılmış, bunun neticesinde, eş için 19 yıllık aktif çalışma döneminde 70.683 TL tazminat çıkmışken, 9 yıllık pasif dönemde 180.046 TL tazminat hesaplanmıştır. Müteveffanın yaşasa idi, kendine ayıracağı paydan daha fazlasını davacı eşe ayıracağı, hatta bu payın çocukların destekten çıkmasından sonra %70'e çıkacağı kabulü hayatın gerçeklerine ve olağan akışına aykırıdır. Ayrıca **pasif dönemde de, müteveffanın en az asgari ücret düzeyinde gelir getirecek bir işte çalışacağı kabulü ile bu miktar üzerinden hesaplama yapılması gerekirken, müteveffanın aktif dönemde kazandığının çok üstünde 2.228 TL gelir elde edeceği varsayılarak hesaplama yapılması doğru görülmemiş, yanlış ilkeler benimseyen, denetime açık olmayan, yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir."**

14- Destekten Yoksun Kalanlar:

Haksız eylem sonucu ölüm hallerinde destekten yoksun kalanların kimler olabileceği de sayılı biçimde Yargıtay kararlarında yer almamaktadır. Ancak destekten yoksun kalma koşulları kararlarda sıklıkla yer almaktadır.

Destekten yoksunluğun miras ya da nafaka ilişkisi olmadığı destekten yoksun kalındığının kabulü için **eylemli ve sürekli** bir destekliğin kanıtlanmasının yeterli olacağı da kararlarda sıklıkla yer almaktadır.

Yüksek Mahkeme, ölenin parasal veya bedensel destekliğinin derecesi ile bundan yoksun kalanların tazminat isteklerinin ölçüsü ya da hesaplama yöntemi konusunda, öğretide görüş birliği olmadığını, gerçek yardım miktarının yeterli delillerle ispat edilemediği durumlarda yargıç, takdir

hakkını kullanarak yardım miktarını belirleyebileceğini, bu belirlemede, destek ile destek olunan kimse arasındaki yakınlığın derecesi, aralarındaki manevi bağ, davacıların yaşları, dahil oldukları sosyal ve ekonomik çevre, yaşam standartları, cinsiyetleri gibi bakım ilişkisine ve miktarına etkili olabilecek unsurlar da göz önünde bulundurulacağı hayatın olağan akışı içinde, destek sayılan kimsenin baktığı kimselere gelirini belli paylara bölerek baktığı pek söylenemese de tazminat hesabında bir paylaşım yapmak zorunlu hale geleceğini hüküm altına almıştır.

“17. Hukuk Dairesi 2014/21429 E, 2016/11892 K. Dava, 6098 sayılı TBK'nın 53.maddesi gereğince destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir. Destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalan zarardır. Buradaki amaç, destekten yoksun kalanların, desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettirilmesidir. Yani haksız bir eylem sonucu desteğini yitiren kimse TBK'nun 53. maddesine dayanarak uğradığı zararın ödetilmesini isteyebilir. Destekten yoksun kalma zararının hesabında, destekten yoksun kalanlara müteveffanın sağlığında sağlamış olduğu yardımın miktarı belirlenmelidir. Ölenin parasal veya bedensel destekliğinin derecesi ile bundan yoksun kalanların tazminat isteklerinin ölçüsü ya da hesaplama yöntemi konusunda, öğretide görüş birliği yoktur. Gerçek yardım miktarının yeterli delillerle ispat edilemediği durumlarda yargıç, takdir hakkını kullanarak yardım miktarını belirleyebilecektir. Bu belirlemede, destek ile destek olunan kimse arasındaki yakınlığın derecesi, aralarındaki manevi bağ, davacıların yaşları, dahil oldukları sosyal ve ekonomik çevre, yaşam standartları, cinsiyetleri gibi bakım ilişkisine ve miktarına etkili olabilecek unsurlar da göz önünde bulundurulacaktır. Hayatın olağan akışı içinde, destek sayılan kimsenin baktığı kimselere gelirini belli paylara bölerek baktığı pek söylenemese de tazminat hesabında bir paylaşım yapmak zorunlu hale gelmektedir. Davacıların desteği olan ... kaza tarihinde 7 yaşındadır. Mahkemenin hükme esas aldığı raporda bilirkişi tarafından, bekarken her bir davacı için % 15'er, evli ve çocuksuz iken her bir davacı için %10'ar, evli ve bir çocuklu iken her bir davacı için %7,5'er, evli ve iki çocuklu iken her bir davacı için % 5'er, davacı baba öldükten sonra anne için %10 oranında gelirinden pay ayracağı kabul edilerek hesaplama yapıldığı görülmektedir.

Trafik kazası sonucu ölen küçük çocuk ölmeseydi ana ve babaya bakması muhtemeldir. Uygulamada çocuğun 18 yaşına gelmesi ile birlikte gelir elde edeceği ana ve babasına destek olacağı varsayılmaktadır. An-

çak ileriki yaşlarda çocuğun büyüyerek evleneceği ve en az iki çocuğunun olacağı gelirin bir kısmını ana ve babasına da ayracağı varsayılır. Bu şartlarda çocuğun gelir elde etmesi ile birlikte evleninceye kadar gelirin yarısını kendisine ayracağı yarısını da ana ve babası ile paylaşacağı varsayılması hayatın olağan akışına uygun düşecektir. Ancak çocuk yaşasa idi ileriki yıllarda evlenecektir. Evlenmesi ile birlikte pay esasına göre 2 pay desteğe ayrılacak, 2 pay eşe, birer pay ana ve babaya verilecektir. Destek, ileriki yıllarda evlenmesi ile birlikte bir süre sonra ilk çocuğu ve yine bir süre sonra ikinci çocuğu olacağı varsayılır. Bu nedenle çocukların olacağı süreler içinde desteğe 2 pay, eşe 2 pay, çocuklara birer pay ayrılacak ve ana ve babaya da birer pay verilecektir. Bu durumda ana ve babanın payları 1/8 olacaktır. Bu durumda mahkemece, Dairemizin yerleşik uygulamaları ile belirlenen ve yukarıda ifade olunan destek payları esas alınmak suretiyle davacıların talep edebileceği tazminat miktarlarının belirlenmesi konusunda, rapor düzenleyen bilirkişiden ek rapor alınarak karar verilmesi gerekirken, destek paylarının hatalı belirlendiği rapordaki hesaplanmanın kabulü doğru görülmemiştir.”

Destek ile destekten yoksun kalan arasında mirasçılık ya da nafaka ilişkisi söz konusu olmasa da destek ilişkisi bilgi ve belgelerle kanıtlandığında destekten yoksunluk tazminatı hesaplaması gerekecektir.

Haksız eylem sonucu hayatını kaybeden Desteğin bekar olması durumunda TÜİK verilerine göre evlenme olasılığı da hesaplamada esas alınmalıdır. Yukarıda söz edildiği üzere son ortalama TÜİK verilerine göre erkeklerde ilk evlenme yaşı 27, kadınlarda ilk evlenme yaşı 24 olarak karşımıza çıkmaktadır.

Davacıların destekten yoksun kalma tazminatı talebine dayanak olarak gösterdikleri zarar; işletenin ölümü sonucunda meydana gelmekle birlikte işleten üzerinde doğan bir zarardan ayrı ve salt onun desteğinden yoksun kalınması olgusuna dayalı, mirasçılık sıfatıyla bağlı olmaksızın uğranılabilen bir zarar olduğu da Mahkemece hüküm altına alınmıştır.

“Hukuk Genel Kurulu 2014/691 E., 2015/2626 K.Destekten yoksun kalma tazminatı, B.K'nun 45/II. maddesinde düzenlenmiş olup; “Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir.” şeklinde hükme bağlanmıştır.

Görülmektedir ki, destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan zarardır. Buradaki amaç, des-

tektan yoksun kalanların desteğın ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettirilmesidir.

Haksız bir eylem sonucu desteğini yitiren kimse BK'nun 45/II. maddesine dayanarak uğradığı zararın ödetilmesini isteyebilir. Ancak, destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmesi için öncelikle, ölen ile destekten yoksun kalan arasında maddi yönden düzenli ve eylemli bir yardımın varlığı gerekir.

Borçlar Kanunu'nun 45.maddesinde sözü geçen destek kavramı hukuksal bir ilişkiyi değil, eylemli bir durumu hedef tutar ve ne hısımlığa ne de yasanın nafaka hakkındaki hükümlerine dayanır; sadece eylemli ve düzenli olarak geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak şekilde yardım eden ve olayların olağan akışına göre eğer ölüm vuku bulmasaydı, az çok yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kimse destek sayılır.

O halde destek sayılabilmek için yardımın eylemli olması ve ölümden sonra da düzenli bir biçimde devam edeceğinin anlaşılması yeterli görülür.Bununla birlikte destekten yoksun kalan kimse devamlı ve gerçek bir ihtiyaç içerisinde bulunmalıdır. Genel olarak bakım ihtiyacı, sosyal düzeye uygun olan yaşamın devamını sağlamak için gerekli olanaklardan yoksun kalmayı anlatır. Eğer ölenin eylemli olarak baktığı davacı, ölüm yüzünden bu bakımın sağladığı yaşama düzeyinin altına düşmüş olursa, ihtiyaç bulunma koşulu gerçekleşmiş sayılır. Burada önemli olan, destekten yoksun kalan kimsenin ve ailesinin temsil ettiği sosyal ve ekonomik düzeye göre normal karşılanan giderlerdir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.04.1982 gün, 979/4-1528 E., 1982/412 K. sayılı kararı).

Diğer taraftan, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06.03.1978 tarih ve 1/3 sayılı kararının gerekçesinde de: "Destekten Yoksun Kalma Tazminatının eylemin karşılığı olan bir ceza olmayıp, ölüm sonucu ölenin yardımından yoksun kalan kimsenin muhtaç duruma düşmesini önlemek ve yaşamının desteğın ölümünden önceki düzeyde tutulması amacına yönelik sosyal karakterde kendine özgü bir tazminat olduğu" hususu vurgulanmış; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.11.2005 gün ve 2005/4-648 E.-2005/691 K. sayılı ilamında da aynı esaslar benimsenmiştir. Önemle vurgulanmalıdır ki, Borçlar Kanunu'nun 45/III. maddesine göre destekten yoksun kalma tazminatı, desteğın mirasçısı olarak geride bıraktığı kişilere değil, desteğından yoksun kalanlarına aittir. Destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilecek kişiler, mirasçılardan başka

kişiler de olabileceği hususunda da herhangi bir ihtilaf yoktur. Murisin trafik kazasından kaynaklanan bir sorumluluğu söz konusu olduğunda ve koşulları oluştuğunda mirasçıları bundan sorumlu olduğu halde, aynı olay nedeniyle destekten yoksun kalan ve fakat mirasçı olmayan kişiler bundan sorumlu değildir (...nun 15.06.2011 gün ve 2011/17-142 E. -411 K. sayılı ilamı).

Davacıların destekten yoksun kalma tazminatı talebine dayanak olarak gösterdikleri zarar; işletenin ölümü sonucunda meydana gelmekle birlikte işleten üzerinde doğan bir zarardan ayrı ve salt onun desteğinden yoksun kalınması olgusuna dayalı, mirasçılık sıfatıyla bağlı olmaksızın uğranılabilen bir zarardır. Böyle bir zararın işletenin kendisinin sahip olacağı hakla bir ilişkisi olmadığı gibi, doğrudan işletenin zararıyla bağlı ve onunla sınırlı bir zarar da değildir. İşletenin ölümü zararı doğuran olay olmakla birlikte, zarar doğrudan üçüncü kişi durumundaki destekten yoksun kalanlar üzerinde oluşmuştur. Buradaki zarar, mirasçıların salt bu sıfatla devraldıkları murislerinin uğradığı ve ondan intikal eden bir zarar da değildir.

Destekten yoksun kalma tazminatına dayanak teşkil eden hak, salt miras yoluyla geçen bir hak olsa idi doğrudan işleten üzerinde doğup ondan mirasçılarına intikal edeceğinden, bu yöndeki savunmalar ölenin desteğinden yoksun kalanlara karşı ileri sürülebilecekti. Oysa yukarıda da açıklandığı üzere, destekten yoksun kalma tazminatına konu davacıların zararı, desteklerinin ölümü nedeniyle destekten yoksun kalan sıfatıyla doğrudan kendileri üzerinde doğan zarardır. Bu zarardan doğan hak desteğe ait olmadığına göre, onun kusurunun bu hakka etkili olması da düşünülemez. Şu hale göre; işleten murisin, ister kendi kusuru ister bir başkasının kusuru ile olsun salt ölmüş olması, destekten yoksun kalanlar üzerinde doğrudan zarar doğurup; bu zarar gerek Kanun gerek poliçe kapsamında teminat dışı bırakılmamış olmakla, davacıların hakkına, desteklerinin kusurunun olması etkili bir unsur olarak kabul edilemez ve destekten yoksunluk zararından kaynaklanan hakkın sigortacıdan talep edilmesi olanaklıdır.

Davacıların üçüncü kişi konumunda oldukları hem mahkeme, hem de özel dairenin kabulünde olduğu gibi, işletenin yakınlarının uğradıkları destek zararlarının trafik sigortacısının sorumluluğu kapsamı dışında kaldığına ilişkin Kanunda ve buna bağlı olarak poliçede açık bir düzenleme bulunmadığı da, uyuşmazlık konusu değildir. Davacıların uğradıkları zarara bağlı olarak talep ettikleri hak, salt miras yoluyla geçen bir hak olmayıp, bilimsel ve yargısal içtihatlarda kabul edildiği üzere destekten

yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan, asli ve bağımsız bir talep hakkıdır.

Davacıların ölenin salt mirasçısı sıfatıyla değil, destekten yoksun kalan üçüncü kişi sıfatıyla dava açtıklarına, ölüm nedeniyle doğrudan davacılar üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumundaki kusurun davacılara yansıtılmayacağına; dolayısıyla araç sürücüsünün veya işle-tenin tam kusurlu olmaları halinde, desteğinden yoksun kalan davacıları etkilemeyeceğine; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre, aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı davalı ... şirketi, işle-tenin üçüncü kişilere verdiği zararları teminat altına aldığına ve olayda işleyen veya sürücü tam kusurlu olsalar bile, destekten yoksun kalan da- vacılar da zarar gören üçüncü kişi konumunda bulunduğundan, davalı ... şirketinin sorumlu olacağına karar vermek gerekir...”

Yargıtay'a göre bir insanın ölümü hukukî anlamda bir zarar olmamak- la beraber, bu yüzden yine de bazı zararlar meydana gelmiş olabilir.

Yüksek Mahkeme kararında buradaki amaç, destekten yoksun ka- lanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de, destek olma- sa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettirilmesidir. Yani haksız bir eylem sonucu desteğini yitiren kimse BK'nın 45/II. maddesine dayanarak uğradığı zararın ödetil- mesini isteyebilir. Destekten yoksun kalma zararının hesabında, destek- ten yoksun kalanlara müteveffanın sağlığında sağlamış olduğu yardımın miktarı belirlenmelidir, ifadelerine yer vermiştir.

“17. Hukuk Dairesi 2014/5603 E. 2016/885 K. İşte BK'nın 45/II. maddesinin (6098 sayılı TBK m. 53) öngörmüş olduğu hal, ölüm sonu- cu vukua gelen bir kısım zararların tazminini hükme bağlamaktadır. Bu hükme göre, ölenin yardımından faydalananlar, bu yüzden yoksun kal- dıkları faydayı, tazminat olarak, sorumludan isteyebilirler. Buna “destek- ten yoksun (muinden mahrum) kalma tazminatı” denir. Yasa metninden de anlaşılacağı gibi destekten yoksun kalma tazminatının konusu, deste- ğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan zarardır. Buradaki amaç, destek- ten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettirilmesidir. Yani haksız bir eylem so- nucu desteğini yitiren kimse BK'nın 45/II. maddesine dayanarak uğra-

dığı zararın ödetilmesini isteyebilir. Destekten yoksun kalma zararının hesabında, destekten yoksun kalanlara müteveffanın sağlığında sağlamış olduğu yardımın miktarı belirlenmelidir. Ölenin parasal veya bedensel destekliğinin derecesi ile bundan yoksun kalanların tazminat isteklerinin ölçüsü ya da hesaplama yöntemi konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Gerçek yardım miktarının yeterli delillerle ispat edilemediği durumlarda yargıç, takdir hakkını kullanarak yardım miktarını belirleyebilecektir. Bu belirlemede destek ile destek olunan kimse arasındaki yakınlığın derecesi, aralarındaki manevi bağ, davacıların yaşları, dahil oldukları sosyal ve ekonomik çevre, yaşam standartları, cinsiyetleri gibi bakım ilişkisine ve miktarına etkili olabilecek unsurlar da göz önünde bulundurulacaktır. Hayatın olağan akışı içinde, destek sayılan kimsenin baktığı kimselere gelirini belli paylara bölerek baktığı pek söylenemese de tazminat hesabında bir paylaşırma yapmak zorunlu hale gelmektedir. Buna göre öncelikle gelirin tamamının, yardım görenlere tahsis olunmuş varsayılmayacağı, ölenin gelirinden bir bölümünü kendisine ayıracağı, bu tahsisten vazgeçilemeyeceği ve bu suretle yardımın (payların) geliri yutmaması ilkesi dikkate alınmalıdır. Ayrıca ölenin kendi geçim masraflarından artan miktarın tamamının (hiçbir tasarruf düşüncesine yer bırakmadan) destek görenlere dağıtılması da kabul olunamaz. Öte yandan, destek görece kimselere ayrılacak miktar da, bunların ihtiyaçlarının toplamı kadar olmalıdır. Bunun dışında destekten yoksun kalanlardan bir kısmının davacı olup diğer kısmının davacı olmadığı durumda talepte bulunmayan destek görenlerin paylarının da hesaplamada göz önünde tutulması gerekmektedir. Somut olayda, destekten yoksun kaldığını iddia eden davacı Meryem, müteveffanın annesi olup mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda müteveffanın sağlığında sağlamış olduğu yardımın miktarı tüm yaşam boyunca sabit 2/3 oranında desteklik payı olarak davacıya ayrılmıştır. Oysa, destek M. 38 yaşında bekar olarak vefat etmiş olup hayatın olağan akışına göre desteğin ileride evleneceği ve en az iki çocuk sahibi olacağı kabul edilerek, evleninceye kadar gelirin yarısını desteğin kendi ihtiyaçları yarısını da anne için ayıracağı varsayılarak bu dönemde desteğe iki, baba olmadığından anneye iki pay vermek suretiyle desteğin tüm gelirin oranlandığında evlenmeden önceki dönem içinde anneye %50 pay verilmesi gerektiği, desteğin ileride evlenmesi ile birlikte desteğe iki eşe iki anneye baba olmaması nedeniyle iki pay, desteğin bir çocuğunun olması durumunda iki pay desteğe iki pay eşe baba olmaması nedeniyle iki pay anneye, daha sonra ikinci çocuğun doğacağı varsayılarak bu kez desteğe iki, eşe iki, çocukların her birine birer ve anneye baba olmaması nedeniyle iki pay vermek suretiyle, desteğin tüm gelirin oranlanarak destek tazminatlarının varsayımsal hesabının yapılması gerekirken, desteğin davacı anneye yaşamı boyunca sabit ve yüksek bir oranda destek olacağı

varsayımına göre hesaplama yapılması doğru olmayıp bu yönde bilirkişi raporunun hükme esas alınması doğru görülmemiştir.”

15- Efor Kaybı, Desteklik Yaşı ve Yetiştirme Giderleri:

Desteğin küçük olması durumunda desteklik yaşının 18 yaşında başlayacağı da Yargıtay kabulündedir. Erkek çocuklarında 1 yıl askerlik süresinin düşümüyle bu süre erkek çocuklar için 19 yaşını bulabilmektedir. Bu tür çocuk ölümlerinde yetiştirme giderlerinin hesaplanarak tazminatlarda paylara göre anne ve babanın desteklik tazminatından mahsubu yoluna gidilmektedir.

Haksız eylem sonucu mağdur olan çocuğun zarar hesaplaması için 18 yaşını beklemeye ise gerek yoktur. Efor kaybında çocuklar yaşitlarına göre daha fazla çaba sarf etmek zorunda kalacaklarından kazanın olduğu yani zararın ve maluliyetin doğduğu andan itibaren iş göremezlik zararının hesaplanması gerekeceği Yargıtay kararlarında kökleşmiştir.

“17. HD. 2014/25215 E. , 2016/734 K. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde, özellikle oluşa uygun olarak düzenlenen uzman bilirkişi raporunda belirtilen kusur oranının hükme esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmamasına, manevi tazminat talebi ile ilgili olarak hüküm kurulurken olayın meydana geliş şekli, tarafların ekonomik ve sosyal durumları, olay nedeniyle duyulan acı ve elemnin derecesi ve BK 47. (6098 sayılı BK'nun 56.maddesi) maddesindeki özel hallerin dikkate alınmış olmasına, davacı anne ... ve baba ... yönünden manevi tazminat şartlarının gerçekleşmesine göre davalı ... vekilinin tüm, davacılar vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir. 2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan cismani zarar nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Hükme esas alınan aktüerya bilirkişi raporunda küçük ...'in olay tarihinde 8 yaşında olduğu, 18 yaşından itibaren gelir elde edeceği kabul edilerek 10 yıl sonrası için zarar hesabı yapılmıştır. Kaza tarihi ile küçük ...'in çalışmaya başlayacağı ve gelir elde edebileceği 18 yaşına kadar geçen süre için tazminat hesaplaması yapılmamıştır.

Mahkemece, anılan bilirkişi raporu hükme esas alınmış ise de; karara esas alınan hesaplama bu yönüyle hüküm kurmaya yeterli değildir. Zira haksız fiil nedeniyle geçici veya sürekli iş gücü kaybına uğrayan kişi sonradan gelişen durumlar dışında haksız fiil tarihinden itibaren bedensel zarara uğramıştır. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirmesinden

doğan zarar, haksız fiil tarihi itibariyle doğmuş olup bu andan itibaren mağdur zarar görmeye başlamıştır.

Somut olayda, ilkokul öğrencisi olan küçük ... kazanın meydana geldiği tarihte 8 yaşında olup kaza nedeniyle Ç.Ü.Tıp Fakültesi Adli Tıp ABD Başkanlığı'ndan yöntemine uygun olarak alınan rapora göre %3.3 oranında sürekli iş gücü kaybına uğramıştır.

Küçük ..., meydana gelen iş gücü kaybı nedeniyle yaşlarına göre günlük aktiviteleri için daha fazla efor göstermek zorunda kalacaktır. Bu nedenle mahkemece, kaza tarihinden küçük ...'in çalışmaya ve gelir elde edebileceği 18 yaşına kadar geçen süre için tazminat hesaplanması hususunda bilirkişiden ek rapor alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru değildir.

Yine hükme esas alınan aktüerya bilirkişi raporunda; raporun 8 yıl önce hazırlandığı, tazminatın 8 yıl önce peşin olarak davacılar tarafından alınacağı, zararın olay tarihinden 10 yıl sonra doğacağı belirtilerek 10 yıl süreyle tazminattan %10 iskonto yapılarak tazminat hesaplanmıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere çalışma gücünün azalması ya da yitilmesinden doğan zarar haksız fiil tarihi itibariyle doğmakta olup bu andan itibaren mağdur zarar görmeye başlamış olduğundan tazminatın %10 iskontoya tabi tutulması doğru görülmemiştir.

Bu durumda mahkemece, aynı bilirkişiden 10 yıl süreyle %10 iskontoya tabi olmadan tazminat hesabı yapılması hususunda ek rapor alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu gibi hüküm verilmesi de isabetli değildir. 21/01/2016”

Yetiştirme giderlerinin de uygulamada yüksek çıkıp tazminatı aşmaması ve Kamuoyunda vicdanları yaralayacak biçimde haksız eylem sorumlusunun sorumluluğunu maddi anlamda ortadan kaldırmasına hukuki onay da verilmemektedir.

Bir nevi bu kalemdeki giderlerin uygulamada bilirkişi raporlarında sembolik olarak hesaplanıp tazminattan düştüğü ve bu raporlara istinaden verilen yargı kararlarının Yüksek Mahkeme tarafından onandığı da söz götürmez.

“17. Hukuk Dairesi 2014/12775 E. , 2016/11835 K.Davacı annenin çalışıp çalışmadığı, herhangi bir gelirin bulunup bulunmadığı dosya kapsamından belli olmadığı halde, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda hesaplanan tazminattan yetiştirme gideri indirimi yapılmış-

tır. Esasen bu indirimin yapılabilmesi için davacının çalışan, geliri olan, desteğin yetiştirme giderlerini kısmen de olsa üstlenmiş olan kişilerden olması gerekmektedir. Bu nedenle mahkemece davacı annenin çalışıp çalışmadığı, gelirinin bulunup bulunmadığı araştırılarak, gelirinin ve çalışmasının bulunmaması halinde yetiştirme giderlerinin davacı baba tarafından karşılandığı kabul edilerek davacı anne için hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından yetiştirme gideri indirimi yapılmadan karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.”

Yüksek Mahkeme, Türk Medeni Kanunu'nun 185. madde hükmü gereğince, anne-baba birlikte çocukların bakımından sorumlu olduğunu, aynı yasanın 327.maddesinde ise “Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır” denildiğini, her baba ve annenin çocuğunu belli bir yaşa kadar büyütmek, yetiştirmek ödevi olup çocuğun ölümü nedeni ile artık yapılması gerekmeyecek yetiştirme giderlerinin belirlenecek destekten yoksun kalma tazminatından düşülmesi gerekeceği yönündeki içtihadı da bu çerçevede ele alınmalıdır.

“17. Hukuk Dairesi,2014/13819 E., 2016/11838 K. ... Kabule göre de; mahkemece hükme esas alınan aktüer raporu hükme esas almaya elverişli değildir. Hayatın olağan akışına göre trafik kazası sonucu ölen küçük çocuk ölmeseydi 18 yaşına gelmesi ile birlikte gelir elde edeceği ve ana ve babaya bakacağı muhtemeldir. Desteğin ileride evleneceği ve en az iki çocuk sahibi olacağı kabul edilerek, desteğin evleninceye kadar gelirinin yarısını kendi ihtiyaçları yarısını da anne ve babası için ayıracağı varsayılarak bu dönemde desteğe iki anne ve babaya birer pay vermek suretiyle desteğin tüm gelirine oranlandığında evlenmeden önceki dönem içinde anne ve babaya %25 pay verilmesi gerektiği, desteğin ileride evlenmesi ile birlikte desteğe iki eşe iki anne ve babaya birer pay vererek yine desteğin tüm gelirinin oranlanarak anne ve babaya %16 şar pay ayrılması, desteğin bir çocuğunun olması durumunda iki pay desteğe iki pay eşe bir pay çocuğa ve birer pay anne ve babaya ayrılmak suretiyle desteğin tüm gelirine oranlandığında anne ve baba için %14 er pay verilmesi daha sonra ikinci çocuğun doğacağı varsayılarak bu kez desteğe iki, eşe iki, çocukların her birine birer ve anne ve babaya birer pay verilerek desteğin tüm gelirine oranlanarak anne ve babaya 12,5 er pay verilmesi gerektiği, daha sonra anne ve babadan yaşam tablosuna göre hangisi destekten çıkacaksa kalan kişiye diğerinin payının ilave edilerek önceki kararı davalı tarafın temyiz ettiği ve anneye ve babaya verilen %20 şer pay yönünden davalı açısından kazanılmış hak sağladığı hususu dikkate alınarak destek tazminatlarının

varsayımsal hesabının yapılması gerekirken, desteğin evlendikten sonraki dönemde davacı anne ve babaya yaşamı boyunca sabit bir oranda destek olacağı varsayımına göre hesaplama yapılması doğru olmayıp bu yönde bilirkişi raporunun hükme esas alınması doğru görülmemiştir. Ayrıca; Türk Medeni Kanunu'nun 185. madde hükmü gereğince, anne-baba birlikte çocukların bakımından sorumludur, aynı yasanın 327.maddesinde ise "Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır" denilmektedir. Her baba ve annenin çocuğunu belli bir yaşa kadar büyütmek, yetiştirmek ödevi olup çocuğun ölümü nedeni ile artık yapılması gerekmeyecek yetiştirme giderlerinin belirlenecek destekten yoksun kalma tazminatından düşülmesi gerekmektedir. Somut olayda, mahkemece hükme esas alınan aktüerya raporunda, desteğin 7 yaşında olduğu, anne ve babasına destek olacağı kabul edilmiş, yetiştirme gideri tenzil edilmemiştir. Oysa, 7 yaşındaki desteğin 18 yaşında kazanç elde etmeye başlayacağı, bu yaşa kadar davacıların yetiştirme gideri yapacakları kabul edilmelidir. Bu durumda mahkemece, yetiştirme gideri mahsubu yapılmayan aktüerya raporuna itibar edilmesi de doğru değildir."

16- İbra, Yetersiz Ödemeler ve Güncelleme:

Sigorta şirketlerinin ya da diğer haksız fiil sorumlularının Dava öncesi belirli ödemeler yaptıkları sıklıkla görülmektedir. Hatta birçok olayda ödemeler yapıldıktan sonra sigorta şirketleri zarara uğrayanlardan ibraname de almaktadırlar.

2918 Sayılı Karayollar Trafik Kanunu **Sorumluluğa ilişkin anlaşmalar** başlıklı 111. Maddesi Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmaların geçersiz olduğunu hüküm altına aldıktan sonra, tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebileceğini öngörmektedir.

Sigorta şirketlerinin yapmış oldukları **ödemelerin ibraname alınması durumunda Yargıtay uygulaması ödeme tarihi verilerine göre hesaplama yapılması, ödemenin yeterli olması halinde talebin reddi, ödeme ile gerçek zarar arasında fahiş fark bulunması durumunda ise güncel hükme en yakın tarihte bilinen verilere göre hesaplama yaparak** sigorta şirketinin ödemiş olduğu tutarı yasal faiz işletip güncelleyerek tazminat tutarından düşülmelidir.

“17. Hukuk Dairesi 2014/15366, E.2016/11711 K: Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir. 2918 sayılı KTK'nın 111.maddesi uyarınca, tazminat miktarlarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten itibaren 2 yıl içinde iptal edilebilirler. Yasa'nın bu hükümden yararlanmak için ibra belgesinin iptalinin açıkça ve ayrıca istenmesine gerek olmayıp, dava sırasında bu husus ileri sürülebileceği gibi, yapıldığı tarihten itibaren 2 yıl içinde hükümlerinin kabul edilmediğine ilişkin bir irade açıklaması da yeterlidir. Yasada belirtilen 2 yıllık süre, hak düşürücü süre olup mahkemece re'sen dikkate alınması gerekir. Somut olayda; olay nedeniyle davalı tarafından davacılara ödeme yapılmış, taraflar arasında 03.09.2012 tarihli ibraname imzalanmıştır. Eldeki davanın 20.09.2012 tarihinde açılmış olmasına göre, KTK'nın 111. maddesinde öngörülen 2 yıllık hak düşürücü sürenin geçirilmediği görülmektedir. Öncelikle destek tazminatı, ödeme tarihindeki verilere göre hesaplanmalı, ödenmesi gereken miktarla ödenen miktar arasında KTK'nın 111. maddesinde belirtildiği şekilde fahiş bir fark olup olmadığı değerlendirilmelidir. Şayet ödenmesi gereken maluliyet tazminatı ile ödenmiş olan miktar arasında fahiş fark olduğu saptanırsa da, davacılar tarafından daha önce verilen ibranamenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilerek, davaya konu kaza nedeniyle oluşan zarar ve kusur durumları belirlenerek buna göre hesaplanacak tazminat tutarından davalı tarafından yapılan ödemelerin güncellenerek düşülmesi sonucunda oluşacak duruma göre davanın esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde karar verilmesi hükmedilmesi doğru görülmemiştir.”

Güncelleme yöntemi de Yüksek Mahkeme tarafından ortaya konmuştur. Buna göre Yargıtay kararları doğrultusunda güncelleme yapılacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2011/4-824 E. 2012/134 K. Sayılı 14/03/2012 günlü kararında da Güncelleme yöntemi olarak rapor tarihi ile ödeme tarihi arasında iki ayrı hesabın yapılarak karşılaştırma yapılması yerine, yetersiz ödemenin yapıldığı tarihten rapor tarihine kadar yasal faiz işletilerek, bulunan oranın, rapor tarihinde hesaplanan tutardan indirilmesi yöntemi benimsenmiştir.

17- Sorumluluk Kapsamı, Temerrüt ve Faiz:

Trafik kazalarında kazaya karışan aracın Zorunlu Trafik sigortası var ise zarar limit dâhilinde davalı Sigorta şirketinin sorumluluğundadır. Trafik sigortası yoksa kaza gününe ait **limit kadar Güvence Hesabı kusur sorumluluğu söz konusudur.**

Limitler kişi başı ve kaza başı olarak ayrı ayrı belirlenmektedir. Trafik sigorta poliçelerinde bu limitler her yıl için artmaktadır. Mahkemece hüküm altına alınacak **faiz tutarı** limiti geçebilir sigortacı bununla da sorumludur. Ancak başvuruların maddi kayıpları kaza tarihindeki limiti aşıyorsa garameten paylaşım yapılarak herkesin zararı toplam zarar oranlanarak bulunacak yüzdelik üzerinden limit tutarı başvurular arasında paylaştırılmaktadır.

Karayolları Trafik Kanununun 99.maddesinde; “...Sigortacılar, hak sahibinin kaza veya zarara ilişkin tespit tutanağını veya bilirkişi raporunu, sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren **sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorundadırlar....” demektedir.**

Sigorta şirketlerine açılmış dava öncesi başvuru yoksa dava tarihinden itibaren sigorta şirketler açısından faiz işletilmeye başlanacaktır. Başvuru var ise de başvurudan 8 işgünü sonrası için temerrüt başlamış sayılacaktır.

İşleten ve eylemlerinden sorumlu olduğu kişiler için faiz başlangıç tarihi Borçlar Hukuku hükümleri çerçevesinde olay tarihinden itibaren başlayacağı ise söz götürmez.

Uygulanacak **faiz türü** konusunda da tartışmalar söz konusudur. İş kazaları Kurum rücu davalarında yasal faiz işletilmektedir.

Trafik kazalarında ise kusuruyla kazaya sebep olan sigortalı aracın **ticari** olması durumunda avans, aksi durumda yasal faiz işletileceğine dair kararlar vardır.

“17. Hukuk Dairesi 2014/21429 E., 2016/11892 K. : “Davacı taraf, talep olunan tazminat için temerrüt faizi olarak ticari faize hükmedilmesini talep etmiş; mahkeme ise, yasal faize hükmetmiştir. Ne var ki, davalı tarafından trafik sigortalı aracın, dosya kapsamına sunulan ruhsat örneğinde, aracın kullanım amacı ticari olarak belirtilmiştir. Bu durumda mahkemece, ruhsat örneğinde kullanım amacı ticari yazan; ancak otomobil vasfında olan, davalının trafik sigortasını yaptığı aracın, kullanım amacının ticari mi yoksa hususi mi olduğunun, ilgili Trafik Tescil Şube Müdürlüğü’nden sorularak tespit edilmesi, aracın ticari amaçla kullanılan araç olduğunun saptanması durumunda da, temerrüt faizi olarak ticari faize hükmedilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.”

18- Hatır Taşınması ve Alkollü Sürücü İndirimi:

Trafik kazalarında hatır taşınması ve alkollü olduğunu bildiği halde sürücünün aracına binilmesi hallerinde tazminat oranında indirim söz konusu olabilmektedir. Hatır taşınması, bir insanın başka birisini herhangi menfaat temini olmadan bir yerden başka bir yere götürmesidir.

Aile fertlerinin taşınmasında ise menfaat söz konusu olduğundan hatır taşınması indiriminin yapılmayacağı Yargıtay kararlarında belirtilmektedir.

Hatır taşınması indiriminde belirlenen tazminat tutarı üzerinden %20 oranında indirim yapılması Yargıtay tarafından uygun görülmektedir.

Alkollü olduğunu bilerek sürücünün aracına binenler için belirlenen tazminatta da %20 indirim yapılması Yüksek Mahkemece içtihat edilmiştir.

“17. Hukuk Dairesi 2014/10652 E. 2016/11067 K. Davalı ..., davacı ...'e kızı vefatı nedeni ile 16.03.2010 tarihinde 10.868 TL, eşi vefatı nedeni ile 29.04.2010 tarihinde 47.373 TL ödeme yaptıklarını, davacı ...'in ölen kızı Sevda için aldığı ödeme nedeni ile 09.03.2010 tarihinde, davacı ...'in ölen eşi için aldığı ödeme nedeni ile 14.04.2010 tarihinde kurumlarını ibra ettiğini savunmaktadır. KTK'nın 111. maddesi uyarınca tazminat miktarlarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten itibaren 2 yıl içinde iptal edilebilirler. Yasa'nın bu hükmünden yararlanmak için ibra belgesinin iptalinin açıkça ve ayrıca istenmesine gerek olmayıp, dava sırasında bu husus ileri sürülebileceği gibi, yapıldığı tarihten itibaren 2 yıl içinde hükümlerinin kabul edilmediğine ilişkin bir irade açıklaması da yeterlidir. Bu düzenlemeye göre açılan dava süresinde olup, davalı ... Hesabının ödediği paranın yeterli olduğu iddiası olduğuna göre mahkemece yapılacak iş, ilk önce ödeme tarihi itibarıyla yapılan ödemenin yetersiz olup olmadığının belirlenmesidir. Bunun için ödeme tarihi verileri dikkate alınarak yapılacak hesaplama sonucu bulunacak tutar ile ödeme miktarının karşılaştırılarak, ödemenin yeterli bulunup bulunmadığıdır. KTK 111. madde gereğince verilen ibranamelerin geçerli olup olmadığı incelenmek suretiyle karar verilmesi gerekirken alınan ibranameler değerlendirilmeksizin yazılı olduğu şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Ayrıca, Dairemizin yerleşmiş kararları uyarınca kaideten; hatır taşınmalarında %20, sürücünün alkollü olduğunu bilerek araca yolcu olarak binilmesi halinde de %20 indirim yapılmaktadır. Bu durumda, mahkemece hangi nedenle hangi oranda indirim yapıldığı belirtilmeksizin toplam %30 yanlış oranda indirim yapılması isabetli görülmemiştir.”

Hakkaniyet ve takdiri indirim yapıldıktan sonra reddedilen kısımlar için avukatlık ücretine hükmedilemeyecektir.

“17. Hukuk Dairesi 2014/14866 E., 2016/11906 K. Kaza tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun “tazminatın belirlenmesi” başlıklı 51. maddesinde; hakimin, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğine ve özellikle kusurun ağırlığına göre belirleyeceği belirtilmiş; “tazminatın indirilmesi” başlıklı 52. maddesinde ise; zarar gören taraf, zararı doğuran fiile razı olduğu veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olduğu yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırdığı takdirde hakimin, tazminatı indirebileceği veya tamamen kaldırabileceği açıklanmıştır. Somut olayda; davacıların desteği ...'nın, davalının trafik sigortasını yaptığı araçta yolcu olduğu, davalının sigortaladığı araç sürücüsünün ehliyetsiz olduğu, sürücünün direksiyon hakimiyetini kaybetmesi ve orta refüje çarpıp devrilmesi şeklinde kazanın gerçekleştiği gözetilerek; davacıların desteği ...'nın, ehliyetsiz sürücünün aracına binmekle müterafik kusurlu olup olmadığına irdelenmesi, TBK'nun 52. maddesi uyarınca maddi tazminattan malul oranda hakkaniyete uygun indirim gerekip gerekmediğinin tartışılması, ondan sonra varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

Mahkeme tarafından, işin ticari iş olduğu gerekçesiyle, hüküm altına alınan tazminat için ticari faize hükmedilmiş ise de; davalı tarafından zorunlu trafik sigortalı araç, hususi araç olup temerrüt faizi olarak yasal faize hükmedilmesi gerekirken, yanılığlı değerlendirmeye avans faizine hükmedilmesi doğru görülmemiştir.

Kabule göre ise; davalı tarafından yargılama sırasında yapılan tek gider, vekalet harcı olup bu harçla ilgili olarak, hükmün 6. bendinde karar verilirken, maddi hata ile yargılama gideri olarak vekalet harcı denilmesi gerekirken, vekalet ücreti ifadesi kullanılması da yerinde olmamıştır.

... Davacılar lehine hesaplanan tazminattan, hatır taşıması nedeniyle mahkeme tarafından yapılan indirim sonucu belirlenen tazminat tutarları hüküm altına alınırken, davanın kısmen reddine karar verildiğinden, davalı taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmiştir. Oysa, yasal düzenlemeler gereği, **TBK'nun 51. ve 52. Maddelerinden kaynaklanan hakkaniyet ve takdiri indirimler nedeniyle, davanın kısmen reddedilmesi halinde, indirimden dolayı reddedilen kısım için davalı yararına vekalet ücreti taktir edilemeyeceğinin gözönüne alınması gerekirken; yazılı olduğu şekilde davalı yararına hatır taşınması**

nedeniyle yapılan indirimden dolayı reddedilen kısım için vekalet ücretine hükmedilmesi doğru görülmemiştir.”

Motosiklet kazalarında **kask takılmamış olmasının açık biçimde kanıtlanması durumunda da Hakimin belirli bir oranda indirime gidebileceği Yargıtay tarafından içtihat edilmektedir.**

Kask takılmamış olmasının trafik kazasındaki kusur oranına değil, hakimin takdir hakkına bırakılması gerekir. Eş deyişle kask takmayan bir sürücünün karıştığı trafik kazasında salt kasksız olmak kazada alınan raporda kusur olarak gösterilemez. Bu durum kusur raporundan da sonra belirlenecek tazminatta Hakimin takdirine bırakılmalıdır.

“17. Hukuk Dairesi, 2014/15196 E. 2016/11560 K: Davacının ya da davacı murisinin motorsiklete **kasksız** olarak binmiş olması halinde BK. nun 44. maddesi uyarınca zarar görenin müterafik kusurlu kabul edilmesi ve bu nedenle de belirlenecek kusur oranında bir indirim yapılması zorunludur.

Davaya konu olan olayda, davacı murisinin yolcu olarak bulunduğu motosiklete **kasksız** bindiği tüm dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Ancak bu hususun BK 44 maddesi gereğince müterafik kusur olarak Mahkemece değerlendirilmesi ve bu doğrultuda hesap edilen tazminattan indirim yapılması gerekirken hükme esas alınan ATK ... Trafik İhtisas Dairesi'nce düzenlenen 16.09.2013 tarihli raporda, muris yolcu ...'ın motorsiklete **kasksız** binmiş olması nedeniyle %10 kusurlu olduğu kabul edilerek BK 44 kapsamında değerlendirilmesi gereken **kask** takmama durumunun oransal kusur olarak değerlendirmesi içinde ele alınması doğru görülmemiştir.

Öte yandan somut olayda, murisin yolcu olarak bulunduğu motosiklet sürücünün 0,66 promil alkollü olduğu, alkol ölçüm raporu ve tüm dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Davacı murisinin alkollü sürücünün kullandığı motorsiklete binmiş olması BK.nun 44. maddesi uyarınca zarar görenin müterafik kusuru olarak kabul edilmeli ve belirlenecek tazminat miktarında müterafik kusur oranında bir indirim yapılmalıdır.

Tüm bu nedenlerle muris ...'ın yolcu olarak bulunduğu motorsiklete kasksız binmesi ve motorsiklet sürücüsünün alkollü olması nedeniyle alkollü sürücünün aracına binmesi nedeniyle Dairemizce ve yerleşik Yargıtay içtihatlarında kabul edildiği üzere ve BK. 44. maddesi gereğince hesap edilen tazminattan toplamda %20 oranında müterafik kusur indirimi yapılarak karar verilmesi gerekirken, kask tak-

mama hususunun oransal kusur değerlendirmesi içinde ele alınması ve murisin alkollü sürücünün aracına binmesi hususunun da karar yerinde değerlendirilmemiş olması bozmayı gerektirmiştir.”

“Yargıtay 17. HD, 2014/16106 E., 2016/11047 K: Dava, trafik kazasından kaynaklanan kalıcı iş göremezlik tazminatı istemine ilişkindir. “Cismani Zarar Halinde Lazım Gelen Zarar ve Ziyan” başlığı altında düzenlenen 818 sayılı Borçlar Kanununun 46. maddesinde (6098 sayılı TBK. Bedensel Zarar madde 54), bedensel zarara uğranılması nedeni ile talep edilebilecek zarar türleri belirtilmekte olup çalışma gücü kaybı da bu zarar türleri arasında yer almaktadır. Haksız fiil sonucu çalışma gücü kaybının olduğu iddiası ve buna yönelik bir talebinin bulunması halinde, zararın kapsamının belirlenmesi açısından maluliyetin varlığı ve oranının belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu belirlemenin ise Dairesi veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümleri gibi kuruluşların çalışma gücü kaybı olduğu iddia edilen kişide bulunan şikayetler dikkate alınarak oluşturulacak uzman doktor heyetinden, haksız fiilin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü veya Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği hükümleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir. (HGK 17.06.2015 tarih, 2013/17-2423 esas, 2015/1661 karar sayılı ilamı) Somut olayda, davacı vekili tarafından dosyaya sunulan, ... Eğitim ve araştırma hastahanesince düzenlenen 05.11.2010 tarihli sağlık kurulu raporunda davacının sol yak bileği kırığı ve dizartri nedeniyle %41 özürlü olduğu bildirilmişken, mahkemenin ara kararı üzerine davacının maluliyetine ilişkin alınan ... tarafından düzenlenen 16.01.2014 tarihli raporda ise davacının organik beyin zedelenmesinden sonra oluşan kalıcı özgül bozukluklar nedeniyle %100 malül, olduğu belirtilmiştir. Dosya içinde davacının maluliyetine ilişkin çelişkili iki rapor bulunmakta olup bu çelişki giderilmeden karar verilmiştir. Hal böyle olunca mahkemece, kaza tarihinde yürürlükte bulunan Çalışma Gücü Kaybı ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğine uygun şekilde davacının maluliyet oranının tespitine ilişkin ve sağlık kusurlu raporu arasındaki çelişkiyi giderecek şekilde İstanbul ... Dairesinden usulüne uygun, denetime ve hüküm kurmaya elverişli, davacının maluliyet (geçici ve sürekli) derecesi ve oranının, iyileşme süresinin belirlenmesi amacıyla rapor alınıp sonucuna göre göre hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir. **3-Her ne kadar kaza tespit tutanağında davacı motosiklet sürücüsünün kask takıp takmadığına ilişkin bir bilgi yok ise de dosya kapsamına göre davacının yaranmasının kafa tarvması şekilde gerçekleştiği anlaşılmaktadır.Bu**

halde davacının kaza sırasında kask takıp takmadığı, takmamış ise bu durumun müterafik kusur oluşturup oluşturmayacağına, yine ceza dosyasındaki bu husustaki maddi olgular da gözetilerek tartışılması, müterafik kusur oluşturduğunun kabul edilmesi halinde 818 sayılı BK.nun 44.maddesi uyarınca tazminattan %20 oranında indirim yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. 01/12/2016.”

19- Denkleştirme ve İş Kazalarında Tazminatta Kurum Rücu: Sosyal Güvenlik Kurumu sigortalı tescil ve hizmet daire başkanlığına kazalı için bağlanmış peşin sermayeli gelir bulunup bulunmadığı neredeyse her dosya için sorulmaktadır. Oysa sadece iş kazalarında bu durumun Kuruma sorulması gerekir. Çünkü rücuya tabi olan gelir 5510 Sayılı Yasa m.21 ve 76 gereği sadece bu ve koşulların oluşması durumunda geçici iş görmezlik ödeneğidir.

Rücuya tabi olmayan ödemelerin tazminattan düşmesine de olanak bulunmamaktadır.

İş kazalarında işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğunu düzenleyen 5510 Sayılı Kanunun 21. Maddesinde de bu durum ortaya konmuştur. Buna göre İş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğu başlıklı,

21. Madde: İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır. İş kazasının, 13 üncü maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sürede işveren tarafından Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirim tarihine kadar geçen süre için sigortalıya ödenecek geçici iş görmezlik ödeneği, Kurumca işverenden tahsil edilir. Çalışma mevzuatında sağlık raporu alınması gerektiği belirtilen işlerde, böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyeye elverişli olmadığı işte çalıştırılan sigortalının, bu işe girmeden önce var olduğu tespit edilen veya bünyeye elverişli olmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı nedeniyle, Kurumca sigortalıya ödenen geçici iş görmezlik ödeneği işverene ödettirilir. İş kazası, meslek hastalığı ve hasta-

lık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir. İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık; kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan gelirler için kurumuna veya ilgililere rücu edilmez.

Ayrıca, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümlerde, bu Kanun uyarınca hak sahiplerine bağlanacak gelir ve verilecek ödenekler için, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru bulunan hak sahiplerine veya iş kazası sonucu ölen kusurlu sigortalının hak sahiplerine, Kurumca rücu edilmez.

Maddede üçüncü kişinin müteselsil sorumluluğu için ilk peşin sermayeli gelir için özellikli durum ortaya konmuştur.

Buna göre işverenin de üçüncü kişinin de kusurları bulunan bir iş kazasından dolayı hak sahiplerine bağlanan ilk peşin sermayeli gelir, hem işverenden hem de kusuru olan üçüncü kişiden rücu davasıyla tahsil edilir. Bu tahsilat yapılırken rücuya tabi kısım belirlenirken işverenin kusuruna üçüncü kişinin kusurunun yarısı eklenir ve rücu konusu kısım tespit edilir.

Örnekle açıklayacak olursak, bir iş kazasında 100.000 TL. ilk peşin sermayeli gelir bağlanmış ve Kurum da bunun için rücu davası açmış olsun.

Rücu davasında alınan kusur raporunda da işverene %50 üçüncü kişiye de %10 kusur verilmiş olsun. Geriye kalan kusur da kazalı işçiye ait olsun.

Bu durumda 100.000 TL. lik peşin sermayeli gelirin yarısı olan 50.000 TL.den işverenin ve üçüncü kişinin kusur toplamı olan %60'ından yani (30.000 TL.)sinden hem davalı işveren hem de üçüncü kişi birlikte müteselsil sorumlu olacaklardır.

100.000 TL.nin diğer yarısından ise işveren kusuru oranında yani örneğimizde %50 miktardan tek başına sorumlu olacaktır. Geriye kalan 50.000 TL.nin %50'si 25.000 TL.dir.

Böylece 100.000 TL.lik peşin sermayeli gelirin toplam 55.000 TL.si Kurumca rücuya konu edilecektir.

Görüleceği üzere bu hesaplama formülüne davalı **işverenin kusuruna ek üçüncü kişinin kusurunun yarısının** (örneğimizde işveren kusuru %50 + üçüncü kişi kusuru %10 yarısı/%5 = %55) eklenmesi suretiyle de ulaşılabilmektedir.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 2015/5962 E. 2016/9135 K: “Dava, 16.04.2011 tarihli iş kazası sonucu sürekli işgöremezlik durumuna giren sigortalıya bağlanan gelirler ile ödenen geçici iş göremezlik ödeneği ve yapılan tedavi giderlerinden oluşan sosyal sigorta yardımlarının davalı işverenden rücu tahsili istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Yasanın 21/1 ve 76/4. maddeleridir. 5510 sayılı Kanunun 21. maddesine dayanan rücu davalarında kusurun belirlenmesinde, mahkemece, öncelikle iş kazasının ne şekilde olduğu, dosya içeriğindeki tüm deliller takdir olunarak, varsa çelişki giderilerek belirlenmeli ve kabul edilen maddi olgular doğrultusunda, kusur oran ve aidiyeti konusunda bilirkişi incelemesine gidilmelidir. Davaya konu somut olayın, davalıya ait pamuk telefi imali işyerinde tarak ustası olarak çalışan sigortalının olay günü çalıştığı tarak makinesinin besleme zincirinin kopması üzerine başka bir makinden çıkardığı besleme zinciri ile değiştirdiği esnada sol el 3,4 ve 5. parmaklarının besleme zinciri ile dişli arasına sıkışması sonucu yaralanması şeklinde gerçekleştiği belirtilmektedir.

İş kazası hakkında, Kurum denetmenince düzenlenen raporda davalı işverenin %80 oranında, kazalı sigortalının %20 oranında kusurlu olduğunun belirtildiği, hükme esas alınan kusur raporunda ise, davalı işverene %25, kazalı sigortalıya %75 kusur izafe edildiği, bu şekliyle olay hakkındaki kusur oran ve aidiyeti hususundaki tereddüt giderilmeksizin karar verildiği anlaşılmaktadır.

Mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında, anılan raporlar arasındaki çelişkiyi giderecek şekilde, işveren, ya da, işverenlerin sorumluluğunun belirlenmesi için İşçi sağlığı ve İş Güvenliği mevzuatı ile iş kazasının vuku bulduğu iş kolunda uzman bilirkişi veya bilirkişilerden, iş güvenliği mevzuatına göre işveren veya işverenlerce hangi önlemlerin alınması gerekeceği, bu önlemlerin işverence alınıp alınmadığı ve alınmış önlemlere sigortalı işçinin uyup uymadığı irdelenecek şekilde, oluşa uygun kusur raporu alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir.

5510 sayılı Kanunun İş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından işverenin sorumluluğunu düzenleyen 21'inci madde hükmü, sigortalıya ya da ölümü halinde hak sahiplerine bağlanan gelirler ile yapılan harcama ve ödemelerin işverenden rücu tahsili koşulları düzenlenmiş olup; işverenin sorumluluğu için, zarara uğrayanın sigortalı olması, zararı meydana getiren olayın iş kazası veya meslek hastalığı niteliğinde bulunması, zararın meydana gelmesinde işverenin kastının veya sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketinin ve bu hareket ile meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığı arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Buradan, işverenin, işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliğine ilişkin mevzuatın kendisine yüklediği, objektif olarak mümkün olan tüm tedbirleri alma yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve bu nedenle iş kazası veya meslek hastalığı şeklinde sosyal sigorta riskinin gerçekleşmesi halinde, kusur esasına göre meydana gelen zararlardan Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı rücu sorumlu olduğu sonucu çıkarılmaktadır.

Sigortalı ya da hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken harcama ve ödemeler yönünden maddede herhangi bir sınır öngörülmemişken; bağlanan gelirler yönünden, gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamına, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere hükmedilebileceği öngörülmüştür. Ancak, sigortalıya genel sağlık sigortası kapsamında yapılan sağlık hizmeti giderlerinin işverenden rücu tahsili 5510 sayılı Kanunun 76'ncı maddesinin 4'üncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiş olduğundan, aynı Kanunun 21'inci maddesi kapsamı dışında olduğu kuşkusuzdur.

Maddedeki "gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin" rücunun konusunu oluşturacağına ilişkin açık düzenleme karşısında; bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin hesabında nazara alınan gelir miktarındaki başlama tarihinden sonraki kanun ve katsayı değişiklikleri nedeniyle meydana gelecek artışlar Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından istenemez. Kurumun işverenden rücu hakkının hukuksal temeline gelince:

Hukuk Genel Kurulu'nun 03.02.2010 tarih, Esas, Karar sayılı kararında açıklandığı üzere; başkasına ait bir borç nedeniyle alacaklıyı tatmin eden kişinin, onun haklarını kanunda belirtilen durumda ve tatmin ettiği oranda kendiliğinden elde etmesine halefiyet denir. Rücu hakkı ise başkasına ait borcu yerine getiren kişinin mal varlığında meydana gelen kaybı gidermeyi amaçlayan tazminat niteliğinde bir istem hakkıdır.

Gerçekte de; halefiyet ve rücu, aynı amaca, zarar görenin (alacaklının) tatmin edilmesine yönelik birbiri ile çok yakından ilgili iki hukuksal kurum olarak görülmektedir. Nitekim; her ikisinde de, başkalarına ait borcu yerine getiren kişinin, asıl borçluya karşı bir alacak elde etmesi ve bu hakka dayanarak borçludan bir istemde bulunması bu sonucu doğrulamaktadır.

Bir borcu yerine getiren kimsenin alacaklının haklarına halef olabilmesi için halefiyetin kanunda açıkça öngörülmesi bulunması gerekir. Kanunda açıkça öngörülmediği sürece bir halefiyetin doğması mümkün değildir. Halefiyet kanununda belirtilmiş belirli durumlarda doğar. Diğer bir anlatımla halefiyet halleri sınırlı sayıda olma (numerus clausus) kuralına bağlıdır. Kanunda açıkça öngörülmediği sürece bir halefiyetin doğması mümkün değildir.

5510 sayılı Kanunun “İş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğu” başlıklı 21’inci maddesinin birinci fıkrasında; “iş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.” hükmüne yer verilmiştir.

Kastı ya da sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı hareketi ile iş kazası veya meslek hastalığına neden olan işveren, sigortalı veya hak sahibine karşı tazminat ödeme yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Madde metninden anlaşılacağı üzere, bu durumda sigortalı ya da hak sahiplerine sosyal sigorta yardımlarında bulunan Kurumun yaptığı yardımları, işverenden rücu isteme hakkı vardır. İşverenin borcunun sözleşmeden aykırılık kaynaklı olup, geçerli bir borç olduğu ve alacaklı konumundaki sigortalı veya hak sahibinin bu yardımlarla kısmen ya da tamamen tatmin edildiği açıktır. Burada sigortalı veya hak sahibine Kurumca bağlanan gelirler yönünden tazminat miktarı başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri olarak öngörülmüştür. Ancak açıkça söz konusu tutarın, sigortalı veya hak sahibinin işverenden isteyebileceği tutarı aşmayacağı, bir başka deyişle kurumun rücu hakkının anılan tutara bağlı ve sınırlı olduğu düzenlenmiştir. İşverenden istenebilecek tutarın belirlenmesi ise, bir gerçek zarar hesabını zorunlu kılmaktadır.

Öte yandan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55'inci maddesiyle, kurum tarafından rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinin destekten yoksun kalma ve bedensel zararlardan veya tazminattan indirileceği öngörülmüştür. Bu durumda borçlu işveren, kurumun yaptığı anılan tazminata ilişkin ödemeler kadar borç yönünden, asıl alacaklı hak sahibi ya da sigortalıya karşı sorumluluktan kurtulmaktadır. Oysa işverenin, aynı tutar için kuruma karşı sorumluluğu, 5510 sayılı Yasanın 21'inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında devam etmektedir.

Yukarıda açıklanan hukuki olgular birlikte değerlendirildiğinde, sigortalı ya da hak sahibini tatmin eden kurumun 5510 sayılı Yasanın 21'inci maddesinin birinci fıkrasındaki rücu hakkının halefiyet hukuksal temelinde dayandığının kabulü gerekir.

Halefiyet ilkesi gereği işverenin Kurum karşısındaki sorumluluğunun kapsamı maddede açıklanmış olup; madde metninde sigortalı veya hak sahibinin "alabileceği" değil, "isteyebileceği" miktardan bahsedilmektedir. Sigortalı ya da hak sahibinin "isteyebileceği" tutar, işverenin yaptığı hariçi ödemeleri de içeren, dolayısıyla bu ödemelerin mahsup edilmesinden önceki toplam tutarı; "alabileceği" tutar ise tüm ifa amacını taşıyan ödemeler dışlandıktan sonra kalan tutarı ifade etmektedir. Bir başka deyişle; sigortalı veya hak sahibinin isteyebileceği miktar, açıkları ve kesinleşen tazminat davasında belirlenecek gerçek zarardan ibarettir. Bu nedenle, sigortalı veya hak sahipleri tarafından tazminat davası açılması halinde, kesinleşen tazminat davasında alınan ve 5510 sayılı Kanunun 21'inci maddesine uygun şekilde saptanan kusur ile belirlenen gerçek zarar miktarının eldeki rücu tazminat davasında da Kurum yönünden bağlayıcı olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla, sigortalı ya da hak sahipleri tarafından herhangi bir tazminat davası açılmamış ise; Mahkemece gerçek zarar tutarının usulünce belirlenmesi gerekeceği açıktır.

Öte yandan gerçek zarar hesabı, tazminat hukukuna ilişkin genel ilkeler doğrultusunda yapılmalıdır. Sigortalı sürekli iş göremezlik durumuna girmişse bedensel zarar hesabı, ölüm halinde ise destekten yoksun kalma tazminatı (818 sayılı Borçlar Kanununun 45 ve 46, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 54 ve 55'inci maddeleri) hesabı dikkate alınmalıdır.

Bu kapsamda;

a) Sigortalının veya hak sahibinin bakiye ömürleri daha önceki yıllarda Fransa'dan alınan 1931 tarihli "PMF" cetvelleri ile saptanmakta ise de; Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi'nin çalışmalarıyla "TRH2010" adı verilen "Ulusal Mortalite Tablosu" hazırlanmıştır. Gerçek zarar hesabı özü itibarıyla varsayımlara dayalı bir hesap olduğundan, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır.

Bu durumda, ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH 2010 tablosunun tazminat hesabına esas bakiye ömrün belirlenmesinde nazara alınmalıdır.

b) Tazminatların peşin olarak hesaplanması, oysa gelirlerin taksit taksit elde edilmesi, bu nedenle peşin belirlenen tazminattan her taksitte ödenen kısmın bakiyesinden faiz geliri elde edileceğinden sermayeye ekleneceği nazara alınarak, tazminata esas gelire iskonto uygulanmaktadır. Peşin sermayeden elde edilecek yarar reel faiz kadardır. Buna göre; önceki uygulamalardaki gibi %10 iskonto oranı yerine, enflasyon dışlanarak, değişen ekonomik koşullar ve reel faiz oranları da nazara alınıp, Sosyal Güvenlik Kurumu ilk peşin sermaye değeri hesaplamalarına paralel olarak %5 oranı uygulanmalıdır.

c) Meslekte kazanma gücü kaybı oranının % 60'ın altında kaldığı durumlarda, sigortalının iş göremezlik oranına bağlı olarak emsallerine göre daha fazla efor harcamak suretiyle de olsa, çalışmasını sürdürüp yaşlılık aylığına hak kazanması mümkün bulunduğundan, 60 yaş sonrası pasif dönem için zarar hesabı yapılmasına olanak bulunmamaktadır.

Somut olayda; gerçek zararın yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular çerçevesinde belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ve yanılmalı değerlendirme ile, yetersiz ve ayrıca davalı işverenin % 25 oranında kusurlu olduğunu kabul etmesine karşın sorumluluğunu % 75 kusur karşılığı olarak hesaplayan maddi hataya dayalı hesap raporunda belirlenen gerçek zarar esas alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."⁶

6 Karar: Av. **Yörük Kabalak** Arşivi

“Yargıtay 21. HD 2015/18310 E., 2016/2691 K. Dava, 24.10.2009 tarihli iş kazasında yaralanarak %17 oranında sürekli iş göremezliğe maruz kalan sigortalının maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Mahkemece, 30.000,00-TL. manevi tazminatın kaza tarihi olan 24.10.2009 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, manevi tazminata ilişkin fazlaya dair istem ile maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

Maddi tazminat davası bakımından yapılan incelemeye göre: Kurumu tarafından karşılanmayan zararın ödetilmesine ilişkin davalarda (tazminat davaları) öncelikle haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için Kurum tarafından hak sahiplerine bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin tazminattan düşülmesi gerektiği Yargıtay’ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindedir. 5510 sayılı yasanın 21/4. maddesine göre ise “... İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir.” hükmü düzenlenmiştir. Dosya kapsamından; 24.10.2009 tarihli iş kazasının oluşumunda %60 oranında davalı şirketin, %20 oranında dava dışı forklift sürücünün, %20 oranında ise davacı kazalının kusurlu olduğu, hükme esas alınan hesap raporunda davacı D.. A..’e Kurumca iş kazası sigorta kolundan bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin %80’inin rücuya tabi olduğu değerlendirilmesi ile hesaplanan zarardan düşüldüğü anlaşılmaktadır.

Somut olayda, davacı D.. A..’in maddi zararının belirlenmesi sırasında mükerrer tahsile neden olmamak için hesaplanan maddi zararlarından rücuya tabi Kurum tahsislerinin düşülmesi gerektiği hususunda ihtilaf bulunmamaktadır. İhtilaf davacı D.. A..’in hesaplanan maddi zararından düşülmesi gereken Kurum tahsisinin rücuya tabi miktarının belirlenmesi hususunda olup 5510 Sayılı Yasanın 21/4 maddesinde açıkça iş kazasının üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmesi halinde sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin “yarısının” rücuya tabi olacağı düzenlenmiştir. Burada tartışılması gereken diğer bir husus da üçüncü kişi kavramından neyin anlaşılması gerektiğidir ki ilgili yasa metni ve başlığınan anlaşıldığı üzere işveren dışındaki herkes üçün-

cü kişidir. Hal böyle olunca işbu dosyada yargılama konusu iş kazasında kusuru bulunan dava dışı forklift sürücünün üçüncü kişi sıfatını taşıdığı açıktır. Bu kapsamda davacının hesaplanan maddi zararından Kurum tahsisinin tenzili sırasında 5510 sayılı yasanın 21/4 maddesinin gözetilerek dava dışı forklift sürücünün kusuruna denk gelen ilk peşin sermaye değerinin yarısı ile davalı işveren şirketin kusuruna denk gelen ilk peşin sermaye değerinin tamamı toplamalarının düşülmesi gerekirken bu hususun gözetilmediği hesap raporuna itimat ile neticeye varılması doğru olmamıştır.”

“**10. Hukuk Dairesi 2014/17957 E., 2015/21623 K.** 5510 sayılı Kanununun 21’inci maddesinin dördüncü fıkrası, üçüncü kişinin sorumluluğunu düzenlemekte olup; buna göre, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilebilecektir. Üçüncü kişinin rücu alacağından sorumluluğu kusur sorumluluğu esasına dayanır. Bir başka ifadeyle; üçüncü kişi, ancak kusurlu bir hareketinin varlığı hâlinde rücu alacağından sorumludur. İş kazası, meslek hastalığı ve hastalığın üçüncü kişinin kusuru sonucunda meydana gelmesi halinde rücu edilecek miktar ise; sigortalı ya da hak sahiplerine yapılan ödemelerin tümünün, bağlanacak gelirlerin ise başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısının, kusur karşılığında oluşmaktadır. Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığına uğramasına birden çok kişinin birlikte kusurlarıyla sebebiyet vermeleri hâlinde; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 61 ve 62’nci (818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu’nun 50 ve 51) maddeleri uyarınca teselsül hükümlerine göre birlikte sorumlulukları söz konusu olacaktır. Bu hâlde, Türk Borçlar Kanunu’nun 62’inci maddesi uyarınca kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişinin diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkı baki kalmak koşuluyla, her bir sorumlu yönünden kusurlarına düşen miktar ayrılmaksızın teselsül kurallarına göre sorumluluklarına hükmedilebilecektir. Bu yasal çerçevede eldeki davada; hükme esas alınan kusur raporunda davalı işverenin % 20, üçüncü kişi olan sürücünün (dolayısıyla onun mali ve hukuki sorumluluğunu üstlenmiş durumda olan sigorta şirketinin) % 75, kazalının % 5 oranında kusurlu olduğu, hak sahiplerine bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerlerinin, 10.682,55 TL (baba) ve 11.323,15 TL (anne) olduğu, ancak annenin 24.01.2011’de emekli olup gelirin fi-

ili ödemeye dönüştüğü, fiili ödemenin 1.739,45 TL olması karşısında bu değer in esas alınması gerektiği, böylece davalı işverenin 21/1'inci madde hükmü uyarınca Kurum zararının, ilk peşin sermaye değerli gelir ve fiili ödemenin işveren kusuru karşılığı ile, üçüncü kişinin 21/4 kapsamında sorumlu olacağı tutarın (ilk peşin sermaye değerinin 1/2'sinin üçüncü kişinin kusur karşılığı ve fiili ödemenin üçüncü kişinin kusur karşılığı) toplamından sorumlu olduğu, üçüncü kişinin (davalı sürücü ve sürücünün kullandığı aracı sigortalayan davalı sigorta şirketinin) müteselsilen sorumlu olacağı tutarın ise işveren dahil davalıların kusurları toplamının gelirin ilk peşin sermaye değerinin yarısı ile ve fiili ödemenin yine işveren dahil davalıların kusurları toplamı ile çarpılarak elde edilecek tutar olduğu gözetilmeksizin, yanılığılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.”

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 2014/2611 E. 2014/27437 K: “Davanın yasal dayanağını oluşturan ve işverenin iş kazası veya meslek hastalığından sorumluluğunu düzenleyen 5510 sayılı Kanunun 21/1'inci maddesinde; sigortalıya veya hak sahiplerine yapılan ya da ileride yapılması gereken harcama ve ödemeler yönünden herhangi bir sınır öngörülmemişken; bağlanan gelirler yönünden, gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamına, sigortalı veya hak sahibinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere hükmedilebileceği öngörülmüştür. Bunun bir gerçek zarar hesabını gerektireceği açıktır. Gerçek zarar hesabı, tazminat hukukuna ilişkin genel ilkeler doğrultusunda yapılmalıdır. Sigortalı sürekli iş göremezlik durumuna girmişse bedensel zarar hesabı, ölüm halinde ise destekten yoksun kalma tazminatı (818 sayılı Borçlar Kanununun 45 ve 46, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 54 ve 55'inci maddeleri) hesabı dikkate alınmalıdır. a- Uygulamada, sigortalının veya hak sahibinin bakiye ömürleri 1931 tarihli “PMF (Population Masculine et Feminine)” Fransız yaşam tablosundan yararlanılmakta ise de; Başkanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi'nin çalışmalarıyla “TRH2010” adı verilen “Ulusal Mortalite Tablosu” hazırlanmış olup, Sosyal Güvenlik Kurumunun 2012/32 sayılı Genelgesiyle de ilk peşin sermaye değerlerinin hesabında anılan tabloların uygulanmasına geçilmiştir. Gerçek zarar hesabı özü itibarıyla varsayımlara dayalı bir hesap olup, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. Bu durumda, Ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH 2010 tablosu bakiye ömrün belirlenmesinde nazara alınmalıdır. b- Tazminatların peşin olarak hesap-

lanması, oysa gelirlerin taksit taksit elde edilmesi, bu nedenle peşin belirlenen tazminattan her taksitte ödenen kısmın bakiyesinden faiz geliri elde edileceğinden sermayeye ekleneceği nazara alınarak, tazminata esas gelire iskonto uygulanmaktadır. Peşin sermayeden elde edilecek yarar reel faiz kadardır. Buna göre; önceki uygulamalardaki gibi %10 iskonto oranı yerine, enflasyon dışlanarak, değişen ekonomik koşullar ve reel faiz oranları da nazara alınıp, Sosyal Güvenlik Kurumu ilk peşin sermaye değeri hesaplamalarına paralel olarak %5 oranının uygulanması hakkaniyete uygun olacaktır. c- Meslekte kazanma güç kaybı oranının % 60'ın altında kaldığı durumlarda, sigortalının iş göremezlik oranına bağlı olarak emsallerine göre fazla efor harcamak suretiyle de olsa, çalışmasını sürdürüp yaşlılık aylığına hak kazanması mümkün bulunduğundan, 60 yaş sonrası pasif dönem için zarar hesabı yapılmasına olanak bulunmadığı gözetilmelidir. Somut olayda; gerçek zararın yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular çerçevesinde belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ve yanlıgılı değerlendirme ile yetersiz hesap raporunda belirlenen gerçek zarar esas alınarak yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.”⁷

Meslekte kazanma güç kaybı oranının % 60'ın altında kaldığı durumlarda, sigortalının işgöremezlik oranına bağlı olarak emsallerine göre fazla efor harcamak suretiyle de olsa, çalışmasını sürdürüp yaşlılık aylığına hak kazanması mümkün bulunduğundan, 60 yaş sonrası pasif dönem için zarar hesabı yapılmasına olanak bulunmadığı da maluliyet konulu gerçek zarar hesabı için Yargıtay'ın öngördüğü bir başka ilkedir.

20- İş Kazalarında Kaçınılmazlık Unsuru:

İş kazalarında kaçınılmazlık durumlarının tespit edilmesi durumunda kazalı işçi ya da kazalı desteğin hak sahiplerinin işverenlere ve diğer kusuru olanlara karşı açacakları davalarda kaçınılmazlık oranının %60'lık kısmının işverenin kusuruna eklenmesi gerekeceği konusunda Yargıtay 21. Hukuk Dairesi uygulaması bulunmaktadır.

Rücu davalarında kaçınılmazlık oranının işverenin kusuruna eklenmesi gibi bir uygulama ise söz konusu olmamaktadır.

“Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 2016/1980 E., 2016/14954 K: Öğretide, yargısal kararlarda ve yasalarda kötü tesadüf, fevkalade hal, umulmayan durum, tesadüfi olay olarak da adlandırılan kaçınılmazlık, hukuksal ve teknik anlamda “fennen önlenmesi olanaksız” başka

7 Av. Yörük Kabalak Arşivi

bir anlatımla işverence mevzuatın öngördüğü tüm önlemler alınmış olursa bile önlenemeyecek olan durumları ifade eder. Kaçınılmazlık durumlarında Yargıtay uygulaması kaçınılmazlığın %60'lık bölümünden işverenin sorumlu tutulması şeklindedir.

Ayrıca, gerek mülga BK'nun 47 ve gerekse yürürlükteki 6098 sayılı TBK'nun 56. maddesinde hakim 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.

Bu açıklamalardan olarak somut olayda, davalı vekilinin 08/01/2014 tarihli olup da Dairemiz'in 28/10/2014 tarihli ilamı ile bozulmasına karar verilen ilk hükmü temyiz ederken, bozulan bu hükme esas alınan ek hesap raporuna yönelik olarak açık temyiz itirazları ileri sürmediği gözden kaçırılarak, bozmadan sonra yapılan yargılama sonucunda davacı yararına oluşan usuli kazanılmış hakka aykırı olacak şekilde asgari ücret üzerinden hesaplama yapan 15/11/2012 tarihli bilirkişi hesap raporuna itibar edilmesi doğru olmadığı gibi, yargılamaya konu iş kazasında %100 kaçınılmazlık söz konusu olduğundan kurumca bağlanan gelir ve yapılan ödemeler dolayısı ile Kurum'un işverene rücu etmesinin mümkün bulunmaması giderek hesaplanan zarar tutarından bağlanan gelir ve yapılan ödemelerin tenzilin mümkün olmamasına göre davacıya bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeriyle ödenen geçici işgöremezlik ödeneğinin hesaplanan zarardan indirilmesi hatalı olmuştur. Bunların yanında, olayın %100 oranında kaçınılmazlıktan kaynaklandığı, işverenin ise kusuru bulunmadığından bahisle manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesi de doğru değildir.

Yapılacak iş, olayın %100 kaçınılmazlıktan kaynaklandığı göz önünde tutularak 25/10/2013 tarihli ek hesap raporunda belirlenen zarar tutarının, nimet külfet dengesi gereğince, %60'ından davalının sorumlu olduğu kabul edilip, mevcut kaçınılmazlık oranı karşısında davacıya bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeriyle ödenen geçici işgöremezlik ödeneği zarardan indirilmeden oluşacak sonuca göre bir karar vermek, yine nimet külfet dengesi gereğince %100 oranındaki kaçınılmazlığın %60'lık kısmından davalı işverenin sorumlu olduğu kabul edildiğine göre uygun bir manevi tazminata hükmedilmesinden ibarettir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma ne-

denidir. O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.12/12/2016”

20- Bakıcı Gideri

Büyük çaplı iş göremezlik olaylarında haksız fiil yüzünden iş göremez duruma gelen kişinin bu iş göremezlik derecesi fazla ve başkasının açık yardımına gereksinimi varsa bu başvuran için Bakıcı gideri hesaplaması da yapılmaktadır. Yargıtay kararlarında bakıcı giderinin asgari ücretin brüt tutarları üzerinden yapılması içtihat edilir. Yargıtay 17. Hukuk dairesi bakıcı giderinde hakkaniyet indirimi yapılamayacağını belirtirken 21. Hukuk Dairesi yüksek oranda ortaya çıkacak bakıcı giderlerinde hakkaniyet indirimi yapılabileceğini içtihat eder. Daireler arasında bu konuda görüş ayrılığı söz konusudur.

Bakıcı giderinin dilekçede açıkça belirtilmesi ve talep edilmesi de gerekir. Talep olmaması durumunda salt maddi tazminat zararları içerisinde de bakıcı giderinin olduğu düşünülemez. Yüksek Mahkeme bu konuda açık ve belirgin talep olması gerektiğini içtihat etmiştir.

Bakıcı giderinde de kusur indirimi yapılacağı ise söz götürmez.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 2015/14198 E. 2015/14863 K. İlamı:

Dava, trafik kazasından kaynaklanan geçici ve kalıcı iş göremezlik tazminatı istemine ilişkindir. Yargılamaya hakim olan ilkelerden olan “taleple bağıllık ilkesi” 1086 sayılı HUMK’un 74. maddesinde (6100 sayılı HMK m. 26) düzenlenmiş olup, hakim tarafların talep sonuçlarıyla bağılıdır ve ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Davacı vekili, 07.04.2005 havale tarihli dava dilekçesinde, kaza nedeniyle sakat kaldığını ve çalışmadığını belirterek geçici işgöremezlik ve maluliyet(kalıcı iş göremezlik) tazminatı talep etmiş, bakıcı gideri talep etmemiştir. Dosya içinde bulunan K tarafından hazırlanan aktüer raporunda davacının %3 kalıcı maluliyetine göre 8.785,01 TL maluliyet tazminatı, 9 ay geçici iş göremezlik süresine göre 2.034,90 TL. geçici iş göremezlik tazminatı ve 9 ay boyunca bakıcı gideri olarak 2.754,00 TL hesap edilmiştir. **Mahkemece davacı tarafından bakıcı gideri talep edilmediği halde, talep aşılıarak bakıcı gideri ve kalıcı maluliyet zararı toplamı olarak 11.539,01 TL ye hükmedilmesi hatalı görülmüş ve bozma nedeni yapılmıştır.** 3-Davacının geçici iş göremezlik zararı talebi olduğu halde bilirkişi tarafından hesap edilen 2.034,90 TL geçici iş göremezlik tazminatı hakkında mahkemece hüküm kurulmaması da doğru görülmemiş ve hükmün bu

nedenle bozulması gerekmiştir. 4-Mahkemece davalılar için red sebepleri farklı olduğu halde, davada kendini vekille temsil eden tüm davalılar için tek bir vekalet ücretine hükmedilmiştir. Davanın farklı hukuki sebeplerle reddedilmesi halinde davalılar yararına ayrı ayrı vekalet ücreti verilmesi gerekirken tek bir vekalet ücreti takdiri doğru değildir. 23.12.2015.”

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin bakım gideri hesabına ilişkin oturmuş ve yerleşmiş son içtihatları ile emsal nitelikteki 27.03.2007 gün, 2007/3976 E. ve 2007/5212 K. Sayılı kararına göre “...sigortalının başkasının yardımına muhtaç olması nedeniyle, ölüm tarihine kadar brüt asgari ücretle bakıcı giderinin hesaplanması gerektiği,...sigortalının bakıcı giderinin aylık brüt asgari ücretin tamamı yerine yarısının esas alınarak hesaplanması hatalı olmuştur. Sigortalının bakımının karısı tarafından yapılmasının diğer bir deyişle üçüncü bir kişi tarafından yapılmamasının tek başına takdiri indirim nedeni olamayacağı da açıktır...” Yine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 07.11.2006 gün, 2006/12910 E. ve 2006/11836 K. Sayılı emsal kararında “...başkasının yardımına muhtaç olması nedeniyle asgari ücretle bakıcı gideri hesaplanması doğru ise de, bakıcı gideri olarak asgari ücretin brütü yerine netinin kabul edilmesi hatalı olduğu gibi, ... Sigortalının bakımının üçüncü bir kişi tarafından yapılmamasının tek başına takdiri indirim nedeni olamayacağı da açıktır...” denilmiştir.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 2014/5424 E. 2015/12803 K. sayılı kararında Davacı vekili, müvekkilinin yolcusu olduğu davalı sigorta şirketine Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesi ile sigortalı otobüsün tek taraflı trafik kazası sonucunda müvekkilinin %100 oranında iş gücü kaybına uğradığını açıklayıp 200.000,00 TL iş göremezlik tazminatı ile 200.000,00 TL bakım giderinin tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. ... Davacı vekili, müvekkilinin davalıya Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigorta Poliçesi ile sigortalı otobüste yolcu iken gerçekleşen kazada %100 oranında malul kaldığını açıklamış 200.000,00 TL iş göremezlik zararı ile 200.000,00 TL bakıcı gideri talebinde bulunmuştur. Mahkemece davacıda oluşan zarar yönünden aldırılan bilirkişi raporunda davacı için gerekli bakıcı giderinin 251.509,28 TL olduğu hesaplanmış mahkemece bu tutar üzerinden BK.’nın 43. ve 44. 2015/12803 maddesi uyarınca %50 oranında hakkaniyet indirimi yapılarak 125.754,64 TL’ye hükmedilmiştir. Davalının sigortalısının sürücüsü tarafından gerçekleştirilen eylem ile davacının cismani bütünlüğü zarara uğramış, vücut fonksiyon kaybı gerçekleşmiştir. **Davalıya sigortalı araç sürücüsünün zararlandırıcı eylemi ile davacıya ve aile birliğine bakıcı**

zararı külfeti yüklenmiştir. Davalı, zararı gidermekle yükümlü olup, olayda BK'nın 43. maddesi gereğince hakkaniyet indirimi şartları yoktur. Bu nedenle yapılan indirim usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bu yönüyle bozulması gerekmiştir.”

Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 07.11.2012 gün, 2011/10149 E. ve 2012/12157 K. sayılı kararına göre “...6111 sayılı Yasanın 59. maddesi ile değişik 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 98. maddesinin açık lafzından da anlaşıldığı üzere,... ..hastanelerce sunulan sağlık hizmet bedelleri yönünden sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının yükümlülükleri sona erecektir. Kazazedenin, bunun dışında kalan bakıcı veya tedaviye bağlı sair harcamaları, sigorta şirketlerinin ve Güvence Hesabının tedavi teminatları kapsamında, yine sigorta şirketleri ve Güvence Hesabı tarafından karşılanmaya devam edecektir...”

Bakıcı giderinin olup olmadığı konusunda Dosyada belge bulunması gerektiği ancak **yol gideri** için belgeye gerek olmadığı Yüksek Mahkeme tarafından içtihat edilmiştir.

“Hukuk Genel Kurulu E. 2012/1227 K: 2013/436 Zararın ispatı davacıya düşmekte ise de, hakim gerçek zararın miktarının ispat edilip edilemediğini gözeterek, ispat edilememişse bu zararı kendisi yasada belirtilen koşullarla tespit edecek; ardından da bu zararın **giderilebilmesi** için tazminat miktarını yine kanunda aranan usul ve esaslar çerçevesinde belirleyecektir. Ancak, hükmedilecek tazminat, hiçbir şekilde zarar miktarından fazla olamaz. (Turgut Uyar, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler, Birinci Cilt, 1990 bası, s.549). Kısaca, tazminat miktarının belirlenmesinde, zarar görenin gerçek zararının esas alınması zorunlu olup; burada ilke, zarar doğurucu eylem, zarar görenin malvarlığında gerçekten ne miktarda bir azalmaya neden olmuş ise, zarar verenin tazminat borcu da, o miktarda olmalıdır. Aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 18.12.2010 gün ve 2010/7-530 E. 2010/636 K. sayılı kararında da vurgulanmıştır.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay irdelendiğinde; Davacı dava dilekçesinde; davalının etkili eylemi sonucu yaralandığını belirterek **bakıcı gideri** ile geçici iş göremezlik zararını istemiştir. **Yerel Mahkemece, davacının yaralanmasına ilişkin rapor getirilerek davacının kaç günde iyileşeceği (tıbbi şifa süresi) belirlenmeli, yaralanma derecesinin bakıcı gideri yapılmasını gerektirip gerektirmeyeceği tespit edilerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekir.**

Ayrıca davacı, tedavi amaçlı yaptığı yol giderini de istemiştir. Bu tür istemin ispatı için mutlaka bir belgenin sunulması gerekmektedir. Yaralanmanın niteliğine göre ne kadarlık yol gideri yapıldığı belirlenmeli, şayet belirlenemiyorsa yukarıdaki ilkeler ışığında Borçlar Kanununun 42.maddesi gözetilerek taktiren bir miktar yol giderine karar verilmelidir."

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 2015/22430 E. 2017/941 K: "Dosya kapsamından, kaza tarihinin: 04/10/2002, dava tarihinin 20/02/2007 olduğu, davacının dava dileçesi ile 1.000,00 TL maddi, 40.000,00 TL manevi tazminat talep ettiği, 25/03/2014 tarihinde davacı sigortalının davasını ıslah ederek mahkemeden sonuç olarak 35.103,00 TL maddi tazminat talep ettiği, ıslah dilekçesinin davalı vekiline 09/04/2014 tarihinde tebliğ edildiği, davalı tarafın ıslah talebine karşı 16/04/2014 tarihinde zamanşımı definde bulunduğu anlaşılmaktadır.

İş kazası sonucu sürekli iş göremezlik nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi amacıyla açılan maddi ve manevi tazminat davalarında; zamanşımı süresi gerek olay tarihinde yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi ve gerekse yürürlükteki 6098 sayılı yasanın 146. maddesi gereğince haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren 10 yıldır.

Uyuşmazlık bu tür davalarda uygulanmakta olan 10 yıllık zaman aşımı süresinin hangi tarihte başlatılması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Uygulama ve öğretilerde kabul edildiği üzere, zamanşımı 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. Bedensel zararın gelişim, gösterdiği durumlarda zamanşımına başlangıç olarak hastalık seyrinin yani gelişimin tamamlandığı tarihin esas alınması gerekir.

Dava konusu olayda, davacı bakımından değişen ve gelişen bir durumun söz konusu olmadığı, giderek olayla birlikte zararın öğrenildiği ve zaman aşımının başlangıç tarihinin olay tarihi olduğu ortadadır. Hal böyle olunca, maddi tazminat isteminin artırılmasına ilişkin ıslaha karşı süresi içerisinde ileri sürülen zamanşımı definin kabul edilerek, maddi tazminatın ıslahla artırılan kısmının zamanşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ıslah konusu maddi tazminat isteminin de kapsar biçimde maddi tazminat isteminin kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur. 14/02/2017"

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 2014/13161 E., 2016/11402 K: “Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile davacı ...'ın maddi tazminat isteminin esastan reddine, davacı ...'ın maddi tazminat isteminin kısmen kabul edilerek 79.277,35 TL alacağı ve davacı ...'ın maddi tazminat isteminin kısmen kabul edilerek 1.176,43 TL alacağı haksız eylem tarihi olan 11.8.2002'den itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine; davacıların manevi tazminat isteminin kısmen kabul edilerek davacıların her biri için 3.000 TL alacağı haksız eylem tarihi olan 11.8.2002'den itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacılar verilmesine, fazlaya ilişkin istemin esastan reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili ve davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplerle, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacılar vekilinin tüm ve davalılar vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- Davaya konu kaza 11.08.2002 tarihinde meydana gelmiştir. Davacılar vekili tarafından 19.04.2013 tarihli ıslah dilekçesi ile tazminat talebi 108.602,61 TL'na arttırılmıştır. Davalılar vekili süresinde zamanaşımı defileri sürmüştür. Kaza tarihi itibarıyla yürürlükte olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102/4 ve 104/2. maddeleri gereğince belirlenen 5 yıllık uzamış ceza zamanaşımı süresi 11.08.2007 tarihinde dolmuştur. Bu durumda, ıslah edilen maddi tazminat miktarı yönünden dava zamanaşımına uğramış olup, mahkemece bu durumun göz ardı edilerek, davalılar vekilinin süresinde zamanaşımı definde bulunmuş olmasına rağmen, yanılığlı gerekçeyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp kararın bozulması gerekmiştir.”

GEÇERSİZ SÖZLEŞMELER

Av. Yağmur ÜNSAL¹

GİRİŞ

Bir sözleşmenin kanunun aradığı şartlar dâhilinde nasıl akdedileceği, sözleşmenin geçerliliğini etkileyen hallerin neler olduğu üzerine bir çalışma yapılacak olsaydı bunun için cilt cilt kitaplar yazılması gerekirdi. Bu çalışmamdaki amacım da sözleşmenin geçersizliğinin tespiti ile birlikte geçersiz olan bir sözleşmeye ilişkin kanuni imkânlarımızın neler olduğu, geçersiz bir sözleşmenin bozulmasının gerekli olup olmadığı, geçersiz sözleşmeye ilişkin açılan fesih davalarının Yargıtay kararları uyarınca da nasıl sonuçlandığı gibi önemli sorulara bir cevap bulmaktır.

Bir sözleşmenin geçersizliği aslında oldukça önemli bir konudur. Zira günlük yaşantımızda akdedilmiş birçok sözleşme ile karşılaşmaktayız. Bu nedenle bu sözleşmelerin geçersizliği halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğini bilmek önem arz etmektedir.

Sözleşmeler hukuku artık gün geçtikçe önemi fazlasıyla artan bir konudur. İnsanlar söz ile bir şeyleri çözüme bağlamaya çalışmaları halinde fazlasıyla mağduriyetlerin doğduğunu tecrübe ettiklerinden artık kişilerce bir sözleşme yapma gereği doğmaktadır. Topluma da bu durum fazlasıyla yerleşmiştir. Ancak sözleşmeler hukuku fazlasıyla geniş kapsamlı bir alandır. Zira birbirinden farklı durumlar için akdedilecek birden çok sözleşme çeşidi bulunmaktadır. Dolayısıyla bu çalışmamdaki amacım da her bir sözleşme çeşidinin incelenmesi değildir. Zira burada her bir sözleşme türünün geçersizlik hallerini incelemek, geçersiz halde bulunan sözleşmelerin geçersizliği ilgili nasıl bir hukuki yol izlenmesi gerektiğini açıklamaya çalışmak sayfalar boyunca bir anlatımı gerektirecektir. Bu çalışmamda benim temel aldığım özellikle “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin*” geçersizliği ve bu geçersiz sözleşmeye ilişkin nasıl bir hukuki yol izlenmesi gerektiği ve yapılan yanlışlıkların nasıl sonuçlandığının bir anlatımı çabasıdır.

I. SÖZLEŞMELERİN GEÇERSİZLİĞİ

Hemen hemen bütün sözleşmelerde aranan belli genel geçerlilik şartları vardır. Bunlar olmadan akdedilmiş bir sözleşmenin geçersizliği kaçınılmazdır. Bunlar şudur ki;

¹ İstanbul Barosu Avukatı.

a-Tarafların ehil olmaları,

Bir sözleşme kurulurken sözleşme taraflarının ergin olmaları ve kısıtlı olmamaları halidir. Sözleşmeyi akdedecek tarafların kanunun aradığı “ayırt etme gücünden” yoksun olmamaları gerekir. Zira sözleşme bir irade beyanıdır. Dolayısıyla bir kimsenin irade beyanında bulunurken, iradesini ortaya koyabilecek bilinçte olması gerekmektedir. Bu nedenledir ki bir sözleşmenin ehil kimselerce akdedilmesi şarttır.

b-Sözleşmenin konusunun genel ahlaka, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, aykırı olmaması gerektiği,

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Md. 27;²

“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

Sözleşmelerin tarafları bir sözleşmeyi akdederken sözleşmenin konusu olan yükümlülüklerle kişilik haklarına zarar verebilecek, ahlaka ve kamu düzenine aykırılık teşkil edecek durumlara sebebiyet vermemelidirler. Bu nedenle sözleşmenin konusunun genel ahlak kurallarına, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine aykırı olmaması gerekmektedir.

c-Sözleşmenin konusunun imkânsız olmaması gerektiği,

Sözleşmenin akdedildiği sırada sözleşmenin konusunu teşkil eden edim imkânsız ise sözleşme geçerli değildir. Buradaki imkânsızlık hukuki imkânsızlık olabileceği gibi fiili imkânsızlık da olabilir.

d-Sözleşmede muvazaa bulunmaması gerektiği,

İrade ile beyan arasında bilerek ve isteyerek bir uyumsuzluk meydana getirilmesidir.

e-İrade beyanlarının sağlıklı olması gerektiğidir.

İrade ile beyan arasında bilmeden veyahut bilerek yaratılan bir uyumsuzluğun bulunması halidir.

İşte sırasıyla saymış olduğum akdedilmiş bütün sözleşmeler bakımından aranan bu unsurlardan yoksun bir sözleşme geçersiz olacaktır. Ve yine bir takım sözleşmeler için de geçerlilik için özel koşullar aranmaktadır. Bu koşullar; gabin bulunmaması, sözleşmenin genel işlem koşullarının belirlediği ölçüye uygun olarak akdedilmiş olması ve sözleşmenin şekil zorunluluğu halidir.

2 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 27. Maddesi.

II. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

Geçmişten bu yana farklı hukuk sistemlerinde sözleşmelerin şekli hususuna değişik çözüm metotları getirilmiştir. Öncelikle sözleşme bir irade açıklamasıdır. Dolayısıyla taraflarca bir irade açıklanırken bir şekil zorunluluğunun öngörülmesi tarafları bir kez daha dikkatli davranmaya sevk etmesi bakımından, en azından bir kez daha açıkladığı irade beyanını düşündürmesi bakımından önemlidir. Ancak her bir hukuki işlem için, her bir irade açıklaması için dahi bir şekil zorunluluğunun öngörülmesi taraflara bir külfet de olacaktır. Basit şekil noksanlıkları içeren hukuki işlemler bakımından dahi kötü niyetli kimselere bu hukuki işlemleri geçersiz kılma imkânını verecektir. İşte sözleşmelerdeki şekil zorunluluğu bakımından birbirine zıt bu iki halin varlığı da modern hukuk sistemleri bakımından gözetilmiş ve genel olarak sözleşmelerde şekil serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Ancak bir takım sözleşmeler için de bir şekil zorunluluğu öngörülmüştür. Burada şekil zorunluluğu bir geçerlilik (sıhhat) şartıdır. Türk Borçlar Kanunu da sözleşmelerde şekil serbestisi ilkesini benimsemiş ancak bir takım sözleşmeler için şekil zorunluluğunu bir geçerlilik şartı olarak kabul etmiştir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Md. 12;³

“Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir.

Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”

Görüleceği üzere sözleşmelerde esas olan şekil serbestisidir. Ancak bir şekil zorunluluğu öngörülmüşse de buna uyulmaması sözleşmeyi geçersiz kılacak bir haldir. Uygulamada taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmeleri için bir şekil zorunluluğu öngörülmüştür. Öyle ki bu sözleşmeler Tapu Sicil Muhafızlığı tarafından resmi şekilde yapılmadığı takdirde geçersiz olacaktır. (*Türk Medenin Kanunu Md. 706, Tapu Kanunu Md. 26*) Bu resmi şeklin sözleşmenin bütün unsurlarını kapsamı yeterlidir. Taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmelerinde şekil zorunluluğunun öngörülmesinin temelinde yatan amaç önceden de açıkladığım üzere şekil zorunluluğunun arandığı bütün sözleşmelerdeki bu şekil zorunluluğunun öngörülmesindeki amaçla aynıdır. Sonuçta taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesinde bir taşınmazın devri söz konusudur. Taşınırlara nazaran taşınmazlar

3 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 12. Maddesi.

daha değerlidir. Böylesi önemli bir devir işleminde tarafların şekil zorunluluğu ile daha dikkatli davranma sınırı içerisinde bulunmaları yapılan işlemin mahiyetini de anlamaları bakımından çok önemlidir. Dolayısı ile şekil zorunluluğu öngörülmüş emsal olarak verdiğim taşınmaz mülkiyetinin devri sözleşmesinde şekil şartının bulunması yerindedir.

III. SÖZLEŞMENİN GEÇERSİZLİĞİNİN İLERİ SÜRÜLMESİ

Çalışmamın başında geçersiz sözleşmelerin hangi unsurlara uyulmaması halinde mevcut olacağını açıklamaya çalıştım. Dolayısı ile kanunun aradığı şartlardan yoksun bir sözleşmenin geçersizliği kaçınılmazdır.

Geçersiz olduğunu düşündüğümüz sözleşmelerin geçersizliğini ileri sürmemiz kadar olağan bir durum yoktur. Bu durum ahlaka, iyi niyet kurallarına ve hukuk kurallarına uygundur. Ancak sözleşmelerin şekil noksanlığı nedeniyle geçersizliğini ileri sürmek bazı hallerde kötü niyetli bir davranış olarak değerlendirilebilir.

Yargıtay 13.HD. Kararı;⁴

“Şekle aykırılık hukuki işlemin herhangi bir hüküm doğurmasına olanak vermez ve borç doğurmaz. Geçersiz sözleşme ile borç altına giren taraf yükümlendiği edimi ifa etmekten kaçınabilir. Ne var ki bazen şekil noksanının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması sayılıp, akdin batıl doğu savu dinlenilemezse, bu akdin ifasının veya ifa etmeme dolayısıyla uğranılan müsbet zararın (ifa çıkarının) giderilmesi istenebilir. Dahası, Yurdumuzda hükmünü açıkça sürdüren somut olaylar ve gerçekler, halin diğer icapları göz ardı edilmediğinde, adalet duygularının bir gereği olarak buna önem atfetme zorunluluğu kendisini bir kez daha göstermektedir. Sözü edilen yasal kural, MK.nun 2. maddesinde sayılan dürüstlük kuralına aykırı düşecek tarzda kullanılmamalıdır. İşte böyle bir durumda butlan etkisiz kalabilir. **Gerçekten de, hukukun her alanında uygulanma niteliğine sahip olan “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” şekle aykırılığın ileri sürme hakkı yönünden de bir sınır oluşturur.** Hâkime özel ve çok ayrık durumlarda da olsa adalete uyum düşecek şekilde hüküm verme olanağını sağlar. Buyurucu niteliği itibarıyla de doğrudan gözetilmesi gerekir (25.01.1984 gün 3/I sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı). Hemen yeri gelmişken önemle vurgulayalım ki, butlanı bu şekilde etkisiz bırakmakta, hassas ve titiz davranılmalı, özellikle Borçlar Hukukuna ilişkin borç sözleşmelerinde ve çok sınırlı olaylarda uygulanabileceği hiç bir zaman

4 Yargıtay 13. H.D. 30.1.1992 Tarih, 1991/8879 E. ve 1992/645 K.

unutulmamalıdır. Bunun yanında her somut olayda butlan iddiasının ileri sürüldüğü hal ve şartlara bakılmalı ve hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin adalet duygularını rahatsız edici çok açık unsurların varlığı esas alınmalı, tarafların sözleşme yapılırken ve daha sonraki davranış ve tutumları da dâhil olmak üzere tüm özellikleri göz ardı edilmelidir. Şekil noksanı nedeniyle bir sözleşme henüz ifa edilmiş olmasa dahi, butlan iddiasının aşağıda belirtilen hal ve şartlar altında bir hakkın kötüye kullanılması sayılabilir.

Bir kimsenin:

a) Şeklin gerçekleşmesine kendi yararı için veya yanıltıcı hareketlerle engel olduğu,

b) **Sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını görünce ondan kurtulmak istemesi ahlaki duyguları rencide ediyorsa veya şeklin koruyucu etkisinden yoksun kaldığı için değil, aksine, sırf kendi borçlarını yerine getirmekten kaçınmak amacıyla şekilsizliği bir sebep olarak kullandığı anlaşılıyorsa**

c) **Yine taahhütlerini mutlaka ifa edeceğini, sözleşmenin yapılmasından sonra teyit etmiş ve diğer tarafın sözleşmeye karşı beslediği güveni sebepsiz ve haksız olarak kuvvetlendirmişse, ortak sözleşmenin şekil yönünden geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması anlamını taşır ve bu savunma yasal korunmadan yoksun kalır.”**

Görüleceği üzere bir sözleşmenin şekil noksanlığı sebebi ile geçersizliğinin ileri sürülmesi, sözleşmelerdeki edimlerin tarafların kendi rızalarıyla yerine getirilmiş olması veyahut sözleşmenin geçersizliğine bunu ileri süren kimsenin hileli davranışı ile sebebiyet verilmiş olması halinde kötü niyetli bir davranış olarak değerlendirilecektir.

Burada özel bir sözleşme türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine değinmek isterim. Bilindiği üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin Türk Medeni Kanunu 692. Maddesi uyarınca da geçerli olabilmeleri için tüm kat maliklerince yapılması gereken bir sözleşmedir. Ve yine bu sözleşmelerin ya tapuda resmi şekilde ya da noterlikçe düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde bu sözleşmeler geçersiz olacaktır. Ancak yukarıda bir sözleşmenin şekil noksanlığı sebebi ile geçersizliğinin ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracağından bahsetmiştim. İşte bu hale örnek verilebilecek bir söz-

leşmedir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri. Zira bu sözleşmelerin amacı arsanın müteahhide-yükleniciye teslim edilmesi, yüklenicinin de orada bir inşaat inşa etmesidir. Şöyle ki; sözleşmeyi imzalamayan pay sahibinin, yapılmış arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca inşaata başlanmış mahalde sürekli olarak bulunup, kötü malzeme, işçilik ile ilgili veyahut inşaatın devamlılığı bakımından herhangi bir hususta görüş bildirmesi söz konusu ise bu kimsenin daha sonradan sözleşmenin şekil noksanı sebebi ile geçersizliğini ileri sürmesi kanımca da hakkın kötüye kullanılmasıdır. Zira sözleşmeyi imzalamayan bu pay sahibi inşaatın yapılmasından memnunmuşçasına, kendi fikir ve değerlendirmelerini de inşaata geçirme çabasındaymışçasına hareket etmektedir. Dolayısıyla tarafı olmadığı ama bir yarar sağladığı, bundan da memnun olduğu bu kadar açıkken sözleşmenin şekil noksanlığı sebebiyle geçersizliğini ileri sürmesi haksızdır. İşte bir sözleşmenin şekil noksanlığı sebebi ile geçersizliğinin ileri sürülmesinin bir hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi böyle bir halde karşımıza çıkmaktadır.

IV. GEÇERSİZ ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için kanun bir şekil zorunluluğu öngörmüştür. Bilindiği üzere bu sözleşmeler ya tapuda resmi şekilde yapılacaktır ya da noterde düzenleme şeklinde yapılacaktır. Ve yine bu sözleşmelerin arsada tüm tapu maliklerince yapılması zorunludur. Bu şartlardan yoksun olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçersizdir. Ancak bazı hallerde şekil dolayısı ile geçersiz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri taraflar için bağlayıcılık kazanabilir. Bunu da yukarıda açıkça anlattık. Geçersiz olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için uygulamada yapılan yanlışlıklar vardır.

Şöyle ki;

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersiz olduğunu bilen taraf bu sözleşmeyi ileriye veya geçmişe etkili olarak fesih etmek gayesi ile ya bir ihtarname çekmektedir ya da bir fesih davası açmaktadır. Oysaki geçersiz bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine, bozulmasına lüzum yoktur. Zira ortada kanunun aradığı unsurlardan yoksun bir sözleşme vardır. Dolayısı ile bu sözleşmenin feshini, bozulmasını sağlamaya yönelik her hareket bu sözleşmeye muvafakat etmekten başka bir şey doğurmayacaktır. Bu sözleşme zaten yoktur. Kanuna uygun bir sözleşme söz konusu değil iken, sanki geçerli bir sözleşme varmışçasına fesih yoluna gitmek büyük bir hatadır. Bir fesih davası açmak veyahut bu yönde bir ihtarname çekmek sizi amacınızdan çok farklı gösterecektir. Bu noktada

geçersiz olan bir sözleşme için yapılacak belki en doğru hukuki müdahale sözleşmenin geçersizliğinin tespiti davasıdır. Bu davada zaten sözleşmenin varlığını kabul etmeyen bir kimse olarak yer almaktasınızdır.

Yargıtay 15. HD. 'nin bir kararı;⁵

“TMK'nın 692. maddesi uyarınca kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerli olabilmeleri için tüm tapu maliklerince yapılması gerekir. Somut olayda, kat karşılığı inşaat sözleşmesi Nihat tarafından yapılmıştır. Sözleşme tarihinde taşınmazın paydaşı olan Sefa ve Nihal'in sözleşmede imzaları bulunmamaktadır. Ancak sözleşmede imzası bulunmayan tapu paydaşları Nihal ve Sefa kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi davasını açmakla sözleşmeye muvafakat etmiş sayılırlar.”

Yargıtay 15. HD. 'nin bir kararı;⁶

“Dava dilekçesinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarih ve sayısı gösterilmediği gibi; mahkeme kararında da sözleşme hakkında bir açıklama bulunmadığından dava dosyası geri çevrilerek davaya dayanak alınan sözleşme istenmiş ve Tarsus 5. Noterliği'nce doğrudan düzenlenen 16.08.1999 tarih ve ... yevmiye nolu “Düzenleme Şeklinde Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmesi” başlıklı sözleşme gönderilmiştir. Bu sözleşme kapsamı incelendiğinde; sözleşme konusu 1816 ada 159 parsel numaralı olarak tapuya tescilli taşınmazın 334/800 hissesi maliki Mustafa A. ile yüklenici Zekai Y. arasında yapıldığı anlaşılmaktadır. Dosya kapsamındaki kat irtifakı paylı tapu kaydına göre, inşaat sözleşme konusu 159 numaralı parselde yapılmıştır. Ancak, sözleşme konusu parselin diğer malikleriyle sözleşme yapılmış ise o sözleşme ya da sözleşmeler, dava dosyasına sunulmamıştır. Oysa, Türk Medeni Kanunu'nun 692. maddesi gereğince; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tüm malikler ile yüklenici arasında yapılması veya sözleşme yapmayan paydaşların yapılan sözleşme ya da sözleşmelere onay vermiş olmaları zorunludur. Aksi halde, bazı paydaşlar tarafından yapılan sözleşme yanları da, diğer paydaşları da bağlayıcı olmaz. Mahkemece, açıklanan bu hususların gözetilmemesi doğru olmamıştır.”

Yargıtay kararları ile de sabit olduğu üzere geçersiz bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için esas olan bir sözleşmenin varlığını kabul etmeyen bir kimse gibi fesih davası açmamak, bu yönde bir ihtarname çekmektir. Esas olan o sözleşmeyi görmezden gelmek, sözleşmenin kabulünü

5 Yargıtay 15. H.D. 02.02.2010 Tarih, 2009/6610 E. ve 2010/498 K.

6 Yargıtay 15. H.D. 29.02.2018 Tarih, 2007/334 E. ve 2008/1286 K.

doğuracak her türlü hareketten uzak durmaktır. Ancak bir kimsenin geçersiz olan bir sözleşmenin feshi davasını açmış olması halinde bu durumun “çoğun içinde az da vardır” kuralı kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür. Kanaatimce de; bir kimsenin hak kaybına uğramaması bakımından çoğun içinde az da vardır kuralı gereğince, geçersiz bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için açılan fesih davasında sözleşmenin geçersizliğinin tespitine karar verilmesi gerekmektedir. Zira diğer türlü büyük bir hak kaybı söz konusu olabilir. Bu yöndeki fikrimi destekleyen emsal Yargıtay kararları;

Yargıtay 23.HD'nin kararı;⁷

“Taraflar arasındaki sözleşmenin feshi ve tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, müvekkili ile davalı yüklenici arasında 26.12.2007 tarihinde imzalanan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca müvekkilinin arsayı davalıya teslim etmesine ve arsa üzerindeki evin davalı tarafından yıkılmasına rağmen dört yıllık sürede inşaatla başlamadığını, bu nedenle ihtarname çekilip sözleşmenin haklı nedenlerle feshedildiğinin davalıya bildirildiğini, davalının sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmede geciken her ay için müvekkiline daire başına 200 Euro kira ödeyeceğinin sözleşmede taahhüt edildiğini, müvekkiline düşecek üç dairenin tasarruf edilemediğinden satılmadığını ve kiraya verilemediğini ileri sürerek, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmenin feshine, davalı tarafça yapılan imalat ve inşaatın kal'i ile taşınmaza müdahalenin men'ine, şimdilik 10,000 Euro tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, taraflar arasında sözleşme yapılırken davacının parselinin bulunduğu adada davacı dışında da başka parsel sahiplerinin bulunduğunu bu kişilerle anlaşma sağlanamadan inşaatın yapılamayacağını davacıya bildirildiğini, davacının da bu durumu kabul ederek sözleşmenin imzalandığını, davacıya ait evin davalı tarafça yıkılmadığını, dava dışı arsa sahiplerinin başka bir kooperatif ile anlaştıklarını, davacıya ait evin davalıya teslim edilmediğini, sözleşme

7 Yargıtay 23. HD'nin 12.02.2014 2013/7290 E. ve 2014/957 K.

düzenlenirken özellikle inşaat süresi belirlenirken 36 aylık inşaat süresinin ruhsat alındıktan sonra başlayacağını taraflarca kararlaştırıldığını, diğer arsa sahipleri ile anlaşma sağlanamadığı için inşaaata başlanamadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, dosya kapsamı ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaat ruhsatı alındıktan sonra inşaat bitim süresinin 36 ay olduğunun kararlaştırıldığı, belediyece bir tevhit, ifraz vs. işlemi yapılmadığı, sözleşmede yapı ruhsatı alınması için kesin bir süre konulmadığı, sözleşme uyarınca davacı arsa sahibinin davalı yükleniciye tüm arsaların yüklenici tarafından belediye veya başka şahıslarla takası vs. konusunda vekaletname vereceği yazılı olmasına rağmen böyle bir vekaletname verildiğinin iddia ve ispat edilmediği, bu şekilde bir vekaletname verilmeden davalı tarafça belediye veya başka bir kurumda işlem yapılabilmesinin mümkün olmadığı, dava dışı taşınmazlar üzerine yapılan inşaatın davalı şirket tarafından değil dava dışı şirket tarafından yapıldığı, davalı şirketin sözleşmeye aykırı davranışta bulunduğu ve davacıya ait yapının davalı şirket tarafından yıktırıldığının ispatlanamadığı, ancak fiili durum da dikkate alınarak taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin ifa kabiliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle, sözleşmenin feshine, davacının diğer taleplerinin ise reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Dava, taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ile tazminatın tahsili istemine ilişkindir.

Taraflar arasındaki 26.12.2007 tarihli düzenleme şeklindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin konusunu teşkil eden 3257 ada 11 no'lu parsel sayılı taşınmazın sözleşme tarihi itibarıyla kadastro parseli olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır. 3194 sayılı İmar Kanunu gereğince ancak imarlı parseller için inşaat ruhsatı verilebileceğinden, halen kadastro parseli vasfını taşıyan taşınmazlarda inşaat ruhsatı verilmesi mümkün değildir. Mahkemece, bu itibarla taraflar arasındaki sözleşmenin kuruldu-

ğu tarihte geçerli olmadığı, feshin ancak geçerli bir sözleşme için söz konusu olabileceği, geçersiz sözleşmenin feshinin dava yolu ile istenemeyeceği, bu şekilde bir dava açılmış ise çoğun içinde az da vardır kuralı uyarınca sözleşmenin geçersizliğinin tespitine karar verilmesi gerekirken, davalı tarafça bu yönde herhangi bir savunma getirilmemiş olmasına rağmen davacı tarafın vekâletname vermediği gerekçesine dayalı olarak kusurlu olduğunun kabulü ve yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, davacı yararına BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 12.02.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Yargıtay 23.HD'nin kararı;⁸

Taraflar arasındaki sözleşmenin iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün davalı vekilince duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı vekili Av..... ile davacı vekili Av. ...'nün gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten ve temyiz dilekçesinin süresinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

- KARAR -

Davacı vekili, müvekkilinin de hissedar olduğu taşınmazda hissedar olan davalı şirketin, ortaklığın giderilmesi davası açacağı tehditi ile arsa sahiplerini arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalamaya zorladığını, arsa sahiplerinin bu hususta davalı şirketin avukatına vekalet vermek zorunda kaldıklarını, müvekkili ile de 03.06.2005 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin imzalandığını ve taşınmazın tapu kaydına şerh edildiğini, taşınmazın tüm hissedarları ile sözleşme imzalanmadığından sözleşmenin geçersiz olduğunu, davalı yüklenicinin, aradan 7 yıl geçmesine rağmen hiç bir edimini yerine getirmediğini, ayrıca sözleşme tarihinden sonra bölgedeki imar planları iptal edildiğinden, sözleşmenin ifasının olanaksız hale geldiğini ileri sürerek, taraflar arasındaki 03.06.2005 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleş-

8 Yargıtay 23. HD'nin 21.06.2016 2015/5802 E. ve 2016/3815 K.

mesinin geçersizliğinin tespiti ile bu sözleşme nedeniyle tapu kaydına konulan şerhin terkinini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının iddialarının doğru olmadığını, sözleşme imzalandığı tarihte geçerli bir imar planı bulunduğunu, kaldı ki sözleşmede imar planının değişebileceği öngörülerek yeni oluşacak duruma göre paylaşım oranları belirlendiğini, ayrıca, tüm paydaşları ile sözleşme yapılmamasının sözleşmenin geçerliliğine etkisinin bulunmadığını, diğer paydaşlarla sözleşme yapılincaya ya da onlar aleyhinde açılacak davalar sonucunda, taşınmazdaki ortaklık giderilinceye kadar geçen sürenin geçici ifa imkânsızlığı niteliğinde olduğunu, arsa sahiplerinin bu hususu öngörerek sözleşme imzaladıklarını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, sözleşme imzalandıktan sonra bölgedeki imar uygulamasının iptal edildiği, ortaklığın giderilmesi davasının halen devam ettiği, bugüne kadar hukuki ve fiili imkânsızlıklar nedeniyle inşaata başlanmadığı, tarafları sözleşmeyi ile bağlı tutmanın hakkaniyete aykırı olduğu, aksi durumun mülkiyet hakkının belirsiz süreli olarak kısıtlanması anlamına geleceği, kaldı ki taşınmazın tüm paydaşları ile sözleşme imzalanmamış olduğundan, sözleşmenin başından beri geçersiz olduğu gerekçesiyle, davanın kabulü ve sözleşmenin feshi ile taşınmazların tapu kaydındaki sözleşme şerhinin terkinine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2) Dava, taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ve sözleşmeye konu taşınmazın tapu kaydına konulan sözleşme şerhinin terkinini istemlerine ilişkindir.

TMK'nın 692. maddesi gereğince, paylı taşınmaz malın özgülendiği amacın değiştirilmesi, korumanın veya olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girişilmesi olağanüstü tasarruflardan sayıldığından, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır. Öncelikle sözleşme konusu taşınmaz üzerine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılabilmesi ve yapılan sözleşmenin paydaşları ve yükleniciyi bağlayıcı olması için tüm paydaşlarca

ya da yetkili temsilcilerince sözleşmenin imzalanmış olması veya yapılan sözleşmeye “onay” verilmesi zorunludur.

Somut olayda, taraflar arasındaki dava konusu’nin 03.06.2005 tarih ve 12834 yevmiye sayılı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu taşınmazın davacı ve sözleşmeyi imzalayan arsa malikleri dışında başka paydaşlarının da bulunduğu, davalı yüklenici tarafından taşınmazın tüm paydaşları ile sözleşme imzalandığı ya da sözleşmeye onay verdikleri hususunun savunulmadığı anlaşılmış olup, bu sebeple sözleşme geçersiz hale gelmiştir.

Bu durumda mahkemece, feshin ancak geçerli bir sözleşme için söz konusu olabileceği, bu şekilde açılmış bir davada “Çoğun içinde az da vardır.” kuralı gözetilerek, sözleşmenin geçersizliğinin tespitine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış ise de, sonucu itibariyle doğru olan kararın, hüküm fıkrasında yapılan yanlışlığın giderilmesi, yeniden yargulamaya gereksinim göstermediğinden, HUMK’un 438/7. maddesi uyarınca aşağıda yazılı olduğu şekilde düzeltilerek onanması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, hüküm fıkrasının 1. bendindeki “ıfa imkansızlığı ve” ibaresi ile “FESHİNE” ibaresinin çıkarılmasına, “FESHİNE” ibaresinin yerine “geçersizliğinin tespitine” ibaresi yazılması suretiyle hükmün re’sen DÜZELTİLEREK ONANMASINA, vekili Yargıtay duruşmasında hazır bulunan davacı yararına takdir olunan 1.350,00 TL duruşma vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 21.06.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KAYNAKÇA

- Av. İlker Hasan DUMAN, İnşaat Hukukunda Yorum , 2017 İstanbul.
- Prof. Dr. Safa REİSOĞLU, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler,2012 İstanbul.
- Türk Borçlar Kanunu,
- Türk Medeni Kanunu,
- Legalbank,
- Kazancı.

TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN ANA SÖZLEŞMEDEN BAĞIMSIZLIĞI

Av. Adnan İNANÇ¹

GİRİŞ

Tarafların aralarında çıkan uyuşmazlıkların çözümü için devlet yargısı yerine hakem denilen özel kişilerin yetkili kılındığı tahkime gitmesi için aralarında geçerli bir tahkim sözleşmesinin olması gerekir.

Tahkim sözleşmesinin geçerli olabilmesi için öncelikle yetki, tarafların iradesi, konu ve şekil açısından gerekli olan unsurları taşıyor olması gerekir. Tahkim sözleşmesi, ana sözleşmede bir tahkim şartı olarak yapılabileceği gibi ana sözleşmeden bağımsız olarak da yapılabilir. Tahkim sözleşmesinin ana sözleşmeden ayrı ya da ana sözleşmede bir tahkim şartı olarak düzenlenmesi, taraflar açısından tahkim sözleşmesi yapma konusunda bir kolaylık sağlarken aynı zamanda beraberinde bir tartışmaya da sebebiyet vermektedir. Söz konusu tartışma, ana sözleşmenin geçersiz olduğu durumda tahkim sözleşmesinin nasıl etkileneceği noktasındadır.

Ana sözleşme ve tahkim sözleşmesi birlikte değerlendirildiğinde; Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa hukuku, milletlerarası tahkim merkezlerinin kuralları ve bu çalışmanın asıl konusu olan Türk Hukukundaki durum ele alınacaktır. Konu ortaya konulurken de; tahkim ve tahkim sözleşmesi ile ilgili genel bir bilgi verildikten sonra, Yargıtay kararları, uygulamadaki örnekler ve doktrindeki görüşler ışığında, ana sözleşmenin geçersizliği ya da yokluğu durumunda tahkim sözleşmesinin nasıl etkileneceği ortaya konulacaktır.

I. Tahkim Sözleşmesi

A. Genel Olarak

4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda tahkim sözleşmesinin tanımı şu şekilde yapılmıştır: *"Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır"* (MTK m.4/I).

¹ İstanbul Barosu Avukatlarından.

Tanımdan da anlaşılacağı gibi, tahkim sözleşmesine konu olan uyuşmazlık sadece sözleşmeden değil, sözleşme dışındaki bir hukukî ilişkiden de kaynaklanabilir. Yani 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan diğer borç kaynakları olan haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan veya başka kanunlardan doğan hukuki uyuşmazlıklar da bir tahkim sözleşmesi yapılarak, uyuşmazlığın devlet yargısında değil tahkim yoluyla çözümlenmesi kararlaştırılabilir². Burada önemli olan husus, konu bakımından tahkime elverişli bir engel olmaması gerekir.

Tahkim sözleşmesi, taraflar arasında uyuşmazlık çıkmadan önce yapılabildiği gibi, uyuşmazlık çıktıktan sonra da yapılabilir. Uyuşmazlık çıktıktan sonraki aşamayı geniş yorumlamak gerekir. Yani mahkemede dava açıldıktan sonra, yargılama aşamasında da taraflar tahkim sözleşmesi yapabilirler³. Yeter ki, tahkim sözleşmesi, kanun koyucunun belirlediği nitelikleri taşımış olsun.

Tahkim sözleşmesi, bir usul hukuku sözleşmesi olsa da geçerlilik açısından aynı zamanda Borçlar Hukuku anlamında da bir sözleşme olduğundan dolayı, sözleşme için gerekli olan şartların tahkim sözleşmesinde de olması gerekir⁴. Nitekim Yargıtay uygulamalarında da, tahkim şartını içeren sözleşmenin ahlaka aykırı olması durumunda, sözleşme geçersiz sayılmaktadır⁵.

B. Tahkim Sözleşmesinin Şekli

Tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması, New York Sözleşmesi'nde, Cenevre Sözleşmesi'nde, UNCITRAL Model Kanunu'nda ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda kabul edilmiş bir şekil şartıdır⁶.

4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerektiği belirtilmiştir (MTK m.4/II). Söz konusu

2 Ziya **Akıncı**. Milletlerarası Tahkim, 3.Bası, İstanbul 2013, s.95-96; Turgut **Kalpsüz**. Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, 2.Bası, Ankara 2010, s.36.

3 Ergin **Nomer** / Nuray **Eksi** / Günseli **Öztekin Gelgel**. Milletlerarası Tahkim Hukuku, 4.Bası, Cilt I, İstanbul 2013, s.18.

4 Cevdet **Yavuz**. "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler". Sempozyum, İstanbul 2009, s.148.

5 "...Somut olayda davacı, iş sözleşmesinin geçerli neden olmadan feshedildiğini belirterek feshin geçersizliğine ve iş tadesine karar verilmesini istemiştir. Tahkim şartını içeren sözleşmenin ahlaka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmasında, özellikle işçilik haklarının ödenmesinin tahkim şartı içeren bu sözleşmenin imzalanması şartına bağlanılmasında karşımıza çıkar..." Yargıtay 9.HD. E.2007/20796, K.2007/37365. T.10.12.2007 (Naklen:**Yavuz**, dn.33).

6 Mustafa **Erkan**. Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, 1.Bası, İstanbul 2013, s.49.

yazılı şekil şartı, adi yazılı şekil⁷ olup, bununla kastedilen aynı fıkra hükmünde de belirtildiği gibi şu şekildedir⁸:

- Taraflar arasında imzalanmış olan yazılı bir belgeye,
- Taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi iletişim araçları⁹,
- Elektronik ortamda düzenlenmiş bir tahkim sözleşmesi,
- Dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının vermiş olduğu cevap dilekçesinde buna itiraz etmemiş olması gerekir.

Ayrıca; ana sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama(atıf) yapılması durumunda da söz konusu *yazılı şekil şartı* sağlanmış olup¹⁰, tahkim sözleşmesi şekil açısından geçerli olacaktır. Yapılacak atfın, basit bir atf olmaması yerinde olur. Örneğin; New York Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanuna göre, tahkim sözleşmesinin kurulması için ana sözleşmede basit bir atıftan fazlası olmalıdır. Özellikle standart form sözleşmelerinde, bu husus daha bir önem kazanmaktadır. Çünkü mahkemeler de, asıl sözleşmeden tarafların sadece birinin elinde olan genel atıf şeklinde bir tahkim sözleşmesinin kurulmasına pek olumlu bakmamaktadırlar¹¹.

Milletlerarası Tahkim Kanununda düzenlenmiş olan tahkim sözleşmesinin ya da tahkim şartının yazılı olması gerektiği, 1958 Sayılı New York Sözleşmesi'ndeki yazılı olma şartı ile paralel bir düzenlemedir¹².

C. Tahkim Sözleşmesinin Belirli Olması

Tahkim sözleşmesinin geçerli olması için, tahkime konu olan hukuki uyuşmazlığın tahkim sözleşmesi yapıldığı sırada *belirlenebilir* olması gerekir. Tahkim sözleşmesinin geçerliliği açısından hukuki uyuşmazlığın belirlenebilir olması yeterli olup, taraflar arasındaki uyuşmazlığın sözleşmesinin yapıldığı sırada mevcut olması şart değildir¹³.

7 Cemal **Şanlı** / Emre **Esen**/ İnci **Ataman - Figenmeşe**. Milletlerarası Özel Hukuk, 1.Bası, Ankara 2013, s.569; Hakim **Azizov**. "Uluslararası Ticari Tahkim", AÜSBE Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi(Yayınlanmamış), Ankara, 2004, s.85; Vahit **Doğan**. Milletlerarası Özel Hukuk, 2.Bası, İstanbul 2013, s.128.

8 **Kalpsüz**, s.37; **Akıncı**, s.115; **Azizov**, s.85.

9 Aysel **Çelikel** / Ergin **Nomer**/ F.Kerem **Giray** / Emre **Esen**. Devletler Hususi Hukuku (Milletlerarası Özel Hukuk) Çözümlemiş Örnek Olaylar – Seçilmiş Mahkeme Kararları, 11.Bası, İstanbul 2013, s.304; Hüseyin Afşın **İlhan**. Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, 1.Bası, Ankara 2016, s.102.

10 **Akıncı**, s.115; **Şanlı** / **Esen**/ **Ataman - Figenmeşe**,s.569.

11 **İlhan**, s.85.

12 **Akıncı**, s.115.

13 Ergin **Nomer**. Devletler Hususi Hukuku, 20.Bası, İstanbul 2013, s.531.

Burada önemli olan husus, tarafların hangi uyuşmazlık konusunda tahkime gidilebileceğinin ortaya konulmasıdır. Yoksa, taraflar aralarında yaptığı bir tahkim sözleşmesi ile bundan sonra aralarında meydana gelecek tüm hukuki uyuşmazlıklarda tahkime gideceğini kararlaştırmış olsalar dahi, böyle bir tahkim sözleşmesi *belirlenebilir* olmadığı için, geçersiz olacaktır.

D. Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası Tahkim Kanunu, UNCITRAL Model Kanunundan farklı olarak İsviçre örneğinden aldığı bir düzenleme getirmiştir¹⁴. Buna göre; “*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir*” (MTK m.4/III).

Milletlerarası Tahkim Kanununda da açıkça belirtildiği gibi; tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku, taraflar kendileri seçebilirler. Taraflar, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda bir seçimde bulunmamışlar ise, o zaman Türk hukuku uygulanacaktır.

II. Tahkim Sözleşmesinin Ana Sözleşmeden Bağımsızlığı

A. Genel Olarak

Tahkim sözleşmesi, ana sözleşmeden bağımsız yapılabileceği gibi, ana sözleşmenin içinde bir tahkim şartı olarak da yapılabilir. Tahkim sözleşmesi, ana sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olduğu için taraflar, tahkim sözleşmesine konu olan hukuki uyuşmazlığa uygulanacak hukuku da ayrıca belirleyebilirler¹⁵.

Uygulamada daha çok tahkim şartı olarak yapılan tahkim sözleşmelerinin sakıncası, taraflar arasındaki ana sözleşme üzerinde ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlık durumunda kendini göstermektedir. Burada ortaya çıkan temel sorun: “*Eğer ana sözleşme geçersiz ise, ana sözleşme metninin bir maddesi olan tahkim şartının akıbeti ne olacaktır?*”. Söz konusu geçersizlik, sözleşmenin iptal edilebilir, kesin hükümsüz veya yokluğu şeklinde olabilir¹⁶.

Tahkim şartı, ana sözleşmenin içinde ana sözleşme metninin bir maddesi olarak düzenlenmiş olsa da; tahkim sözleşmesi, esasında ana sözleş-

14 **Akıncı**, s.112.

15 **Doğan**, s.127; Muharrem **Balçı**, “İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim”, 1.Bası, İstanbul 1999, s.118.

16 Mustafa **Erkan**, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, GÜHFD Dergisi, C.XVII, Y.2013, S.1-2, Ankara 2013, s.538.

meden ayrı bir sözleşmedir¹⁷. Yani tahkim sözleşmesi ile ana sözleşme iki ayrı sözleşmedir.

Ana sözleşmenin geçersiz olması durumunda, bununla birlikte tahkim şartının da geçersiz olduğunu söylemek, tahkimin amacıyla bağdaşmayacağı gibi sözleşme taraflarından birinin tahkime gitmemek istemesi yolunu da açacaktır. Yani tahkime gitmek istemeyen taraf, ana sözleşme üzerinde çıkan uyuşmazlığı fırsat bilip; devlet yargısına giderek, tahkim yolunu da pratikte etkisiz hale getirebilir. Bu tür olumsuzlukların önüne geçmek için, Alman ve Fransız hukukunda, “*tahkim şartının özerkliği*”, Amerikan hukukunda ise tahkim şartı ile ana sözleşmenin “*bağımsızlığı*” veya “*ayrılabilirliği*” olarak adlandırılan ilke kabul edilmiştir. Bu ilkeye göre; geçerlilik açısından, tahkim sözleşmesi ile ana sözleşmenin bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekir¹⁸.

B. Ayrılabilirlik İlkesi

Ayrılabilirlik ilkesi, milletlerarası tahkim merkezlerinin kurallarında ve devletlerin tahkim düzenlemelerinde kabul edilmiş olan modern tahkim hukukunun önemli bir ilkesidir¹⁹.

Tahkimin ayrılabilirliği ilkesi, ana sözleşmeden doğacak olan veya ana sözleşme ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünü düzenleyen tahkim şartının, gerek şekil, gerekse maddi yönden ana sözleşmeden bağımsız olarak ayrı değerlendirileceğinin kabul edilmesidir²⁰. Yani tahkim şartının geçerliliği, ana sözleşmeye bağlı değildir.

Milletlerarası Tahkim Kanununda, tahkim sözleşmesinin, ana sözleşmeden *bağımsızlığı ilkesi* kabul edilmiştir (MTK m.4/IV)²¹. Ana sözleşmesi (maddi hukuk sözleşmesi) ile bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözüm usulünü düzenleyen tahkim sözleşmesinin geçerlilikleri, gerek şekil gerekse de maddi açıdan değerlendirildiğinde birbirinden bağımsız olarak kendi sözleşme statüleri içinde çözümlenmelidir²².

17 Fatih **İşık**. Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk, 1.Bası, İstanbul 2015, s.78.

18 **Akıncı**, s.114.

19 **Akıncı**, s.114; **Erkan**, Ayrılabilirlik Prensibi, s.539.

20 **Erkan**, Ayrılabilirlik Prensibi, s.539.

21 **Tanımı ve Şekli**:

Madde 4/IV – Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.

22 **Şanlı / Esen/ Ataman – Figenmeşe**,s.570.

C. Ana Sözleşmenin Yokluğu veya Geçersizliği Durumunda Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği

“Ana sözleşmenin yokluğu durumunda, tahkim sözleşmesinin akıbeti ne olacaktır?” Bu sorunun cevabını, konu ile ilgili uluslararası düzenlemelere, tahkim merkezlerinin kuralları, New York Sözleşmesi, UNCITRAL Model Kanunu ve ulusal düzenlemeler ışığında değerlendirmek gerekirse, şunlar söylenebilir:

1. New York Sözleşmesi

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi’nde ana sözleşmenin yokluğu durumunda, tahkim şartının ne olacağı konusunda açık bir düzenleme yapılmamıştır²³.

New York Sözleşmesi m.2/III (“Bir akit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir meseleye tealluk eden ihtilafına vaziyet ettiği taktirde, anlaşmanın hükümden düşmüş tesirsiz veya tatbiki imkansız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları birinin talebi üzerine hakemliğe sevk eder.”) uyarınca; akit devlet mahkemeleri, tahkim sözleşmesinin geçersiz, etkisiz ve uygulanamaz olduğunu tespit ederse, tahkim sözleşmesinin geçerliliği ile ilgili kararı devlet yargısı verecektir. Tespit etmez ise, taraflarının birisinin talebi ile uyuşmazlık konusu, hakeme sevk edilir. Tahkim sözleşmesinin geçerliliği hakkındaki kararı da bu aşamadan sonra hakem verecektir²⁴.

2. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları (2012 Kuralları)

Milletlerarası Ticaret Odası (ICC)’de “Tahkim Sözleşmesinin Hükümleri” üst başlıklı 6. Maddesinde (Madde 6/IX: Aksi kararlaştırılmış olmadıkça hakem kurulu tahkim sözleşmesinin geçerli olduğuna karar vermiş olması kaydıyla, sözleşmenin yokluğuna veya geçersiz olduğuna dair bir iddia hakem kurulunun yetkisini ortadan kaldırmaz. Esas sözleşme yok hükmünde ve geçersiz olsa dahi, hakem kurulunun tarafların ilgili hakları ile iddia ve savunmaları hakkında karar verme hususundaki yetkileri devam eder.”) belirtildiği gibi; eğer hakem heyeti tahkim sözleşmesinin geçerliliğine karar vermiş ise, ana sözleşmenin bu aşamadan sonra yokluk veya geçersizliği hakkındaki iddiaları, hatta ana sözleşme ile ilgili verilecek yokluk ya da geçersizlik kararı, tahkim sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir.

23 Erkan, Ayrılabilirlik Prensibi, s.549.

24 Erkan, Ayrılabilirlik Prensibi, s.549.

Bu maddeden anlıyoruz ki; ICC'ye göre; ana sözleşme ile tahkim sözleşmesi bağımsız olarak değerlendirilmektedir.

3. UNCITRAL Model Kanunu

UNCITRAL Model Kanunu m.16/I'de belirtildiği gibi; ana sözleşmenin bir parçası olan tahkim sözleşmesi, ana sözleşmenin diğer şartlarından / maddelerinden bağımsız olarak değerlendirilmektedir²⁵.

Dolayısıyla, ana sözleşme ile ilgili bir geçersizlik ya da yokluk durumu ortaya çıktığında, tahkim sözleşmesi bundan etkilenmeyecektir. Model Kanundaki bu bakış açısı da, *bağımsızlık ilkesi (ayrılabilirlik ilkesi)* doğrultusundadır.

4. Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da *ayrılabilirlik ilkesi* doğrultusunda bir düzenlememe söz konusudur²⁶. MTK m.4/IV ("*Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.*") uyarınca; tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını, asıl sözleşmenin geçersizliğine bağlanamayacağını bu gerekçe bir itirazda bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Tahkim sözleşmesinin geçerliliği konusunda; ana sözleşmenin tahkim sözleşmesine olan etkisi açısından değerlendirildiğinde, Türk hukukunun modern tahkim hukukuna uygun olarak düzenlendiğini söyleyebiliriz. Nitekim, Milletlerarası Tahkim Kanunu m.4/IV'e paralel bir düzenleme 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.412/IV'de²⁷ de yapılmıştır.

D. Uygulamadan Örnek Kararlar

1. KARAR: ABD'de Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegnal Davası

"*Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegnal Davasında; ABD mahkemeleri, sözleşmenin tamamı hakkında geçersizlik iddiasında bulunulması suretiyle ileri sürülmüş olsa dahi, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verme yetkisinin hakemlere ait olduğu sonucuna varmıştır. Davaya konu olayda Florida ilk derece mahkemesi,*

25 **Erkan**, Ayrılabilirlik Prensibi, s.550.

26 **Yavuz**, s.115.

27 **Tahkim Sözleşmesinin Tanımı ve Şekli:**

Madde 412/IV – *Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.*

Cardegna tarafından Buckeye aleyhine açılan davada Buckeye tarafından ileri sürülen tahkim itirazını, sözleşmenin geçerli olmadığı iddiasını karara bağlama yetkisinin hakemlere değil devlet mahkemelerine ait olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.”²⁸

Dava ile ilgili verilen nihai kararda, ABD Yüksek Mahkemesi, tahkim sözleşmesinin geçersizliğine yönelik iddialar ile ana sözleşmenin tamamının geçersizliğine yapılan iddiaların birbirinden bağımsız olduğuna karar vermiştir. Gerekçe olarak da; Tahkim sözleşmesi ile ana sözleşmenin icra edilebilirliğinin birbirinden ayrı olarak yapılabileceğini göstermiştir²⁹.

2. KARAR: Admiral Inc. Davası

“Yargılama sırasında Admiral Inc. Vekili, 2.4.2007 tarihli dilekçesi ile diğer davacı E... Ltd. Şti. ile aralarında yapılan 3.4.2006 tarihli Yönetim Sözleşmesinde E... Ltd. Şti.’ne tahkim sözleşmesi yapma yetkisinin verilmediğini, bu sebeple 10.4.2006 tarihli navlun sözleşmesinde yer alan tahkim şartının geçersiz olduğunu savunmuştur. Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, asıl sözleşmede yer alan tahkim klozları için de geçerlidir. Bu sebeple tahkim klozunun geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez. Ya da tersine tahkim anlaşmasının herhangi bir sebeple geçersiz olması asıl sözleşmeyi etkilemez ve onu geçersiz kılmaz.”³⁰

Yargıtay bu kararı ile; tahkim sözleşmesinin ana sözleşmeden bağımsız ve ayrı bir anlaşma olduğunu dolayısıyla geçerlilik hususunda da ayrılabilir olduğunu bu nedenle de, ana sözleşmenin geçerli olup olmadığına bakılmaksızın, tahkim şartının geçerli olduğu yönünde karar vermiştir³¹.

SONUÇ

Tahkim sözleşmesi, taraflar arasında ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi ana sözleşmenin içinde bir tahkim şartı olarak da yapılabilir. Tahkim sözleşmesi her iki durumda da, ana sözleşmeden bağımsız bir sözleşmedir.

28 **GONZÁLES DE COSSÍO** s.235-236, dn.73. (Naklen:Emre **Esen**. “Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz - Kompetenz Prensibi”, GÜHFD, Y.2011, Prof.Dr. Ata Sakmara’a Armağan, İstanbul 2011, s.372).

29 **Esen**, s.372.

30 Yargıtay HGK, E.2011/11-742, K.012/82. T.22.2.2012 (Naklen:**Akıncı**, dn.209).

31 **Akıncı**, s.114.

Tahkim uygulamalarında ana sözleşmenin içinde tahkim şartı olarak yapılan tahkim sözleşmelerinin geçerli olup olmadığı konusu, ana sözleşmenin geçersiz ya da yok hükmünde olduğu durumlarda gündeme gelebilmektedir. Taraflardan birisi özellikle tahkime başvurmak istemeyen taraf, ana sözleşmenin geçersiz ya da yok hükmünde olduğunu gerekçe göstererek tahkim sözleşmesinin de geçersiz olduğunu iddia edebilmektedir.

Bu sorunun çözümü için, gerek Türk Hukukunda gerekse de, Avrupa ve Amerika gibi devletlerin hukukunda isimlendirme farklı olsa da, temelde *ayrılabilirlik* veya *bağımsızlık ilkesine* uygun olarak bir çözüme gidilmektedir. Bu ilkenin özeti de şudur: Tahkim sözleşmesi ile ana sözleşme birbirinden bağımsız sözleşmeler olup (tahkim sözleşmesi, ana sözleşmenin içinde tahkim şartı şeklinde olsa dahi), bunlardan herhangi birisinin geçersiz ya da yok hükmünde olması diğer sözleşmeyi etkilemez.

New York Sözleşmesi, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), UNCITRAL Model Kanun ve Türk Hukukundaki Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki ilgili düzenlemeler de bu yöndedir. Yargıtay'ın verdiği kararlar da tahkim sözleşmesinin geçerliliği, ana sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ziya. **Milletlerarası Tahkim**, 3.Bası, İstanbul 2013.

Azizov, Hakim. "Uluslararası Ticari Tahkim", **AÜSBE** Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi(Yayınlanmamış), Ankara, 2004.

Balcı, Muharrem. "**İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim**", 1.Bası, İstanbul 1999.

Çelikel, Aysel / Nomer, Ergin / Giray, F.Kerem / Esen, Emre. **Devletler Hususi Hukuku (Milletlerarası Özel Hukuk) Çözümlemiş Örnek Olaylar – Seçilmiş Mahkeme Kararları**, 11.Bası, İstanbul 2013

Doğan, Vahit. **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2.Bası, İstanbul 2013.

Erkan, Mustafa. **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, 1.Bası, İstanbul 2013 (Atıf şekli: Yetki Sorunları).

Erkan, Mustafa. "Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi", **GÜHFD Dergisi**, C.XVII, Y.2013, S.1-2, Ankara 2013, s.535-562 (Atıf şekli: Ayrılabilirlik Prensibi).

Esen, Emre. "Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz - Kompetenz Prensibi", **GÜHFD**, Y.2011, **Prof. Dr. Ata Sakmara'a Armağan**, İstanbul 2011, s.355-380.

Işık, Fatih. **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk**, 1.Bası, İstanbul 2015.

İlhan, Hüseyin Afşın. **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, 1.Bası, Ankara 2016.

Kalpsüz, Turgut. **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**, 2.Bası, Ankara 2010.

Nomer, Ergin. **Devletler Hususi Hukuku**, 20.Bası, İstanbul 2013.

Nomer, Ergin / Ekşi, Nuray / Öztekin Gelgel, Günseli. **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, 4.Bası, Cilt I, İstanbul 2013.

Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman - Figenmeşe, İnci. **Milletlerarası Özel Hukuk**, 1.Bası, Ankara 2013.

Yavuz, Cevdet. "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler", Sempozyum, İstanbul 2009.

http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Sempozyumyay%C4%B1nlar%C4%B1/11.%20Uluslararası%C4%B1%20%C3%96zel%20Hukuk%20Sempozyumu/3prof.dr.cevdet_yavuz.pdf

(E.T. 6 Mayıs 2016).

TAHKİMİN NİTELİĞİ

Av. Zeki DELİKAYA

GİRİŞ

Bugün dünyada özellikle ticari-ekonomik sınırlar, her geçen gün biraz daha belirsizleşmekte, bu da yeni bir mantaliteyi ve yeni yaşam biçimlerini beraberinde getirmektedir. Artık milli sınırları aşan küresel bir bakış açısına sahip ve faaliyetlerini tüm dünyaya yaymış bulunan büyük firmalar ile yine milli sınırlar dışında faaliyetlerde bulunan orta ölçekli firmaların ve yaygınlaşan turizm ve seyahat kültürü nedeniyle gelişen uluslararası sosyal ilişkilerin sonucu olarak bu ilişkileri düzenlemeye dönük birçok milletlerarası sözleşmeler imzalanmak zorunda kalmıştır.

Milletlerarası tüm sosyal ve ekonomik ilişkileri belli kurallara bağlayan bu sözleşmeler, zaman içerisinde devletlerin milli hukukları üzerinde de etkili olmakta ve devletlerin vatandaşlarına uyguladıkları yasal düzenlemeler de bu uluslararası hukuk kurallarına uyumlu hale getirilmektedir.

Gelişen teknolojik, sportif, kültürel faaliyetlerle birlikte günümüzde tüm ülkelerin milli hukuklarının üstünde uluslararası (supranational) hukuk kuralları ve bu nitelikte tahkim kurumları oluşmakta ve uyuşmazlıklar da bu kurumlar nezdinde çözümlenmektedir. Mesela internet alan adları uyuşmazlıklarının çözümünde ICAAN Tahkim Usulü bunlar arasındadır.

Mahkeme yargısının yetersiz veya etkisiz kaldığı noktalarda başvuru olan bir alternatif çözüm yolu olarak tahkim, bir kısım olumsuzluklarına rağmen, taraflar için başvurulabilecek çok cazip bir yoldur.

Tahkim, diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının sahip olduğu birçok avantajın yanında, onların sahip olamadığı yargı yetkisine de sahip olması sayesinde Mahkeme kararlarına denk icrai kararlar alabilmesi ile de çok iyi bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasıdır.

I. GENEL OLARAK TAHKİM

Yaradılışı gereği sosyal bir düzen içerisinde hayatını sürdüren ve bu sebeple birbirleriyle çeşitli hukuki ilişkiler içerisinde bulunan insanlar, zaman zaman belirli konularda uyuşmazlıklara düşerler. Bu uyuşmazlıkları çözmek ve kurulu düzenin devamını sağlamak için ise aralarında adaletle hükmedecek, haklı ile haksızı ayırt edecek ve adalet duygusunu tatmin

edecek bir yargı mekanizmasına ihtiyaç duyarlar. Merkezi bir devlet otoritesinin bulunmadığı veya zayıf olduğu zamanlarda bireyler arası uyuşmazlıklar, bu bireyler nezdinde saygınlığı bulunan ve otorite kabul edilen kişilerce çözümlenirdi. Devlet otoritesinin giderek güçlendiği ve toplumsal düzeni sağlayıcı tek otorite olarak kabul edildiği günümüz dünyasında ise yargı, devlet otoritesinin sağlanmasına hizmet eden üç temel erkten biri olarak konumlanmıştır. Bu sebeple bireylerin gerek birbirleriyle, gerekse devletle olan ilişkilerinde karşılaştıkları hukuki uyuşmazlıklarda başvuracakları makam, devlet otoritesince oluşturulmuş ve yargı yetkisi ile donatılmış olan Mahkemelerdir.

Ancak adaletin tevziinde her ne kadar öncelikli başvuru mercii Mahkemeler ise de, bunun yanında kişilere, aralarındaki kamu hukukundan kaynaklanmayan ve taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek konulara ilişkin uyuşmazlıkları çözüme konusunda Mahkeme dışında farklı kişileri (hakem) yetkilendirme ve uygulanacak maddi ve usule ilişkin hükümleri serbestçe belirleme imkanı da tanınmıştır. İşte devletin, egemenliğin bir unsuru olarak sahip olduğu genel nitelikteki yargı yetkisi- ne istisna teşkil eden bu özel yargı yolu tahkimdir¹.

A. TAHKİM KURUMUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Yukarıda da belirtildiği üzere Tahkim, insanların bir arada yaşamaya başladığı ilk çağlardan itibaren var olan ve herhangi bir devlet mekanizmasının bulunmadığı yer ve zamanlarda dahi kişiler arası uyuşmazlıkları çözümlenmekte başvurulan bir uyuşmazlık çözüm yoludur.

Tüm hukuk sistemlerinde temel yargı mekanizmasının içerisinde kendisine bir şekilde yer bulan bu kurum, özellikle modernleşmeyle birlikte daha güçlü bir biçimde yasal düzenlemeler içerisinde yer bulmaya başlamıştır. Avrupa'da özellikle 18. yüzyıldan itibaren gelişmeye başlayan tahkim, suistimallere, işin uzamasına ve fahiş mahkeme masraflarına karşı halkın menfaatine olabilecek bir çare olarak düşünülmüş ve uygulanmıştır. Ancak kısa süre içinde özellikle hakemlerin suistimallerine karşı doğan tepkiler, bu kurumun geri plana itilmesine ve zorunlu tahkime ilişkin birçok düzenlemenin yürürlükten kaldırılmasına yol açtı².

Osmanlı'da ise ilk kez 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret'te düzenlenen tahkim, daha sonraki dönemde farklı bazı düzenlemelerde yer bulmuş, özellikle Mecelle'de detaylı biçimde düzenleme altına alınmıştır³.

1 YEĞENGİL, Rasih: Tahkim (L'arbitrage), İstanbul 1974, s. 102.

2 KORAL, Rabi: İç Hukukumuzda Tahkim, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 13, Sayı: 3, s. 1038.

3 Yeğengil, s. 74.

Mecelle'nin 4. babını teşkil eden 1841-1851. maddeleri tahkime ayrılmıştır. Mecellede de laik hukukta olduğu gibi tahkimin uygulama alanı, kişilerin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri hususlarla sınırlandırılmıştır. Ancak tabii ki laik hukuk sistemleriyle Mecelle'nin dayandığı İslam hukukunda kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hususlar birbirinden farklıdır⁴.

Öte yandan Mecelle'de tahkim sözleşmesi herhangi bir şekilde tabi tutulmamıştır. Hatta sözlü bir akit dahi bulunmadığı halde bir kişi taraflar arasındaki uyuşmazlığı karara bağlasa ve bu taraflar bu kararı tasvip ederlerse, artık bu karar tarafları bir hakem kararı olarak ilzam edecektir. Verilen hakem kararı, ancak hakim kararıyla tasdik edilerek kesinleşir. Hakim, kararı şeriat esaslarına uygun bulmazsa bozar ve taraflarca yeni bir tahkim akdi yapılmazsa uyuşmazlığı hakim çözer⁵.

Sonraki dönemde kabul edilen bir kısım Kanunname, Nizamname ve Kararnamelerde de Tahkime ilişkin çeşitli düzenlemeler yer almış ise de, bunların hiçbiri Mecelle'deki gibi ayrıntılı bir düzenleme getirmemiş, hatta kimi zaman Mecelle'deki hükümlere atıfta bulunmakla yetinmiştir⁶.

Cumhuriyet döneminde ise tahkim ile ilgili temel düzenleme 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununda yapılmıştır. Bu Kanunun Tahkim başlıklı 516-536. maddeleri, Kanunun yürürlükten kaldırıldığı 01.10.2011 tarihine kadar yürürlükte kalmış, bu tarihten itibaren ise tahkim kurumu yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 407-444. maddelerinde düzenlenmiştir. Diğer taraftan milletlerarası ticari ilişkilerin hızla gelişmesi sonucu ülkemizde de bir milletlerarası tahkim kanunu ihtiyacı doğmuş, bunun sonucunda 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilerek 05.07.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

B. TAHKİMİN TANIMI VE UNSURLARI

1. Tahkimin Tanımı

Türk hukukunda tahkim ile ilgili ilk tanımlama Mecelle-i Ahkam-ı Adliye'nin 1790. Maddesinde yapılmıştır. Buna göre; "*Tahkim, hasmeynin husumet ve davalarını fasl için rızaları ile ahar kimseyi hakim ittihaz etmelerinden ibarettir*"⁷.

4 Yeğencil, s. 78.

5 Yeğencil, s. 78-79.

6 Yeğencil, s. 80-82.

7 KARADAŞ, İzzet: 6100 Sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara 2013, s. 17; Yeğencil, s. 77.

Öğretide ise tahkimin tanımı konusunda ileri sürülen görüşler, tahkimi bir bütün olarak tanımlamaktan ziyade çeşitli unsurları üzerinden onu tanımlamaya yöneliktir. Tahkim kavramı alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olarak Tahkim kurumunu anlatmak için kullanıldığı gibi, çoğu zaman tarafların tahkim yoluna başvurma yönünde aralarında akdettikleri sözleşmeyi (Tahkim Sözleşmesi) ve hatta taraflarla hakemler arasında uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesine ilişkin yapılan sözleşmeyi (Hakem Sözleşmesi) de ifade eder biçimde kullanılmaktadır⁸.

Tahkim kısaca bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşen iki tarafın bu uyuşmazlığın çözümlenmesinde özel kişi veya kişileri görevlendirmeleri ve uyuşmazlığın bu özel kişi veya kişilerce incelenerek karara bağlanmasına verilen addır. Uyuşmazlığı çözmekle görevlendirilen bu özel kişi veya kişilere de Hakem/Hakem Kurulu denir⁹. Başka bir deyişle tahkim, tarafların aralarında çıkmış veya çıkabilecek bir nizam hallini bir veya birkaç kişiye bırakmak hususunda mutabık kalmalarını ve nizam onlar tarafından karara bağlanmasını ifade eder¹⁰. Ancak bu tanımlar da eksiktir. Tüm unsurları ile birlikte Tahkimi şu şekilde tanımlamak mümkündür: “*Tahkim, kanunun men etmediği konularda taraflar arasında doğmuş veya doğacak anlaşmazlıkların bir akit veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan taraflarca veya Kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan, tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığı ile çözümlenmesidir*”¹¹.

2. Tahkimin Unsurları

Yukarıda yer alan tanımdan yola çıkarak tahkimin unsurları şöyle sıralanabilir:

i. Tahkim, iki veya daha fazla kişi arasında çıkan uyuşmazlıklarda başvurulacak bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Dolayısıyla, tıpkı Mahkeme yargısı gibi uymazlığı sona erdirmeye ve adaleti temin etmeye yönelik bir yargısal faaliyettir. Bu sebeple taraflar, tahkim yoluna başvurmakla hakemin vereceği karara razı olurlar ve hakem de tıpkı hakim gibi yargılama yaparak uyuşmazlığı sona erdirir. Bu özelliğinden dolayı kararı veren hakeme/hakem heyetine “*Hakem Mahkemesi*” de denilmektedir¹².

8 Doktrinde Tahkim ile ilgili farklı tanımlamalar için bkz. KARADAŞ, s. 19-20.

9 KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2011, s. 816.

10 KALPSÜZ, Turgut: Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan, C:2, İstanbul 2003, ss. 1027-1053, s. 1028.

11 Yeğengil, s. 94.

12 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 816.

Öte yandan bahis mevzuu uyuşmazlık bir hukuki uyuşmazlık niteliğinde değilse yine ortada tahkim yok demektir. Mesela bilirkişiler, eksperler (muhamminler) veya istişari olarak bir husus hakkında görüş vermeye çağrılanlar, ekseriya bir talep hakkının münferit kısımları hakkında fikir beyan ederler ve görevleri daha çok maddi durumların tespitiyle sınırlı olup uyuşmazlığı çözen ve adalet dağıtan bir merci niteliğinde değildir¹³.

ii. Tahkime, mevcut veya ileride doğabilecek belirli bir uyuşmazlık hakkında başvurulabilir. Tahkim konusunda tarafların iradesi genel nitelikli olmamalı, belirli bir uyuşmazlığın çözümüne ilişkin olmalıdır. Yani taraflarca “*Bundan sonraki tüm uyuşmazlıklarımız Tahkim yoluyla çözülecektir*” şeklinde yapılacak bir sözleşme geçerli olmayacak, buna mukabil mesela bir inşaat sözleşmesinde “*Bu sözleşmeden kaynaklanan tüm uyuşmazlıklar Tahkim yoluyla çözülecektir*” şeklinde bir hüküm belirli bir uyuşmazlığa ilişkin kabul edilecek ve bu tahkim şartı geçerli olacaktır¹⁴.

iii. Tahkime, ancak Kanun tarafından men edilmemiş bulunan uyuşmazlıklarla ilgili olarak başvurulabilir. Kanun, özellikle gayrimenkulün aynına ilişkin uyuşmazlıklar gibi kamu düzenini ilgilendiren konularla tarafların iradelerine tabi olmayan konulara ilişkin uyuşmazlıklarda tahkime başvurulmasını yasaklamıştır.

iv. bir uyuşmazlık hakkında tahkime başvurulacağı, tarafların müşterek iradesi veya bir kanun hükmü ile belirlenmiş olması gerekir. Tahkim kural olarak iradidir ve tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda anlaşmaları halinde mümkün olur. Bazen ise tahkime başvurulması kanun hükmü ile zorunlu hale getirilmiştir¹⁵.

Kanun tarafından tahkime başvurmanın zorunlu tutulduğu durumlarda zorunlu (mecburi) tahkimden, tarafların tahkime başvurmaları aralarında yapmış oldukları bir sözleşmeye dayanıyorsa ihtiyari tahkimden söz edilir. Taraflar arasında tahkim konusunda bir sözleşme bulunmadığı hallerde tahkim yoluna başvurulması mümkün değildir. Yine iki taraf arasında mevcut bir tahkim sözleşmesi, sözleşmeye taraf olmayan kişilere teşmil edilemez ve aleyhlerine tahkim yoluna gidilemez. Yargıtay da bu konuda verdiği kararlarda *tahkimin istisnai bir yol olduğunu, esas*

13 Koral, İç Hukukumuzda Tahkim, s. 1042.

14 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 820.

15 HELVACI, Mehmet: Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, s. 179.

olanın uyuşmazlıkların mahkemelerde çözülmesi olduğunu açıkça kabul etmiştir¹⁶.

v. Tahkime ilişkin sözleşmede veya kanun hükmünde Mahkemelerin yetkisiz kılınması ve ihtilafı halledecek kişilere (hakemlere) yetki tanınması, ayrıca bu hakemlerin tayin edilmiş veya nasıl tayin edileceğinin belirlenmiş olması gerekir. Tahkim sözleşmesi, esasen hakemin tayini ile tekemmül eden bir hukuki muameledir¹⁷. Taraflarca hakemin ya da hakem kurulunun seçimi ile ilgili bir anlaşma yoksa veya var da taraflardan biri bu hükme uymazsa, bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanununun 416. maddesine göre Mahkemeye başvurularak hakem tayini sağlanacaktır.

C. TAHKİMİN UYGULAMA ALANI

Tahkimin, bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak tarafların anlaşmasıyla kanun tarafından men edilmemiş uyuşmazlıkları çözen bir yargısal faaliyet olduğu yukarıda izah edilmişti. Bu çerçevede uygulamada hangi tür uyuşmazlıkların Tahkim yoluyla çözülebileceği ve hangi uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilemeyeceğinin tespiti gerekir.

Gerçekten her uyuşmazlık hakkında tahkim yoluna gidilmesi mümkün olmayıp, Hukuk Muhakemeleri Kanununun *Tahkime Elverişlilik* başlıklı 408. maddesinde hangi konularda tahkime gidilebileceği açıkça belirtilmiştir. Buna göre, “*Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*” Görüleceği üzere Kanun, kişilerin üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı konularda çıkan uyuşmazlıklarla taşınmazların aynına ilişkin davalarda tahkim yolunu kapatmış, bunlar dışında her konuda devlet yargısı yerine tahkim yoluna gidilebile-

16 Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 2003/2654 Esas, 2004/2603 Karar ve 11.3.2004 Tarihli kararında “*Tahkim şartı bir sözleşmenin taraflarının, bu sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümünü hakeme bırakmak hususunda yaptıkları bir anlaşmadır. Tahkim şartını içeren sözleşme, davacı şirket ile davalı M... Enerji Tic. AŞ. arasında imzalanmıştır. Bu nedenle tahkim şartının sözleşmenin tarafı olmayan davalı banka M... Corp'a teşmili düşünülemez. Çünkü uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai bir nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar.*” demektedir. Aynı daire yine 2002/7495 Esas, 2002/6932 Karar ve 24.10.2002 Tarihli kararında da “*Tahkim şartı, bir sözleşmenin taraflarının bu sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümünü hakeme bırakmak hususunda yaptıkları bir sözleşmedir. Tahkim Şartını içeren sözleşme davacı Mualla ile davalı A. Yatırım Menkul Kıymetler A.Ş. arasında akdedilmiştir. Her ne kadar sözleşme davalı şirketi temsilen sözleşme tarihinde müdür yardımcısı diğer davalı Emel tarafından imzalanmış ise de, temsilen yapılan işlerde hak ve borçlar temsil olunana ait olacağından tahkim şartı sözleşmenin tarafı olmayan adı geçen davalıya teşmil edilemez.*” demek suretiyle aynı ilkeyi tekrarlamıştır. (www.kazanci.com.tr)

17 KORAL, Rabi: Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 13, Sayı: 1, s. 197.

ceğini kabul etmiştir. Yani kısaca söylemek gerekirse, taraflar kendi aralarında sulh yoluyla çözemeyecekleri uyuşmazlıkları, tahkim yoluyla da gideremezler¹⁸.

Bu kapsamda mesela boşanma ve ayrılık davaları, iflas davaları ve çekişmesiz yargı işleri hakkında tahkim yoluna başvurulması yasal olarak imkansızken; bir alacak hakkında veya eser sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulmasında herhangi bir engel yoktur¹⁹.

Yargıtay, kira bedelinin tespiti davalarında tahkim yoluna gidilemeyeceğine hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde “*Kira tesbiti hususu kamu düzenini ilgilendirdiği için, tarafların serbest iradeleri ile kira parasını karşılaştırmaları ancak belli ölçüler ve sınırlar dahilinde mümkündür. Dolayısıyla bu hususta tarafların tasarruf yetkileri sınırsız değildir. Kaldı ki kiracı, kiralayanın talep ettiği kira bedelini de ödemek zorunda değildir. O halde kamu düzenini ilgilendiren kira tesbit uyuşmazlıklarının çözümü hakkındaki tahkim şartı HUMK.nun 518. maddesi hükmü gereğince geçersiz olacağından dava konusu kira uyuşmazlığının hakem heyeti tarafından görülmesi doğru değildir.*” denilmektedir²⁰. Ancak kanaatimce karar doğru değildir. Zira bir borçlar hukuku sözleşmesi olan kira sözleşmesinden kaynaklanan kira bedelinin tespitinin kamu düzenini ilgilendiren bir tarafı yoktur ve taraflarca üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabilecek bir husustur²¹.

Bu husus, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 4. maddesinde verilen tahkim sözleşmesinin tanımında daha da geniş kapsamda düzenlenmiştir. Buna göre, “*Tahkim Anlaşması, tarafların sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın, aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır.*”

Bu tanımdan yola çıkıldığında, tahkim yoluna başvurabilmek için uyuşmazlığın mutlaka bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanmasına gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık hakkında da tahkim yoluna başvurulmasına bir engel bulunmamaktadır. Nitekim uygulamada özellikle marka hakkı ihlalleri veya haksız rekabet iddiaları gibi sözleşmeden kaynaklanmayan uyuşmazlıkların da tahkim yolu ile çözüldüğü görülmektedir²².

18 ARSLAN, Ramazan: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkime İlişkin Hükümleri, ICC Türkiye X. Milletlerarası Tahkim Semineri 1. Oturum Açılış Konuşması, Ankara 2012, s. 27.

19 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 820.

20 Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 2004/13018 Esas, 2004/13409 Karar ve 2.12.2004 Tarihli kararı, www.kazanci.com.tr.

21 Aynı yönde Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 820.

22 YAVUZ, Cevdet: Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, s. 136.

Esasen iç tahkim yönünden de tahkime konu edilecek uyuşmazlığın bir sözleşme ilişkisine dayanma zorunluluğunun olmadığı açıktır. Milletlerarası Tahkim Kanununda tahkim yoluna başvurulabilecek hususlara ilişkin bir çerçeve hüküm getirilmişken; Hukuk Muhakemeleri Kanunu tahkime başvurulamayacak hususları sınırlamış, bunun dışında kalan, yani gayrimenkulün aynına ilişkin olmayan ve taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek nitelikteki her türlü uyuşmazlıkla ilgili tahkim sözleşmesi yapılabileceğini kabul etmiştir.

II. TAHKİMİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yargının temelde devletin egemenliğinin bir unsuru olarak görüldüğü günümüz dünyasında Tahkim, yargı alanındaki bu devlet tekelinin en önemli istisnasını teşkil eder. Bu istisnanın kaynağı da elbette yine devletin yaptığı bir yasama tasarrufudur. Yani devlet sahip olduğu mutlak nitelikteki yargı imtiyazına bir istisna koyarak tahkim usulüne müsaade etmiş ise, tahkim usulü bu istisna sayesinde hukuki varlığını ve itibarını kazanmış sayılır. Bu açıdan devlet yargısı genel ve asli yargı, tahkim usulü de istisnai ve özel yargı niteliğini taşır²³.

İstisnai bir özel yargı yolu olan Tahkimin hukuki niteliği konusundaki temel görüş farklılıkları ise daha ziyade tahkimin maddi hukuk alanında mı yoksa usul hukuku alanında mı kaldığı, bununla bağlantılı olarak Tahkim Sözleşmesinin bir Borçlar Hukuku sözleşmesi mi yoksa Usul Hukuku Sözleşmesi mi olduğu noktasında toplanmaktadır.

Bu soruya verilecek cevap, yurtdışında verilmiş bir hakem kararının tıpkı bir yabancı Mahkeme kararı gibi icra edilip edilemeyeceğini belirleyeceğinden²⁴, ayrıca kanunun boşluklarını da doldurmaya yardım edeceğinden²⁵, bu husus gerek Türk doktrininde, gerekse Avrupa ülkelerinde çokça tartışılmıştır.

A. TAHKİMİN HUKUKİ NİTELİĞİ HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

Tahkim sözleşmesel bir kurumdur. Bunun doğal sonucu olarak tahkimdeki yargılama usulü de tarafların serbest iradesi ile belirlenebilir. Ancak bu konuda uygulanan irade serbestisi kuralı, tahkime ilişkin kullarıdaki emredici hükümlerle sınırlandırılmıştır²⁶.

Tahkimin hukuki niteliği ile ilgili olarak dört ayrı görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki tahkim sözleşmesinin bir maddi hukuk (borçlar hukuku) sözleşmesi olduğunu, ikincisi usul hukuku sözleşmesi olduğunu

23 Yeğenil, s. 96.

24 Karadaş, s. 23.

25 Yavuz, s. 140.

26 TUNÇ YÜCEL, Müjgan: HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Ankara 2013, s. 15.

nu, üçüncüsü her iki hukuk dalından da özellikler taşıyan bir karma sözleşme niteliğinde olduğunu ve son görüş de sui generis (bağımsız-otonom) bir sözleşme olduğunu savunmaktadır.

1. Maddi Hukuk Sözleşmesi Görüşü (Akdi Teori):

Bu görüşe göre, tahkim sözleşmesinde taraf iradelerine kurucu, yenilik doğurucu bir etki tanınmıştır ve bu sebeple bu sözleşme tarafların serbest iradelerine tabi olan (irade serbestisi prensibi) ve Borçlar Hukuku alanında kurulan bir sözleşme türüdür. Hatta sadece tahkim sözleşmesi değil, buna bağlı olarak kurulan hakem sözleşmesi de borçlar hukukunun genel hükümlerinin tanzimi altında bulunmaktadır²⁷. Bu sebeple de sözleşmenin kuruluşu, yapılacak yargılama ve bu yargılama sonucunda verilen karar ile bunlardan doğan tüm hukuki sorunların çözümünde özel hukuka ilişkin sözleşme ile ilgili kurallar uygulanacaktır²⁸.

Bu görüşe göre hakemlerin verdiği karar bir yargı kararı olmayıp, taraflar arasında vücuda getirilmiş özel hukuk kurallarına tabi bir sözleşme niteliğindedir. Bu sebeple de bu kararlara karşı kanun yollarına gidilemeyecek, sözleşmelerde olduğu gibi hata, hile, ikrah gibi sözleşmeyi sakatlayan sebeplere istinaden iptal davası açılabilecektir²⁹.

Bu görüş sahiplerine göre sözleşmenin maddi hukuk alanında kurulup etkilerini de maddi hukuk alanında göstermesi, maddi hukuk karakterini yansıtır. Tahkim esas itibarıyla sözleşmeye dayanır ve hakem kararı da bu sözleşmenin sonucu olarak ortaya çıkan ve tahkim sözleşmesini tamamlayan bir ek sözleşme niteliğindedir. Ayrıca verilen kararın icrası da Mahkeme vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. İşte tüm bu özellikleri, tahkimin maddi hukuk alanında kaldığını gösterir. Bu nedenle de devletin bu prosedüre herhangi bir müdahalesi olmamalıdır. Bu görüş taraf iradesini esas aldığı için, kararın rızaen yerine getirilmediği durumlarda bir sözleşme gibi icra edilmesi gerektiğini savunur³⁰.

2. Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü (Kazai Teori):

Bu teoriyi ileri sürenlerin temel dayanağı, devletin kendi ülkesi içindeki egemenliğin bir unsuru sahip olduğu yargı yetkisi kapsamında tahkim prosedürünü düzenleme ve kontrol etme gücüne sahip olmasıdır. Buna göre tahkim prosedürü devletlerin usul kanunları içinde getirdiği yasal

27 Koral, İç Hukukumuzda Tahkim, s. 1040.

28 Yavuz, s. 142.

29 Yavuz, s. 142.

30 ÖZEL, Sibel: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s.33.

düzenlemelerde kaynağını bulur ve devletin yargı mekanizmasının bir parçasını oluşturur³¹.

Buna göre, taraflar arasında mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın çözümünü amaçlayan bir alternatif yargı yolu olarak tahkim, bu kapsamda hakem heyetinin kurulması, davacının davasını davalının da karşı davasını bu heyette açması, delillerin ikamesi, duruşma, bilirkişilere müracaat, hakem heyetince görüşülerek uyuşmazlığı çözen bir karar verilmesi gibi usuli işlemleri kapsayan kazai nitelikte bir faaliyettir³².

Bu görüş sahiplerine göre tahkim sözleşmesinin borçlar hukuku hükümlerine tabi olarak kurulması, tek başına tahkimin maddi hukuk alanına girdiğini göstermez. Zira tahkim prosedürü taraflar arasında yapılan sözleşmeden değil, bu sözleşmeye ülke kanunları böyle bir sonuç bağladığı için taraflar açısından bağlayıcıdır. Bu teori, tahkimi devlet yargısının bir parçası olarak gördüğü için verilen hakem kararlarını da Mahkeme kararlarına özdeş³³ bir yargı kararı olarak kabul etmekte ve aynen yabancı mahkeme kararları gibi hakem kararlarının da tenfiz edilebileceğini savunmaktadır³⁴.

3. Karma Teori:

Bu görüş sahiplerine göre tahkim sözleşmesi tek başına ne maddi hukuk karakteriyle, ne de usul hukuku yönüyle açıklanamaz. Tahkim sözleşmesi, taraf iradelerinin uyuşması ile kurulur ve sözleşmesel bir ilişkinin sonucu olarak ortaya çıkar. Fakat uygulaması ve doğurduğu sonuçlar açısından tamamen bir usul hukuku kurumu niteliğindedir. Zira uygulamada oynadığı rol itibarıyla devlet Mahkemelerinden farksız olup, bu özelliği ona usuli olma niteliği kazandırır. Böylece tahkim sözleşmesi, bünyesinde hem maddi hukuktan hem de usul hukukundan öğeler taşıyan bir sözleşme niteliği taşır. Hakem kararlarının mahkeme kararları gibi icra edilmesi kamu hukuku yönünü; hakemlerin, uygulanacak hükümlerin ve usulün tayininde irade serbestisinin hakim olması ise akdi niteliğini gösterir³⁵.

Bu görüşe göre tahkim etkisini taraflar arasında yapılan bir tahkim sözleşmesinden almakta ise de, tahkim prosedürüne uygulanacak hukuk onun kazai yönünü gösterir³⁶. Bu kapsamda tahkim anlaşmasının varlığı

31 Özel, s. 32.

32 Yavuz, s. 143.

33 Yavuz, s. 143.

34 Özel, s. 32.

35 Yavuz, s. 143.

36 Özel, s. 33.

akdi niteliğine, tahkim usulüne bir ulusal hukukun uygulanması ise kazai niteliğine işaret eder³⁷.

Karma görüşe göre tarafların irade serbestisi tahkim yeri hukukunun sınırlamalarına tabidir ve tahkimde esasa uygulanan hukuk da tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına tabidir³⁸.

4. Bağımsız (Otonom) Teori:

Bağımsız teori, tahkimi milletlerarası ticari ilişkilerin doğurduğu gerekliliklerden yola çıkarak tanımlamaya ve nitelendirmeye yönelik bir görüştür. Milletlerarası ticari tahkimi bir vakıa olarak ele alan bu görüş sahipleri, milletlerarası ticaretin doğurduğu ihtiyaçların bir sonucu olarak milletlerarası tahkimin geliştiğini ve ulusal ve uluslararası hukukun da buna paralel olarak değiştiğini öne sürerler³⁹.

Bu görüşe göre tahkim kurumu, milletlerarası ticari toplumun ihtiyaçlarını karşılamak üzere oluşmuş bir kurumdur ve bu kurumun bizatihi kendisinin incelenmesi gerekir. Bu teori, tahkime pozitif hukuk ya da ulusal hukuk sistemlerinin dışında bir konum biçmekte ve karma teorisinin ötesine geçerek a-nasyonel (non-national), ulusötesi (transnational) ve yersizleştirilmiş (delocalised) tahkim şekillerini öne sürerek tahkim yeri hukukunu değersizleştirmiştir⁴⁰.

Tahkime ilişkin irade serbestisi de milli hukuklara değil, milletlerarası kamu düzeni kurallarına tabidir ve bu sınırlama esasa uygulanacak hukuk açısından da geçerlidir. Bu sebeple mahalli kamu düzeni kuralları ve müdahaleci devlet anlayışı da bu alanda gittikçe azalmaktadır⁴¹. Taraflar uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuku seçmekte özgür oldukları gibi, herhangi bir seçim yapmamışlarsa hakemler diledikleri ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayabilirler veya milletlerarası ticaret hukukunun maddi normlarıyla karar verebilirler⁴².

Milletlerarası ticari tahkim, zamanla milli hukukları aşan evrensel bir yargılama süreci olma yönünde ilerlemektedir.

Bu teori ise, her ne kadar milletlerarası ticari hayatın gerekliliklerinden doğmuş olsa da tahkimin geçerliliğinin ulusal ve uluslararası hukukun buna izin vermesiyle mümkün olduğu, pozitif hukukça tanınmadığı

37 Yavuz, s. 144.

38 Özel, s. 33.

39 Yavuz, s. 144; Özel, s. 34.

40 Özel, s. 34.

41 Ibid.

42 Yavuz, s. 145.

sürece verilen bir tahkim kararının havada kalmaya mahkum olduğu, özellikle UNCITRAL Model Kanununu baz alarak birçok ülkede modern ulusal tahkim düzenlemelerinin yapıldığı ve bu kanunların bağlama yerini kendi ülkeleri olarak belirlediği, dolayısıyla artık yüzer (floating) tahkim ve a-nasyonel hakem kararlarının bir hükmünün kalmadığı yönüyle eleştirilmiştir⁴³.

5. Yargıtay'ın Görüşü ve Kanaatimiz:

Yargıtay, verdiği bir kararında tahkimin niteliği ile ilgili önemli değerlendirmeler yapmış ve her ne kadar yargılamanın yapılacağı yer konusunda usul sözleşmesi niteliği varsa da tahkim sözleşmesinin düzenlenmesi ve geçerliliği açısından ağırlıklı olarak bir maddi hukuk işlemi olduğunu kabul etmiştir⁴⁴. Kararın gerekçesi şu şekildedir:

“Hakem davası 13.05.2010 günü açılmıştır. Tahkim şartını düzenleyen sözleşmenin ... özel şartlar başlıklı bölümün 4. sayfa 5.1.b. maddesinde uygulanacak kanunların, hukuken geçerli kanunlar ve Türkiye Cumhuriyetinde yürürlükte olan kanunlar olacağı kabul edilmiştir. Bu düzenleme dışında tahkimle ilgili taraflar arasında yeni bir sözleşme ve ihtilafın HMK'ya göre çözümlenmesini kabul ettiklerine dair bir anlaşmanın varlığı da ileri sürülmemiştir. Hakem kararında 6100 Sayılı HMK'nun 448. maddesinde düzenlenen derhal uygulanır kuralı gereğince aynı Kanun'un 439. maddesinde öngörülen kanun yolu açık olmak üzere karar verildiği belirtilmiş ise de bu hakemin yorumu olup tek başına hakem kararına karşı iptâl davası açılabileceği sonucunu doğurmaz.

Her ne kadar tahkim şartı ya da sözleşmesi yargılamanın devlet mahkemelerinde mi yoksa hakemde mi görüleceğine ilişkin olduğundan usul sözleşmesi niteliğinde ise de, bu sözleşmenin düzenlenmesi ve geçerliliği maddi hukuk işlemidir. Tahkim şartı ya da sözleşmesi yapılması maddi hukuk işlemi olduğundan sonradan çıkartılan yeni kanunlar, düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanuna göre geçerli olarak kurulan sözleşmeleri ve sözleşme hükümlerini geçersiz hale getirmez. Maddi hukuk sözleşmelerinin geçerliliklerinin yapıldığı tarihteki yasa hükümlerine tabi olduğu doktrin ve Yargıtay içtihatlarında tartışmasız kabul edilmektedir.

Bu durumda tahkim şartını da ihtiva eden yanlar arasındaki sözleşme maddi hukuk işlemi olduğu, taraflar uyuşmazlığın hakemde

43 Özel, s. 35.

44 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2013/2388 Esas, 2014/113 Karar sayılı ve 9.1.2014 Tarihli karar (www.kazanci.com.tr)

ve açıkça geçerli kanunlar, (Türkiye Cumhuriyeti'nde yürürlükte olan kanunlar uygulanacaktır.) denilmek suretiyle, sözleşmenin yapıldığı tarihte o kanun yürürlükte ve geçerli olduğundan HUMK'ya göre çözümlenmesini kabul ettikleri ve bu sözleşme halen geçerli ve taraflar için bağlayıcı bulunduğundan sözleşme tarihindeki maddi ve usul hukuku kurallarının uygulanması gerekir. Somut olayda 6100 Sayılı HMK'nın 439. maddesiyle getirilen hakem kararlarına karşı sadece iptâl davası açılabilmesi hükmünün uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Tarafların iradesiyle uygulanmasını kabul ettikleri Türk Kanunları arasında olan HUMK'un 516 ve devamı maddelerinde iç tahkim davası sonucu verilen hakem kararına karşı temyiz yoluna başvurulabileceği kabul edildiğinden, iptâl davasının bu sebeple reddi gerekirken belirtilen husus gözden kaçırılarak işin esasını incelenip kabul kararı verilmesi doğru olmaması, bozulması uygun bulunmuştur.”

Görülebileceği üzere Yargıtay, bir yönüyle usul sözleşmesi olduğunu kabul ettiği Tahkim Şartının/Sözleşmesinin, uygulanırken bir maddi hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini, bu sebeple de taraflarca uygulanması kararlaştırılan sözleşme tarihindeki maddi ve usul kanunu hükümlerinin, bu kanunlar daha sonra yürürlükten kalksa bile taraflar açısından uygulanabilirliğini devam ettireceğini kabul etmiştir.

Bundan yola çıkarak da usul kurallarının derhal uygulanacağına ilişkin genel kuralı ve bu doğrultudaki 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 448. maddesindeki düzenlemenin tahkim sözleşmesini kapsamadığını, uygulanacak usul hukukunun da maddi hukuk gibi sözleşme tarihindeki usul kanunu hükümleri olduğunu kabul etmiştir.

Bu kararında Yargıtay, Tahkim Sözleşmesini “*usul hukuku niteliği de bulunan ancak maddi hukuk yönü ağır basan ve mutlak surette taraf iradelerinin üstün tutulduğu bir sözleşme*” olarak kabul etmiştir. Bu yönüyle Yargıtay'ın tahkim sözleşmesini karma görüş kapsamında kabul ettiği düşünülebilirse de, usul sözleşmesi niteliğini sadece tahkimin bir yargı faaliyeti olması yönüyle kabul ettiği ve bunun dışında maddi hukuk alanında kalan bir işlem olarak kabul ettiği ve taraf iradelerine mutlak bir üstünlük tanıdığı da gözden kaçırılmamalıdır. Bu kabulüyle Yargıtay'ın, Akdi Teoriye daha yakın duran bir karma görüşe sahip olduğu söylenebilecektir.

Kanaatimce bu yaklaşım taraf iradelerine uygun biçimde tahkim sözleşmesinin amacının gerçekleşmesini sağlayacağından, hakkaniyete daha uygun bir yorum olarak görülebilir. Ancak, uygulanacak maddi hükümler açısından sözleşmede yer alan taraf iradelerinin üstün tutulması zorunlu

ise de, tahkim müessesesinin usul kanununda düzenlenmiş olan devlet yargısına alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Bu sebeple, usul kuralları bakımından devlet yargısının tabi olduğu hükümlerin tahkim kurumu hakkında da uygulanacağı kabulü zorunludur. Aksi takdirde tahkimin uyuşmazlığı sonlandıran bir yargı faaliyeti olduğu ve hakem kararlarının da tıpkı Mahkeme kararları gibi icrai nitelikte olduğuna ilişkin hükümler havada kalacaktır.

Öte yandan tahkim sözleşmesinde yer alan “yürürlükte bulunan Türk Kanunları” ibaresinin sözleşme tarihinde yürürlükte olan usul kanunu ile sınırlandırılması, usul hükümlerinin derhal uygulanacağına ilişkin kanuni düzenlemenin mantığına da uygun düşmez. Zira Tahkim Sözleşmesi kuruluşu itibarıyla bir Borçlar Hukuku sözleşmesi niteliğinde olsa da, gördüğü işlev ve sonucu itibarıyla de hiç kuşkusuz yargılama faaliyetine ilişkindir. Bu yönüyle de kamu hukuku karakterine sahiptir ve usul kurallarının derhal uygulanacağına ilişkin yasal düzenlemenin tahkim sözleşmeleri açısından da uygulanması zorunludur.

Sonuçta bu iki yönünün bir arada ve birbirini tamamlayan yapısı itibarıyla tahkim sözleşmesinin bir karma sözleşme niteliğinde olduğunun kabulü daha makul görünmektedir. Milletlerarası tahkim de tıpkı iç tahkim gibi her ülkede yasal düzenlemeye tabi tutulup sınırları belirlenmiş ve geçerliliği belli şartlara tabi tutulmuş olduğundan, iç tahkim hakkındaki yaklaşımımızın milletlerarası tahkim için de geçerli olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

B. TAHKİM VE DİĞER ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI

Dünyada özellikle ticari ve sosyal ilişkiler alanında ulusal sınırların her geçen gün daha da esnek ve belirsiz hale gelmesi ve milletlerarası ilişkilerde yaşanan hızlı gelişme, bu yeni yaşam tarzına daha uygun yeni kuralları da zorunlu hale getirmektedir. Öte yandan Mahkemelerin iş yükünün aşırı derecede artması da hızlı sonuç almayı sağlayacak alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına olan ihtiyacı artırmıştır.

“*Alternatif uyuşmazlık çözümü*” kavramında yer alan *uyuşmazlık* ifadesi, kişiler arasında doğan ve hukuk düzenince korunan menfaat çatışmalarının giderilemediği durumları; çözüm ifadesi ise, Mahkemece verilen hükümden farklı olarak taraflar arasında uzlaşmayı sağlayan, tarafların benimsedikleri çözümleri anlatır. Bu çözüme tarafsız üçüncü kişilerin yardımı ile ulaşılır⁴⁵.

45 ILDIR, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, ss. 385-401, s. 386.

Bu ihtiyaçlar önce Amerika'da başlayan ve sonrasında diğer anglo-sakson ülkelerine ve zamanla da başta Avrupa Birliği ülkeleri olmak üzere tüm dünyaya yayılan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının gelişmesini sağlamıştır. Her ülkenin ihtiyaçlarına uygun farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yolları mevcutsa da dünyada en çok kullanılan ve ülkemizde de başvurulan temel alternatif uyuşmazlık çözüm yolları Tahkim (Arbitration), Arabuluculuk (Mediation) ve Uzlaştırma (Conciliation)'dır⁴⁶.

Bugün uyuşmazlık çözüm yolları temelde iki bir ayrıma tabi tutulabilir. Bunlardan biri yargılama yaparak uyuşmazlığı çözme yolu, diğeri ise yargılama yapmadan uyuşmazlığı çözmeye yönelik yollardır⁴⁷. Tahkimi diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından ayıran temel özellik, yargının yerine geçerek yargılama yapması ve tıpkı Mahkeme kararları gibi taraflar için bağlayıcı bir hakem kararıyla sonuçlanmasıdır. Bu sebeple tahkimin yargısal faaliyetin bir parçası mı olduğu, yoksa alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri mi olduğu konusu tartışmalıdır. Avrupa Komisyonu dahi uluslararası tahkimi alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında saymamaktadır⁴⁸.

Tahkim ile diğer alternatif çözüm yolları arasındaki en temel fark, tahkimin bir yargılama ile uyuşmazlığı çözmeye yönelik olması, dolayısıyla yargılama başladıktan sonra tarafların rolü ve etkinliğinin azalması ve söz söyleme hakkının yargılama makamına geçmesidir. Tabiri caiz ise burada taraflar kozlarını paylaşmakta ve karşı tarafı alt ederek hakkını almaya çalışmaktadır. Bu ise çoğu kez uyuşmazlığı daha da derinleştirmekte, taraflar için sonuçlarını daha da ağırlaştırmaktadır. Bu sebeple de mümkün olduğunca uyuşmazlıkları çatışmacı yargılama faaliyetleri yerine uzlaşmacı yöntemlerle çözmek hem yargının iş yükünü hafifletecek, hem de sosyal barışa daha fazla hizmet edecektir⁴⁹.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, kısa sürede sonuç alınması, mahkemeye göre ucuz ve daha az çekişmeli olmaları, tarafların sürece aktif katılmaları ve aleni olmaları nedeniyle tercih edilmektedir⁵⁰. Ancak kimi zaman alternatif uyuşmazlık çözümünde -özellikle tahkimde- de hızlı sonuç almak mümkün olmayabilir. Bu sebeple tarafların zarara uğramaması için, gerek iç tahkimde, gerekse milletlerarası tahkimde geçici hukuki koruma önlemlerine de başvurma imkanı getirilmiştir⁵¹.

46 YET, Orhun: İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları İçinde Tahkim, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul 2009, s. 254.

47 PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011, s. 760.

48 Yet, s. 255.

49 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 761.

50 Yet, s. 255.

51 Tunç Yücel, s. 16.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelik en büyük eleştiriler, yargının egemenliğin bir parçası olduğu ve başka bir kişi veya kuruma terkedilemeyeceği, ayrıca bu arayışların devletin adaletinden kaçış niyetiyle yapıldığını ve devleti zayıflatacağını savunmaktadır⁵². Olumlu bakanlar ise, alternatif çözüm yollarının devlet yargısına bir zararı bulunmadığını ve devlet yargısını bertaraf etmediğini, bilakis iş yükünü hafifleterek ve yargılamanın daha kısa sürede tamamlanmasını sağlayarak hak arama özgürlüğüne hizmet ettiği gibi, devlet yargısının kalitesini de artırdığını savunmaktadırlar⁵³.

1. Tahkim ve Arabuluculuk

Arabuluculuk, yargısal faaliyet niteliği taşımayan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başında gelir. Türk hukukunda arabuluculuk, 22 Haziran 2012 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6325 sayılı *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu* ile hukuki hukuki düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Kanunda Arabuluculuk, “*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*” olarak tanımlanmıştır.

Arabuluculuk da tıpkı tahkim gibi sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan hukuk uyuşmazlıklarında (aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar haricinde) başvurulabilecek bir yoldur. Bu husus Kanununun 1. maddesinde açıkça vurgulanmıştır. Kanun, arabuluculukta iradilik, eşitlik, gizlilik, beyan ve belgelerin kullanılabilmesi ve tanıklık yapılamaması gibi çeşitli esaslar belirlemiş ve arabulucuyu bu esasları gözetip sağlamakla yükümlü tutmuştur. Bu sayede de arabuluculuğun etkin ve adil bir biçimde uygulanmasını temin etmeye çalışmıştır. Bu genel açıklamalardan sonra Tahkim ile Arabuluculuk arasındaki temel farklılıklar şu şekilde sıralanabilir⁵⁴:

i. Tahkim, Mahkemelerde olduğu gibi bir yargılama faaliyetidir. Arabuluculukta ise uyuşmazlığın yargılama yapılarak değil, uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin (arabulucunun) katılımıyla

52 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 762.

53 Ildır, s. 397-398.

54 Bu konuda detaylı karşılaştırma için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 76-77.

yapılan görüşmeler neticesinde uzlaşma ile çözüme kavuşturulması esastır. Burada görev alan üçüncü kişi tarafları yargılamamakta, her iki tarafın da menfaatine olacak biçimde aralarını bulmaya gayret etmektedir. Aynı şekilde arabulucunun görevi tarafları yargılamak ve haklarında bir hüküm oluşturmak değildir.

ii. Tahkimde yargılama yapacak hakem veya hakemleri, yargılama usulünü ve uygulanacak maddi hukuku taraflar belirlerler; ancak iş hakeme intikal ettikten sonra tarafların dava üzerinde herhangi bir inisiyatifleri yoktur. Oysa arabuluculukta varılacak sonuç arabulucunun inisiyatifinde olmayıp, tarafların serbest iradesine tabidir.

iii. Tahkim bir yargılama faaliyet olduğundan, hakem tarafların gelecekteki menfaatlerini değil, uyuşmazlıktan önceki hak ve menfaat dengesini gözeterek aynı hukuksal durumu temin etmeye çalışır. Arabulucunun görevi ise uyuşmazlıkları değil, tarafların ortak menfaatlerini ve üzerinde uzlaşılabilir yönleri ön plana çıkararak, her iki tarafın da menfaatine olacak bir sonucu ortaya çıkarmaya çalışmaktır. Bu sebeple de tahkimde bir taraf –bazen her iki taraf birden- karardan tatmin olmamakta, fakat arabuluculukta her iki taraf da mevcut duruma göre ulaşabilecekleri en iyi sonuca ulaşmalarına ikna olarak tatmin olmaktadır.

iv. Tahkime göre arabuluculuk, çözüme daha kısa sürede ve daha az masrafla ulaşmayı sağlar.

v. Tahkim, uyuşmazlığın hukuki bilgi çerçevesinde çözümlenmesini amaçlar. Fakat arabuluculukta önemli olan tarafların uzlaştırılması olduğundan hukuki bilgi önemli ise de ikinci planda kalır.

vi. Tahkimde tarafların iletişimi zayıftır ve Hakemlerin kontrolü altındadır. Oysa arabuluculukta taraflar doğrudan iletişim halindedirler ve arabulucu sadece onlara yardımcı olup katkıda bulunmaktadır.

2. Tahkim ve Uzlaşma

Uzlaşma da genel itibariyle arabuluculuğa benzese de bir yönüyle uzlaşmadan farklıdır. Arabulucunun işlevi taraflar arasında bir çözüm yolu belirlemek olmayıp tarafları görüştürmek ve kendi özgür iradeleriyle bir çözüme ulaşmalarını sağlamaktır. Uzlaştırıcının görevi ise bundan daha geniştir. Uzlaştırıcı, gerekli görürse taraflara bir uzlaşma önerisi sunabilmektedir. Fakat sunduğu uzlaşma önerisi bağlayıcı olmayıp tavsiye niteliğindedir ve tarafları çözüme yönlendirmeye yöneliktir⁵⁵. Ancak uzlaştırıcının tavsiye niteliğindeki kararları, ihtilafın yargıya veya tahkime gitmesi halinde hakimleri ya da hakemleri etkileyebilecektir⁵⁶.

55 Yet, s. 254.

56 BALCI, Muharrem: İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999, s. 26.

Uzlaştırma bir yönüyle tahkime benzemekte ve uzlaştırıcıya toplum tarafından hakem gözüyle bakılmaktadır. Oysa hakemlerin verdiği karara taraflar istemese de uymak zorundayken, uzlaştırıcının verdiği karara uyup uymamak tamamen tarafların vicdanlarına kalmıştır⁵⁷.

Yani Uzlaşma, taraflar üzerinde daha etkin ve sıkı bir ilişki biçimi kurma ve gerekli görülürse tavsiye niteliğinde bir çözüm önerisi sunabilme yetkisi bakımından Arabuluculuktan; sunulan çözüm önerisinin bağlayıcı olmaması ve uzlaşıp uzlaşmamanın ve uyuşmazlığı sonlandırıp sonlandırmamanın tarafların serbest iradelerine tabi olması yönüyle de tahkimden farklılaşmaktadır. Dolayısıyla taraflar, tahkimdeki hakem kararının aksine, uzlaştırıcının önerdiği çözüm önerisi ile bağlı olmayıp ona göre hareket etmeğe zorlanamazlar⁵⁸.

Uzlaştırma tahkim ve mahkeme yargısının alternatifi olarak görülebileceği gibi, bir ön aşaması olarak da görülebilir. Zira mesela tahkim sözleşmesi Mahkemeye gitmeyi engelleyen ve ilk itiraz olarak ileri sürülürse açılan davanın bu sebeple reddini gerektiren bir niteliğe sahipken, uzlaşma hakkındaki sözleşmenin bulunması tarafları bu yola başvurmayaya zorlayamaz. Taraflar aralarında bu yönde bir sözleşme bulunduğu halde doğrudan Mahkemeye veya tahkime başvurabilirler⁵⁹.

SONUÇ

Tahkim, ticari ve sosyal ilişkilerin giderek daha da geliştiği ve karmaşıklaştığı günümüz dünyasında, milli devlet yargısının yetersiz kaldığı noktalarda alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak her gün etkisini ve kapsamını daha da genişletmektedir.

Özellikle milletlerarası ticari ilişkilerde tarafların tabiiyetinin farklı olması halinde, hangi ülke yargı makamları önünde muhakeme olunacağı ve uyuşmazlığın hangi kanunlara göre çözümleneceği konusundaki sorunların aşılmasında tahkim çok ideal bir çözüm yolu olmuştur.

Aynı şey, dava dosyaları arasında kaybolan ve uzun süreli yargılamalar nedeniyle adaleti temin etmesine mucize gözüyle bakılan devlet yargısının aşırı iş yüküne ve fahiş masraflarına alternatif olması nedeniyle iç tahkim için de rahatlıkla savunulabilir. Özellikle hakem ücretlerinin bir standarda bağlanması, yargılama süresinin 1 yıl ile sınırlanması, seçilen hakemlerin uzman olması halinde bilirkişi incelemesi ile zaman kaybedilmeme-

57 Ibid.

58 AZİZOV, Hakim: Uluslararası Ticari Tahkim, Ankara 2004, s. 19. (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr> Bağlantı Zamanı: 20.05.2017 Saat: 00:35)

59 Balcı, s. 28.

si gibi sebeplerle iç tahkim bugün yıllarca süren ve çoğu zaman sonucu her iki tarafı da tatmin etmeyen devlet yargısına çok iyi bir alternatiftir.

Tarafların yargılamanın tabi olacağı usul kurallarını, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak maddi hukuku ve hakemleri seçme hakkına sahip oldukları tahkim yolu, verilecek kararın da taraflarca daha kolay sindirilmesini ve uygulanmasını sağlayacak bir yoldur.

Devletçe bahsi geçen cazip yönleri sebebiyle belli konularda (özellikle tüketiciyi koruma temelli) zorunlu tahkim uygulamaları geliştirilmiştir. Ancak bugün ciddi sıkıntılarla karşı karşıya bulunan yargının önünü açmak için tahkimin gerçek bir alternatif olduğu ve belli uyuşmazlıklarla ilgili tarafların serbest iradelerini de gözetecek nitelikte bir zorunlu tahkim düzenlemesi yapılabileceği nedense düşünülmemiştir.

Mesela ticari uyuşmazlıkların çözümünün yıllarca sürdüğü, kararların neredeyse tamamının uzun süren bilirkişi incelemelerine dayandırıldığı ülkemizde, verilen kararlar bozulan hak ve menfaatler dengesini yeniden kurmak konusunda genellikle yetersiz kalmaktadır. Ticaret Mahkemelerinin iş yükünü azaltacak ve tarafların gerek maddi, gerekse manevi anlamda tatminini sağlayacak hızlı ve etkili bir yargılama için belirli ticari uyuşmazlıklarla ilgili olarak sınırları çizilmiş, ancak hakemlerin seçimi gibi belli konularda tarafların iradesini de etkin kılan bir zorunlu tahkim uygulaması, her şeyden önce tarafların yararına olacaktır.

KAYNAKÇA

- YEGENGİL, Rasih:** Tahkim (L'arbitrage), İstanbul 1974.
- KORAL, Rabi:** İç Hukukumuzda Tahkim, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 13, Sayı: 3, ss. 1038-1081.
- KORAL, Rabi:** Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 13, Sayı: 1, ss. 193-218.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yay., Ankara 2011.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yay., Ankara 2011.
- NOMER, Ergin/EKŞİ, Nuray/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli:** Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, Beta Yay., İstanbul 2013.
- BALCI, Muharrem:** İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, Danışman Yay., İstanbul 1999.
- KARADAŞ, İzzet:** 6100 Sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Adalet Yay., Ankara 2013.
- ÖZEL, Sibel:** Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal Yay., İstanbul 2008.
- TUNÇ YÜCEL, Müjgan:** HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Seçkin Yay., Ankara 2013.
- KALPSÜZ, Turgut:** Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan, C:2, İstanbul 2003, ss. 1027-1053.
- HELVACI, Mehmet:** Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", ss. 179-202, TMSF Yayını, İstanbul 2009.
- ARSLAN, Ramazan:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkime İlişkin Hükümleri, ICC Türkiye X. Milletlerarası Tahkim Semineri 1. Oturum Açılış Konuşması, ICC Yayını, Ankara 2012.
- YAVUZ, Cevdet:** Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", ss. 133-177, TMSF Yayını, İstanbul 2009.
- ILDIR, Gülgün:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, ss. 385-401, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004.
- YET, Orhun:** İdari Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları İçinde Tahkim, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", ss. 253-264, TMSF Yayını, İstanbul 2009.
- AZIZOV, Hakim:** Uluslararası Ticari Tahkim, Ankara 2004, s. 19. (<http://acikarsiv.ankara.edu.tr>)
- BİRSEL, Mahmut T.:** Milletlerarası Tahkim ve Türk Tahkim Hukuku, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, ss. 499-538, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1998.
- Kazancı İctihat Bilgi Bankası, (www.kazanci.com.tr).**

SERMAYE PİYASASI HUKUKUNDA PAY ALIM TEKLİFİ ZORUNLULUĞUNUN DOĞMASI

Kenan KOÇ¹

I. GENEL OLARAK PAY ALIM TEKLİFİ ZORUNLULUĞU

A. Tanımı ve Kapsamı

SerPK'da zorunlu pay alım teklifinin tanımı yapılmamış sadece zorunlu pay alım teklifi ile ilgili çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Ancak doktrinde belli başlı tanımlar yer almakla birlikte yazarlar bazı noktalarda tam olarak bir noktada birleşmemiş, birbirlerine çeşitli eleştiriler getirmişlerdir.

Kolcuoğlu'na göre zorunlu çağrı, "*Herhangi bir yöntemle, doğrudan veya dolaylı olarak açık bir ortaklığın yönetim kontrolünü ele geçirecek oranda pay iktisap edenlerin, söz konusu ortaklığın yönetiminin dışında kalan diğer pay sahiplerine ait paylarını da satın almak için çağrıda bulunma yükümlülüğü altına girmesi olarak tanımlanabilir.*"² 6362 sayılı SerPK'nın bu zorunluluk bakımından; pay iktisabını değil, yönetim kontrolünü ele geçirme olgusunu merkeze koyması nedeniyle, bu tanım güncelliğini kaybetmiştir.³

Kendigelen'e göre zorunlu çağrı, "*Halka açık bir anonim ortaklıkta yönetim kontrolünün el değiştirmesine yol açacak oranda pay iktisap edenlerin, diğer payları satın almak üzere, bu payların sahiplerine yönelik aleni pay alımı teklifinde bulunması yükümlülüğünü ifade eder.*"⁴ Bu tanımda da Kolcuoğlu'nun yaptığı tanıma yöneltilen eleştiriler yapılabılır.⁵

1 İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Öğrencisi, Kilis 7 Aralık Üniversitesi Ticaret Hukuku Araştırma Görevlisi

2 Umut Kolcuoğlu, Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı, Vedat kitapçılık, İstanbul 2009, s.7

3 6362 sayılı yeni SerPK'ya dayanarak yayımlanan II-26.1 sayılı Pay Alım Tebliği'ne göre önemli olan pay iktisabı değil, yönetim kontrolünün elde edilmesidir. Dolayısıyla burada önemli olan nokta; pay iktisabından ziyade yüzde 50'nin üzerinde oy hakkını elde ederek ya da TTK. m.360'ta belirtilen imtiyazlara sahip olarak ortaklığın yönetiminde kontrolü ele geçirmektir.

4 Abuzer Kendigelen, "Zorunlu Çağrıya İlişkin Son Gelişmeler", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010. C-II. S.1163

5 Zorunlu pay alım teklifinin ortaya çıkması için yalnızca yönetim kontrolünün el deği-

Paslı'ya göre zorunlu çağrı, "halka açık anonim bir ortaklığın kontrolünü ele geçiren kişinin, devir işleminin ardından devralma işleminin dışında kalan hedef ortaklık pay sahiplerinin payları satın almak üzere aleni/genel teklifte/çağrıda bulunmak zorunda olmasını ifade eder."⁶ Bizim de katıldığımız bu yoruma bazı yazarlar, tanımın lafzına bakılınca ortaklığın yönetim kontrolünün ilk kez elde edilmesinde bu zorunluluğun doğmadığı anlamı çıktığını söylediler de biz bu yoruma katılmıyoruz.⁷

Zorunlu pay alım teklifi, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 25 ve 26ncı maddelerinde ve bu kanunun 25nci maddesinin ikinci bendi ile 26ncı maddelerine dayanarak hazırlanan II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği'nde ve II-26.1a sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'de düzenlenmiştir.⁸ Ayrıca yönetim kontrolü elde edilmeden de bazı özel durumlarda doğan pay alım teklifi zorunluluğu halleri ile bunların dayandığı kanun ve tebliğ maddelerinden ileride bahsedilecektir.

Bu tebliğin kapsamına ilişkin olarak tebliğin 2nci maddesi bir kısıtlama getirmiştir. Buna göre, SerPK'nın m.25/1, m.26/5 ve m.33/4 hükümlerinde belirtilen durumlarından yönetim kontrolünün ele geçirilmesinden bağımsız olarak meydana gelmesi durumunda eğer aksi ilgili düzenlemelerle belirtilmemişse bu tebliğ uygulanmayacaktır.⁹

Ayrıca birçok tebliğde kendisine atıf yapılmış, ilgili tebliğlerin pay alım teklifi ile alakalı kendi bünyelerinde hüküm barındırmamaları halinde Pay Alım Teklifi Tebliği'nin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Yani Pay Alım Teklifi Tebliği burada bir genel hüküm olma özelliğine sahip-

tirmesi değil, bu kontrolün ortaklığın kuruluşundan itibaren ilk kez elde edilmesiyle ortaya çıkabileceği ve pay iktisabı yapılmadan da yönetim kontrolünün çeşitli yollarla sağlanabileceğine dair daha geniş bilgi için bkz. İsmail Türkyılmaz, Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.7

6 Ali Paslı, Anonim Ortaklığın Devralınması, Vedat kitapçılık, İstanbul 2009, s.406

7 Bu ifadede de ortaklığın yönetim kontrolünün el değiştirilmesinden bahsedilerek sanki daha önce başkalarının yönetim kontrolünü elinde bulundurduğu, ortaklığın yönetim kontrolünün ilk ele geçirenlerin bu çağrıdan muaf olduğu anlamı çıktığına dair daha geniş bilgi için bkz. Türkyılmaz, a.g.e., s.8

8 II-26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği 23/01/2014 tarihinde 28891 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ardından 27/02/2015 tarihinde 29280 sayılı Resmi Gazete'de Pay Alım Teklifi Tebliği'nde Değişiklikler Yapılmasına Dair Tebliğ (II-26.1.a) yayımlanmıştır.

9 II-26.1 sayılı tebliğin ikinci maddesine göre: " (1) Bu Tebliğ, yönetim kontrolü değişiminden bağımsız olarak, 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 25 inci maddesinin birinci fıkrası, 26ncı maddesinin beşinci fıkrası ve 33 üncü maddesinin dördüncü fıkrası çerçevesinde pay alım teklifi zorunluluğunun doğduğu hallerde aksi ilgili düzenlemelerde belirtilmedikçe uygulanmaz."

tir.¹⁰ İlgili tebliğlerde öngörülen pay alım teklifi zorunluluğunun doğması durumunda, bu zorunluluğa kaynaklık eden tebliğlerde zorunlu pay alım teklifi ile alakalı hüküm bulunmayan hallerde II-26.1 sayılı tebliğ uygulama alanı bulacaktır.

Pay alım teklifi zorunluluğu yalnızca halka açık anonim ortaklıklarda söz konusu olabilecektir. Ülkemizde halka açık ya da halka açık sayılan¹¹ bir anonim şirket, halka kapalı anonim şirketlerden daha sıkı yasal sorumluluklara tabidir. Çünkü halka açılan bir şirketin çok sayıda ortağı olabilir ve piyasanın güvenliği açısından devlet kurumlarının birtakım önlemler alması gerekir.¹² Pay alım teklifi zorunluluğu da bu önlemlerden bir tanesidir. Zaten tebliğin ilk maddesinde de amacın, halka açık ortaklıklardaki pay alım tekliflerinin düzenlenmesi olarak belirtilmiştir.¹³

B. Amacı

1. Küçük Yatırımcının Korunması

Pay alım teklifi zorunluluğunun en temel amacı, yönetim kontrolünün değişmesinden memnun olmayan, ortaklık politikalarının değişme ihtimalinden dolayı zarar görme tehlikesi olan küçük yatırımcıyı korumaktır.¹⁴ Şirketin yeni politikaları, yönetim kontrolünü ele geçiren kişilerin şirketle ilgili düşünceleri, para politikaları, önemli nitelikteki diğer kararları küçük yatırımcıya zarar verebilir.¹⁵ Burada kullanılan yönetim kontrolünün değişmesi terimi, yalnızca yönetimin el değiştirmesi için değil; aynı zamanda yönetim kontrolünün ilk defa elde edilmesi halini de kapsar. Böyle bir tehlike durumunda küçük yatırımcı paylarını adil bir fiyat üzerinden satıp ortaklıktan çıkabilir. Bu fiyatın adil olmasını, sürecin şeffaf olmasını, ödemenin yapıma şeklini, faizle ilgili hükümleri ve bu

10 Türkyılmaz, a.g.e., s.10

11 SerPK m.16'ya göre: "Payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılır. Bu ortaklıklar halka açık ortaklık hükümlerine de tabi olurlar." ; Bu konu ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2014, 8. Bası, s.111

12 Anonim Ortaklıkların ekonomi düzeninde önemli rolü olduğu ve bu rolün korunması amacıyla hukuki düzenlemelerin yapılması gerektiğine dair daha geniş bilgi için bkz. Fatih Bilgili, Ertan Demirkapı, Şirketler Hukuku, Dora Yayıncılık, Bursa 2013, s.196

13 Patt. m.1'e göre: "Bu Tebliğin amacı, halka açık ortaklıklarda gönüllü ve zorunlu pay alım teklifinde bulunulmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir."

14 Kendigelen, a.g.e., s.1164; Türkyılmaz, a.g.e., s.26; Pahlı, a.g.e., s.407; Abdurrahman Yıldırım, "Çağrıda Bulunmada Madalyonun Öteki Yüzü", Sabah Gazetesi, 13.06.2005; Kolcuoğlu, a.g.e., s.8; İlhan Dinç, Sermaye Piyasası Hukukunda Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanması, Legal yayıncılık, İstanbul 2006, s.231; Çağlar Manavgat, Aleni Pay Alım Teklifi, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 64, s.121

15 Küçük yatırımcının uğrayabileceği diğer tehlikeler ile alakalı daha geniş bilgi için bkz. Türkyılmaz, a.g.e., 28

zorunluluğun yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak yaptırımları kanun ve tebliğ güvence altına almıştır.¹⁶

II-26.1 sayılı tebliğin 5nci maddesinin ilk bendinde "...tüm pay sahiplerinin haklarını koruyacak şekilde pay alım teklifi yapılması zorunludur." denilerek zorunluluğun bu amacına vurgu yapılmıştır.¹⁷

2499 sayılı eski Sermaye Piyasası Kanunu m.16/A'da da "...önemli olay ve gelişmelerden Kurul, küçük pay sahiplerinin korunması ve kamunun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapar." denilerek yine bu amaca vurgu yapılmıştır.¹⁸

2. Eşit İşlem İlkesi

Pay alım teklifi zorunluluğunun ilk amacı küçük yatırımcıyı korumaktır. Aslında aynı başlığın altına da yazılabilecek bu eşit işlem ilkesi de küçük yatırımcının korunması amacına hizmet eder. Ayrıca, farklı menfaat grupları arasındaki menfaat dengesini sağlar.¹⁹

Burada eşitlik ilkesinin iki yönlü olduğunu belirtmek gerekir.²⁰ Gerçekten de, eşitlik ilkesinin ilk ayağı fırsat eşitliğidir. Fırsat eşitliği kontrol primi ile alakalı bir durumdur.^{21 22} Kontrol priminin paylaşılması fırsat

16 Türkyılmaz, a.g.e., s.29

17 Patt. m5/1: "Herhangi bir kişi veya birlikte hareket ettiği kişiler tarafından, hedef ortaklığın sermayesini temsil eden paylarının kısmen veya tamamen iktisap edilmesi suretiyle yönetim kontrolünün elde edilmesi halinde, hedef ortaklığın sermayesini temsil eden diğer paylarını elinde bulunduran tüm pay sahiplerinin haklarını koruyacak şekilde pay alım teklifi yapılması zorunludur. Pay alım teklifinde, hedef ortaklığın sermayesini temsil eden aynı gruba dahil tüm payları eşit işleme tabi tutulur."

18 eSerPK m.16/A: "Halka açık anonim ortaklıkların sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla pay sahiplerine çağrıda bulunarak, hisse senedi toplama girişiminde bulunulmasında veya genel kurullarda oy hakkını kullanmak için vekalet istenmesinde veya ortaklığın pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucu veren, hisse senedi el değiştirmelerinde, sermaye artırımlarında, birleşme ve devirlerde, menkul kıymetlerin değerini etkileyebilecek önemli olay ve gelişmelerden Kurul, küçük pay sahiplerinin korunması ve kamunun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapar."

19 Şükrü Yıldız, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Seçkin kitabevi, Ankara 2004, s.61

20 Manavgat, a.g.e., s.108

21 Paşlı, a.g.e., s.411

22 Paşlı, kontrol priminin paylaşılması kısmını fiyat eşitliği başlığı altında incelerken, Manavgat ise bu konuyu fırsat eşitliği başlığı altında incelemiştir. Daha geniş bilgi için bkz. Paşlı, a.g.e., s.4; Manavgat, a.g.e., s.254

eşitliği ilkesinin bir gereğidir²³. Paylarını satarak yönetim kontrolünü elen geçiren kişiden kontrol primi alan pay sahipleri ile henüz paylarını satmamış olan pay sahipleri arasında fırsat eşitliğinin sağlanması için pay alım teklifi zorunluluğuna ihtiyaç duyulur.

Eşit işlem ilkesinin diğer ayağı ise fiyat eşitliğidir.²⁴ Fiyat eşitliği, pay sahiplerinin şirketten çıkması, paylara ödenen bedel, ödeme şekli ve vade konusunda eşit şartlara tabi olmalarıdır.^{25 26}

Eşit işlem ilkesinin temeli TTK m.357'ye dayanır. Buna göre "Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur." Tebliğin 5nci maddesinde "...Pay alım teklifinde, hedef ortaklığın sermayesini temsil eden aynı gruba dahil tüm payları eşit işleme tabi tutulur." ifadesi kullanılarak eşit işlem ilkesine vurguda bulunulmuştur. Aynı zamanda tebliğin 16ncı maddesinde ise "Fiyat Eşitliğinin Sağlanmasına İlişkin Esaslar" başlık olarak düzenlenmiş ve eşit işlem ilkesine değinilmiştir.

C. Hukuki Niteliği

Pay alım teklifi zorunluluğu ile alakalı olarak hukuki bir nitelendirme yapmak, ortaklıklar hukuku ve piyasanın sağlıklı yürümesi açısından hayati bir önem taşır. Doktrinde genellikle Borçlar Kanunu'nda tanımlanan 'öneri' kurumu içerisinde gösterilen bu zorunluluk, muhatapların kabulü ile birlikte bir sözleşme kurulmasını sağlayacaktır²⁷. Ayrıca tebliğde belirtilen kamuyu aydınlatma şartlarından dolayı aleni tebliğlerde hüküm bulunmaması durumunda Borçlar Kanunu genel hüküm olarak esas alınacaktır.²⁸ Ancak konunun ciddiyeti, genel hükümlere gitmeden bu konu-

23 Kontrol priminin, yönetim kontrolü için payların mevcut piyasa değerinin üzerinde yapılan ödemeye denildiğine dair daha geniş bilgi için bkz. Kolcuoğlu, a.g.e., s.14

24 Pash, a.g.e., s.411; Manavgat, a.g.e., s.110, Türkyılmaz, a.g.e., s.30

25 Burada adı geçen 'çıkma' ifadesi TTK'da kullanılan terim değildir. Paylarını adil bir bedel üzerinden satın ortaklıktan ayrılma durumudur. Konu ile alakalı daha detaylı bilgi için bkz. Yusuf Ziyaeddin Sönmez, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s.7

26 Türkyılmaz, a.g.e., s.30

27 Manavgat, a.g.e., s.224

28 Patt. m.10: " (1) Aşağıdaki hususlar Kurulun özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin esasları çerçevesinde, teklifte bulunan tarafından kamuya açıklanır: a) Pay alım teklifinde bulunulmasına karar verilmesi. b) Pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun ortaya çıkması, muafiyet talep edilip edilmeyeceği, muafiyet talebinin bu Tebliğin hangi maddesi çerçevesinde yapılacağı. c) Pay alım teklifi fiyatı veya fiyatın nasıl tespit edileceği hakkında bilgi. ç) Pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan muaf tutulmak veya pay alım teklifinde bulunmak üzere fiilen Kurula başvuruda bulunulması. d) Kurula yapılan pay alım teklifinde bulunma veya pay alım teklifinden muafiyet başvurusunun sonuçlanması. e) Pay alım teklifi fiyatının tespiti amacıyla hazırlanacak değerlendirme raporlarının özet veya sonuç kısımları. f) Pay alım teklifi süresince her işlem günü

nun mümkün olduğunca özel hükümlerle çözülmesini gerektirir.²⁹

Tebliğde ayrıca bu teklif zorunluluğu için 10 ve 20 günlük sürelerden bahsedilmiştir. Buna göre, bu teklifin süresi 10 günden az, 20 günden fazla olmayacaktır. Dolayısıyla pay alım teklifi zorunluluğu, aleni ve süreli bir öneri niteliği taşımaktadır.³⁰

D. Eleştiriler

Pay alım teklifi zorunluluğunun gerekliliği, Anayasa'dan kaynaklanan sözleşme özgürlüğüne uygunluk derecesi, bu özgürlüğün kısıtlanma yönteminin hukuka uygunluğu ve ortaklıklar hukukunda belirtilen tek borç ilkesine uygunluğu konu ile alakalı olan en temel soru işaretleridir. Doktrinde konu ile alakalı sayısız tartışmalar mevcuttur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, pay alım teklifi zorunluluğu küçük yatırımcılar açısından; hem piyasaya güven hem de yatırım motivasyonu açısından çok önemlidir.³¹ Yönetim kontrolü istemediği bir şekilde değiştiği zaman paylarını rahatlıkla adil bir fiyat üzerinden satıp ortaklıktan çıkabileceğinin bilincinde olan bir yatırımcı, yatırımlarını yapma konusunda daha rahat davranacaktır. Bu, ülkenin ekonomik kalkınması açısından önemli bir gelişme olacaktır.

Tüm bunlar küçük yatırımcı açısından çok iyi gelişmeler olarak görülse de ortaklığın yönetim kontrolünü ele geçiren taraf gözüyle bakıldığında adil olmayan bazı hükümler görülebilecektir.

Konu ile ilgili en ciddi eleştiri Anayasa'nın 48nci maddesinde düzenlenen sözleşme serbestisi ilkesinin kısıtlanmasıdır.³² Anayasa'nın 13ncü

sonunda borsadan ve borsa dışından alınan pay adedi ve tutarı ile pay alım teklifine karşılık veren pay sahibi sayısı. g) Pay alım teklifi süresinin bitiminde, teklif süresince alınan toplam pay adedi ve tutarı ile pay alım teklifine karşılık veren toplam pay sahibi sayısı. ğ) Pay alım teklifi sonrası payları teklife konu olan ortaklığın detaylı ortaklık yapısı ve yönetim durumu. h) Gönüllü pay alım teklifi yoluyla pay toplama girişiminden vazgeçilmesi. ı) Fiyat eşitliğinin sağlanmasına ilişkin olarak yapılan işlemler.

(2) Pay alım teklifi fiyatı veya fiyatın nasıl tespit edileceği hakkında bilgi, teklifte bulunulmasına karar verilmesi veya teklifte bulunma zorunluluğunun ortaya çıkmasına ilişkin hususun açıklanması ile eşanlı olarak kamuya açıklanır.

(3) Pay alım teklifinde yatırım kuruluşu kullanılmasının zorunlu olduğu durumlarda, bu madde uyarınca kamuya açıklanması gereken hususlar yatırım kuruluşu tarafından da kamuya açıklanabilir. Bu durumda da sorumluluk teklifte bulunana aittir."

29 Manavgat, a.g.e., s.224

30 Türkyılmaz, a.g.e., s.16-17

31 Türkyılmaz, a.g.e., s.22

32 Kendigelen, a.g.e., s. 1202

maddesine göremel hak ve özgürlükler yalnızca kanunla sınırlanabilir. Ancak mevzuatımızda bu sınırlama bir tebliğ ile yapılmıştır.³³ Anayasa'nın 124ncü maddesi kamu tüzel kişilerine her ne kadar kendi görev alanları ile alakalı kanun ve tüzüklerin uygulanması için yönetmelikler yapma hakkı veriyorsa da, kanuni idare ilkesi gereğince idarenin herhangi bir konuda asli düzenleme yetkisi yoktur.³⁴

Ayrıca doktrinde kontrol payının paylaşılması da eleştirilmektedir. Pashi'ya göre, kontrol primi anonim ortaklığın tüzel kişiliğine ait değildir, bu primin sahibi kontrolü ele geçirendir. Dolayısıyla bu kontrol priminin dağıtılması doğru değildir.³⁵ Yazara göre ayrıca, anonim ortaklığın temeli pay devir serbestisine dayanır bu nedenle yönetim kontrolünü ele geçirenin zorunlu olarak pay alım teklifinde bulunması bu serbestiye aykırıdır.³⁶

Anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin tek borcu vardır ve bu da pay sahibinin taahhüt ettiği sermayeyi ödemesidir. Buna doktrinde 'tek borç ilkesi' denmektedir.³⁷ Bu ilke gereğince pay sahipleri, ortaklığa taahhüt ettikleri sermayeden daha fazla bir ödemede bulunmak zorunda değildir. Anonim ortaklığın iflası ya da tasfiyesi durumunda da pay sahipleri tek borç ilkesi gereğince yalnızca taahhüt ettikleri sermaye kadar sorumlu tutulabilirler. Dolayısıyla burada tek borç ilkesinin bir istisnası olduğunu kabul etmek mümkündür.³⁸

II. PAY ALIM TEKLİFİ ZORUNLULUĞUNUN ORTAYA ÇIKMASI VE UYGULANMASI

A. Pay Alım Teklifi Zorunluluğunun Doğduğu Haller

1. Genel Olarak

Pay alım teklifi zorunluluğu kaynağını SerPK m.26/1'den alır. Buna göre, yönetim kontrolünün sağlayacak şekilde oy haklarının ya da payların iktisap edilmesi halinde, iktisap eden pay alım teklifini yapmak ko-

33 An. m.13: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

34 Aydın Akgül, Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s.173

35 Daha geniş bilgi için bkz. Pashi, a.g.e., s.413-414

36 Pashi, a.g.e., s.420

37 Kolcuoğlu, a.g.e., s.18

38 Dinç, a.g.e., s.236

nusunda zorunlu tutulmuştur.³⁹ Görüldüğü üzere buradaki temel nokta yönetim kontrolünün sağlanmasıdır. Yani yönetim kontrolünün sağlanmadığı iktisaplar bu zorunluluğu doğurmaz.

Yönetim kontrolünün sağlanıp sağlanmadığı konusunda yapılacak tespit için doktrinde iki ayrı yöntem vardır.⁴⁰ Bu yöntemler objektif ve sübjektif yöntemlerdir. Objektif yöntemde kanun ya da tebliğde oy hakkı ya da pay iktisabı açısından bir oran öngörülür ve o orana ulaşıldığında yönetim kontrolünün sağlandığı kabul edilir. Ancak objektif yöntemin bazı sakıncaları vardır. En önemlisi ise bu oranlara ulaşılmasına rağmen imtiyazlı paylar ya da buna benzer durumlardan dolayı kontrol elde edilemeyebilir ya da bu oranın çok altında bir iktisapla bu kontrol sağlanabilir.⁴¹

Sübjektif yöntemde ise oy hakkı ya da pay iktisabındaki oranlara bakılmaksızın yönetim kontrolünün sağlanıp sağlanmadığı tespit edilir. Bu yöntemde de, öngörülebilirliğin ve işlem güvenliğinin az olması eleştiri konularındadır.⁴²

Bu durumda en isabetli çözüm iki yöntemin birbirine en uygun düşeceği şekilde harmanlanarak uygulanması olacaktır.

Yönetim kontrolünün ele geçirilmesi ile alakalı olarak tebliğde çeşitli yöntemler sayılmıştır. Tebliğin 11.maddesi "*Gönüllü olarak yapılan kısmi pay alım teklifi, blok veya münferit alımlar ya da diğer herhangi bir yöntemle, tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak bir ortaklığın yönetim kontrolünü sağlayan paylarını veya oy haklarını iktisap edenler, diğer ortaklara ait payları satın almak üzere pay alım teklifinde bulunmak zorundadır.*" diyerek yönetim kontrolünün ele geçmesi yöntemlerini sınırlandırmamıştır. Yani bu zorunluluğun belirlenmesinde, yöntemden ziyade kontrolün elde edilmesinin önemli olduğunu tebliğ özellikle vurgulamıştır. Maddenin ikinci bendinde ise "*Ortaklığın pay sahipliğinde herhangi bir değişiklik olmasa dahi, ortakların kendi aralarında yapacakları özel yazılı anlaşmalarla yönetim kontrolünü ele geçirmeleri sonucunda da pay alım teklifi zorunluluğu doğar.*" denilerek bir başka özel durum belirtilmiştir.

39 SerPK m.26: " (1) Halka açık ortaklıklarda yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının iktisap edilmesi hâlinde diğer ortakların paylarını satın almak üzere teklif yapılması zorunludur. Pay alım teklifinde bulunulmasına ve pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan muafiyete ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir."

40 Kolcuoğlu, a.g.e., s.55

41 Kolcuoğlu, a.g.e., s.56

42 Kolcuoğlu, a.g.e., s.56

Ayrıca SerPK m.26'da da diğer birtakım pay alım teklifi zorunluluğu doğuran özel durumlardan bahsedilmiştir.⁴³ Bu konulara ileride değinilecektir.

2. Pay veya Oy Haklarının İktisabı Yolu ile Yönetim Kontrolünün Ele Geçirilmesi

SerPK'da ve ilgili tebliğde pay veya oy haklarının iktisabı ile yönetim kontrolünün ele geçirilmesi durumunda pay alım teklifi zorunluluğunun doğacağı belirtilmiştir. O halde burada önemli olan iktisap oranı değildir.

SerPK m.26/1'de bu durum "*Halka açık ortaklıklarda yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının iktisap edilmesi hâlinde diğer ortakların paylarını satın almak üzere teklif yapılması zorunludur.*" denilerek bu duruma vurgu yapılmıştır. Ayrıca tebliğ de "*...tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak bir ortaklığın yönetim kontrolünü sağlayan paylarını veya oy haklarını iktisap edenler...*" ifadesi kullanılmış, zorunluluğun ön şartı olarak, yönetim kontrolünün ele geçirilmesini göstermiştir.

Seri: IV, No:8 sayılı tebliğde oy hakkı ve sermayenin yüzde 25'inin ele geçirileceği durumda pay alım teklifi zorunluluğunun doğacağı hükmü

43 SerPK m.26: "(1) Halka açık ortaklıklarda yönetim kontrolünü sağlayan payların veya oy haklarının iktisap edilmesi hâlinde diğer ortakların paylarını satın almak üzere teklif yapılması zorunludur. Pay alım teklifinde bulunulmasına ve pay alım teklifinde bulunma zorunluluğundan muafiyete ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. (2) Ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması, yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması, yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir. Ancak, imtiyazlı payların mevcudiyeti nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilemediği hâller bu madde kapsamında değerlendirilmez. (3) Ortaklığın pay sahipliğinde herhangi bir değişiklik olmasa bile, 23 üncü maddenin birinci fıkrasında Kurulca belirlenmesi öngörülen usul ve esaslar ile 29 uncu maddenin altıncı fıkrasındaki usul ve esaslara uyulmadan, bazı ortakların kendi aralarında yapacakları özel anlaşmalarla yönetim kontrolünü ele geçirmeleri de bu madde kapsamında değerlendirilir. (4) Kurul, faaliyet konusu imtiyaz verilen bir işi görmek olup da bu imtiyazı kaldırılan veya 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca faaliyet izni kaldırılan veya temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen halka açık ilgili hükümlerinin uygulanmasına neden oldukları tespit edilen hâkim ortak olan gerçek ve tüzel kişilere pay alım teklifi zorunluluğu getirebilir. (5) Kurul, yatırım ortaklıklarının yatırım ortaklığı niteliklerinin değiştirilmesine veya yitirilmesine neden olacak esas sözleşme değişikliklerine izin verilebilmesi için pay alım teklifi zorunluluğu getirebilir. (6) Pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu doğan gerçek ve tüzel kişiler ile bunlarla birlikte hareket edenlerin sahip olduğu oy hakları, Kurulca belirlenecek süre içinde bu zorunluluğun yerine getirilmemesi hâlinde kendiliğinden donar. Söz konusu paylar, genel kurul toplantı nisabında dikkate alınmaz."

doktrinde sıkça eleştirilmiştir.^{44 45} Oy haklarında imtiyazların bulunması, oydan yoksun payların varlığı ve oy hakkının üçüncü kişilere ait olduğu bazı payların varlığı durumunda sermaye sahipliği ile oy hakkı arasındaki oran farklı olabileceği yönündeki eleştiriler bunlardan bazılarıdır. Seri: IV, No:44 sayılı tebliğde bu durum 'veya' bağlacı kullanılarak düzeltilmiştir.^{46 47}

Bu nedenle II-26.1 sayılı son tebliğde yer alan oy hakkı ve pay iktisabı terimleri arasında kullanılan 'veya' bağlacını ve öncelikli şartın yönetim kontrolünü ele geçirmek olarak belirleyen sübjektif yöntemi benimseyen hükümleri yerinde buluyoruz.

Tebliğin esas olarak üzerinde durduğu ve objektif bir kriter belirlediği iktisap ise oy haklarının iktisabıdır. Her pay kural olarak en az bir oy hakkına sahiptir.⁴⁸ Oy paya bağlı bir haktır.⁴⁹ Kural olarak pay sahipleri sermayeye katılımları oranında oy hakkına sahip olurlar. Böylelikle nispi bir eşitlik sağlanmış olup adaletli bir düzen kurulmuştur. Çünkü sermayesi fazla olan ortakların girdiği riziko oranı daha yüksektir.⁵⁰

Buradan anlaşılacağı üzere yönetim kontrolünün ele geçirilmesi için pay iktisabından ziyade oy hakkının iktisabı önemlidir. Tebliğ bununla ilgili olarak bir objektif ölçü belirlemiştir.⁵¹ Buna göre kontrol eşiği olarak, oy haklarının yüzde 50'sinden fazlasına sahip olma şartı konulmuştur.⁵² Ancak ilerde de değinileceği üzere imtiyazlı paylarla ilgili olarak farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Burada da yönetim kontrolüne sahip olmak ön şart olarak sayılmış, imtiyazlı payların mevcudiyeti bu kontrolü sağlamayı engelliyorsa bu zorunluluk doğmayacağı belirtilmiştir.

44 Pay alım teklifi zorunluluğu ilk kez son tebliğde kullanılmıştır. O dönem bu terim yerine, 'zorunlu çağrı' terimi kullanılmaktaydı.

45 Kendigelen, a.g.e., s.1176; Pashi, a.g.e., s.444

46 Pashi, a.g.e., 445-446

47 Yeni TTK'da her oya en az bir oy hakkı tanınarak oydan yoksun pay kavramı ortadan kaldırılmıştır.

48 TTK m.434/1: " Her pay sahibi sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haizdir. Şu kadar ki, birden fazla paya sahip olanlara tanınacak oy sayısı esas sözleşmeyle sınırlandırılabilir."

49 Erdoğan Moroğlu, Oy Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s.5

50 Hasan Pulaşlı, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.1187

51 Tebliğde yer alan oy hakkının yüzde 50'sinden fazlasına sahip olma şartı, doktrinde 'kontrol eşiği' olarak adlandırılır.

52 Patt. m.12/1: " Doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına sahip olunması veya söz konusu orana bağlı olmaksızın yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması, yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir. Ancak, imtiyazlı payların mevcudiyeti nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilemediği haller bu madde kapsamında değerlendirilmez."

Pay alım teklifi zorunluluğunun ilk kullanıldığı ülke olan İngiltere’de bu oranın yüzde 30 olması, diğer Avrupa ülkelerinde yüzde 30 ile yüzde 33 ortalamasında bulunmasına karşın bu oranın ülkemizde yüzde 50 olarak belirlenmesi doktrinde eleştirilen bir husus olarak öne çıkmaktadır.⁵³

Bu noktada, tebliğde belirtilen “*Doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına sahip olunması...*” kısmının yorumlanması yerinde olacaktır.

Tebliğde belirtilen ‘doğrudan veya dolaylı’ terimlerinin anlamını irdelemek gerekir. Tebliğ burada yönetim kontrolünün doğrudan ve dolaylı bir şekilde ele geçirilmesi arasında bir fark gözetmemiştir. Dolaylı bir şekilde yönetim kontrolünü sağlayanlar ortaklıkta herhangi bir pay veya oy sahibi değildirler.⁵⁴ Dolaylı kontrol, bağlı şirketler aracılığıyla yönetim kontrolünün sağlanması anlamına gelmektedir.

Yine tebliğde belirtilen ‘birlikte veya tek başına’ terimleri de önem arz etmektedir. Şirketin kontrolünün tek başına hareket edenler ya da birlikte hareket edenler tarafından elde edilebileceği hükmü bu maddede üstünde durulan noktalardan biridir. Burada iradi bir beraberlik durumundan bahsedilmektedir.⁵⁵ Beraber hareket edenler ayrı ayrı değil beraber değerlendirirler. Tebliğ beraber hareket edenlerle alakalı olarak “*Halka açık ortaklığın gerçek ve/veya tüzel kişi ortaklarının yönetim kontrolüne sahip olup olmadıklarının tespitinde, aşağıda belirtilen kişilerin söz konusu gerçek ve/veya tüzel kişi ortaklar ile birlikte hareket ettikleri kabul edilir;*

a) *Gerçek ve/veya tüzel kişi ortakların yönetim kontrolüne sahip olduğu ortaklıklar,*

b) *Tüzel kişi ortakların yönetim kontrolünü elinde bulunduran gerçek ve/veya tüzel kişiler ile bu kişilerin yönetim kontrolüne sahip olduğu ortaklıklar.”* hükmünü getirerek duruma biraz daha açıklık getirmiştir.^{56 57}

Oy hakkı iktisabı ile pay alım teklifi zorunluluğu doğması konusunda

53 Türkyılmaz, a.g.e., s.57-58, Kolcuoğlu, a.g.e., s.60-61

54 Türkyılmaz, a.g.e., s.49

55 Kolcuoğlu, a.g.e., s.162

56 Patt. m.12

57 Seri:IV, No:44 sayılı tebliğde ‘birlikte hareket eden’ kavramının yeterli bir açıklıkta ifade edilmemesi dolayısıyla yöneltilen eleştiriler hakkında daha geniş bilgi için bkz. Kolcuoğlu, a.g.e., s.164

bir diğer tartışma konusu da pay üzerinde intifa hakkının bulunmasıdır. TTK, üzerinde intifa hakkı bulunan bir payın oy hakkını intifa hakkı sahibine vermiştir.⁵⁸ Yeni tebliğ ile beraber gelen sisteme göre pay veya oy hakkına sahip olup yönetim kontrolünü ele geçirmek şartı arandığından paylar üzerinde intifa hakkı kurularak elde edilen oy hakları kontrol eşliğini aşarsa intifa hakkı sahibinin de pay alım teklifi zorunluluğu doğacaktır.⁵⁹ Seri: IV, No:8 sayılı tebliğde oy hakkı ve pay iktisabı şartı beraber arandığından dolayı haksızlıklar oluşmasına neden olan sistem, yeni tebliğle böylelikle düzeltilmiştir.

3. İmtiyazlı Paylara Sahip Olma ile Yönetim Kontrolünün Sağlanması

İmtiyazlı paylar Türk Ticaret Kanunu 478nci maddesinde tanımlanmış ve bu tanımla birlikte paylar arasındaki eşitliğin bir istisnasını oluşturmuştur.^{60 61} İmtiyazlı payların varlığı bazen oy hakkı ya da pay iktisap edenlerin, iktisap oranları ne olursa olsun yönetim kontrolünü ele geçirememesine neden olabilir.

SerPK'da "...Ancak, imtiyazlı payların mevcudiyeti nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilemediği hâller bu madde kapsamında değerlendirilmez." ifadesi kullanılarak bu duruma dikkat çekilmiştir.⁶² Aynı zamanda tebliğde de "Ancak, imtiyazlı payların mevcudiyeti nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilemediği hâller bu madde kapsamında değerlendirilmez." denilerek aynı hüküm tekrar edilmiştir. Bu hükümle birlikte yönetim kontrolünün ele geçirilmesinin saptanması konusunda yalnızca objektif yöntemi değil aynı zamanda subjektif yöntemi de kullanan kanun ve tebliğ hükümleri yerinde olmuştur.

Burada üzerinde durulması gereken önemli hususlardan biri de imtiyazlı paylara sahip olmak suretiyle yönetim kontrolünün ele geçirilmesi-

58 TTK m.432/2: "Bir payın üzerinde intifa hakkı bulunması hâlinde, aksi kararlaştırılmamışsa, oy hakkı, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır. Ancak, intifa hakkı sahibi, pay sahibinin menfaatlerini hakkaniyete uygun bir şekilde göz önünde tutarak hareket etmemiş olması dolayısıyla pay sahibine karşı sorumludur."

59 Türkyılmaz, a.g.e., s.59

60 TTK m.478/2: "İmtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır."

61 Server Süleymanlı, Anonim Şirketlerde Oy Hakkı, Bakı Yayınevi, İstanbul 2005, s.193

62 SerPK m.26/2: " Ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması, yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması, yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir. Ancak, imtiyazlı payların mevcudiyeti nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilemediği hâller bu madde kapsamında değerlendirilmez."

dir. Kural olarak imtiyaz paya tanınır.⁶³ Ancak TTK m.360 bu kurala bir istisna olarak bazı özelliklere sahip pay sahipleri ile azlığa da imtiyazların sağlanmasının önünü açmıştır.⁶⁴ İşte bu imtiyazlara sahip olunarak yönetim kontrolünün sağlanabileceği durumu SerPK m.26'da göz ardı edilmiştir.⁶⁵ Yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması yolu ile yönetim kontrolünün sağlanması durumunda bu imtiyazlara sahip olanlara pay alım teklifi zorunluluğu doğacaktır.

4. Özel Yazılı Anlaşmalarla Yönetim Kontrolünün Sağlanması

eSerPK'da yer almayan bu özel durum yeni kanun ve tebliğde ayrıca düzenlenmiştir. SerPK m.26/3'te "Ortaklığın pay sahipliğinde herhangi bir değişiklik olmasa bile, 23 üncü maddenin birinci fıkrasında Kurulca belirlenmesi öngörülen usul ve esaslar ile 29 uncu maddenin altıncı fıkrasındaki usul ve esaslara uyulmadan, bazı ortakların kendi aralarında yapacakları özel anlaşmalarla yönetim kontrolünü ele geçirmeleri de bu madde kapsamında değerlendirilir." hükmü ile bu anlaşmalara dikkat çekilmiştir. Tebliğde ise bu durum "Ortaklığın pay sahipliğinde herhangi bir değişiklik olmasa dahi, ortakların kendi aralarında yapacakları özel yazılı anlaşmalarla yönetim kontrolünü ele geçirmeleri sonucunda da pay alım teklifi zorunluluğu doğar." denilerek hüküm altına alınmıştır.

Görüldüğü üzere tebliğde yer alan yazılılık şartı kanunda yoktur. Bura-

63 TTK 478/1: "İlk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanınabilir"

64 TTK m.360: "(1) Esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilir. Bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabilir. Genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunludur. Bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkı, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz. Bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin düzenlemeler saklıdır. (2) Bu maddeye göre yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan paylar imtiyazlı sayılır."

65 SerPK m.26/2: " Ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması, yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurulda söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması, yönetim kontrolünün elde edilmesi olarak kabul edilir. Ancak, imtiyazlı payların mevcudiyeti nedeniyle yönetim kontrolünün elde edilemediği hâller bu madde kapsamında değerlendirilmez."

da normlar hiyerarsisine aykırı bir durumun varlığı eleştirilebilir. Çünkü daha önce belirttiğimiz gibi tebliğ ve yönetmeliklerin kanundan daha ağır şartlar sunması idari kanunilik ilkesine aykırı bir durumdur.

Tebliğ ve kanunda yer alan anlaşmanın ne olduğuna dair bir açıklık olmaması, bunun bazı yazarlar tarafından, pay sahipleri sözleşmeleri ve özellikle oy sözleşmeleri olarak yorumlanmasına neden olmuştur.⁶⁶

Bu sözleşme borçlar kanununa tabi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.⁶⁷ Erdoğan Moroğlu'na göre oy sözleşmeleri, oy hakkının ortaklık karar organlarında belli bir yönde kullanılması, kullanılmaması veya kullanımında çekimser kalınması taahhüdünü içeren sözleşmelerdir.⁶⁸ Burada oy hakkının devri yoktur. Yalnızca hangi şekilde kullanılacağına dair bir taahhüt vardır. Bu sözleşmenin kaynağı borçlar hukuku olduğu için sözleşmeye aykırı bir oy kullanma durumunda ortaklık kararı iptal edilemeyecektir. Aykırılık durumunda genel hükümler yoluyla taraflar birbirlerine hasım olabilecektir.⁶⁹

Seri: IV, No:8 sayılı tebliğin 11/B maddesi uyarınca oy sözleşmeleri pay alım teklifi zorunluluğu doğurmuyordu. Kolcuoğlu, bu durumun eleştirisini yapmış, hükmün değişmesi gerektiğinin altını çizmişti.⁷⁰ Gerçekten, her ne kadar bu sözleşme özel hukuk sözleşmesi olsa da, burada önemli olan noktanın yönetim kontrolünü ele geçirmek olduğu düşünülürse, bu sözleşmeler yolu ile yönetim kontrolünü ele geçirebilecek kişilere karşı küçük yatırımcının korunmasının gerekliliği yeni düzenlemenin isabetli bir hükmü olmuştur.

5. Önemli Nitelikli İşlemler Nedeniyle Pay Alım Teklifi Zorunluluğunun Doğması

Kural olarak pay alım teklifi zorunluluğunun doğması için yönetim kontrolünün ele geçirilmesi şartı vardır. Ancak SerPK m.25 ve buna dayanılarak çıkarılan II-23.1 sayılı tebliğ bu durumun istisnası konumundadır.^{71 72} Bu tebliğin 5nci maddesi önemli nitelikte sayılan işlemleri sırala-

66 Ali Murat Sevi, Anonim Ortaklıkta Payın Devri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.113; Türkyılmaz, a.g.e., s.69

67 Türkyılmaz, a.g.e., s.70

68 Bu konu ile alakalı olarak detaylı bilgi için bkz. Moroğlu, a.g.e., s.4-5

69 Moroğlu, a.g.e., s.6

70 Kolcuoğlu, a.g.e., s.82

71 SerPK 25/1: " Halka açık ortaklıklarda, gönüllü ya da önemli nitelikteki işlemler nedeniyle zorunlu pay alım teklifi yapılması ile ilgili usul ve esaslar Kurulca belirlenir."

72 24 Aralık 2013 tarihli ve 28861 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan II-23.1 sayılı tebliğ m.3: "Bu Tebliğ, 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Serum Piyasası Kanununun 23, 24 ve 25 inci maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır."

mıştır.⁷³ İlgili tebliğin 11nci maddesi ise hangi önemli nitelikli işlemlerin gerçekleşmesi durumunda pay alım teklifi zorunluluğunun doğacağı belirtilmiştir. II-23.1.a sayılı tebliğle birlikte bu tebliğdeki bazı hususlar değiştirilmiştir.

II-23.1 sayılı tebliğ göre 'imtiyaz öngörmesi veya mevcut imtiyazların kapsam veya konusunu değiştirmesi' ile alakalı (ç) bendi, 'borsa kotundan çıkma kararı alması' ile alakalı (d) bendi ve 'yapmayı planladıkları bedelli sermaye artırımlarında ortaya çıkan nakit sermaye koyma borcunun, ortaklığa nakit dışındaki varlık devrinden kaynaklanan borçlara mahsup edilmek suretiyle yerine getirilmesi' konusunu işleyen (f) bendi, pay alım teklifi zorunluluğunun doğduğu durumlardır.

Ancak II-23.1.a sayılı tebliğ az önce belirtilen tebliğin 5nci maddesindeki (f) bendini kaldırmıştır. Dolayısıyla (f) bendinde belirtilen durumda artık pay alım teklifi zorunluluğu olmayacaktır. Ayrıca 5nci maddenin 'birleşme, bölünme işlemlerine taraf olması, tür değiştirme veya sona erme kararı alması' konusunu işleyen (a) bendinde bahsedilen durumda bu zorunluluk doğacaktır. Ancak tebliğ göre bu durumda pay alım teklifinde bulunacaklar, devrolunan ve payları borsada işlem gören ortaklığın, payları borsada işlem göremeyen ve birleşmeye esas olan finansal tabloları itibarıyla aktif toplamı daha büyük olan bir ortaklık ile birleşmesinde, devralan ortaklıkta birleşme işlemi öncesi hakim ortak konumunda olanlar ile bunlarla birlikte hareket edenlerdir.⁷⁴

İlgili maddenin (d) bendinden belirtilen borsa kotundan çıkma kararı ile ilgili olarak genel kurulda alınacak bir kararla borsa kotundan çıkmaktan bahsedilmiştir. Dolayısıyla ortaklığın farklı bir sebeple borsa kotundan çıkması durumunda bu zorunluluk olmayacaktır.⁷⁵

73 Öniioevaht m.5: "Ortaklıkların kendi tüzel kişilikleri ile ilgili; a) Birleşme, bölünme işlemlerine taraf olması, tür değiştirme veya sona erme kararı alması, b) Mal varlığının tümünü veya önemli bir bölümünü devretmesi veya kiraya vermesi veya mal varlığının tümü veya önemli bir bölümü üzerinde aynı hak tesis etmesi, c) Faaliyet konusunu tümüyle veya önemli ölçüde değiştirmesi, ç) İmtiyaz öngörmesi veya mevcut imtiyazların kapsam veya konusunu değiştirmesi, d) Borsa kotundan çıkma kararı alması, e) İlişkili taraflardan önemli ölçüde mal varlığı edinmesi veya kiralaması.f) Yapmayı planladıkları bedelli sermaye artırımlarında ortaya çıkan nakit sermaye koyma borcunun, ortaklığa nakit dışındaki varlık devrinden kaynaklanan borçlara mahsup edilmek suretiyle yerine getirilmesi, g) Yapmayı planladıkları bedelli sermaye artırımlarında, sermaye artırımından elde edilecek fonun ortaklığın mevcut sermayesini aşması ve Kurulun ilgili düzenlemelerinde tanımlanan ilişkili taraflara olan ve ortaklığa nakit dışındaki varlık devirlerinden kaynaklanan borçların kısmen veya tamamen ödenmesinde kullanılacak olması... Bu Tebliğin 6ncı maddesi kapsamında belirlenen önemlilik kriterlerini de sağlamış olmak koşuluyla önemli nitelikteki işlem sayılır."

74 II-23.1.a. sayılı Tebliğ m2

75 Türkyılmaz, a.g.e., s.78

6. Diğer Birtakım Sebepler Dolayısıyla Pay Alım Teklifi Zorunluluğunun Doğması

SerPK'daki bazı hükümler SPK'ya düzenleyeceği tebliğlerle pay alım teklifi zorunluluğu getirme yetkisi vermiştir. Bu hükümlerden bir tanesi "Kurul, yatırım ortaklıklarının yatırım ortaklığı niteliklerinin değiştirilmesine veya yitirilmesine neden olacak esas sözleşme değişikliklerine izin verilebilmesi için pay alım teklifi zorunluluğu getirebilir." hükmünü içeren 26nci maddenin 5nci fıkrasıdır.

Kurul, söz konusu hükme dayanarak bazı tebliğler yayımlamıştır. Bu tebliğlerden ilki III-48.1 sayılı tebliğdir. Bu tebliğin 44ncü maddesinin 1nci fıkrasına göre "Gayrimenkul yatırım ortaklığı statüsünden çıkmak isteyen halka açık gayrimenkul yatırım ortaklıklarının, esas sözleşme değişikliği yapmasına Kurulca uygun görüş verilebilmesi için genel kurul toplantılarında, gayrimenkul yatırım ortaklığı statüsünden çıkma sonucunu doğuracak esas sözleşme değişikliklerine olumlu oy kullanan ortaklar dışındaki tüm ortakların sahip oldukları payların statüden çıkma hakkındaki yönetim kurulu kararına ilişkin özel durum açıklamasının kamuya ilan edildiği tarihten önceki otuz günlük ve altı aylık dönem içinde oluşan, günlük ağırlıklı ortalama borsa fiyatlarının ortalananmasından yüksek olanı ile satın alınacağı yönünde ortaklık dışındaki kişi veya kişilerce bir pay alım teklifinin yapılması zorunludur."

Bu konu ile alakalı olarak yayımlanan ikinci tebliğ III-48.2 sayılı tebliğdir. Bu tebliğin 41nci maddesi ilk tebliğden farklı olarak menkul yatırım ortaklık statüsünden ayrılma ile alakalıdır. İlgili hüküm uyarınca "Menkul kıymet yatırım ortaklığı statüsünden çıkmak isteyen halka açık menkul kıymet yatırım ortaklıklarının, esas sözleşme değişikliği yapmasına Kurulca uygun görüş verilebilmesi için genel kurul toplantılarında, menkul kıymet yatırım ortaklığı statüsünden çıkma sonucunu doğuracak esas sözleşme değişikliklerine olumlu oy kullanan ortaklar dışındaki tüm ortakların sahip oldukları payların statüden çıkma hakkındaki yönetim kurulu kararına ilişkin özel durum açıklamasının kamuya ilan edildiği tarihten önceki 30 günlük ve altı aylık dönemde oluşan, günlük ağırlıklı ortalama borsa fiyatlarının ortalamaları ile söz konusu altı aylık döneme ilişkin kamuya açıklanan pay başı net aktif değerinin ağırlıklı ortalamasından yüksek olanı ile satın alınacağı yönünde ortaklık dışındaki kişi veya kişilerce bir pay alım teklifinin yapılması zorunludur."

Bu hükümle ile alakalı yayımlanan son tebliğ III-48.3 sayılı tebliğdir. Bu tebliğe göre "Girişim sermayesi yatırım ortaklığı statüsünden çıkmak isteyen payları borsada işlem gören girişim sermayesi yatırım ortaklıklarının, esas sözleşme değişikliği yapmasına Kurulca uygun görüş verilebilmesi için, genel kurul toplantılarında girişim sermayesi yatırım ortaklığı statüsünden çıkma sonucunu doğuracak esas sözleşme değişikliklerine olumlu oy kullanan ortaklar dışındaki tüm ortakların sahip oldukları payların, statüden çıkma hakkındaki yönetim kurulu kararına ilişkin özel durum açıklamasının kamuya ilan edildiği tarihten önceki 30 günlük ve altı aylık dönem içinde oluşan, günlük ağırlıklı ortalama borsa fiyatlarının ortalamalarından yüksek olanı ile satın alınacağı yönünde bir pay alım teklifinin yapılması zorunludur."

Bu üç tebliğin lafzından anlaşılacağı üzere pay alım teklifinden yararlanacaklar, olumsuz oy kullanan ortaklardır. Dolayısıyla oylamaya katılmayan ya da oylamaya katılıp olumlu oy kullanan pay sahipleri için bu hüküm geçerli değildir.

Pay alım teklifi zorunluluğunu doğuran bir diğer konu ise SerPK m.33/4'te gösterilmiştir. Hükme göre "Pay sahibi sayısı sebebiyle halka açık sayılan ortaklıklardan, 16 ncı madde uyarınca paylarının borsada işlem görmesini istemeyenler, pay sahibi tam sayısının en az üçte ikisinin olumlu oyu veya toplam oyların dörtte üçü ile alınacak bir genel kurul kararı ile bu Kanun kapsamından çıkabilir. Bu durumda Kanunun kapsamından çıkma kararına olumlu oy kullanmayan pay sahiplerine 24 üncü madde uyarınca ayrılma hakkı tanınır. 16 ncı maddenin ikinci fıkrası uyarınca Kurulca resen halka açık ortaklık statüsünden çıkarılacak ortaklıkların hâkim ortaklarına diğer paylar için pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu getirilebilir. Buna ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir." Kurul bu maddeye dayanarak II-16.1 sayılı tebliği yayımlamıştır.⁷⁶ Bu tebliğde ortaklıkların hangi hallerde SPK tarafından halka açık ortaklık statüsünden çıkarılacağı durumlar belirtilmiştir.⁷⁷ Tebliğ bu hallerin gerçekleşmesi durumunda ortaklıktan çıkarıp çıkarmama konusunda kurula takdir hakkı vermiştir. SPK bu takdir hakkını ortaklığı halka açık ortaklık statüsünden çıkarmak yönünde kullanırsa yeni bir takdir hakkı doğacaktır. Tebliğin 10ncu maddesinin 9ncü fıkrasına göre kurul ortaklığı halka açıklık statüsünden çıkarmadan önce, bu ortaklıkların hakim ortaklarına ortaklığın diğer payları için pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu getirebilir.⁷⁸

76 30 Aralık 2013 tarihli ve 28867 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan II-16.1 sayılı tebliğin 2nci maddesi: "Bu Tebliğ 6362 sayılı Kanununun 16 ncı ve 33 üncü maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır."

77 Bu hallerin tamamı için bkz. II-16.1 sayılı tebliğ m.10

78 "Ortaklıkların Kanun kapsamından resen çıkarılmasından önce Kurul, bu ortaklıkların hakim ortaklarına ortaklığın diğer payları için pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu getirebilir."

SONUÇ

Pay alım teklifi zorunluluğu kavramı ile ilgili doktrinde çeşitli görüşler vardır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, pay alım teklifi zorunluluğu “*halka açık anonim bir ortaklığın kontrolünü ele geçiren kişinin, devir işleminin ardından devralma işleminin dışında kalan hedef ortaklık pay sahiplerinin payları satın almak üzere aleni/genel teklifte/çağrıda bulunmak zorunda olmasını ifade eder.*” tanımındır.

Pay alım teklifi zorunluluğunun iki temel amacı vardır. İlk amacı küçük yatırımcıyı korumak iken ikinci amacı eşit işlem ilkesinin yerine gelmesini sağlamaktır. Bu zorunluluk, yönetim kontrolünü ele geçiren kişinin farklı politikalarının küçük yatırımcıya zarar vermesinin önüne geçmek için ortaya çıkmıştır.

Burada, bir teklif zorunluluğu getirilerek, yönetim kontrolünü ele geçirenlerin karşı tarafa sözleşme önerisinde bulunma yükümlülüğü öngörülmüştür. Buradaki temel sorun, Anayasa'nın 48nci maddesinde düzenlenen sözleşme serbestisi ilkesinin kısıtlanmasıdır. Anayasa'nın 13ncü maddesine göre temel hak ve özgürlükler yalnızca kanunla sınırlanabilir. Ancak mevzuatımızda bu sınırlama bir tebliğ ile yapılmıştır. Anayasa'nın 124ncü maddesi kamu tüzel kişilerine her ne kadar kendi görev alanları ile alakalı kanun ve tüzüklerin uygulanması için yönetmelikler yapma hakkı veriyorsa da, kanuni idare ilkesi gereğince idarenin herhangi bir konuda asli düzenleme yetkisi yoktur. Bu nedenle, hükmün kanunda düzenlenmesinin daha isabetli olacağı görüşündeyiz.

Kanun ifadesine göre, yönetim kontrolünün sağlayacak şekilde oy haklarının ya da payların iktisap edilmesi halinde, iktisap eden pay alım teklifini yapmak konusunda zorunlu tutulmuştur. Görüldüğü üzere buradaki temel nokta yönetim kontrolünün sağlanmasıdır. Yani yönetim kontrolünün sağlanmadığı iktisaplar bu zorunluluğu doğurmaz.

Yönetim kontrolünün sağlanması için oy haklarının yüzde ellisinden fazlasının ele geçirilmesi şartı aranmıştır. Ancak, Avrupa ülkelerinde bu oranın yüzde 30-35 arasında seyretmesi, ülkemizdeki sınırın yüksek olduğuna ilişkin eleştiriler getirmiştir. Gerçekten de pay sahiplerinin birçoğunun oylamalara katılmadıkları düşünülecek olursa yönetim kontrolünün çok daha düşük oranlarda ele geçirilebileceği ortadadır. Dolayısıyla bu oranın düşmesinin daha isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

Özel yazılı anlaşmalarla yönetim kontrolünün sağlanması durumunda yönetim kontrolünü sağlayan kişilere de pay alım teklifi zorunluluğu

doğacaktır. Bu sözleşme pay sahipleri sözleşmeleri ve özellikle oy sözleşmeleridir. Oy sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesidir. Dolayısıyla idari olarak bir yaptırıma tabi değildir. Dolayısıyla oy sözleşmesine taraf olunmasına rağmen karşı tarafın istediği bir şekilde oy verilmemesi, verilmesi ya da çekimser kalınması-kalınmaması durumları gerçekleşmeyebilir. Oy sözleşmesine aykırı kullanılan oyları gerekçe göstererek genel kurul kararlarını iptal etmek söz konusu değildir. Ancak kanun koyucu burada bir denge gözetmiş ve adeta iynin kötüsünü seçmiştir. Bu durumda pay alım teklifi zorunluluğu öngörülmeseydi küçük yatırımcı büyük risk altına girecekti. Ancak bu zorunluluk öngörülmüş, kontrolü ele geçiren kişiler daha az risk altına girmiştir. Dolayısıyla düzenlemeyi isabetli buluyoruz.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun verdiği kararların, özel hukuk temelli değil, idare hukuku temelli olması nedeniyle bu kurumun verdiği kararlara ilişkin başvurulacak yargı mercii idari yargıdır.

Pay alım teklifi zorunluluğunun doğması durumunda kurula teklif için başvuracaklar, yönetim kontrolünü ele geçirenlerdir. Dolayısıyla muafiyet başvurusunu da aynı kişiler yapabileceklerdir. Özelleştirme nedeniyle muafiyet talebinde ise bu başvuruyu uygulamada Özelleştirme İdaresi Başkanlığı yapmaktadır.

Bu teklifin, zorunluluğun başladığı tarihten itibaren iki ay içerisinde fiili olarak başlaması gerekir. Ancak başvuru zamanında yapıldıktan sonra kurulun cevap süresinin sınırsız olması nedeniyle yönetim kontrolünü sağlayanlar zarara uğratılabilir. Ayrıca sürecin uzaması küçük yatırımcı açısından da olumsuz olur. Dolayısıyla kurulun cevap süresi ile ilgili bir düzenleme yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

AKGÜL, Aydın, **Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2008

BAHTİYAR, Mehmet, **Ortaklıklar Hukuku**, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2014, 8. Baskı

DİNÇ, İlhan, **Sermaye Piyasası Hukukunda Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanması**, İstanbul, legal yayıncılık, 2006

KENDİGELEN, Abuzer, **"Zorunlu Çağrıya İlişkin Son Gelişmeler"**, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, CII, İstanbul, 2010

KENDİGELEN, Abuzer, **"Çağrıda Bulunma Yükümlülüğünün İhlalinin Hukuki Sonuçları"**, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, Çizgi Basım Yayın, 2007

- KOLCUOĞLU, Umut, **Sermaye Piyasası Hukukunda Zorunlu Çağrı**, İstanbul, vedat kitapçılık, 2009
- MANAVGAT, Çağlar, **Aleni Pay Alım Teklifi**, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 64
- MOROĞLU, Erdoğan, **Oy Sözleşmeleri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, C.I, 2013
- PASLI, Ali, **Anonim Ortaklığın Devralınması**, İstanbul, vedat kitapçılık, 2009,
- PULAŞLI, Hasan, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011
- SEVİ, Ali Murat, **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.113; Türkyılmaz
- SÖNMEZ, Yusuf Ziyaeddin, **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009
- SÜLEYMANLI, Server, **Anonim Şirketlerde Oy Hakkı**, İstanbul, Bakı Yayınevi, 2005
- TÜRKYILMAZ, İsmail, **Sermaye Piyasası Hukukunda Pay Alım Teklifi Zorunluluğu**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2015
- YILDIRIM, Abdullah, "Çağrıda Bulunmada Madalyonun Öteki Yüzü", **Sabah Gazetesi**, 13.06.2005
- YILDIZ, Şükrü, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi**, Ankara, seçkin kitapevi, 2004

BANKACILIK KANUNUNDA ZİMMET SUÇU

Av. İrfan TÜNER

1-GENEL OLARAK

Esas itibariyle zimmet suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) "Millele ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümünde 247-249. maddelerde düzenlenmiştir. Anılan Kanununun 247/1. maddesinde zimmet suçunun basit şekli, 247/2. maddesinde nitelikli hali, 247/3. maddesinde ise doktrinde ve Yargıtay uygulamalarında tartışma konusu olan kullanma zimmeti düzenlenmiştir. Yine mezkur Kanununun 248. maddesinde cezanın indirim sebeplerine yer verilerek etkin pişmanlık hüküm altına alınmış, 249. maddesinde ise, "zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı" hafifletici neden olarak öngörülmüştür¹.

5237 sayılı Kanun, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 202. maddesinin son fıkrasında yer alan zimmetin "kamu bankaları aleyhine işlenmiş olması" ağırlaştırıcı sebebine, bankacılık zimmeti suçunun özel olarak bankacılık sektörüne ilişkin kanunda düzenlenmesinden bahisle yer vermemiştir

Zira, TCK'da ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununda düzenlenen zimmet suçlarının maddi unsurları aynı olsa da korunan hukuki değerler birbirinden farklıdır. Şöyle ki, TCK'daki zimmet suçu kamu idaresine ve görevlilerine duyulan güvenin korunmasını (Artuk vd., 2009: 4771), Bankacılık Kanunundaki zimmet suçu ise mülkiyet hakkının (Yiğit, 2006: 433) ve bankalara duyulan güvenin korunmasını ihtiva eder².

5411 sayılı Kanundaki düzenleme de, Türk Ceza Kanunu paralelinde öngörülen bir düzenleme niteliğinde olup, bu husus 5411 sayılı Kanununun 160. maddesinin gerekçesinde de açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Bankacılık Kanununun 160. Maddesinde düzenlenen Zimmet Suçu şu şekilde düzenlenmiştir:

Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koru-

1 ERİŞEN, Muhammet, "Sayıştay Dergisi", Sayı 83, Ankara. 2011, s 99

2 ERİŞEN,s 100

ma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları, altı yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.

Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece re'sen ödettilmesine hükümlenir.

Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezasına hükümlenir; ancak, adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca, meydana gelen zararın müteselsilen ödettilmesine karar verilir.

(Ek fıkra: 2/1/2017-KHK-687/4 md.) Bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama yahut sair yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemleri zimmet suçunu oluşturmaz.

Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.

Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir.

Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir.

Bankacılık Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanunu ise zimmet suçunu Adli Suç ve Cezalar başlıklı 22. Maddesinin 3. ve 4. Fıkralarında benzer biçimde düzenlenmişti. Söz konusu 22. maddenin 3. fıkrasında “ *Banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetim veya sorumlulukları altında bulunan bankaya ait para veya sair varlıkları zimmetlerine geçirirlerse altı yıldan oniki yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler. Bu fıkroda gösterilen suç, bankayı aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmişse faile on iki yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis ve meydana gelen zararın üç katı kadar ağır para cezası verilir. Ayrıca, meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece re’sen ödettirilmesine hükmolunur. Zararın kovuşturma yapılmadan önce tamamıyla ödenmiş olması halinde cezaların yarısı, ödeme hükmünden önce gerçekleştirilmiş ise üçte bir oranında indirilir” şeklinde düzenlenmiş olduğunu görmekteyiz.*

Yine Bankalar Kanununun ilgili maddesi olan 22. maddenin 4. fıkrası ise şu şekilde düzenlenmiştir: “ *Fon alacaklarından; temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri Kurul tarafından kaldırılan bankalar ile tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulunduran yönetici olsun veya olmasın gerçek kişi ortakların 15/a maddesinde sayılan fiiller sonucu bankanın kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullanılmakla bankayı her ne suretle olursa olsun zarara uğratarak kendilerinin veya başkalarının malvarlığının artmasına neden olmaları zimmet olarak kabul edilir. Bu fiilleri işleyenler hakkında on yıldan yirmi yıla kadar ağır hapis ve yirmi milyar liradan seksen milyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur. Ayrıca, meydana gelen zararın Hazine alacağı olarak müteselsilen ödenmesine karar verilir.” Bu fıkra hükmü 12.12.2003 tarih ve 5020 sayılı kanunun 25. maddesi ile eklenmiştir.*

5411 sayılı Bankacılık Kanununda zimmet suçu tek bir madde hükmü altında düzenlenmiştir. Hüküm içeriği itibariyle işlenen fiillerin sadece zimmet suçunu oluşturacağı belirtilmiştir. Ancak doktrinde bazı yazarlara göre ilgili madde olan 160. Maddenin 3. Fıkrasındaki cezayı arttırıcı düzenlemenin farklı bir suç tipi olduğu yönündedir. Bu nedenle bu fıkra hükmünü de ayrıca değerlendirmeye aldıklarımı görebilmekteyiz.

“5411 sayılı Bankacılık Kanununun zimmet suçunu düzenleyen 160. Maddesinde iki farklı suç tipi öngörülmektedir. Bunlardan biri 1. Fıkroda düzenlenen ve “Bankacılık Kanununda düzenlenen zimmet” veya “bankacılık zimmeti” olarak adlandırılan suç tipi; diğeri ise 3. Fıkroda öngörülen “zimmet benzeri suç” olarak³ adlandırılan suç tipidir.

160. maddenin 3. fıkrası 1. fıkrada öngörülen fiilin ağırlaştırıcı nedeni olmayıp ayrı bir suç tipidir. Çünkü 3. Fıkroda düzenlenen fiil fail ve maddi unsur bakımından oldukça farklıdır ve söz konusu fiilin yaptırımını da ayrıca belirlenmiştir. Dolayısıyla, bu fiilin 1. Fıkroda öngörülen zimmet suçunun ağırlaştırıcı nedeni sayılması mümkün değildir.⁴ Şeklinde belirtildiği üzere zimmet benzeri suç olarak farklı bir suç tipi kabul edildiğini görmekteyiz.

Bankacılık Kanununa göre banka kabul edilen ve bu kanunun uygulama alanı bulan kuruluşların hangileri olduğu ilgili kanunun 2 ve 3. Maddelerinde düzenlenmektedir. 3. Maddesindeki düzenlemeye göre banka şu şekilde ifade edilmiştir:

“Banka: Mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını”, görüldüğü üzere banka kavramının içerisine Mevduat bankaları, Katılım Bankaları, Kalkınma ve Yatırım Bankalarının bu kapsam içerisine girdiği anlaşılmaktadır. Bu belirtilen bankaların tanımları da yine tanımlar başlıklı 3. Maddenin devamı fıkralarında şu şekilde düzenlenmiştir:

Mevduat bankası: Bu Kanuna göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye’deki şubelerini,

Katılım bankası: Bu Kanuna göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye’deki şubelerini,

3 ERGÜN OKUYUCU, Güneş, “Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu”, Ankara, 2008, 1. Bası, s 150

4 ERGÜN OKUYUCU, 150

Kalkınma ve yatırım bankası: Bu Kanuna göre mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında; kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini,

2- SUÇUN FAİLİ

Bankacılık zimmet suçu, özgü (mahsus) bir suçtur. Özgü suç belli nitelikleri taşıyan failerin işleyebileceği suç demektir. Öğretide özgü suçlarda failin taşınması gereken nitelikler doğal ve hukuki olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Doğal nitelikler, failin doğal olarak haiz olduğu niteliklerdir. Örneğin, cinsiyet doğal bir niteliklerdir. Fail olabileceklerin cinsiyetinin belirtildiği bir suç tanımı, doğal nitelikten kaynaklanan özgü suç örneklerdir. Hukuki nedenler ise hukuk kurallarının oluşturduğu veya failere yüklediği niteliklerdir. Örneğin, bir suçun sadece vatandaşlarca işlenebilmesi veya sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilmesi durumlarında, özgü suç failin sahip olduğu hukuki nitelikten kaynaklanmaktadır.⁵

Bankacılık Kanuna göre zimmet suçunun faileri 160. Maddenin 1. Fıkrası ile 3. Fıkraları ayrı ayrı değerlendirilerek tespitinin yapıldığı görülmektedir. Bunun nedeni olarak da 3. Fıkroda düzenlenen cezayı ağırlaştırıcı nedenin farklı bir suç tipi olarak ele alınmasıdır. Bu nedenle fail belirlenirken bu farklılık da dikkate alınarak 1 ve 3. Fıkra hükümleri ayrı ayrı değerlendirilecektir.

A-) 1. Fıkraya Göre Fail

Bu fıkraya göre fail düzenlemesi ilgili fıkroda şu şekilde düzenlenmiştir:

*“Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren **banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları**, altı yıldan on iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler.”*

1-) Banka Yönetim Kurulu Başkanı ve Yönetim Kurulu Üyeleri

Bankacılık Kanunu 7. Maddesinde bankaların Anonim şirket şeklinde kurulacağı düzenlenmiştir.⁶ Anonim şirketlerde “temsil ve yönetim” organı ise yönetim kuruludur.

5 GÜRSES, Davut, “Bankacılık Kanununa Göre Zimmet Suçu”, İstanbul, 2009, 1. Bası, s 19

6 Bak. 5411 Sayılı Bank. K. M. 7

Anonim şirketlerde yönetim kurulları esas olarak ya ana sözleşme ile atanmakta ya da genel kurul tarafından seçilen gerçek kişilerden oluşturulmaktadır.⁷Bankaların yönetim kurulları hakkında Bankacılık Kanunu bir hüküm ihtiva etmektedir. Bu hüküm dışında kalan konularda banka yönetim kurulu hakkında Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümleri uygulanacaktır.

Bankacılık Kanununun 23. Maddesinde, banka yönetim kurullarının genel müdür dahil beş kişiden az olamayacağı; banka genel müdürü veya yokluğunda vekilinin yönetim kurulunun doğal üyesi olduğu; yönetim kuruluna seçilenlerin seçilmeye elverişli olduklarını gösteren belgelerle birlikte yedi iş günü içerisinde kuruma bildirilmesinin gerektiği, genel müdürlük ve yönetim kurulu başkanlığının aynı kişi tarafından icra edilemeyeceği ve murahhas üyelerinin genel müdürde aranan şartları taşıması gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır.

Türkiye’de şube açmak suretiyle faaliyette bulunan yurt dışında kurulu bankaların Türkiye’deki yönetim merkezlerinde, yönetim kurulu yetki ve sorumluluklarını taşıyan, merkez şube müdürünün de dahil olduğu en az üç kişilik bir müdürler kurulu oluşturmaları zorunludur. Bu Kanunun uygulanmasında müdürler kurulu yönetim kurulu hükmünde olup, birinci fıkrada belirtilen şartlar müdürler kurulu üyeleri için de aranır.⁸

Banka yönetim kurulları üyeleri bankayı temsil etmenin dışında aynı zamanda 5411 sayılı kanunun 51. Maddesindeki düzenlemeye göre kredi açma işlemleri konusunda asıl yetkilidirler. Bu nedenle kanun koyucu, yönetim kurulu üyelerinin sahip oldukları bu yetkileri kötüye kullanmalarını engellemek için suçun faili olabilecekler arasında ilk sıraya yerleştirmiştir.

Yönetim kurulu üyelerinin ticaret siciline tescil ve ilan edilmemiş olması suçun oluşmasını engellemeyecektir. Zira bu tescil ve ilan yönetim kurulu üyeliğinin başlaması için zorun değildir. Bu tescil ve ilan yapılmadan önce de üyenin, fiilen yönetim kurulu üyeliği başlamış olabilir. Ancak Bankacılık Kanunu, yönetim kurulu üyelerinin yerel ticaret mahkemesi huzurunda yemin etmeden göreve başlamayacaklarını belirtmiştir.⁹ Dola-

7 GÜRSES, s 20

8 Bak. 5411 Sayılı Bank. K. M. 23/2

9 Yemin ve Mal Beyanı Madde 27 — Bankaların yönetim kurulu üyeleri ile müdürler kurulu başkan ve üyeleri, seçilmeleri veya atanmalarından sonra yerel ticaret mahkemesi huzurunda yemin etmedikçe göreve başlayamazlar. Bu kişiler ile genel müdür ve yardımcıları ve imza yetkisine sahip mensuplarından bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer isimler altında faaliyet gösteren birimlerin yöneticileri 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümlerine tâbidirler. Yemin ve mal beyanına ilişkin usûl ve esaslar Kurulca belirlenir.

yısıyla banka yönetim kurulu üyeleri yerel mahkeme huzurunda yemin ettikleri andan itibaren zimmet suçunun faili olabileceklerdir. Bu durumda mahkeme huzurunda yemin etmeyen, ancak banka içinde fiilen yönetim kurulu üyesi olarak çalışmaya başlamış biri bankacılık zimmeti suçunun faili olamayacaktır.¹⁰

2-) Diğer Banka Mensupları

Diğer banka mensupları ifadesi bankada çalışan çok geniş bir kesimi ifade etmektedir. Çalışanların çalışma şekli ve koşulları konusunda kanunda herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. Bu ifadeden, mensup olarak ilk önce bankayla bir sözleşme ilişkisi bulunan ve bu sözleşmeye göre banka bünyesinde çalışan personeli anlamaktayız.¹¹

Bankada staj yapan kişiler; bankacılık faaliyetlerinde doğrudan yer almayıp, bir banka personeli gözetiminde ve onun sorumluluğunda stajyerliklerini yaptıklarından, bu kişiler bankacılık kanununda düzenlenen zimmet suçunun faili olamazlar.

Banka güvenlik görevlileri; bankanın dışarıdan hizmet satın alması yoluyla güvenlik hizmetlerinin gördürülmesinde güvenlik görevlisi banka çalışanı olmadığından bu zimmet suçunun faili olamaz. Böyle bir durumda şartları varsa hırsızlık ya da güveni kötüye kullanma suçu meydana gelebilir.

Güvenlik görevlisi ile banka arasında karşılıklı bir sözleşme varsa bu durumda güvenlik görevlisi banka mensubu sayılacak, kendisine görevi gereği teslim edilen malvarlığı değerlerini zimmetine geçirmesi durumunda, zimmet suçunun faili olabilecektir.

*Temizlik görevlileri;*yine güvenlik görevlisi gibi incelenmeye alınmalıdır. Eğer banka ile birebir sözleşmesi varsa fail olabilir ancak bir şirket vasıtasıyla, bankanın alt işveren olacağı şekilde çalışırsa temizlik görevlisi suçun faili olamaz.

Avukatlar; banka bünyesinde çalışırsa suçun faili olabilir. Ancak banka bünyesinde çalışmayıp, hukuki danışmanlık hizmeti veren serbest avukatlar bu suçun faili olarak yargılanamazlar.

B-) 3. Fıkraya Göre Fail

Bankacılık Kanununun 160. Maddesinin 3. Fıkrasında düzenlenen nitelikli hal için fail olabilecekler;“*Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir **bankanın**; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde*

10 GÜRSES, s 22

11 GÜRSES, s 24

bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, **kredi kuruluşunun** kaynaklarını, **kredi kuruluşunun** emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, **kredi kuruluşunu** her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir” olarak belirlendiğini görmekteyiz.

Bu suçun zimmet suçundan fail yönünden farkı ise zimmet suçunda kullanılan “**banka**” kavramı yerine bu suçta “**kredi kuruluşu**” kavramının yerine getirilmesidir. Kavramlardaki farklılık nedeniyle kalkınma ve yatırım bankalarının yönetici olmayan hakim ortakları zimmet suçunun faili olabilirken, varsayımsal zimmet suçunun faili olamayacaklardır.¹²

Ancak burada ilk fıkralarda yer alan düzenlemenin, **banka** kavramı yerine üçüncü fıkrada **kredi kuruluşu** şeklinde düzenleme yapılmış olması bir özensizliğin sonucu bu tür bir karmaşıklığın doğmuş olduğunu söyleyebiliriz. Bu düzenleme aynı zamanda faillik açısından da farklılıklara neden olmaktadır. Özensizlik nedeniyle meydana gelen bu farklılık, kanun düzenlemesinin toplum üzerinde farklı sonuçların doğmasına neden olmaktadır. Bu nedenle yeteri kadar özen gösterilmeden yapılan bu düzenleme haklı eleştirilerin yapılmasına neden olmaktadır.

Faillik sadece gerçek kişi hakim ortakları kapsamaktadır. Gerçek kişi hakim ortağın eylemlerinin aynısını işleyen ve bankanın zararına sebep olan tüzel kişi hakim ortağın yöneticileri suçun faili olamayacak ya da bunlar açısından varsayımsal zimmet suçu oluşmayacaktır. Hakim ortak¹³ ve kontrol¹⁴ kavramları da aynı zamanda kanunun 3. Maddesinde tanımlanmıştır.

Maddenin, fail olarak nitelediği banka yöneticileri, bankanın fona devrinden önce, bankanın yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş gerçek kişi yöneticilerdir.

3- SUÇUN MAĞDURU

Suçun mağdurunun kim olduğu konusunda doktrinde tartışma mevcuttur. Bazı yazarlar suçun mağdurunun banka olduğunu, bazı yazarlar

12 YİĞİT, Uğur, “Bankacılık Suçları” 2006, İstanbul, s 441

13 Hâkim ortak: Bir ortaklığı doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişiyi,

14 Kontrol: Bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgari yüzde ellibirine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmama ile birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasını,

suçun mağdurunun banka sahipleri olduğunu bazı yazarlar ise suçun mağdurunun kamu olduğunu söylemektedirler.

Kanaatimce; ben de *Artuk/Gökçen/Yenidünya* ile aynı görüşte olup, sadece gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Tüzel kişi ve bankalar ise sadece suçtan zarar gören olabileceklerdir.¹⁵ Bu nedenle bu suçta mağdur kişi, korunan hukuki değer de dikkate alındığında toplumun tamamı yani kamudur.

4- SUÇUN MADDİ KONUSU

Bir suçun maddi konusu, suç olarak kabul edilen hareketin üzerinde gerçekleştiği eşya veya insan vücududur. Bankacılık kanununda “*görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senet veya diğer mallar*” olarak ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere 160. Madde- nin 1. Ve 2. Fıkrasındaki düzenlemelere göre suçun konusu;

- Para,
- Para yerine geçen evrak veya senetler ve
- Diğer mallardır.

Düzenlemenin devamı olan 3. Fıkrasından düzenlemeye göre ise suçun konusu;

- Banka kaynaklarıdır.

Teknik olarak banka kaynakları kapsamına, bankanın ödenmiş sermayesi, ihtiyat akçeleri gibi öz kaynaklar ile mevduat ve kullanılan krediler girer.

5- KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bu düzenlemede banka kaynaklarının zimmete geçirilmesi halinde ihlal edilen hukuki değerlerden, finans kurumu olan bankaların ekonomik hayattaki güvenirliliği¹⁶, öncelikli olarak korunan değerdir. Bu korunan hukuki değer aynı zamanda malvarlığına nazaran daha öncelikli olarak korunmaktadır.

15 Artuk,Mehmet Emin;Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Caner, “ Ceza Hukuku Genel Hükümler” Ankara,2016, 10. Bası, s 288.

16 ÖZGENÇ, İzzet, “Zimmet Suçu” Ankara, 2009, s 79

6- SUÇUN UNSURLARI

A- Maddi Unsur

Fiiil

1- 1. Fıkra Hükmüne Göre Fiil

Zimmet suçunun oluşabilmesi için, suç konusu malvarlığı değerinin zimmete geçirilmesi gerekmektedir. Zimmet geçirme, suç konusu malvarlığı değeri üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunmayı ifade eder. Buradaki zimmete geçirme işleminin, suçun faili tarafından kendisinin veya başkasının zimmetine geçirmesi suçun fiili unsurunu gerçekleştirmesini sağlamaktadır.

Hükmün 1. Fıkrasında suçun fiil unsuru şu şekilde düzenlenmiştir: “Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları **kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren..**” Hükümdeki düzenlemeden de açıkça anlaşıldığı üzere kendisinin veya başkasının zimmetine geçirme eyleminin bu suçun fiil unsurunu göstermektedir.

Öğretide *müşamaha edilen zimmet* olarak adlandırılan ve ceza hukuğu dışında bırakılan zimmete geçirme fiilleri, ekonomik anlamda değersiz bir şeyin banka personeli tarafından kullanılması durumunda zimmet suçunun oluşmayacağı kabul edilmektedir. Öğretide bu hususta fikir birliği mevcuttur.

2- 3. Fıkra Hükmüne Göre Fiil

Bankacılık Kanununun 160/3’te düzenlenen hususa göre ise suçun fiili; banka kaynaklarını kullandırmak olarak düzenlenmiştir. Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak **kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak** suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmaları zimmet olarak kabul edilir.,

Zimmet suçu bankada işlenebilirken, varsayımsal zimmet suçu kredi kuruluşlarında işlenebilmektedir. Bu suçta, suçun hareket unsuru; kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine **kullandırmaktır**. Buradaki hareketin serbest olduğunu görmekteyiz.¹⁷

17 YİĞİT, s 456

Suçun maddi konusu; faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının, kredi kuruluşunun kaynaklarını, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmak suretiyle, kredi kuruluşunu her ne suretle olursa olsun zarara uğratmalarıdır.

B- Manevi Unsur

Bir kişinin suç faili olarak kabul edilebilmesi için kusur yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Kusur yeteneğine sahip banka personelinin de sadece kast ile zimmet suçunu işleyebilir. Yani fail kanuni tanımındaki unsurlarını bilmeli ve istemelidir. Bu kast doğrudan olabileceği gibi olası kast ile de işlenebilir. Buna karşılık zimmet suçu taksirle işlenmez.¹⁸Zira yasada suçun taksirli hali öngörülmemiştir. Bu yüzden dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak zimmet fiillerine sebebiyet verilmesi halinde suç oluşmaz.

C- Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir.¹⁹

Hukuka aykırılıktan söz edilebilmesi için iki koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. İlk olarak fiil ceza hukuku kuralları ile çelişki halinde bulunmalıdır. İkinci olarak da bu fiilin yapılmasına tüm hukuk düzeninde olanak veren başka bir kural bulunmamalıdır.

Bu suçun oluşması durumuna göre, hukuka uygunluk hallerinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. İnceleme konusu suçun kanuni tanımında özel bir hukuka uygunluk nedenine yer verilmemiştir. Bu nedenle hukuka uygunluk halleri bakımından suçun oluşumuna etkilerinin çok fazla olmadığı görülmektedir. Hukuka uygunluk halleri olan hakkın kullanılması (TCK m 26/1), Kanun hükmünü yerine getirme (m 24/1), meşru savunma (m 25/1) ve ilgilinin rızası (m 26/2) hallerinin bu suçta çok nadir görüldüğü bilinmektedir.

7- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

18 ÖZGENÇ, İzzet, "Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler" Ankara, 2009, s 216; CENTEL, Nur;ZAFER, Hamide; ÇAKMUT,Özlem, "Türk Ceza Hukukuna Giriş"; Artuk,Mehmet Emin;Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Caner, " Ceza Hukuku Genel Hükümler"

19 GÜRSES, s 76

TCK'nın "Özel Kanunlarla İlişki" başlığını taşıyan 5. Maddesine göre, kanunun genel hükümleri özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacaktır.

A- Teşebbüs

TCK'nın 35. Maddesine göre "*kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise*" suç teşebbüs aşamasında kalmış olur.

Zimmet suçunun teşebbüsle işlenebileceği konusu, öğretide çok tartışmalıdır. Zimmet suçu, neticesi hareketle bitişik ve ani bir suçtur. Bunun dışında icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa, teşebbüs söz konusu olabilir. Örneğin; bir banka personelinin, mudi hesabında bulunan parayı kendi hesabına aktarmak amacıyla banka sistemine girerek gerekli işlemleri yaptığını ve fakat bu sırada banka sisteminden kaynaklanan teknik bir sebepten ötürü bu havale işlemi gerçekleştirilememesi, işlenen zimmet suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir.

B- İçtima

5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 161. Maddesi, fikri içtimayı Bankacılık Kanununda düzenlenen suçlar bakımından özel olarak düzenlemiştir. Söz konusu kanun maddesi şöyledir: "Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, faileri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun sorumluluğu gerektiren hükümleri saklıdır."

Fikri içtima ya da bir diğer söylemle düşünsel birleşme; işlenen bir fiil ile yasanın çeşitli maddelerinin ihlali demektir. Bu durumda sadece en ağır cezayı içeren maddeye göre ceza verilir.²⁰ 161. Madde, TCK'nın 44. Maddesinde öngörülen fikri içtima hükmündeki öngörülen ile aynı kuralı içermektedir. Kanaatimce; TCK'da ki düzenlemenin aynıısının kopyalanmış gibi bu kanun maddesine yapıştırmak yerinde bir düzenleme olmamıştır. Kaldı ki bu düzenleme buraya yerleştirilmemiş olsa da bu suça yine de fikri içtima durumunun uygulanacağı açıktır. Bu nedenle fazladan ve gerekmeyen bir düzenleme olduğunu söyleyebiliriz.

C- İştirak

Suçta iştirakten bahsedilebilmesi için birden çok kişinin bulunması, bu kişilerde suça iştirak etme kastının bulunması ve karar verilen suçun icrasına başlanmış olması gerekir. Bu suç özel olarak düzenlenmiş

20 CENTEL, Nur:ZAFER, Hamide; ÇAKMUT,Özlem, "Türk Ceza Hukukuna Giriş" İstanbul 2016, 9. Bası, s 511

olup, suçun faili olabilecek kişiler kanunda özel olarak belirtilmişlerdir. Bu kişiler “*Banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensuplarıdır.*” Eğer suça iştirak eden kişiler bu özel olarak belirtilmiş kişiler dışında ise bunlar bağılılık kuralı (TCK 40/2²¹) gereğince yardım eden veya azmettiren olarak cezalandırılacaklardır.

8- SUÇ VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER

A- Ceza Verilmeyecek Haller

02.01.2017 tarihinde yayımlanan 687 sayılı KHK'nın 4. Maddesi ile Bankacılık Kanunu 160. Maddesinde düzenlenen zimmet suçuna üçüncü fıkradan sonra aşağıdaki fıkra eklenmiştir. Bu fıkra hükmü düzenlemesi şu şekildedir:“*Bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama yahut sair yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemleri zimmet suçunu oluşturmaz.*”

Bu hükme göre; bankacılık usul ve prensiplerine uygun uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama veya mevcut yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemlerinin zimmet suçunu oluşturmayacaktır. Ancak mevcut olan düzenlemeye göre bu tür işlemlerin zimmet suçunu oluşturduğu yönünde herhangi bir düzenleme olmadığı açıktır. Zaten suç teşkil etmeyen fiillerin suç oluşturmadığı yönünde hükme ek fıkra eklenmesi kanaatimce gerekli ve yerinde olmayan bir düzenleme olmuştur.

B- Suçu Ağırlaştırıcı Nedenler

Bankacılık zimmeti suçunun nitelikli hali Bankacılık Kanununun 160/2. Maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu fıkraya göre; Suçun, zimmet fiilinin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezası verileceği düzenlenmiştir. Ayrıca para cezası da yirmi bin güne kadar adli para cezası olarak artırılmıştır. Ancak adli para cezasının miktarı bankanın uğradığı zararın üç katından az olamaz. Ayrıca meydana gelen zararın ödenmemesi hâlinde mahkemece re'sen ödettirilmesine karar verir.

Yargıtay uygulamasında, bir fiilin hileli bankacılık zimmeti olup olmadığı, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen zimmet suçunda olduğu gibi “zimmetin normal denetim ve bankada mevcut kayıt ve belgelerin karşılaştırılması ve kontrolü sonucu tespit edilip edilemeyeceği, suçun banka dışı

21 TCK m. 40/2: Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur

araştırmayı gerektirecek derecede bankayı aldatıcı ve fiilin açığa çıkmasını engelleyecek her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenip işlenmediği".²²ölçütlerine göre belirlenecektir.²³

C- Suçu Hafifleten Nedenler

Bankacılık Kanunu 160/7 maddesinde zimmet suçuna ilişkin bir hafifletici neden düzenlenmiştir. Maddede "*Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir.*" denilerek suçun konusu ile ilgili hafifletici hali düzenleyen bir düzenlemenin yer aldığını görmekteyiz. Bu düzenleme ile suç konusu eşyanın değerinin azlığı, verilecek cezanın üçte birinden yarıya kadar indirim sağlayacağı düzenlenmiştir.

D- Etkin Pişmanlık Hali

Etkin pişmanlık, icra hareketlerini tamamlayan failin suçtan vazgeçerek, neticeyi önlemek için çaba göstermesidir.²⁴ Bankacılık Kanunu'nun 160/5-6. fıkralarında zimmet suçuna ilişkin etkin pişmanlığa ilişkin düzenlemeler şu şekilde yapılmıştır; "*Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.*"

Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Bu durumun hükümden önce gerçekleşmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir."

Görüldüğü üzere etkinlik pişmanlık hali hem soruşturma aşaması için hem de kovuşturma aşaması için ayrı ayrı olarak düzenlenmiştir. Eğer suça konu olup zimmete geçirilen eşya iade edilip veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde; soruşturma başlamadan önce ise cezanın üçte ikisi, kovuşturma aşamasından önce ise cezanın yarısına kadar indirim yapılacağı düzenlenmiştir.

22 Yargıtay 7. CD. E. 2003/5542, K. 20044973, T. 08.04.2004 / Yargıtay 7. CD. E. 2007/190, K. 2007/6241, T. 19.09.2007

23 OKUYUCU ERGÜN, S 166

24 CENTEL,ZAFER,ÇAKMUT,s 472

9- SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçlar bakımından uygulanacak soruşturma ve kovuşturma kuralları kanunun on dördüncü kısmının “kovuşturma usulü” başlıklı üçüncü bölümünde 162 ve 167. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçlara ilişkin olarak bu kanunda belirtilen yargılama usulü kuralları uygulanmasının yanında eksik kalan kısımlara ilişkin olarak ise yürürlükte olan Ceza Muhakemeleri Kanunu uygulanacaktır.

A- Yazılı Başvuru ve Müdahale²⁵

Yazılı başvuru 162. Maddede düzenlenmiş ve suçların soruşturulması ve kovuşturma yapılabilmesi için kurum veya fonun Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunması, muhakeme şartı olarak kabul edilmiştir. Maddede geçen kurum “Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunu”, fon ise “Tasarruf Mevduat ve Sigorta Fonunu” ifade etmektedir.²⁶

Kanundaki yazılı suçlar bakımından Cumhuriyet Savcılığının re'sen harekete geçip soruşturma başlatma yetkileri yoktur. Ancak kanun koyucu bu durumu mutlak olarak düzenlememiştir. Bazı istisnalar getirmiştir. Bu istisnalardan birincisi Bankacılık Kanununun 160/3 için düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; “Ancak, 160 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturmalar Kurumun veya Fonun yazılı bildirim üzerine veya gecikmesinde sakınca görülen hallerde re'sen Cumhuriyet savcılarınca yapılır ve Kurum ve Fon haberdar edilir.” Durumdan bir şekilde haberdar olan savcılık makamı soruşturmayı başlatabilecektir ancak hemen kuruma veya fona bu durumu bildirmekle yükümlüdür.

İkinci istisnai düzenleme ise 162/2'de düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; “İtibarın zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçlarından

25 Yazılı başvuru ve müdahale

Madde 162 —Bu Kanunda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. Ancak, 160 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturmalar Kurumun veya Fonun yazılı bildirim üzerine veya gecikmesinde sakınca görülen hallerde re'sen Cumhuriyet savcılarınca yapılır ve Kurum ve Fon haberdar edilir. Bu fıkra uyarınca yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında, Kurumun veya Fonun başvuruda bulunması hâlinde, bunlar başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanırlar.

İtibarın zedelenmesi, sırların açıklanması ve zimmet suçlarından dolayı ilgililerin dava hakkı ile 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri saklıdır.

26 GÜRSES, s 108

dolayı ilgililerin dava hakkı ile 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri saklıdır.” Bu maddeye göre zimmet suçu ve maddede geçen diğer suçların işlenmesi durumunda ilgili kişilerin şikayet hakkı bulunmaktadır.

B- İtiraz ve Bildirim²⁷

Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçlara ilişkin başlatılan soruşturmalarda verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara karşı kurumun, fonun veya ilgili bankanın itiraz hakkı bulunmaktadır. Yapılacak olan itiraz işlemi 5271 sayılı CMK uyarınca yapılacaktır. Ayrıca soruşturma neticesinde kamu davası açılacak olursa iddianamenin bir örneğinin davanın ilgisine göre kuruma veya fona gönderilmesi gerekmektedir.

C- Özel Görevli Mahkeme²⁸

Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçunda, suçun tespiti, suçun işleniş şeklinin belirlenmesi ve oluşan zararın tespiti ile 164. maddede düzenlenen diğer sayılan suçlara ilişkin aynı hususların belirlenmesi teknik olarak güç ve uzmanlık gerektiren bir konu olduğu açıktır. Bu nedenle kanun koyucu, bu hususların tespiti için özel görevli bir mahkemenin kurulmasına karar vermiştir. Zimmet suçu da bu sayılan suçların içerisinde yer almaktadır.

Bu maddeye göre; zimmet suçuna ilişkin yargılama, fiilin işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı ağır ceza mahkemelerinde görülecektir. Yine kanun koyucu, gerekli görülen yerlerde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine HSYK tarafından bu tür suçlara bakmak üzere o yer-

27 İtiraz ve bildirim

Madde 163 :Bu Kanunun 162 nci maddesi uyarınca başlatılan soruşturmalar neticesinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilirse, bu karar ilgisine göre Kuruma veya Fona ve ilgili bankaya tebliğ edilir. Kurum, Fon ve ilgili banka kendisine tebliğ edilen bu kararlara karşı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraza yetkilidir.

Kamu davası açılması hâlinde, iddianamenin bir örneği ilgisine göre Kuruma veya Fona tebliğ edilir.

28 Özel görev

Madde 164 :Bu Kanunda tanımlanan düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almak, işlemlerin kayıt dışı bırakılması ve gerçeğe aykırı muhasebeleştirme ve zimmet suçları ile sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, bankacılık ve müşteri sırlarının açıklanması, bankacılık faaliyeti çerçevesinde işlenen nitelikli dolandırıcılık, bu suçların işlenmesi amacıyla yönelik olarak örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak veya bu suçlarla bağlantılı olup da ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlara ait davalar, fiilin işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı ağır ceza mahkemelerinde görülür. Gerekli görülen yerlerde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu tür suçlara bakmak üzere o yerlerdeki diğer ağır ceza mahkemeleri de görevlendirilebilir veya yeni ağır ceza mahkemesi de kurulabilir.

deki diğer ağır ceza mahkemelerinin de görevlendirilebileceğini veya yeni ağır ceza mahkemesinin de kurulabileceğini öngörmüştür.

D- Bilirkişi İncelemesi²⁹

Kanun koyucu 165. Maddede Bankacılık Kanunu'nun uygulanması ile ilgili suçlara ilişkin olarak açılan davalarda uygulanmak üzere bilirkişilik kurumu hakkında bazı kurallar düzenlemiştir. Bu madde diğer ceza kanunlarında bulunan bankacılık suçları hakkında da uygulanacaktır.

Maddeye göre; bilirkişi, raporunu dosyanın kendisine verildiği tarihten başlayarak üç ay içinde mahkemeye verir. Bu süre hâkim tarafından iki aya kadar uzatılabilir. Bu süre içerisinde de rapor mahkemeye verilmediği takdirde görev, ücret ödenmeksizin bilirkişiden alınır ve yeni bilirkişi atanır. Bilirkişilik görevi bu şekilde kendisinden alınan kişiler, bir yıl süreyle bu Kanun kapsamında hiçbir davada bilirkişi olarak atanamazlar. Bu kişiler, raporların süresinde verilmemesinin sebep olduğu masrafları ödemeye ve ayrıca beşyüz güne kadar adli para cezasına mahkûm edilirler. Dosyanın bilirkişiye tevdi tarihinde dava zamanaşımı süresi durur. Bilirkişinin raporunu mahkemeye verdiği tarihten itibaren bu süre kaldığı yerden işlemeye devam eder.

Düzenlemeye baktığımızda, bilirkişilik yapacak kişilere belirlenen süre içerisinde raporlarını teslim etmedikleri takdirde hem para cezası hem de raporun verilmemesinden dolayı meydana gelen zararları ödemek zorunda kalırlar. Ayrıca bir yıl boyunca bilirkişilik yapamayacaklardır.

29 Bilirkişi incelemesi

Madde 165 —Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak, bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen suçlardan dolayı açılan ceza davalarında bilirkişi, raporunu dosyanın kendisine verildiği tarihten başlayarak üç ay içinde mahkemeye verir. Bu süre hâkim tarafından iki aya kadar uzatılabilir. Bu süre içerisinde de rapor mahkemeye verilmediği takdirde görev, ücret ödenmeksizin bilirkişiden alınır ve yeni bilirkişi atanır. Bilirkişilik görevi bu şekilde kendisinden alınan kişiler, bir yıl süreyle bu Kanun kapsamında hiçbir davada bilirkişi olarak atanamazlar. Bu kişiler, raporların süresinde verilmemesinin *Sebebi* olduğu masrafları ödemeye ve ayrıca beşyüz güne kadar adli para cezasına mahkûm edilirler. Dosyanın bilirkişiye tevdi tarihinde dava zamanaşımı süresi durur. Bilirkişinin raporunu mahkemeye verdiği tarihten itibaren bu süre kaldığı yerden işlemeye devam eder.

Kurum, Fon, Fon bankaları ile bankaların iflas idareleri tarafından açılan hukuk davalarında gerekli görülen hâllerde, yapılacak bilirkişi incelemelerinde bilirkişi, raporunu dosyanın kendisine verildiği tarihten başlayarak üç ay içinde mahkemeye verir. Bu süre hâkim tarafından iki aya kadar uzatılabilir. Bu süre içerisinde de rapor mahkemeye verilmediği takdirde görev, ücret ödenmeksizin bilirkişiden alınır ve yeni bilirkişi atanır. Bilirkişilik görevi bu şekilde kendisinden alınan kişiler, bir yıl süreyle bu Kanun kapsamında hiçbir davada bilirkişi olarak atanamazlar. Bu kişiler, raporların süresinde verilmemesinin sebep olduğu masrafları ödemeye ve ayrıca beşyüz güne kadar adli para cezasına mahkûm edilirler.

Bu düzenleme kanaatimce, bilirkişilere açıkça ceza mahiyetinde uygulamalar getirmiştir. Oysa bu uygulama bilirkişilerin yeteri kadar inceleme yapmadan raporlarını düzenlemesine neden olabileceği gibi, kale alınacak şekilde uygun ve kaliteli raporların düzenlemesine de engel olur.

Ayrıca yapılan düzenlemenin amacı, tarafsız bilirkişilere gözdağı verecek görev almaktan caydırmak, bunların yerine Kurum ve Fon'un istediği şekilde rapor vereceklerin görev yapmasını sağlamak olduğu olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüştür.³⁰

E- Özel Soruşturma ve Kovuşturma

Bankacılık Kanunu'nun 160. Maddenin 3. Fıkrasındaki düzenleme özel bir soruşturma ve kovuşturma usulüne bağlanmıştır. 166. Maddede öngörülen bu hüküm uyarınca 160. Maddenin üçüncü fıkrası kapsamına giren suçların soruşturma ve kovuşturmaları³¹ düzenlenen 7 farklı fıkra da nasıl uygulanacağı belirtilmiştir. İlgili düzenlemeler uyarınca soruşturma ve kovuşturma işlemleri şu şekillerde yapılacaktır:

a) Soruşturma, iş bölümü ilişkilerine göre, Cumhuriyet başsavcılarınca veya görevlendireceği Cumhuriyet savcılarınca bizzat yürütülür. Bu suçlar, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsalar bile, Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

b) Bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 ilâ 138 inci maddeleri de uygulanır.

c) Bu suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalarda kolluk; soruşturma ve kovuşturma sebebiyle şüpheli, sanık, tanık, bilirkişi ve suçtan zarar görenleri, Cumhuriyet savcısının veya mahkeme naibinin veya istinabe olunan hâkimin emriyle belirtilen gün, saat ve yerde hazır bulundurmaya mecburdur. Bu emir, çağrılanlar hakkında kolluğa ihzar müzekkeresinde olduğu gibi zor kullanma yetkisi verir.

d) Cumhuriyet başsavcılıkları, bu suçların soruşturmasında gerekli olması hâlinde, geçici olarak yargı çevresi içerisinde veya dışındaki, genel bütçeli dairelere ve katma bütçeli idarelere, bütün kamu kurum ve kuruluşlarına, belediyelere, bankalara ait bina, araç, gereç ve personelden yararlanmak için istemde bulunabilirler. Bu istemler, ilgili kurum ve makamlarca geciktirilmeksizin yerine getirilir. Özürsüz olarak bu istemleri yerine getirmeyen sorumlu kişiler, üç aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

30 YİĞİT, s 496

31 MERAN, Necati, "Zimmet, Rüşvet, İrtikap, Görevi Kötüye Kullanma Suçları", Ankara 2013, 3. Bası, s 73

e) Soruşturmanın gerekli kıldığı hâllerde, suç mahalli veya delillerin bulunduğu yerlere gidilerek soruşturma yapılır.

f) Soruşturmanın sonuçlanmasına kadar, bu suç faillerinin her türlü mal, alacak, para ve sair eşyalarına hâkim kararı, gecikmesinde sakınca olunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile el konulur. Bu suçlara iştirak edenler ile suç faillerinin bu suçlar nedeniyle elde ettiği her türlü haksız kazanımın transferi sonucu elde edilen, kan ve kayın hısımlar ile üçüncü şahıslar nezdindeki mal, alacak veya sair her türlü şeylere de Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile el konulur.

g) El koyma kararı yirmidört saat içinde yetkili ve görevli sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim kırksekiz saat içinde kararını açıklar. Aksi halde el koyma hükümsüz kalır.

F- İnfaz³²

Bankacılık Kanunu'nun 160. Maddesinde düzenlenen zimmet suçundan dolayı mahkum olanların koşullu salıverilme hükümlerine tabi tutabilmeleri için CMK'da düzenlenen hükümlerin dışında ayrıca Bankacılık Kanunu 167. Maddesine göre bazı ek şartlar getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre; mahkum olanların koşullu salıverme hükümlerinden yararlanabilmesi için bu kişilerin fona veya hazineye olan borçlarını ve tazminatlarını ödemiş olmalı veya bu borçlar ve tazminatlar malvarlıklarından tahsil edilmiş olmalıdır.

32 İnfaz

Madde 167 — 160 ıncı maddede yazılı suçlardan dolayı mahkûm olanlar, Fona veya Hazineye olan borçları ve tazminatları ödemediği veya bu borçlar ve tazminatlar malvarlıklarından tahsil olunamadığı sürece, bunlar hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.

ŞARTA BAĞLI BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINA İLİŞKİN OLARAK UYGULAMADA ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

Stj. Av. İhsan İbrahim DALDABAN

ÖZET

Günümüzde ticaretin globalleşmesi ve giriftleşmesi ile tacirlerin ticari ilişkilerinde yerine getirdikleri edimin karşılığını alacakları konusundaki güvensizliklerinin giderilmesi maksadıyla, ticari ilişkilerde bir teminat aracı olarak banka teminat mektupları uygulamada sıklıkla başvuru alan araçlardan biri haline gelmiştir. Özellikle iç hukukumuzda spesifik olarak banka teminat mektuplarına ilişkin hukuki düzenlemelerin bulunmaması ve uluslararası alanda da yapılan düzenlemelerin kısıtlı olması nedeniyle, uygulamada teminat mektuplarına ilişkin çeşitli sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu çalışmamızda, uygulamada birçok ihtilafa konu olan bir teminat mektubu türü olan şarta bağlı teminat mektuplarının hukuki konumu incelenmiş, şarta bağlı teminat mektuplarına ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkan sorunlar ICC tarafından 2010 yılında yayımlanan Garantilere İlişkin Birörnek Kurallar Model Formları Kapsayan 2010 Revizyonu ve Yargıtay içtihatları kapsamında incelenmiştir.

I. GİRİŞ

Tacirlerin, ticari faaliyetlerini gerçekleştirirken sosyal ve ekonomik hayatın doğal bir sonucu olarak, ticari ilişki içerisine girdikleri kişiler hakkında kapsamlı bir bilgiye sahip olmamaları ve bu nedenle de aralarındaki ticari ilişkiden doğan edimlerin yerine getirilmesi konusunda taraflar arasında güvensizliğin ortaya çıkması, banka teminat mektuplarını ticari faaliyetlerin önemli bir unsuru haline getirmiştir. Sözleşmesel ilişki kapsamında bir mal üretme, satma veya bir hizmeti sunma gibi edimleri yerine getiren taraf doğal olarak, yerine getirmiş olduğu edimlerin parasal karşılığının teminat altına alınmasını isteyebilecektir. İşte bu noktada, mal veya hizmet satın alan borçlunun borcunun teminat altına alınması için banka teminat mektuplarına başvurulmaktadır.

İki taraf arasında imzalanmış olan bir sözleşme (“asıl sözleşme”) kapsamında, asıl sözleşmenin taraflarından birinin (“borçlu” veya “lehtar”) bankaya sunacağı talep üzerine banka, sözleşmenin diğer tarafına (“ala-

caklı” veya “muhatap”) borçlunun sözleşmeden doğan edimini gereği gibi yerine getireceği, borçlunun edimini sözleşmeye uygun olarak hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumunda ortaya çıkacak zararı kendisinin karşılayacağı konusunda teminat vermektedir.¹ Bankanın borçlunun edimini teminat altına alması üzerine, alacaklı da sözleşmeden doğan edimini, karşılığını alıp alamayacağı şüphesi olmaksızın rahatlıkla yerine getirmektedir. Burada şuna da değinmek gerekir ki, teminat mektuplarının sadece bankalar tarafından verilebileceklerine dair hukuki bir düzenleme bulunmamaktadır. Yani dileyen her gerçek ve tüzel kişi tarafından teminat mektubu verilebilmesi mümkündür. Ancak bankaların ekonomik güçlerine ve teminat mektubu ilişkisinden ortaya çıkan teminat yükümlülüğünü yerine getireceğine duyulan güven, uygulamada teminat mektuplarının yalnızca bankalar tarafından verilmesi sonucunu doğurmaktadır.²

Banka teminat mektuplarına dair iç hukukumuzda bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, teminat mektuplarının hukuki niteliği konusunda doktrinde ve uygulamada birçok tartışma ortaya çıkmıştır.³ Yargıtay, 1967 yılında verdiği bir içtihadı birleştirme kararında⁴, “Bankanın sıfatı teminatı veren olduğundan, taahhüdü esas sözleşmeyi yapan taraflardan ve esas akitten ayrı ve tamamen müstakildir. Bankanın taahhüdü lehtarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak tecessüm eder. Bir kimse, asıl borçlunun ileri sürebileceği itirazlara bakılmaksızın borcun yerine getirilmemesinden doğan zararın tazminini kabul etmesi halinde o kimseye garanti veren durumundadır. Üçüncü şahsın fiilini garanti eden, yani bu şahsın bir şey yapacağını başkasına vaat eden şahıs müstakil bir taahhüt altına girmiştir.” diyerek, banka teminat mektuplarının hukuki niteliğini tartışmış ve bu mektupların garanti sözleşmesi sayılması gerektiğini kabul etmiştir. Yine Yargıtay’ın 1969 yılında verdiği bir diğer içtihadı birleştirme kararında da, banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak kabul edilmeleri gerektiği tekrar vurgulanmıştır.⁵

Banka teminat mektuplarının, ticari hayatta amaçlarını yerine getirme konusunda kaçınılmaz olarak sahip oldukları ve çalışmamızda da özellikle üzerinde durulacak olan en önemli özelliklerinden biri, teminat mek-

1 Vahit Doğan, Teminat Mektupları, Savaş Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2015, s. 3.

2 Meral Sungurtekin, “Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1990, S. 4, s. 544.

3 İzzet Başara, “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, S. 83, s. 302.

4 İBK 13.12.1967, E. 66/16, K. 67/7.

5 İBK 11.06.1969, E. 69/4, K. 69/6.

tubu ile taraflar arasındaki asıl sözleşmeden hukuki olarak bağımsız bir borcun ortaya çıkmasıdır. Teminat mektubunu veren banka, muhataba karşı bağımsız bir borç altına girmektedir.⁶ Bağımsız bir borç altına girilmesiyle kastedilen şey, bankanın borcunun asıl sözleşmenin varlığına, geçerliliğine veya dava edilebilir olup olmamasına bağlı olmadığıdır.⁷ Zira banka teminat mektubu, teminatını sağlamak üzere düzenlendiği taraflar arasındaki borcun, hiç veya sözleşmeye uygun olarak ifa edilmemesi riski ile ilgilidir. Teminat mektubu düzenleyen banka her ne kadar bağımsız bir borç altına giriyor olsa da, bu durum soyut bir borç taahhüdü anlamına da gelmemektedir.⁸ Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, banka teminat mektubu taraflar arasındaki asıl sözleşme ile ekonomik bakımdan bir bağlantıya sahip olmaktayken, hukuken asıl sözleşmeden ayrı, ondan tamamen bağımsız bir yükümlülük doğurmaktadır.⁹ Hukuki olarak bağımsız bir borcun varlığının doğal sonucu olarak da, banka, taraflar arasındaki sözleşmeden doğan defileri muhataba karşı ileri sürme imkânı bulamayacaktır.¹⁰

Yukarıda da değindiğimiz üzere, banka teminat mektuplarına ilişkin olarak özel bir hukuki düzenlememiz bulunmadığından, Türk hukukunda teminat mektupları Türk Borçlar Kanunu kapsamında değerlendirilmektedir. Uluslararası alanda ise özellikle Milletlerarası Ticaret Odası ("ICC") uluslararası hukukta banka teminatlarına uygulanacak hukuku yeknesaklaştırma çalışmaları sonucunda 1978, 1992 ve 2010 yıllarında yürürlüğe giren üç farklı kurallar bütününe meydana getirmiştir. İlk olarak 1978 yılında Akdi Teminatlar İçin Yeknesak Kurallar (Uniform Rules for Contract Guarantees - URCG 325) 325 sayılı broşür olarak yayımlanmıştır. 325 sayılı broşür üzerinde yapılan revizyonlar sonucunda 1992 yılında ICC tarafından Talep Garantileri İçin Yeknesak Kurallar (Uniform Rules for Demand Guarantees – URDG 458) yayımlanmıştır. Son olarak, çalışmamızda da yer yer değinecek olduğumuz, 1 Temmuz 2010 tarihinden itibaren URDG 458'in yerini alan, Garantilere İlişkin Birörnek Kurallar Model Formları Kapsayan 2010 Revizyonu (ICC Uniform Rules for Demand Guarantees Including Model Forms 2010 Revision – URDG 758) yayımlanmıştır. URDG 758, bankalar tarafından düzenlenen teminat mektuplarına kendiliğinden uygulanabilir hale gelmemektedir. URDG 758'in ilgili teminat mektubu için uygulanabilir kılınması için, URDG

6 Seza Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, 4. Baskı, Ankara 2003, s. 54.

7 Doğan, s. 22.

8 Reisoğlu, s. 54.

9 Doğan, s. 23.

10 Sabih Arkan, "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Aralık 1992, Cilt XVI, S. 4, s. 61; Başara, s. 315

758'in 1. maddesinde de belirtildiği üzere URDG 758'in uygulanacağını teminat mektubu metnine yazılması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, tarafların 1978 yılında yayımlanan URDG 325 veya 1992 yılında yayımlanan URDG 458'in uygulanacağını kararlaştırmaları da mümkündür.¹¹ Yani son revizyon olarak yayımlanan URDG 758, daha önce yayımlanan kuralların uygulanabilirliğini ortadan kaldırmamaktadır. Ancak uygulamada, URDG 758 yerine daha önceki kuralların uygulanacağını kabulüne rastlanması ihtimali yok denecek kadar azdır.¹²

URDG kurallarının değişiklik yapılarak da uygulanması mümkündür. Diğer bir deyişle, URDG'nin bazı maddeleri değiştirilebilir veya uygulama dışı bırakılabilir. URDG hükümleri her ne kadar kendiliğinden banka teminat mektuplarına uygulanabilir hale gelmese de, uygulamada sıklıkla başvurulması ve uluslararası alanda banka teminatlarına ilişkin olarak yapılmış nadir düzenlemelerden olması göz önünde bulundurulduğunda, banka teminat mektuplarının hukuki olarak yorumlanmasında ve incelenmesinde dikkate alınmalıdır.

II. ÖDEME TALEBİNİN ŞEKLİNE GÖRE BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Uygulamada kullanılan banka teminat mektupları, riskin niteliğine göre, teminatın konusuna göre, sürelerine göre, ikinci bankanın teminat ilişkisine dâhil olup olmamasına göre ve ödeme talebinin şekline göre sınıflandırılmaktadır. Ancak şarta bağlı teminat mektupları çalışmamızın odak noktasını oluşturduğundan, çalışmamızda sadece ödeme talebinin şekline göre banka teminat mektuplarının sınıflandırılmasını inceleyeceğiz.

Ödeme talebinin şekline göre banka teminat mektuplarını, ilk talepte ödeme kaydını içeren banka teminat mektupları ve şarta bağlı teminat mektupları olarak sınıflandırmamız mümkündür.¹³ Çalışmamızda şarta bağlı teminat mektuplarının incelenmesine geçmeden önce, ilk talepte ödeme kaydını içeren banka teminat mektuplarına değinilecek ve daha sonra her iki tür de karşılaştırılacaktır.

11 Nuray Ekşi, "ICC'nin Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Birörnek Kuralları", *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları (2010 Revizyonu - URDG 758) - Makaleler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 110.

12 Ekşi, s. 110.

13 Geraldine Mary Andrews/ Richard Millett, *Law of Guarantees*, Sweet & Maxwell, 6. Baskı, Londra 2011, s. 616.

III. İLK TALEPTE ÖDEME KAYDINI İÇEREN BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

İlk talepte ödeme kaydını içeren banka teminat mektuplarında banka, muhatabın bankaya sunacağı talep üzerine, teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin gerçekleştiğini ve bu nedenle de talep hakkının doğduğunu ispat etmesine gerek kalmadan muhataba ödeme yapmayı kabul etmektedir.¹⁴ Bu tür teminat mektuplarında bankanın sadece şekli olarak bir inceleme yapma yetkisi bulunmakta olup, esasa ilişkin bir inceleme yapma yetkisi bulunmamaktadır.¹⁵ Banka usulüne uygun olarak yerine getirilmiş bir ödeme talebiyle karşılaştığında, herhangi bir defa veya itirazda bulunmaksızın teminat mektubu muhatabının talebini yerine getirmekle yükümlüdür.¹⁶ Uygulamada bankalar tarafından, teminat mektuplarının üzerinde bulunan “...taahhüdünü yerine getirmediği tarafınızdan bankamıza yazılı olarak bildirildiği takdirde, protesto çekilmesine, hüküm alınmasına ve müteahhidin rızasını almaya gerek kalmadan garanti edilen paranın ilk yazılı talebiniz üzerine derhal ve gecikmeksizin size veya emrinize nakden ve tamamen ve talep anından tazmin anuna kadar geçecek günlere ait kanuni faizi ile birlikte ödeneceğini taahhüt ve beyan ederiz” şeklindeki ibareler ile bu türden teminat mektupları düzenlenmektedir.¹⁷ Bununla beraber, teminat mektubu “ilk talepte” kaydını içermese dahi, teminat mektubunun metninden veya kullanılan bazı kelimelerden yola çıkılarak, ilgili teminat mektubunun ilk talepte ödeme kaydını içeren bir teminat mektubu olarak sayılmasının mümkün olduğu da kabul edilmektedir.¹⁸

IV. ŞARTA BAĞLI BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

İlk talepte ödeme kaydını içeren banka teminat mektuplarında, banka sadece sunulan belgeleri şeklen incelemekle yükümlü olup, esasa ilişkin bir inceleme yükümlülüğü altında olmadığından, bu türden teminat mektuplarında haksız ödeme talepleriyle karşılaşılması mümkündür. İşte bu haksız ödeme taleplerinin önüne geçmek amacıyla, muhatabın talebi üzerine bankanın ödeme yapabilmesinin belli şartlara bağlanması amaç-

14 Emmanuel Laryea, Paperless Trade: Opportunities, Challenges and Solutions, Kluwer Law International, 1. Baskı, Lahey 2002, s. 136; Ünal Tekinalp, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2009, s. 516; Boris Kozolchik, “Bank Guarantees and Letters of Credit: Time for a Return to the Fold”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2014/1, S. 11, s. 16.

15 Peter O. Mühlert, Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1. Baskı, Tübingen 1985, s. 16; Doğan, s. 64.

16 Doğan, s. 64-65.

17 Reisoğlu, s. 138.

18 Tekinalp, s. 516.

lanmış ve bunun sonucu olarak da uygulamada şarta bağlı teminat mektupları ortaya çıkmıştır.

Teminat mektubu veren bankanın, belirli şartların ortaya çıkması ve/veya yerine getirilmesi halinde, taraflar arasındaki asıl sözleşmeden doğan bir riski garanti ettiğini belirtmesi geçerlidir.¹⁹ Teminat mektuplarının şarta bağlı olarak düzenlenmelerinde hukuki olarak bir sakınca olmamakla birlikte, teminat mektubunda yer alan şart, mektubun garanti sözleşmesi niteliğini ve bankanın taraflar arasındaki temel ilişkiden bağımsız bir borç altına girmesini de etkilemeyecektir.²⁰

Şarta bağlı banka teminat mektuplarında, bankanın muhataba karşı ödeme yapabilmesi için, teminat mektubu üzerinde yer alan şartların gerçekleştiğinin, muhatap tarafından bankaya sunulan belgeler ile ispat edilmesi gerekmektedir.²¹ Diğer bir deyişle, teminat mektubu üzerinde yer alan şartların yerine getirildiğinin bankaya sunulan belgeler ile ispat edilememesi durumunda, banka ödeme yapmaktan kaçınmak zorundadır.²² Görülmektedir ki, bu yöntemle şarta bağlı teminat mektuplarında hakkın kötüye kullanılması/haksız talepte bulunulması ihtimali asgariye indirilirken, teminat mektuplarının güvence sağlama işlevleri de azalmaktadır. İlk talepte ödeme kaydını içeren teminat mektuplarında bankanın usulüne uygun olarak yapılan bir ödeme talebi karşısında teminat mektubu bedelini ödemekle yükümlü olduğuna değinmiştik. İlk talepte ödeme kaydını içeren teminat mektuplarına ilişkin olarak yapılan ödemelere dair lehtar ile muhatap arasında ortaya çıkacak ihtilaflar, bankanın ödemeyi gerçekleştirmesinden sonra gündeme gelecektir. Bu doğrultuda, ilk talepte ödeme kaydını içeren teminat mektuplarında banka, lehtar ile muhatap arasındaki ihtilafların dışında kalmaktadır. Ancak şarta bağlı teminat mektuplarında bankanın, yukarıda da değindiğimiz üzere, teminat mektubu üzerinde öngörülen ödeme şartlarının yerine getirilip getirilmediğini kendisine sunulacak belgeler üzerinde inceleme ve şartların gerçekleştiğini tespiti halinde ödeme, şartların gerçekleşmediğini tespiti halinde ise ödeme yapmaktan kaçınma yükümlülüklerinin bulunması, bankanın

19 Reisoğlu, s. 139.

20 Reisoğlu, s. 139.

21 Satish B. Matur, *Working Capital Management And Control: Principles And Practice*, New Age International Limited Publishers, 2. Baskı, Yeni Delhi 2007, s. 417; Azizan Supardi/ Jamaluddin Yaakob/ Hamimah Adnan, "Performance Bond: Conditional or Unconditional", *2nd Construction Industry Research Achievement International Conference*, Construction Industry Development Board, Kuala Lumpur 2009, s. 6; Agasha Mugasha, *The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees*, The Federation Press, 1. Baskı, Sidney 2003, s. 20.

22 Doğan, s. 70.

lehtar ile muhatap arasında ortaya çıkacak ihtilaflardan kaçınmaması sonucunu doğurabilecektir. Zira bankanın, belgelerin eksik veya usulüne uygun olmadığı durumda dahi, muhatap tarafından yapılan talep üzerine ödemeyi yapması durumunda, kusuru oranında sorumluluğu gündeme gelecektir.²³

Şarta bağlı banka teminat mektupları; teminat kapsamında öngörülen şartın teminat mektubu üzerinde açık olarak belirlenmemesi veya çelişkili ifadeler içermesi, teminat mektubu üzerinde belgeye dayalı olmayan şartların bulunması, muhatap ile banka arasında teminat mektubu dışında şartların belirlenmesi ve teminat mektubu üzerinde ihtilafa mahal verebilecek ifadelerin yer alması gibi nedenlerden ötürü uygulamada sıklıkla uyuşmazlıklara konu olmaktadır. Çalışmamızın devamında, şarta bağlı banka teminat mektuplarına ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkan sorunları Yargıtay içtihatları, doktrin ve URDG 758 ışığında inceleyeceğiz.

A. Şarta Bağlı Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar

i.Şartın Teminat Mektubu Üzerinde Açıkça Belirtilmemesi

Banka teminat mektubu üzerinde öngörülmek istenen şart bazı durumlarda açıkça yazılmamış olabilir. Bu durumlarda dahi, teminat mektubunun metninden şartın anlaşılması mümkünse, ilgili teminat mektubunu şarta bağlı teminat mektubu olarak kabul etmek gerekecektir.²⁴ 2008 yılında vermiş olduğu bir kararda²⁵ Yargıtay, “Somut olayda dosyada bulunan taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi noterde düzenleme şeklinde yapılmamıştır. Sözleşmenin sadece noterde tasdik ettirildiği anlaşılmaktadır. İnşaat yüklenici tarafından tamamlanmadığı gibi yükleniciye tapu devri de yapılmamıştır. Bu yönler dikkate alındığında taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin bulunmadığı açıktır. Yapılan sözleşme yok hükmündedir... sözleşmenin geçerli olmadığına tespitine, davacı yüklenici şirketin teminat mektubunun davacıya iadesine, teminat mektubu giderlerine ilişkin istemin de reddine karar vermekten ibarettir.” ifadesiyle, teminat mektubunun garanti altına aldığı sözleşmenin konusunu oluşturan riskin geçerliliğinin, teminat mektubu için geçerli bir şart olduğunu kabul etmiştir. Burada asıl sözleşme hukuken yok hükmünde kabul edildiğinden, sözleşmeye bağlı olarak bir risk doğması da imkânsız olacağından, teminat mektubu için gerekli şartın gerçekleşmediği kabul edilmiş ve bankanın teminat yükümlülüğü son bulmuştur.

23 Doğan, s. 70-71.

24 Reisoğlu, s. 140.

25 15. HD. 24.01.2008, E. 2007/86, K. 2008/393.

Yine başka bir kararında²⁶ da Yargıtay'ın, işin bitiminden sonra tesisin işletilmesini garanti eden bir teminat mektubunun konu olduğu olaya ilişkin olarak, "Tesisin yüklenici tarafından kiralanacağına dair sözleşme, kira akdi başlamadan önce tasfiye sebebiyle ortadan kalmış bulunmasına göre teminat mektubunun yükleniciye iadesi gerekir." ifadesiyle, şartın gerçekleşmediğini ve bu nedenle de risk doğmasının imkânsız olduğunu, sonuç olarak da bankanın yükümlülüğünün son bulduğunu kabul ettiği anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda, söz konusu teminat mektubunun şarta bağlı olmadığı ileri sürülmesi ile muhatabın tazmin talebinde bulunmasının, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacağı kabul edilmektedir.²⁷

ii.Teminat Mektubu Üzerinde Belgeye Dayalı Olmayan Şartların Bulunması

URDG 758 ile getirilen yeniliklerden birisi, URDG 458'de teminat mektupları üzerinde yer alan belgeye dayalı olmayan şartlara ilişkin olarak tereddüt yaratan maddelerin revize edilmesi veya çıkarılması ile söz konusu şartlara dair daha net düzenlemelerin yapılmasıdır.²⁸ URDG 758'in 7. maddesinde, tarih ve süreye ilişkin şartlar hariç olmak üzere, belgeye bağlı olmayan şartların teminat kapsamında öngörülmemesi gerektiği, bu türden şartların öngörülmüş olmaları durumunda dikkate alınmayacakları ifade edilmiştir. Örneğin, muhatap tarafından lehtara bir belge gönderilmesini veya teslim edilmesini öngören bir şart belgeye bağlanan bir şart olarak kabul edilmeyecektir.²⁹ Zira böyle bir şartın yerine getirilmesi verilen teminatın dışında gerçekleşeceğinden, şartın yerine gelip gelmediğinin tespiti teminat verene ibraz edilen belgeler ile mümkün olamayacaktır. Bununla beraber, belgeye bağlı olmayan şartların dikkate alınmaması konusunda yine aynı maddede iki istisna sayılmıştır. Bunlardan birincisi, ilgili şartların teminatı verenin kayıtlarından veya teminatın kendisinden tespit edilecek olmasıdır. İkincisi ise, teminat mektubu belgeye bağlı olmayan bazı şartları taşısa dahi, muhatap tarafından bankaya yapılan ibrazda yer alan bilgilerin, verilen teminat ile bir uyumsuzluk göstermesidir. İşte bu noktada, kanımızca URDG 758'in 7. maddesinin uygulamada sorunlara yol açabileceği düşünülmektedir. Zira bankaya sunulan belgeler ile teminat

26 15. HD. 03.07.1980, E. 1980/1616, K. 1980/1715.

27 Reisoglu, s. 140.

28 Nihayet Durukanoglu, "ICC'nin Garantilere İlişkin Birörnek Kuralları ve Bu Kuralların Kamu Sektöründe Uygulanması", *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları (2010 Revizyonu - URDG 758) - Makaleler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 88.

29 Abdurrahman Özalp, "ICC'nin Yeni Uluslararası Garanti Kuralları - URDG 758", *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları (2010 Revizyonu - URDG 758) - Makaleler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 15.

nat arasındaki uyumsuzluğun ölçütünün ne olacağı belirlenememektedir. Sunulan belgeler ile teminat arasında, ilk bakışta anlaşılan uyumsuzlukların kolaylıkla bu madde kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Örneğin, teminat üzerinde malın menşeinin Çin olacağına dair bir şart var olmasına rağmen, muhatap tarafından bankaya ibraz edilen belgelerin üzerinde malın menşeinin Hindistan olarak görünmesi, ilk bakışta fark edilecek bir uyumsuzluktur ve bu nedenle teminat mektubu üzerindeki şartlar belgeye bağlı olmasa dahi dikkate alınır.³⁰ Ancak sunulan belgeler ile teminat arasındaki uyumsuzluğun tespit edilmesine ilişkin olarak asıl sorun, yukarıda da belirttiğimiz üzere, böyle bir uyumsuzluğun tespit edilmesinde dikkate alınacak ölçütlerdir.

URDG 758'in 7. maddesi kapsamında ifade edilen, bankaya sunulan belgeler ile teminat arasında ortaya çıkacak uyumsuzluğun tespitinde kullanılacak ölçütü belirleyebilmek için öncelikle bankanın, muhatap tarafından sunulan belgeleri inceleme yükümlülükleri ve bu incelemenin kapsamına değinmek gerekmektedir.

Banka, muhatap tarafından teminat mektubu bedelinin ödenmesi talebiyle sunulan belgelerin, teminat mektubu metninde öngörülen niteliklere uygun olup olmadığını incelemekle yükümlüdür. Belgelerin içeriğinin doğru olup olmadığı veya belgelerin ekonomik değeri ve iktisadi içeriklerini incelemek bankanın yükümlülüğü kapsamında bulunmamaktadır.³¹ Zira banka, vermiş olduğu teminat ile asıl sözleşmenin tarafları olan lehtar ve muhatabın arasındaki sözleşmesel ilişkiden bağımsız nitelikte bir yükümlülük altına girmiştir. Bu nedenle, muhatap tarafından, teminat mektubu ile teminat altına alınan riskin gerçekleştiği yönünde, teminat mektubunda öngörülen belgelerin ibraz edilmiş olması ile muhatabın ibraz yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilmektedir.³²

URDG 758'in 19. maddesinde, bankanın sunulan belgeleri inceleme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. İlgili madde uyarınca banka, muhatap tarafından sunulan talebin uygunluğunu sadece dış görünüş itibarıyla inceleyecektir. Yani banka, sunulan belgelere ilişkin olarak bir içerik incelemesi yapmayacaktır. Bankaya sunulan belgeler dış görünüş itibarıyla teminat mektubunda öngörülen nitelikleri taşıyor ise, belgenin içerik olarak da incelenmesi bankanın yükümlülüğünde olmayacaktır.

30 Özalp, s. 15.

31 Doğan, s. 408.

32 Doğan, s. 408.

Bankanın sunulan belgeleri sadece şeklen inceleme yükümlülüğü göz önünde tutulduğunda, URDG 758'in 7. maddesinde ifade edilen uyumsuzluğun tespit edilmesinde de "şeklen" yapılacak bir incelemenin esas alınacağı kabul edilebilir. Yani, sunulan belgeler ile teminat arasında ilk bakışta tespit edilen bir uyumsuzluk, 7. madde kapsamında değerlendirilebilir. Kanımızca, 7. maddeye ilişkin olarak bankaya yüklenecek inceleme yükümlülüğünün kapsamı geniş yorumlanmalıdır. Sadece şeklen yapılacak bir inceleme ile sunulan belgeler ve teminat arasındaki uyumsuzlukları tespit etmek mümkün olmayabilir. Zira yapılacak inceleme ile ortaya çıkarılacak olan uyumsuzluk, belgeye bağlanmayan şartların dikkate alınıp alınmamasını doğrudan ilgilendirdiğinden, ilgili teminat mektubunun şarta bağlı olarak kabul edilip edilmemesini etkileyebilecektir. Tarafımızca, URDG 758'in bir sonraki revizyonunda ICC'nin 7. maddenin müphem ifadesini tekrar gözden geçirmesi ve daha açık ve net ifadelerle, teminat mektubu üzerindeki belgeye bağlanmayan şartların akıbetinin belirtilmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

iii. Teminat Mektubu Üzerinde Taraflar Arasındaki Asıl Sözleşmeye veya Ticari İlişkiye Atıf Yapılması

Uygulamada teminat mektubu üzerinde yer almayan bir şartın, banka ile muhatap arasında belirlenmesi olağan bir durumdur. 1985 yılında verdiği bir kararda³³ Yargıtay, "*Her ne kadar davacı bankanın teminat mektuplarının 09.03.1983 günlü protokol ile ilişkisi bulunduğu yönünde açık bir beyan yok ise de, bazı mektuplarda bu protokole atıf yapıldığı gibi, taraflar arasındaki karşılıklı yazışmalar ile 09.03.1983 günlü protokol içeriği ve davalı tarafça ibraz edilen delillere göre dava konusu mektupların söz konusu protokolle ilişkili bulunduğu ve bu protokole dayanılarak bu mektupların düzenlendiği anlaşılmaktadır.*" diyerek, muhatap ile teminat mektubu veren banka arasındaki yazışmalardan, mektubun asıl sözleşmenin tarafları arasındaki protokolün yerine getirilmesi şartı ile verildiği ve protokol hükümlerine uyulmadığından garanti veren bankanın tazmin yükümlülüğünün bulunmadığını kabul etmiştir. Verilen bu karar üzerine gerçekleştirilen karar düzeltme isteminde Yargıtay vermiş olduğu kararı değiştirmiş, "*Tarafların öngörmediği ve protokole veya teminat mektuplarına koymadıkları bir şartı, olması gerekeceği görüşüyle tarafların yerine geçerek böyle bir şartı varsaymak veya olması gerekirdi demek mümkün değildir.*" diyerek, teminat mektubu üzerinde belirtilmemiş bir şartın dikkate alınmayacağını kabul

33 11. HD. 15.10.1985, E. 1985/4169, K. 1985/5613.

etmiştir.³⁴ Bununla beraber, 1987 yılında verdiği bir kararda³⁵ Yargıtay, teminat mektubu üzerinde, asıl sözleşmenin tarafları arasında yapılmış olan bir protokole verilen atıf nedeniyle, protokol hükümlerine uyulmamış olması nedeniyle teminat mektubundaki şartların gerçekleşmediğini ve bankanın tazmin yükümlülüğünün bulunmadığını kabul etmiştir. Görülmektedir ki konu ile ilgili olarak Yargıtay'ın birbirleriyle çelişen kararları bulunmaktadır.

ARKAN, teminat mektuplarının girişinde ya da doğrudan garanti taahhüdünün yer aldığı kısımda, lehtar ile muhatap arasındaki sözleşmeden söz edilmesi durumunda bu hususun teminat mektubunun taraflar arasındaki ilişkiden bağımsızlığını etkilemeyeceği kanaatindedir. ARKAN'a göre, teminat mektuplarında yer alan "...arasında münakit sözleşme gereğince tesisin yapımı ile ilgili malzeme, ekipman teslimi ve montaj hizmetlerinin ifası için" gibi ifadeler, kural olarak garantinin ferdileştirilmesine, hangi ilişkiden doğan rizikonun güvence altına alındığını göstermeye yaramakta; bu tip kayıtların bankanın taahhüdünün, lehtar-muhatap arasındaki temel ilişkiye bağlı kılındığını göstermemekte olduğu ifade etmektedir.³⁶

ARKAN'ın görüşüne paralel olarak EKŞİ de, teminat mektubu metninde her ne şekilde olursa olsun, taraflar arasındaki asıl ticari ilişkiye değinilmesinin, bankanın teminat mektubu ilişkisi nedeniyle asıl sözleşmeyle bağımlı hale gelmesini sağlamayacağını, bu tip ibarelerin ancak garantörün üstlendiği yükümlülüğe belirginlik kazandırma fonksiyonu oynayacağını ifade etmektedir.³⁷

Şuna da değinmek gerekir ki; teminat mektubu üzerinde taraflar arasındaki asıl sözleşmeye atıfta bulunulması hususunda ortaya çıkan soruna paralel olan diğer bir sorun da, teminat mektubu dışında, banka ile muhatap arasında bazı şartların belirlenmesi durumudur. REİSOĞLU, şartın mutlaka teminat mektubu metninde yer almasının zorunlu olmadığını; banka, muhatap ile arasındaki garanti sözleşmesi kapsamında, şarta bağlı borç altına girmişse ve bu durum da muhatap tarafından ispat edilebiliyorsa, garanti sözleşmesinde yazılı şekil geçerlilik şartı aranmadığından, teminat mektubunda yer almasa bile bankanın şartın gerçekleşmediği defni ileri sürebileceğini ifade etmektedir.³⁸ Bu doğrultuda, banka ile muhatap arasında özel olarak, asıl sözleşmeden doğan bazı yükümlülüklerin teminat mektubunun bir şartı olarak kararlaştırılması durumun-

34 11. HD. 07.03.1986, E. 1986/562, K. 1986/1260.

35 11. HD. 23.06.1987, E. 1987/3082, K. 1987/3827.

36 Arkan, s. 64.

37 Ekşi, s. 117.

38 Reisoğlu, s. 142.

da, bu şartların sadece banka ile muhatap arasında dikkate alınabileceği, lehtarını etkilemeyeceğini ifade etmek mümkündür. Ancak açıktır ki, banka ile muhatap arasında teminat mektubu dışında belirlenen şartlar, muhatabın teminat mektubuna ilişkin menfaatini kısıtlayıcı olmaktadır. Bu nedenle banka ile muhatap arasında bu türden işlemlerin uygulamada görülmesi oldukça zordur.

URDG 758'in 5. maddesinde, bir teminatın doğası itibarıyla dayandığı temel ilişkiden bağımsız olduğu, teminat verenin taraflar arasındaki temel ilişki ile bağlı olmadığı ifade edilmiştir. Teminat mektubunda, teminat verenin üstlendiği yükümlülüğe belirginlik kazandırmak amacıyla, temel ilişkiye atıf yapılsa dahi, bu atıf teminatın bağımsız niteliğini değiştirmeyecektir.³⁹ Kanımızca, teminat mektubu üzerine taraflar arasındaki temel ilişkiye yapılacak olan atfın bir şart olarak değerlendirilmesinde, URDG 758 hükümlerinin dar yorumlanması gerekmektedir. Zira asıl sözleşmeye yapılan her atfın bir şart olarak değerlendirilmesi, teminat mektubunun garanti sağlama fonksiyonunu azaltacaktır. Bu nedenle, eğer taraflar arasındaki temel ilişkinin veya asıl sözleşmenin bazı hükümlerinin teminat mektubunun bir şartını oluşturması isteniyorsa, bunun teminat mektubu üzerinde açıkça belirtilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Aksi takdirde, teminat mektubu üzerinde temel ilişkiye yapılan genel bir atfın şart olarak değerlendirilmeme riski doğabilecektir.

iv. Teminat Mektubu Üzerinde Şarta İlişkin Olarak Çelişkili İfadelerin Yer Alması

Uygulamada, banka teminat mektupları üzerinde bir yandan "protesto çekmeye, hüküm ve borçlunun iznini almaya gerek kalmaksızın, ilk yazılı talepte" ödeme taahhüdünü içeren, bir yandan da yerine getirilmesi gereken şartların öngörüldüğü teminat mektuplarına rastlanmaktadır. Konu ile ilgili olarak Yargıtay'ın 1995 yılında verdiği bir kararda⁴⁰, "*Kontrgaranti mektubunun son satırları bu mektubun şartsız olduğunu açıkça belirtmesine göre, artık bu mektubun şarta bağlı olduğu kabul edilemez. Başka bir deyişle, teminat mektubundaki sözcükler, bir anlamı belirtmek ve bir amaç sağlamak için kullanılmıştır. Her sözcük ve cümleye teminat mektuplarının genel kuralları ve mektupların amacı doğrultusunda değer vermek ve yorum yapmak gerekir. Şartlı bir teminat mektubunun muhatap tarafından kabul edileceği de düşünülemez. Hal böyle olunca, dava konusu kontrgaranti mektubun tüm içeriği, olayların akışı göz önüne alındığında, şartsız olarak düzenlendiğinin kabulü*

³⁹ Ekşi, s. 117.

⁴⁰ 11. HD. 14.09.1995, E. 1995/3754, K. 1995/6288.

gerekmıştır. Davacıların şart olarak konduğunu ileri sürdükleri cümlelerin yazılış nedeninin, mükerrer ödemeyi önlemek amacı doğrultusunda olduğunun benimsenmesi daha doğru bir yaklaşımdır.” diyerek, söz konusu olaydaki mektubun şarta bağlı olmayan bir teminat mektubu olduğu konusunda karar kılmıştır.

REİSOĞLU'na göre, teminat mektuplarında şekil büyük önem taşıdığından, mektup metninde çok açık olarak yer alan bir şartı yok farz etmek mümkün olmayacak; teminat mektubunun şarta bağlı olmadığına ilişkin olarak yazılmış olan bir kayıt, teminat mektubu metninde yer alan şartı geçersiz hale getirmeyecektir. REİSOĞLU, teminat mektubunun niteliği göz önüne alındığında iki ibare arasında böyle bir çelişki mevcut olması durumunda, şartın geçerliliğinin devam ettiğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindedir.⁴¹

ARKAN da REİSOĞLU'nun görüşüne paralel olarak, teminat mektubu üzerinde hem ilk talepte ödeme kaydının hem de belli şartların varlığı durumunda; ilk talepte ödeme kaydının, teminat mektubu üzerinde yer alan şartın gerçekleşmiş olduğunun muhatap tarafından ispatlanmasından sonra geçerli olacağı kanaatindedir.⁴² Yani bu türden teminat mektuplarına ilişkin olarak muhatap tarafından ödeme talebinde bulunulması halinde, banka öncelikle mektupta belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyecek, şartların gerçekleşmiş olduğunu tespit etmesi durumunda ödemeyi gerçekleştirecektir.

URDG 758'in 8. maddesinde, teminat mektubunun düzenlenmesi için yapılacak başvurunun ve teminat mektubu metninin açık ve kesin olması gerektiği, metin üzerinde aşırı ayrıntıdan kaçınılması gerektiği öngörülmüştür. Yine ilgili madde kapsamında teminat mektubu üzerinde bulunması önerilen hususlar sayılmıştır. Kanımızca da, teminat mektupları üzerinde aşırı ayrıntıya girilmeden, teminatın kapsamı ve bağlı olduğu şartların açık ve net bir biçimde ifade edilmesi, teminat mektubu metninde çelişkilerin ortaya çıkmasına engel olabilecek, bu sayede uygulamada ihtilafların önüne geçilebilecektir.

v. Teminat Mektubu Üzerinde “Lehtar ile Muhatap Arasında Zuhur Edecek Herhangi Bir İhtilaf ve Bunun Akıbet ve Kanuni Neticeleri Dikkate Alınmaksızın Ödeme Yapılacağı” İbaresinin Yer Alması

Uygulamada teminat mektuplarına konulan belirli ibarelerle, asıl sözleşmenin tarafları arasındaki uyuşmazlıkların teminat mektubu bedelinin

41 Reisoğlu, s. 141.

42 Arkan, s. 66.

ödenmesine engel teşkil edecek hale getirilmesinin amaçlandığı görülmektedir. Özellikle “lehtar ile muhatap arasında zuhur edecek herhangi bir ihtilaf ve bunun akıbet ve kanuni neticeleri dikkate alınmaksızın ödeme yapılacağı” şeklindeki kayıtlara teminat mektubu metinlerinde rastlamak mümkündür. Bu türden kayıtlar ile lehtar tarafından muhatabın ödeme talebinde bulunmasını engellemek amacıyla bir ihtiyati tedbir kararı alınması halinde dahi, bankanın ödeme yapmasını temin etmek amaçlanmaktadır. Ancak böyle bir durumda söz konusu olan ihtiyati tedbir bir mahkeme kararı ile alınacağından, bankanın bu şekildeki kayıtlara üstünlük tanıyarak mahkeme emrine uymaması ve ödeme yapmaması düşünülemez.⁴³ Bu konuda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 398. maddesinin de dikkate alınması gerekmektedir. İlgili madde uyarınca, “İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır.” Görülmektedir ki, teminat mektuplarına bu türden konulacak kayıtlar nedeniyle, bankaların ihtiyati tedbir kararlarını dikkate almaksızın hareket etmesi kanuna açık bir aykırılık teşkil etmektedir.

vi. Teminat Mektubu Üzerinde “Lehtar Yükümlülüğünü Yerine Getirmediği Takdirde” İbaresinin Bulunması

Teminat mektupları üzerinde, “adı geçen taahhüdünü ilgili kanun, sözleşme ve şartname hükümlerine göre kısmen veya tamamen yerine getirmediği takdirde ilk yazılı talepte” ibarelerinin bulunması uygulamada rastlanılan bir durumdur.⁴⁴ Konu ile ilgili olarak Yargıtay bir kararında⁴⁵, “Dava konusu teminat mektubunun hiçbir şartı ihtiva etmemesine, davalı tarafın şart diye ileri sürdüğü hususun, yani taahhüdün kısmen veya tamamen yerine getirilmemesi kaydının esasen teminat mektuplarına konulması gereken bir husus olmasına ve ayrıca ilk yazılı talep üzerine, müteahhit firma ile muhatap idare arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bu uyuşmazlığın akıbet ve kanuni neticeleri nazara alınmaksızın mektup muhteviyatının ödeneceği taahhüt edilmiş olmasına göre davalının temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanması gerekmiştir.” diyerek, teminat mektupları üzerinde bu türden konulan ibarelerin ilgili teminat mektubunu şarta bağla teminat mektubu haline getirmediğini kabul etmiştir.

43 Arkan, s. 64.

44 Reisoğlu, s. 256.

45 11. HD. 16.05.1989, E. 1988/6126, K. 1989/2935.

V. SONUÇ

Ticari faaliyetler insanlık tarihine ilk konu olduğu zamanlardan beri tacirler, içinde buldukları ticari ilişkiden doğan sözleşmesel edimlerini yerine getirdiklerinde, bu edimin parasal karşılığını alıp alamayacakları konusundaki güvensizlikleri nedeniyle kefalet, rehin, ipotek gibi teminatlar ile bu güvensizliği gidermeye çalışmışlardır. Bankaların ticari faaliyetlerde daha aktif rol almaya başladığı son yüzyılda, özellikle bankaların ekonomik güçlerine duyulan güvenden ötürü, banka teminat mektupları ticari ilişkilerde en yaygın şekilde kullanılan teminatlardan biri haline gelmiştir. Uygulamada her ne kadar ilk talepte ödeme kaydını içeren teminat mektupları daha fazla kullanılsa da, taraflar, aralarındaki ticari ilişkinin türüne dayalı olarak şarta bağlı teminat mektuplarını da tercih edebilmektedirler.

Çalışmamızda da belirttiğimiz sorunlar göz önüne alındığında, şarta bağlı teminat mektuplarının kullanılmasında ortaya çıkan sorunların temelinde, konu ile ilgili hukuki düzenlemelerin eksikliğinden kaynaklandığı görülmektedir. Uluslararası alanda ICC bu eksikliği yayımlamış olduğu kurullarla gidermeye çalışsa da, iç hukukta banka teminat mektuplarına ilişkin olarak kapsamlı hukuki düzenlemeler yapılmıyacağı kadar, özellikle şarta bağlı teminat mektuplarına ilişkin olarak çalışmamızda değindiğimiz sorunların tekrar tekrar ortaya çıkması olasıdır. Bu nedenle, ihtilafların ortaya çıkmasının ve tarafların ortaya çıkan ihtilaflardan ötürü oluşan mağduriyetlerinin önüne geçebilmek adına, özellikle lehtarların bankalara teminat mektubu düzenlenmesi için sundukları talepte, teminat mektubu metninde bulunmasını istedikleri şartları açık ve net şekilde ifade etmeleri; bankaların da URDG 758 kapsamında önerilen içeriklere sahip, aşırı ayrıntıya girmeksizin, yoruma açık ifadelerden kaçınarak teminat mektuplarını düzenlemeleri tavsiye edilmektedir.

KAYNAKLAR

1. **ANDREWS, GERALDINE MARY / MILLETT, RICHARD** Law of Guarantees, Sweet & Maxwell, 6. Baskı, Londra 2011
2. **ARKAN, SABİH** "Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Aralık 1992, Cilt XVI, S. 4
3. **BAŞARA, İZZET** "Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, S. 83
4. **DOĞAN, VAHİT** Teminat Mektupları, Savaş Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2015
5. **DURUKANOĞLU, NİHAYET** "ICC'nin Garantilere İlişkin Birörnek Kuralları ve Bu Kuralların Kamu Sektöründe Uygulanması", *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları (2010 Revizyonu - URDG 758) - Makaleler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011

- 6. EKŞİ, NURAY** “ICC'nin Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Birörnek Kuralları”, *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları (2010 Revizyonu – URDG 758) – Makaleler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011
- 7. KOZOLCHYK, BORIS** “Bank Guarantees and Letters of Credit: Time for a Return to the Fold”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2014/1, S. 11
- 8. LARYEA, EMMANUEL** Paperless Trade: Oppotunities, Challanges and Solutions, Kluwer Law International, 1. Baskı, Lahey 2002
- 9. MATUR, SATISH B.** Working Capital Management And Control: Principles And Practice, New Age International Limited Publishers, 2. Baskı, Yeni Delhi 2007
- 10. MUGASHA, AGASHA** The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees, The Federation Press, 1. Baskı, Sidney 2003
- 11. MÜLBERT, PETER O.** Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1. Baskı, Tübingen 1985
- 12. ÖZALP, ABDURRAHMAN** “ICC'nin Yeni Uluslararası Garanti Kuralları – URDG 758”, *Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları (2010 Revizyonu – URDG 758) – Makaleler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011
- 13. REİSOĞLU, SEZA** Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Baskı, Ankara 2003
- 14. SUNGURTEKİN, MERAL** “Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1990, S. 4
- 15. SUPARDI, AZIZAN / YAAKOB, JAMALUDDIN / ADNAN, HAMIMAH** “Performance Bond: Conditional or Unconditional”, *2nd Construction Industry Research Achievement International Conference*, Construction Industry Development Board, Kuala Lumpur 2009
- 16. TEKİNALP, ÜNAL** Ünal Tekinalp'in Banka Hukukununun Esasları, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul 2009

6769 SAYILI SINAİ MÜLKİYET KANUNUNDA MARKA DÜZENLEMELERİ

Stj. Av. A. Atakan KARATAŞ

GİRİŞ

Sınai Mülkiyet Kanununun kabulüyle beraber marka hakkında önemli yenilikler ve değişiklikler meydana gelmiştir. Bir işaretin hukuksal düzenlemede marka olabilmesi için mutlak ret veya nispi ret nedenlerinden herhangi birinin mevcut olmaması gerekmektedir.

Marka tescilinde doğan hakların kapsamı ve istisnalarıyla markanın kullanılması hakkındaki usul markanın hukuksal anlamda korunmasında temel unsurlardır. Tüm bu unsurlar doğrultusunda talepler, başvuru şartları, rüçhan hakkı gibi özel hakların etkisi, talep edilmesi ve hükmü olmak üzere pek çok unsur bir işaretin marka olabilme sürecinde etkili olmaktadır.

Marka hakkındaki Uluslararası düzenlemelerde çeşitli kurallar getirilmektedir. Örneğin başvurular konusunda Madrid protokolü, ret sebepleri ve kullanımı konusunda AB Marka Tüzüğü büyük önem taşımaktadır. Nitekim yapılan değişikliklerle özellikle AB Marka Tüzüğü'nün yeni kanunumuz için yol gösterici olduğunu söyleyebiliriz.

Markayla ilgili yayım ve karar aşamaları öngörülmüştür. Nitekim kanun maddelerinde ayrı ayrı yayıma itiraz ve yayıma itirazın incelenmesi, karara itiraz ve karara itirazın incelenmesi gibi pek çok konuya yer verilmiştir. Markaya ilişkin en önemli düzenlemeler ise markanın tescilinde, koruma süresi ve yenilenmesinde ve en nihayetinde lisans aşamasında mevcut olmaktadır. Esasen hukuki ihtilaflar hem bahsettiğimiz hususlarda hem de markanın hükümsüzlük halleri, iptal halleri gibi hususlarda yoğunlukla yaşanmaktadır. Bu çalışmamızda markaya ilişkin eski düzenlemelerle, en son düzenlemeler birbirleriyle mukayese edilip, markaya ilişkin en son getirilen yenilikler ve düzenlemeler incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA VE MARKA TESCİLİ HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

1.1 MARKA OLABİLECEK İŞARETLER HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

556 sayılı KHK'nın 5. Maddesindeki marka tanımı, 6769 sayılı sınai mülkiyet kanununun 4.Maddesi ile genişletilmiştir. Bu doğrultuda ilgili maddeler arasındaki ilk fark sicilde gösterilebilir olma ifadesinden kaynaklanmaktadır. 6769 sayılı kanun, marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten markanın oluşabileceğini belirtmiştir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere yeni düzenlemede marka olabilecek işaretlerin belirtilmesinde “her türlü işaret” ifadesinin kullanıldığı dolayısıyla, sınırlı sayı ilkesinin benimsenmediği görülmektedir.

Eski kanuna nazaran yeni kanunun renklerin, seslerin ve hareketlerinde işaret kapsamında değerlendirilmesi, dolayısıyla marka kapsamına alınabilmesidir. Özellikle renkler ve seslerin bu kapsamda değerlendirilmesi ülkemiz açısından yenilikçi bir gelişmedir. Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşmasının (TRIPS) 15. Maddesinde yer alan bu düzenlemenin yeni kanunumuzda yer alması bir diğer dikkat çekici bir unsur olmuştur. TRIPS gibi uluslararası düzenlemelerin yanı sıra 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği (AB) Marka Direktifi ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü gibi uluslararası düzenlemelerde de kabul edilen “işaretlerin ayırt edilebilecek açık ve net bir şekilde sicilde gösterilebilir” ifadesi yeni kanun maddesinde yerini almıştır.

1.2 MARKA TESCİLİNDE MUTLAK RET NEDENLERİ VE NİSPİ RET NEDENLERİ HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Marka olabilecek işaretlerin belirtilmesinde “her türlü işaret” ifadesinin kullanıldığını görmekteyiz. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere marka işaretlerinin tescilinde sınırlı sayı ilkesinin benimsenmediği görülmektedir. Marka olarak kullanılacak işaretlerin seçiminde serbesti olmasına rağmen tescil edilebilirlik bakımından bazı kısıtlamalar getirilmiştir. Maddede, daha çok kamu yararı ile ilgili görülen ve Enstitü tarafından resen incelenen ret nedenleri yer almaktadır. Ayırt ediciliğe sahip olması markanın en önemli niteliği olarak belirlenmiştir. Marka olarak tescil edilebilecek bir işaret için 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 7 nci maddesi doğrultusunda ayırt edilebilirlik özelliği aranmaktadır. Özel-

likle 6769 sayılı kanunun 5. Maddesinde belirtildiği üzere herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler marka olarak tescil edilemeyecektir. Bununla birlikte kişilerin tekeline verilmesi mümkün olmayan işaretlerin tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. Genel olarak bu ret sebeplerinin ana düşüncesi üreticiler ve tüketiciler arasındaki dengenin sağlanması ve haksız rekabetin önlenmesine yöneliktir.

Tescilli olmayan tanınmış markalarında daha fazla korunduğu yeni kanunumuza göre marka sahiplerinin aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetler için başvurusu gerçekleştirilen aynı ve ayırt edilemeyecek benzer markalara itiraz edebilme hakkı tanınmıştır. Tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin itirazı üzerine aynı veya benzer marka başvurusu reddedilecektir. Bu kural ile tescilsiz kullanılan bir marka veya ticaret siciline kayıtlı bir ticaret unvanı veya işletme adı sahibine itiraz hakkı tanınmıştır. Tahsis edilmiş bir internet alan adına dayalı olarak sonraki bir marka başvurusuna itiraz olanağı bu kapsamda değerlendirilebilir.¹ Kanun'un 5. maddesi ile bu hususa bir istisna getirilerek, önceki marka sahibinin, yeni başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı izin belgesinin Kurum'a sunulması halinde başvurunun reddedilemeyeceği öngörülmektedir.² Malın özgün doğal yapısından kaynaklı olarak ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini, münhasıran içeren işaretler marka olarak tescil edilemeyeceği düzenlenerek AB Marka Tüzüğüne ve Alman Marka Yasasına paralellik sağlanmıştır. Örneğin bir futbol topu yahut bir limon gibi doğası gereği başka şekillerde olamayacak şekilleri münhasıran içeren işaretler ilgili mallar açısından marka olarak tescil edilemez. Ancak bunlara özgün bir şekil verildiğinde marka olarak tescili mümkün olabilecektir. Örneğin doğal bir şekli olan karpuzun son zamanlarda pazarlama harikası olarak sunulan kare veya dikdörtgen şeklinde üretilmesiyle özgün bir şekil elde edileceğinden tescili mümkün olabilecektir. Halkı yanılgıya düşürecek markaların tescil edilemeyeceğine ilişkin düzenleme maddenin birinci fıkrasının (f) bendinde yer almakta olup, ilgili fıkraya göre; mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanılgıya düşürecek markaların tescil edilemeyeceğini hükme bağlanmıştır.

1 Kaan D. Sınai Mülkiyet Kanunu İle Yapılan Değişiklikler ve Yenilikler, <http://blog.an-karapatent.com/sinai-mulkiyet-kanunu-ile-yapilan-degisiklikler-ve-yenilikler/> (Erişim Tarihi 16.02.2017)

2 Zeynep G. ve Selin Ö. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ("Kanun")'da Marka Düzenlemeleri, <http://www.ozbek.av.tr/yayinlar/6769-sayili-sinai-mulkiyet-kanunu-kanun-da-marka-duzenlemeleri/> (Erişim Tarihi 18.02.2017)

Tescilli coğrafi işaretin ilgili olduğu mal veya hizmetleri doğrultusunda koruma kapsamı genişleyebilecektir. Ancak tescilli bir coğrafi işareti içeren ya da tescilli bir coğrafi işareten oluşan bir marka başvurusu ilk incelemede Kurum tarafından reddedilecektir. Coğrafi işareten oluşan veya tescilli bir coğrafi işareti içeren markaların tescil edilemeyeceğine dair maddenin birinci fıkrasının (i) bendinde yapılan düzenlemeye göre müstakil bir sınai mülkiyet hakkı olan coğrafi işaretlerin korunması amaçlanmıştır.

1.3 MARKA TESCİLİNDEN DOĞAN HAKLARIN KAPSAMI VE İSTİSNALARI HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 12 nci maddesinde ve 2015/2436 sayılı AB Marka direktifleri doğrultusunda markanın sahibine sağladığı münhasır haklara sınırlamalar getirilmiştir. Gerçek kişilerin kendi ad ve adresini belirtmesi, üçüncü kişilerin mal ve hizmetler ile ilgili açıklamada bulunması ve özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça gibi malların ya da hizmetlerin kullanım amacını göstermek bakımından gereklilik bulunan hallerde markanın kullanılması marka sahibince önlenemeyecek durumlar olarak düzenlenmiştir.³

1.4. MARKANIN BAŞVURU ESERLERİNDE YER ALMASI HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Markanın başvuru eserlerinde yer alması konusunda eski kanun ile yeni kanun arasında seçimlik haktan kaynaklanan bir farklılık bulunmaktadır. Eski kanunda "yayımın sonraki ilk sayısında yanlışlığı düzeltilir." ifadesi kullanılırken yeni düzenlemede "ya da markayı eserden kaldırır." ibaresi eklenerek seçimlik hakkın marka sahibince kullanılabilmesi düzenlenmiştir.

1.5 TİCARİ VEKİL VEYA TEMSİLCİ ADINA TESCİLLİ MARKAYA İLİŞKİN TALEPLER HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Ticari vekil veya temsilcinin haklı bir sebebinin olmaması halinde marka sahibi mahkemeden markasının kullanımının yasaklanmasını talep edebilme hakkı eski kanunda da düzenlenirken yeni yeni kanunla birlikte marka tescilinin kendisine devredilmesini de talep edebileceği hükme bağlanmıştır.

³ 6769 Sayılı Kanununun 12. Maddesinin Gerekçesi

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA TESCİL BAŞVURULARI HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

2.1. BAŞVURU ŞARTLARI, SINIFLANDIRMA VE BÖLÜNME HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Eski kanun düzenlemelerinden ziyade tüm başvuru şartlarını sade ve anlaşılabilir bir şekilde toplayan 6769 sayılı kanunun 11.maddesine göre başvuru şartları düzenlenmiştir. Başvuruda öncelikle başvuranın bilgilerini içeren bir başvuru formu, marka örneği, başvuruya konu mal veya hizmetlerin listesini, başvuru ücretlerinin ödendiğini gösterir bilgiyi, ortak marka veya garanti markası için bir başvuruya teknik şartnamenin sunulması gerekir. Rüçhan hakkı talebi varsa talep ücretinin ödendiğini gösteren belgenin ve latin alfabesi dışında harf veya harflerin kullanılması durumunda bunlar latin alfabesindeki karşılığının gösterilmesi gerekir.

Maddenin devam eden fıkralarında; bir başvuruyla ancak bir markanın tescilinin talep edilebileceği, ancak bu ilgili maddenin beşinci fıkrası gereğince de başvuru tescil edilene kadar talep üzerine iki veya daha fazla başvuruya bölünebileceği, mal veya hizmetlere ilişkin sınıflandırma ilkeleri düzenlenmiştir. Buna ek olarak imla hataları ve açık maddi hataların başvuru sahibinin talebi üzerine düzeltilebileceği ve başvuruya, sınıflandırmaya ve bölünmeye ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği ilgili maddenin 6. Ve 7. fıkrasında belirtilmektedir.

2.2 MADRİD PROTOKOLÜ KAPSAMINDA YAPILAN ULUSLARARASI MARKA BAŞVURULARI HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Daha önce herhangi bu konuya ilişkin herhangi bir düzenlemenin olmamasından mütevellit 14.maddenin yeni bir madde olduğunu söyleyebiliriz. Madde ile birlikte Türkiye'nin belirlenen akit taraf olduğu bir uluslararası tescilin etkisi düzenlenmektedir. uluslararası bir başvurunun, başvuru veya varsa rüçhan tarihinden sonraki bir tarihte yapılmış olan ancak kendisinden daha önceki bir tarihte Enstitü kayıtlarına giren bir marka başvurusu veya tescilli marka nedeniyle reddedilemeyeceği, sonraki tarihli 10 marka başvurusu veya tescilinin, önceki tarihli uluslararası marka başvurusu dikkate alınarak 16 ncı maddenin birinci fıkrası hükmüne göre yeniden değerlendirileceği ve sonraki tarihli markanın tescilli olması durumunda 22 nci maddenin ikinci fıkrası hükmü uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Karara itiraz için öngörülen iki aylık itiraz süresinin başlangıç tarihi kesin olarak belirlenmektedir.⁴

4 6769 Sayılı Kanununun 22. Maddesinin Gerekçesi

2.3 ŞEKLİ İNCELEME, ŞEKLİ EKSİKLİKLERİN GİDERİLMESİ VE BAŞVURU TARİHİ HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

İlgili madde marka başvurularının incelenme usulünü ve başvurunun kesinleşme tarihine ilişkin detayları belirtmekte olup, şekli eksiklik bulunmadığına karar verildiği anda kesinleştiğini, Şekli eksiklik bulunması halinde başvuru sahibine eksikliği gidermesi için iki ay süre verileceğini düzenlemektedir. Eksiklikler düzeltilmezse başvuru işleminden kaldırılır ve rüçhan hakkının kaybı sonucu doğar.

2.4 RÜÇHAN HAKKI, TALEP EDİLMESİ VE ETKİSİ HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Maddenin birinci ve ikinci fıkrasında rüçhan hakkından yararlanacak olan kişiler ve rüçhan hakkından yararlanma usulü hükme bağlanmıştır. Sergilerde teşhirden doğan rüçhan haklarını düzenleyen üçüncü fıkra, 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 33 üncü maddesi esas alınarak düzenlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında, serginin resmi açılış tarihinden önce markanın kullanılacağı mallar ya da hizmetlerin markayla birlikte teşhir edilmesi durumunda rüçhan hakkının başlangıç süresi düzenlenmiştir.⁵ Marka başvurusu için birden fazla rüçhan hakkı talep edilmesi durumunda rüçhan hakkı, geçerli olan ilk rüçhan tarihi itibarıyla başlar.

2.5 ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN GÖRÜŞLERİ HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

İlgili maddeye yeni kanunla "Enstitü, görüşleri değerlendirir ve görüşlerin yerinde olduğuna kanaat getirirse marka başvurusunu kısmen veya tamamen reddeder." ibaresi eklenmiştir. Buna göre enstitü çünkü kişilerin görüşlerinin sonuca bağlanmasında önemli bir mercii haline gelmiştir.

2.6 GARANTİ MARKASI VE ORTAK MARKA HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Garanti markası ve ortak marka yeni kanunun 31. maddesi ile düzenlenmiştir. Garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir. Garanti markasının, marka sahibinin veya marka sahibine iktisaden bağlı olan işletmenin mal veya hizmetlerinde kullanılması yasaktır. Ortak marka, üretim veya ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işarettir. Ortak marka, gruptaki işletmelerin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarar.

⁵ 6769 Sayılı Kanununun 33. Maddesinin Gerekçesi

2.7 LİSANS HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Lisans durumu ile ilgili düzenlenen yeni madde eski maddeye göre değişiklikler içermektedir. Yeni düzenlemede de inhisari lisans ile inhisari olmayan lisans kavramları korunmuş ve özelliklerinde bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak inhisari lisans sahibi olan kişinin 3. kişilere karşı marka sahibinin açabileceği davaları açabilmesi yönünde düzenleme yapılmış olsa da yeni hükümde bu yönde bir açıklama yer almamaktadır. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans, inhisari değildir. İnhisari olmayan lisans sözleşmelerinde lisans veren markayı kendi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de başka lisanslar verebilir. İnhisari lisans sözleşmelerinde lisans veren, başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça kendisi de markayı kullanamaz. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans sahipleri, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemez veya alt lisans veremez.⁶

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKAYA İLİŞKİN İTİRAZLAR, HÜKÜMSÜZLÜK VE İPTAL HALLERİ, SONA ERME VE TECAVÜZ

3.1 YAYIMA İTİRAZ HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Bültende yayımlanmış bir marka başvurusunun gerekli şartları taşımadığını bu doğrultuda da tescil edilmemesi gerektiğini öne süren itirazlar ilgili kişiler tarafından eski düzenlemenin aksine marka başvurusunun ilanından itibaren üç aylık süre, iki aya indirilmiştir. itirazın incelenmesi ücretin ödendiğine ilişkin bilginin Enstitüye sunulması zorunludur. Tescilli markanın kanuna göre korunma süresi 10 yıldır. Yenileme talebinin marka sahibi tarafından koruma süresinin sona erdiği tarihten önceki 6 ay içinde yapılması ve aynı süre içinde yenileme ücretinin ödendiğine ilişkin bilginin Kuruma sunulması gerekir. Eski düzenlemenin aksine Enstitünün markanın koruma süresinin bittiğini marka sahibine bildirmesi düzenlemesi yeni kanunda yer almamaktadır. Kurum gerekli görmesi hâlinde tarafları uzlaşmaya teşvik edebilir. Yeni kanunda uzlaşmayla ilgili hususlarda Arabuluculuk Kanunu hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmiştir.

3.2 HÜKÜMSÜZLÜK HÂLLERİ VE HÜKÜMSÜZLÜK TALEBİ HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Hangi hallerde markanın hükümsüzlüğüne karar verileceği yeni kanunun 25. Maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca hükümsüzlük davasının şartları ve zaman aşımı da bu hükümde düzenlenmiştir.

6 6769 Sayılı Kanununun 24. Maddesinin Gerekçesi

3.3 İPTAL HÂLLERİ VE İPTAL TALEBİ HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

6769 Sayılı kanununun 6. maddesinde markanın iptal hallerine yer verilmiştir. Bununla birlikte markanın tescil edildiği bir kısım mal veya hizmete ilişkin bulunuyorsa, sadece o mal veya hizmet yönünden kısmi iptale karar verilir. Marka örneğini değiştirecek biçimde iptal kararı verilemez şeklinde düzenlemeye de gidilmiştir.

3.4. HÜKÜMSÜZLÜĞÜN VE İPTALİN ETKİSİ HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Markanın hükümsüzlüğü ve iptalinin etkisini düzenleyen 27. maddeye göre; iptal kararı mahkeme kararından değil iptalin istendiği tarihten itibaren geriye doğru etki doğurur. Marka sahibinin ağır ihmalinin ya da kötü niyetinin bulunduğu durumlarda 3. Kişilerin tazminat hakkı saklı tutulmuştur. Hüküm kesinleştikten sonra mahkeme kararı Enstitüye kendiliğinden gönderir ve markanın sicilden terkinin sağlanır.

3.5 MARKA HAKKININ SONA ERMESİ HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Marka hakkının sona ermesi, sona erme sebebinin gerçekleşmiş olduğu andan itibaren hüküm ifade eder. Marka sahibi, markanın tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin tamamından veya bir kısmından vazgeçebilir. Vazgeçme yazılı olarak Kuruma bildirilir ve vazgeçme nedeniyle marka hakkının sona erdiği Bültende yayımlanır. Vazgeçme, sicile kayıt tarihi itibarıyla hüküm doğurur.

3.6 MARKA HAKKINA TECAVÜZ SAYILAN FİİLLER HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

İlgili kanun maddesinde düzenlenen fiiller ile eski kanundaki fiiller bakımından farklılık bulunmamaktadır. Marka sahibinin izni olmaksızın markayı taklit etmek, taklit olan markayı bildiği halde kullanmaya, satmaya, dağıtmaya, ticaretini yapmaya devam etmek gibi fiiller marka hakkına tecavüzü oluşturmaktadır.

3.7 MARKA HAKKINA TECAVÜZE İLİŞKİN CEZAI HÜKÜMLER HAKKINDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Yeni düzenlemeye göre marka hakkına tecavüzde bulunan kimse 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Maddedeki bir önemli nokta da cezaların sadece markanın Türkiye'de tescilli olması dolayısı ile verilebileceği yönündeki husustur.

SONUÇ

Ülkelerin gelişmişlik düzeylerinde de artık büyük bir unsur olan markaların hukuki koruması ancak sınai haklar ile mümkün olmaktadır. Sınai haklar hakkın sahibine büyük bir ayrıcalık tanıyarak, hem bireysel ilişkilerde hakkın kullanılmasını hem de toplumsal faydayı amaçlayarak teşvik ve ödüllendirme niteliğinde olması sebebiyle büyük önem taşımaktadır.

Çağın gereklilikleri, mevcut girişimlerin istikrarı ve yeni girişimlerin kolaylaştırılmasını **amaçlayan kanun düzenlemelerinden** biri de 6769 sayılı sınai mülkiyet kanunudur. İlgili kanunun özellikle markaya yönelik; marka tescilinin reddine önceki marka sahibinin muvafakatiyle istisna getiren, markanın tesciline itiraz nedenlerini genişleten, marka tescil başvurularına itiraz süresinin 3 aydan 2 aya indiren bir düzenleme olması, markanın hukuksal anlamda korunmasına ve haksız rekabete yol açmayacak şekilde düzenlemesine yönelik atılmış büyük bir adımdır.

Kullanılmayan tescilli markalara yeni başvuruların yapılabilmesi imkanının sağlanması, mal ve hizmetlerinin bir kısmının yenilenebilmesi gibi özellikleriyle girişimlerin devamlılığının sağlanması amaçlanmıştır.

Kuruma marka iptal yetkisinin verilmesi, arabuluculuk müessesinin getirilmesi ve marka hakkına tecavüz durumunda hapis ve adli para cezasının getirilmesi, gibi markanın korunmasına yönelik çok önemli yeniliklerle ilgili kanunun, marka hukukunun daha sağlam temeller üzerine kurulmasına ve ülkemiz açısından sınai hakların gelişimine önem verildiğini söyleyebiliriz.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

İnternet:

Kaan D. Sınai Mülkiyet Kanunu İle Yapılan Değişiklikler ve Yenilikler, <http://blog.an-karapatent.com/sinai-mulkiyet-kanunu-ile-yapilan-degisiklikler-ve-yenilikler/> (Erişim Tarihi 16.02.2017)

Zeynep G. ve Selin Ö. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ("Kanun")'da Marka Düzenlemeleri, <http://www.ozbek.av.tr/yayinlar/6769-sayili-sinai-mulkiyet-kanunu-kanun-da-marka-duzenlemeleri/> (Erişim Tarihi 18.02.2017)

ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ULUSLARASI VE ULUSAL HUKUKTA AYRIMCILIK YASAĞI

Nurgül KUTBAY¹

GİRİŞ

Çalışmamızda Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında ayrımcılık yasağı ve bu yasağın Türk Hukuku içinde bulunduğu yere değinilmeye çalışılmıştır. İnsan Hakları Sözleşmesi'nin varlığı ve Sözleşmenin tanıdığı geniş haklara rağmen daha sonra Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin yayılması çocukları özel durumlarının gereği ortaya çıkmıştır. Toplumsal sınıflar arasında var olan hiyerarşik düzen hangi sınıfta olursa olsun ilk olarak kadınları ve çocukları etkilemiştir. Çocukların yaşları gereği savunmasız olmaları, gelişim evrelerinde meydana gelebilecek herhangi bir olumsuzlukta toplumdaki da derinden yaralanacağı gerçeği ve çocukların algı yeteneklerinin yetişkinlerden farklı olması nedeniyle bu Sözleşme gerekli olmuştur.

Sözleşme ayırımı yapmaksızın tüm çocukları kapsamakla birlikte temel nitelikteki maddelerinin taraf devletlerce uygulanması zorunlu kılınmıştır. Bu kapsamda Sözleşme'nin tanıdığı geniş hakların hepsinin taraf devletlerce sağlanma zorunluluğu olmadığını görmekteyiz. Oysa insan haklarına ilişkin maddeler içeren bu Sözleşme'nin tüm maddelerinin uygulanması zorunlu olmalı ve bu taraf devletlerce uygulanmasının denetlenmesi gerekmektedir.

Çalışmamızda ayrımcılık yasağı üzerinde durulmuş olup yapılan araştırmalarda bu ayrımcılığa genel olarak kız çocukları, engelli çocuklar ve mülteci çocukların maruz kaldığı görülmüştür. Bu kapsamda taraf devletin Sözleşme kapsamında sadece ulusal mevzuatı düzenlenmesi yetmeyip etkin olarak ayrımcılığın engellemesi yönünde seminer, eğitim, bilgilendirme yapması gerekmektedir. Kültürel gereklere göre yapılan ayrımcılıklar ancak eğitim ve zamanla aşılabilen hususlar olup devletin çocukları bu zaman aralığında koruması gerekmektedir. Ayrıca devlet çocuğa bu ayrımcılığı yapan tarafta da olamamalıdır.

1 Stj. Av.

Türk Hukuku'nda ise Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin birçok alanda varlığını görmekteyiz. Kamu Hukuku ve Özel Hukuk alanında yeni düzenlemeler ile Sözleşme'nin yapısına uyulmak istenmiştir. Ancak belirttiğimiz gibi sadece kanuni uygulamalar bu hususun temini anlamına gelmemektedir. Bu durumun fiili olarak da sağlanması gerekmektedir.

I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE AYRIMCILIK YASAĞININ YERİ

A. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 20 Kasım 1989'da New York'ta Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti ise 09.12.1994 tarihinde TBMM bu sözleşme kabul etmiş ve 23.12.1994 tarihinde Bakanlar Kurulu 4058 sayılı yasa ile onaylamış, yasa 27 Ocak 1995 gün ve 22184 sayılı Resmi Gazete' de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir². 193 devletin taraf olduğu bu sözleşme uluslararası bir sözleşmedir.

Sözleşme çocuk hakları özellikle düzenlenmiştir. Bu sözleşmede düzenlenirken, haklar arasında herhangi bir ayırım yapılmamış yani hiyerarşi kurulmamıştır. Uluslararası hukukta genel insan hakları belgelerinin yanında çocuk haklarına ilişkin bu sözleşmenin düzenlenmesi, çocuklara ilişkin kural ve hakların özel olarak düzenlenmesinin iki önemli sebebi bulunmaktadır:

- Bunlardan ilki; çocuğun özel ve yetişkinlerden farklı olduğu gerçeğidir. Çocuk yetişkinlerin küçültülmüş hali değildir. Çocuğun çevreyi algılayışı, yorumlayışı, tepkileri ve öğrenme hızı yetişkinlerden çok farklıdır. Çocuğun kendine özgü fiziksel, zihinsel kişilik özellikleri ve özel gereksinimleri bulunmaktadır³.

- İkinci husus ise çocuğun tüm dünyada karşılaştığı olumsuzluklardır. Dünyada meydana gelen olumsuzlukların ilk mağdurları kadınlar ve çocuklar olmuştur. Yoksulluk, beslenme sorunları, barınma sorunları, sağlık ve eğitim sorunları, savaşlar ilk olarak çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişimini etkileyen unsurlardır.

2 AKYÜZ Emine, Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, Ankara, 2012, sy. 40; SEROZAN Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005, sy. 49; MÜFTÜ Gülgün, Çocuk Hakları İzlenme Ve Raporlama, Çocukların Hakları ve Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına dair Sözleşme: Bir Tarihçe, Sözleşme Türkiye'de Onaylanıyor alt başlığı, p. 19, 19.06.2013 yayın tarihli, 18.04.2017 erişim tarihli, www.cocukhaklariizleme.org.

3 ÖZDEMİR Hayrunnisa, RUHİ A. Cemal, Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, İstanbul, 2016, sy. 10; Serozan, sy. 29-32 arasında söz konusu sözleşmenin ve çocuğun özel korunmasının ülkemiz genelinde gerekliliğine değinilmiştir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle çocukların korunmasına ilişkin olarak özel düzenlemeler getirme gereği doğmuştur.

Sözleşmede çocuk hakları düzenlenirken haklar arasında herhangi bir ayırım yapılmamış ve hiyerarşik bir yapı kurulmamıştır. Bu nedenle sözleşmede belirtilen her hak eşit derece önemlidir ve birbirini tamamlayıcı niteliktedir.

Sözleşmede haklardan bahsedilirken genel ifadeler kullanılmıştır. Bunun nedeni farklı kültür, geleneklere; farklı ekonomik ve siyasal düzenlere sahip devletlerin sözleşmeye taraf olmasını sağlamaktadır. Burada taraf devletler çekince koyarak sözleşmeyi kabul edebileceklerdir. Yahut ekonomik durumlarını ileri sürerek bazı hakları yerine getirmekten kaçınabileceklerdir⁴. Ancak Çocuk Hakları Komitesi sözleşme kapsamında madde 2 ve madde 3'de yer alan genel ilkelerin yaşama geçirilmesinde bütçe kısıtlamalarına tabi tutulmamasının gerekliliğini vurgulamıştır. Sözleşme kapsamında madde 2 ayrımcılık yasağını madde 3 ise çocuğun üstün yararını düzenleyen maddelerdir. Bu kapsamda yoksulluğun çocukları etkileyen ayrımcı uygulamaların başlıca nedenidir⁵. Çocuk en çok bu alanda korunmaya muhtaçtır. Ayrıca bu sözleşmede çocukların ekonomik ve sosyal hakları korunurken bu hakların temelinde insan haklarına ilişkin olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle devletlerin çocukların bu haklarını korumak ve yerine getirmek gibi pozitif (yapma) yükümlülüğü olduğu unutulmamalıdır. Bu haklar kapsamında devletin müdahale etmeme yükümlülüğü yani negatif yükümlülüğü de vardır. Bu nedenle taraf devletin söz konusu sözleşmeye uluslararası boyutta bir ticari anlaşma gibi rahatlıkla çekince koyabileceği düşünülmemelidir. Burada insan hakları konusunda uluslararası hukuk iç hukuku aşan, üstün, denetleyici bir görev üstlenmiştir⁶.

Sözleşme 18 yaşından küçük herkesi çocuk saymaktadır. Çocuğu yaşına ve gelişim düzeyine uygun hakları ve sorumlulukları olan birey olarak kabul etmektedir. Çocuğun yaşamında ailenin rolü ön plandadır. Sözleşme çocukların birey olduğunu kabul etmekte ve görüşlerinin ciddiye alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Fakat önemli hususlarda çocukların kararının tek dayanak olması gerektiğini söylememektedir. Sözleşme çocukların kişisel gelişim ve görüşlerine saygı gösterilmesi gerektiğini savunmaktadır. Özellikle belirtmek gerekir ki sözleşme taraf devletin vatandaşlığı altındaki çocukları kapsadığı gibi taraf devletin sınırları içinde

4 Akyüz, sy. 40.

5 Birleşmiş Milletler Çocuk Fonu, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Ankara, 1998, sy. 25.

6 Akyüz, sy. 41; AKILLIOĞLU Tekin, İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, 1995, sy. 71.

yaşayan ancak taraf devletin vatandaşı olmayan çocukları da kapsamaktadır. Yani taraf devlet içerisinde yaşayan tüm çocuklar bu Sözleşme kapsamında olacak ve Sözleşme’de kendilerine tanınan haklara sahip olacaklardır. Günümüzde iç savaş gibi nedenlerle göç eden ve mülteci olarak yaşamını sürdürmek zorunda olan çocuklar açısından bu husus hayati önem taşımaktadır. Zira hem çocuk olması hem de toplumsal sınıflandırmada zorunlu olarak itildiği sınıf nedeniyle bu çocuklar korumaya en çok ihtiyacı olan çocuklardır. Sözleşme’de madde 22’de mülteci çocuklara ilişkin düzenleme de mevcuttur.

Yukarıda belirtilen hususlar çerçevesinde bu sözleşmenin önemi gözler önüne serilmiştir. Ancak bu sözleşme çok önemli bir sözleşme olmasına rağmen Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne uymayanların cezalandırarak bir uluslararası mahkeme bulunmamaktadır. Bu sebeple burada yer alan normlar yumuşak norm olarak adlandırılmaktadır. Ancak Çocuk Hakları Komitesi Sözleşme’ye taraf devletlerden periyodik raporlar istenmektedir. Periyodik rapor kılavuzunda raporlarla ilgili aranan hususlar yer almaktadır⁷. Denetleme bu yolla yapılabilmektedir. Bu kapsamda taraf devletlerin Sözleşme hükümlerini kendi iç hukuklarına yansıtıp yansıtmadığı ve bu hakları sağlayıp sağlamadığı kontrol edilmektedir ancak yaptırım bulunmamaktadır. Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin her hükmü doğrudan doğruya uygulanabilir nitelikte değildir. Hâkim veya yönetim önünde uygulanması istenecek hüküm açık ve tam olarak yazılmış olmalıdır. Sözleşmenin bazı hükümleri bu nitelikteyken ekonomik, sosyal, kültürel hükümler hükümetin taktir yetkisine göre alacağı önlemlerle uygulama olanağı bulacaktır.

İç hukukta Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin yerine baktığımızda 1982 Anayasası’na göre kanun hükmündedir. Anayasa’ya aykırılık iddiaları ile Anayasa Mahkemesi’ne Sözleşme aleyhine başvurulamaz. Anayasa’nın 90. maddesi fon fıkrası⁸ gereği Sözleşme ile kanun arasında uyumsuzluk olması durumunda Sözleşme kuralları uygulanır. Çocuk Hakları Komitesi temel ilkeler olarak kabul edilen maddelerin yasalara yansıtılması ve uygulamaya yönelik politikalara da yansıtılması gerektiğine işaret etmiştir. Ayrıca bu temel ilkeleri aykırılıklara karşı mahkemelere başvuru hakkının sağlanmasını gerekli görmüştür⁹.

7 Unicef, sy. 20.

8 “(Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.)Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

9 Unicef, sy. 22.

Görüldüğü üzere Çocuk Hakları Komitesi Sözleşme içerisindeki maddelerde temel ilke ve diğer maddeler ayırımına gitmiştir. Sözleşme metni önsöz ve üç kısımdan oluşmaktadır. Önsözde; Birleşmiş Milletlerin temel ilkeleri ile insan hakları sözleşmeleri ve bildirilerine gönderme yapılmakta, çocukların özel koruma ve özene gereksinim duydukları belirtilmektedir. Çocukların sorumluluğunun ilk olarak ailede olduğu, devletin de aileye bu konuda yardım edeceği vurgulanmaktadır¹⁰. Birinci kısımda çocukların hakları 41 madde ile düzenlenmektedir. Bu kısımda 2., 3., 5., ve 12. maddeler temel ilke niteliğindedir. İkinci kısmın ilk maddesi 42. maddedir. Üçüncü kısımda ise yürürlük ve yürütmeye ilişkin hükümler yer almaktadır.

B. Ayrımcılık Yasağı

Ayrımcılık yasağı Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde düzenlenmektedir¹¹. Madde metni;

“Taraf Devletler, bu Sözleşme’de yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana-babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanır ve taahhüt ederler.

Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, yasal vasilerinin veya ailesinin öteki üyelerinin durumları, faaliyetleri, açıklanan düşünceleri veya inançları nedeniyle her türlü ayırımı veya cezaya tâbi tutulmasına karşı etkili biçimde korunması için gerekli tüm uygun önlemi alırlar.”

bu şekildedir. Madde metninden bu ilkenin iki fıkra halinde düzenlendiğini görmekteyiz. İlk fıkrada her çocuğun Sözleşme’de yer alan haklardan ayırım gözetilmeksizin yararlanacağı yer almaktadır. İkinci fıkrada ise çocuklar arasında ayırım yapılamayacağına yer verilmiştir. Burada sayılan ayrımcılık ölçütleri sınırlı sayıda değildir¹². Ayrımcılığa yol açan bölge, kırsal kesim ve kent kesimleri gibi unsurlar da göz önüne alınmalıdır.

Sözleşme çocuğun ana babasının, vasisinin veya diğer aile üyelerinin durumları, faaliyetleri, düşünceleri ve inançları nedeniyle ayırımı veya cezaya tabi tutulması da yasaklanmaktadır. Bu madde çocuğu hem ailesine

10 Akyüz, sy.42.

11 DİNÇ Hakkı, BİÇKİN İnci, AYCI Emrullah, Uygulamada Aile Hukuku ve Çocuk Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Ankara, 2004, sy. 126.

12 Özdemir, Ruhi, sy. 15; Akyüz, sy. 45.

hem de devletin ailenin siyasi ya da ekonomik durumu nedeniyle devlet eliyle yapılan ayrımcılığa karşı korumaktadır. Bu hususa örnek vermek gerekirse; çocuğu ana babanın evlilik durumu nedeniyle bazı haklardan mahrum bırakılması, ailenin mensup olduğu kültür ve gelenek nedeniyle özellikle kız çocuklarının yaşam haklarının tehlikeye girmesi, çocuğun sağlık hakkının ana babanın mensup olduğu inanç nedeniyle tehlikeye düşmesi hususu örnek verilebilir.

Ayrımcılık yasağı insan hakları açısından eşitlik ilkesinin çocuk haklarına yansımalarıdır. Çocuk Hakları Komitesi bu kapsamda ayrımcılık yasağına ilişkin madde 2'in bağlayıcı bir madde olduğunu belirtmiş ve periyodik raporlar kılavuzunda Anayasa'da ve ulusal kanunlarda bu maddenin yer alıp almadığını, yapılan ulusal kanun düzenlemelerinde bu hususun yer alıp almadığını sormaktadır¹³.

Sözleşme kapsamında devletin tek yükümlülüğü kanunlar çerçevesinde ayrımcılık yasağını tanımak değildir. Madde metninde taraf devletin bu hakkı tanıyacağı ve taahhüt edeceği belirtilmektedir. Burada tanıma ibaresi devletin ayrımcılığı önleme yükümlüğünü yani kendisinin de ayrımcılık yapmayacağını ifade etmektedir. Taahhüt etme ibaresi ise devletin aktif bir yükümlülüğü olduğunu ifade etmekte olup taraf devlet çocukların söz konusu haklardan yararlanıp bu hakları sağlayabilecek her türlü önlemi almasını ifade etmektedir. Yani taraf devlet madde metnini ulusal kanunlarına yansıtmakla kalmamalı, bu hususa ilişkin toplumsal bilinçlenmeyi sağlanmalı, duyarlılık geliştirmeli, eğitim ve bilgilendirme kampanyaları başlatmalıdır. Ayrıca gerekli önlemleri de almalıdır. Zira toplumsal geleneklerin zemin hazırladığı ayrımcılıklar kanun metni ile ortadan kalkmamakta; bilgilendirme, bilinçlenme ve çocuğun aktif korunması ile zamanla ortadan kalkmaktadır¹⁴.

Ayrımcılık, bütün insanların haklara ve özgürlüklere eşit biçimde sahip olmalarını bu haklardan eşit biçimde yararlanmalarını önleme amacını taşıyan ya da fiilen bu sonucu veren herhangi bir ayırım, dışlama,

13 Unicef, sy. 23.

14 Konuya ilişkin Çocuk Hakları Komitesi'nin bazı taraf devletlerle yaptığı görüşmelerde yer alan görüşler: "..... bir ülkenin ayrımcılıktan büsbütün arınmış olduğu Komite'ye sık sık söylenmiştir. Ne var ki bu tür sözler yalnızca yasaların ayrımcılığı yasakladığı anlamına gelmektedir. Komite, Moğolistan'da yaşayan ve fiilen ayrımcılığa maruz kalan çocukların durumlarının iyileştirilmesi için ek çabalara gerek olduğunu düşünmektedir....." (Moğolistan); "..... Komite'yi meşgul eden diğer bir husus ise, kızlar ve özürlü çocuklara yönelik ayrımcı tutum ve muamelelerin yaygınlığıdır..."; "Komite'yi endişelendiren bir başka husus, evlilik dışı doğanlar ve özürlü çocuklar dahil olmak üzere daha farklı konumdaki çocuklara yönelik ayrımcı toplumsal tutum ve muamelelerin hale sürmekte olmasıdır." (Burkina Faso); ayrıntılı bilgi için bkz.: Unicef, sy. 25.

kısıtlama ya da tercih yapılmasıdır. Ancak haklar ve özgürlüklerden eşit şekilde yararlanılması her durumda aynı tutumun sergilenmesi anlamına gelmemektedir. Yani ayırım gözetmeme ilkesi belirli özelliklere sahip çocuklara yönelik tutum ve davranışlarda olumlu ayrımcılığı yani bazı çocukların maruz kaldığı eşitsizliği düzeltici eylemleri engellemez¹⁵. Ancak bu eylemin meşru bir amacı olmalı, eylem meşru amaç açısından zorunlu ve elverişli ise ve araç ile amaç arasında uyum varsa bu eylem ayrımcılık ilkesine aykırı olmaz. Bu duruma örnek olarak engelli bir çocuğa okula ulaşımını kolaylaştırmak için devletçe araç tahsisi verilebilir. Bu kapsamda ayrımcılığa örnek olarak ise Sünni mezhepten olmayanlara zorunlu Sünni mezhep öğretilmesi onlara kendi mezheplerini öğretmemek eşitliğe aykırı olur¹⁶.

Birçok toplumda ayrımcılığın kız çocukları ile erkek çocuklar arasında bariz bir şekilde olduğu görülmektedir. Burada ailelerin gösterdikleri özen, sağlık, beslenme, eğitim gibi hususlarda erkek çocuklara öncelik tanıdığını görmekteyiz. Erken yaşta evliliğe ve gelenek-görenekler sonucu töre cinayetlerine kurban giden kız çocuklarının sayısı oldukça fazladır. Çocuk Hakları Sözleşmesi çocuk yaşatma, geliştirme ve koruma alanındaki bütün hakların, hiçbir cinsiyet ayrımı gözetmeksizin bütün çocuklara tanınması ilkesini getirmiştir. Bu ilke kapsamında Sözleşme'yi imzalayan taraf devletlerin kız çocuklarını evlat, kız kardeş, geleceğin annesi veya eşi ve hatta Roma Hukuku'ndan kalma bir anlayış olup halen devam eden kadını babadan kocaya geçen bir mal olarak gören anlayış değil de , kadının bir insan, bir birey olarak ele alan bir anlayış için girişimleri başlatmalıdır.

II. TÜRK HUKUKU'NDA AYRIMCILIK YASAĞININ YERİ

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin içerisinde yer alan hakların taraf devletlerin ulusal mevzuatlarında yer alması gerekliliğine yukarıda değinmiştik bu kapsamda Sözleşmeye taraf olan Türkiye Cumhuriyeti'nin de bu kapsamda düzenlemeler yapması gerekli olmuştur. Ancak yine belirtmek gerekir ki bu düzenlemelerin sadece mevzuatta kalması Sözleşme'nin gereklerinin yerine getirildiği anlamı taşımamakta olup, taraf devletin söz konusu hakları çocuklara aktif olarak sağlaması gerekmektedir.

Türk Hukuku'nda Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Kamu Hukuku ve Özel Hukuk alanlarında yansımaları görülmektedir. Ceza Kanunu, İş Kanunu, Medeni Kanun gibi mevzuatlarda Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne

15 Serozan, sy. 62; Akyüz, sy. 45; Özdemir, Ruhi, sy. 15.

16 Serozan, sy. 63; aynı zamanda inanç özgürlüğü ve laikliğe de aykırılık teşkil etmektedir.

uygun olarak düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelere örnek vermek gerekirse; İş Kanunu'nda çocukların çalıştırılması alanının düzenlenmesi ve belli bir yaş sınırının konulması; Ceza Kanunu'nda çocukların yaş aralıklarına göre farklı cezalandırma yollarına gidilmesi ve çocuklara ilişkin cezasızlık hallerinin düzenlenmesi; Medeni Kanun da ise velayet, nafaka gibi hususların düzenlenmesi örnek olarak verilebilecektir.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının Türk Hukuku'ndaki düzenlemelerine bakıldığında karşımıza ilk olarak Anayasa'nın 10. maddesi çıkmaktadır¹⁷. Anayasa'nın ilgili maddesi açıktır. Bu maddeye göre herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözükmeksizin yasa önünde eşittir. Hiçbir kişiye imtiyaz tanınamaz. Resmi makamlarda eşitlik ilkesine uygun hareket etmelidir. Bu kapsamda Anayasa ayrımcılık yasağını düzenlenmiştir. Ayrıca TCK madde 122'de kişiler arası dil, ırk cinsiyet, engellilik, inanç, din, siyasi düşünce ve benzeri sebeplerle ayırım yapmak suç olarak düzenlenmiştir¹⁸.

Özel Hukuk ve Kamu Hukuku alanlarına bakıldığında ayrımcılık yasağının uygulandığı görülmektedir. Medeni Kanun alanına bakıldığında yeni değişikliklerle çocuklara ilişkin ayrımcılığın bir nebze de olsa kaldırıldığını görmekteyiz. Bunun örneği evlilik dışı doğan çocukların mirastan mahrum bırakılmasına ilişkin kanun maddesinin yürürlükten kaldırılmasıdır. Bu eski madde ayrımcılık yasağının en iyi örneğidir. Ayrıca kanun koyucu çocukların iş hayatına katılma yaşını da İş Kanunu'nda düzenlemektedir. Çocuğun evlenmesi ve ergin kılınması noktasında kanun koyucu kız erkek ayırımı yapmaksızın düzenlemeler içermektedir. Medeni Kanun çocuğu ana, babanın yaptığı ayrımcılığa karşı da korumuş; ana, babanın çocuğun gelişimi, kişiliği, mal varlığı yönünden sahip oldukları ödevleri yerine getirmez veya getiremezlerse çocuğun bundan zarar görmesi veya zarar görme tehlikesi bulunduğu durumlarda hakim önlemler alınmasına karar verebilir¹⁹, çocuk aileden alınarak Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'na teslim edilebilir. Bu konuda Çocuk Koruma Kanunu da mevcuttur. Burada çocuğun üstün yararı söz konusu olduğu gibi ayrımcılık yasağı da kapsam dâhilindedir. Örneğin kız çocuklarının erkek çocuklarına göre daha az beslenmesi ve okula gönderilmemesi şeklinde ayrımcılık yapıldığı görülebilir; kız çocuğu erken yaşta evlendiriliyor yahut gelenek görenek söylemi altında hayati tehlikesi olabilir; bu durum-

17 Serozan, sy. 60.

18 ERDOĞAN Oktay, Çocuk Hakları, İstanbul, 2011, sy. 194.

19 BALO Y. Solmaz, Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması, 2005, sy. 61.

da devletin kanunlar gereği müdahalesi şarttır. Çocuğun bulunduğu tehli- ke kapsamında acil koruma kararı da alınabilecektir.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta kanun koyucunun düzenlediği hususlar kadar düzenlemediği hususlardır. Engelli çocukların diğer ço- cukların sahip olduğu haklara aktif olarak erişip erişemediği hususu, kız çocuklarının maruz kaldığı ayrımcılığın fiili hayatta engellenip engellen- mediği, mülteci çocukların ve mülteci vasfına dahi sahip olmayan çocuk- ların²⁰ günümüzde birçok alanda ayrımcılığa maruz kalması en önemli ayrımcılık problemlerinden biridir. Bu hususlar geçmişten günümüze taşınan ve günümüzde erişkinlerin neden olduğu hususlardır. Engelli çocukların en temel hakkı olan eğitim hakkı halen daha sağlanamamış- tır. Zihinsel engelli çocukların eğitim hakkına ilişkin Türk Hukuku'nda düzenleme olmasına rağmen okul müdürleri halen daha bu çocukları okula kabul etmemektedirler ve bu çocuklara özel sınıflar oluşturulma- maktadır. Mülteci çocuklara ilişkin ise kanunlarımızda özel bir düzenle- me mevcut dahi değildir. Suriye'den gelen savaş mağduru çocuklar daha mülteci vasfı dahi kazanamadıklarından ve uluslararası hukukta sınıf- landırılmadıklarından tümüyle muallakta bir konudur. Bu çocukların Çocuk Hakları Sözleşmesi kapsamında sahip olduğu haklar vardır ancak Türkiye Cumhuriyeti'nin bu hakları kanunlarına yansıtması noktasında sorunlar oluşmaktadır. Şu anda birçok ticari alanda sigortasız olarak mülteci çocuk işçiler çalıştırılmaktadır ve bu çocuklara ucuz iş gücü ola- rak bakılmaktadır. Kanun koyucunun koyduğu kuralların denetimsizliği ihlalleri beraberinde getirmektedir.

Kız çocukları açısından durum yerleşmiş kültürel işleyiş vesilesiyle daha da vahim bir duruma gelmiştir. Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde çıkarılan yasalar sayesinde kanunlarda yer alan ayrımcı ifadeler değişmiş olmasa da uygulamada aynı şeyi söylemek pek mümkün değildir. Devlet kız çocuklarını ana, kız kardeş, müstakbel eş olarak görmeyi bıraktığı ve bu yönde aktif olarak toplumu bilinçlendirmedeği sürece bu ayrım Türk Hukuku lafzında değişse de uygulamada varlığını sürdürecektir.

SONUÇ

Çalışmamızda Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne, bu sözleşmenin ayrımcı- lık yasağı ilkesine ve bu ilkenin Türk Hukuku'na yansımalarına değİ- nilmiştir. Ayrıca hukuki düzenlemelerin yanında fiili düzenlemelerin de ayrımcılığı önlemeye yönelik olması gerektiğine değİnilmiştir. Ayrıca ço-

20 Mülteci çocukların sahip olduğu haklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; ODMAN Tefvik, Çocuk Hakları Bağlamında Çocuk Mülteciler, Çağ Üniversitesi Yayınları, 2008; Erdo- ğan, sy. 430.

cuğa karşı ayrımcılığın en aktif olduğu alanın kız çocuklarına, engelli çocuklara ve mülteci çocuklara yönelik olduğu olduğunu görmekteyiz. Bu ayrımcılığın zemininde ailelerin erkek çocuklarına önem vermesi, ailenin bağlı oldukları toplumun kültürel gelenekleri, devlet eliyle desteklenen ayrımcılıklar ve mensup olunan dinin gerekleri yatmaktadır. Bu sorunun çözümünde devletin sadece yasa yapması yeterli olmayıp, bireyi bilinçlendirme, eğitim ve ayrımcılığı önleyici kampanyalar yapması gerekmektedir. Devletin cinsiyetler arası ayrıştırıcı söylemleri çocuklar arasındaki ayrımcılığı da tetiklemektedir.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ/OSMANLI DEVLETİ VE ARDILLIK/DEVAMLILIK SORUNSALININ GÖRELİLEŞMESİ *

Dr. Deniz AKÇAY

Giriş

Devletler hukuku doktrininde devletlerin ardılığı konusuna, genellikle, ardılığın karmaşıklığına, hatta belirsizliğine dikkat çekilerek girilmektedir. Brownlie'ye göre:

State succession is an area of great uncertainty and controversy. This due partly to the fact that much of the state practice is equivoqual and could be explained on the basis of special agreement and various rules distinct from the category of state succession. Indeed, it is perfectly possible to take the view that not may settled legal rules have emerged as yet.¹

Aynı karmaşıklığa dikkat çeken Craven ise oldukça “ümitsiz” bir sonuca varabilmektedir:

... the overriding impression is that the more that is written on the subject, the less clear or coherent the whole becomes.²

Almanya'nın yeniden birleşmesi sürecini incelemiş olan Oeter de sürecin karmaşıklığının aslında devletlerin ardılığına ilişkin normların “kaotik” özelliğinden kaynaklandığına işaret etmektedir:

This is due not to the supposedly precipitate reunification process but to the complexities of international law itself, concretely articulated: to the chaotic status of the laws of state succession.³

Devletler hukuku uygulamasında da devletlerin, ardılık durumlarının önceden kestirilemeyecek sonuç ve olası uzantıları nedeniyle, bu alanda norm geliştirme konularına ihtiyatla, hatta olumsuz yaklaşıtları söylenebilir. Ardılığın bazı veçhelerinin devletler hukuku normlarına kavuşturulmasına yönelik 22 Ağustos 1978 tarihli “Uluslararası Antlaşmalarda Ardılık Hakkında Viyana Sözleşmesi” ile 8 Nisan 1983 tarihli “Kamu Borçları, Mallar ve Arşivlerde Ardılık Hakkında Viyana Sözleşmesi” nin devletler tarafından fazla rağbet görmemiş olması da bu ihtiyatın anlamlı bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

Emredici olmaktan çok, yol gösterici nitelikte olan bu iki sözleşme, gerek BM Güvenlik Konseyi'nde veto hakkına sahip bir devlet, gerek devletler hukuku ve diplomasi deneyimi yüksek bir Batı Avrupa ya da Kuzey Amerika devleti tarafından onaylanmamış ve hatta imzalanmamıştır. 1978 Sözleşmesi'ni

1 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (New York, Oxford University Press, 1990), 655.

2 M. C. R. Craven, “The Problem of State Succession and the Identity of States under International Law,” *European Journal of International Law* 9, no. 1 (1998): 143; Brigitte Stern, *La Succession d'Etats* (Martinus Nijhoff Publishers, 2000), 27; J.F. Weiss, *Succession of States in Respect of Treaties Concluded by the European Communities* (Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht, 1994), 670.

3 Stefan Oeter, “German Unification and State Succession,” *HJIL* 51 (1991): 352.

onaylamış olan 22 devletin çoğunluğunu eski Orta ve Doğu Avrupa devletleri ile bazı Afrika devletleri oluşturmaktadır.

1983 Sözleşmesi ise yürürlüğe girmesi için gerekli 15 onayın henüz gerçekleşmemiş olması nedeniyle, imzalandığı tarihten otuzdört yıl sonra hala yürürlüğe girememiştir. Halen bu Sözleşme'yi 7 devlet onaylamış, 7 devlet de imzalamış bulunmaktadır.

Ardıllık konusunda evrensel sayılabilecek otoriteye sahip devletler hukuku uzmanları tarafından hazırlanan ve önemli beklentilerin bağlandığı bu iki sözleşmenin hem, genel olarak, çok az devlet tarafından onaylanmış olması, hem de geçmişte ardıllık deneyimleri olan büyük güçler tarafından onaylanmamış olması, ardıllıkla bağlantılı sorunların hala kuşku ile karşılandığını göstermektedir: Devletlerin çok büyük çoğunluğunun bu iki sözleşmeyi onaylamak, hatta imzalamak konusundaki “çekingenliği”, en başta, ardıllık ve devamlılık durumlarının birbirinden kesin biçimde ayırtedilmesindeki güçlüğüle izah edilebilir. Bu konuda devletler hukukunun son derece önemli ve kalıcı sonuçları olabilecek bu iki “statü”yü birbirinden ayıracak kıstaslar üretmediği kaydedilmelidir.⁴

Ayrıca, devletlerin, gelecekte ortaya çıkabilecek yeni ardıllık durumlarının ardıllık ya da devamlılık olarak nitelendirilmesindeki tercihlerini siyasal konum ve tercihlerine göre belirleyebilme konusundaki kararlılıkları da diğer önemli bir faktör olarak sayılmalıdır.

Öte yandan, devletlerin ardıllık konularındaki geçmişe bağlı deneyimleri ve geleceğe dönük kaygıları nedeniyle izah edilebilecek çekingenliklerine karşılık, klasik devletler hukuku doktrininin, konunun karmaşık olarak tanımlamada görüş birliği sergilemekle birlikte, somut ardıllık durumlarında hangi devletin önceki devletin devamı ya da ardılı olup olmadığı konusunda nisbeten “kolaylıkla” tutum alabildiği söylenebilir.

Bu çerçevede, özellikle I. Dünya savaşı sonunda dağılan imparatorlukların yerine geçen devletlerin önceki devletlerin devamını oluşturduğu tezinin ağır bastığı görülmektedir. Örneğin, Almanya'da Reich devletinin eski Alman İmparatorluğu'nun, yeni Avusturya Cumhuriyeti'nin eski Avusturya İmparatorluğu'nun devamı olduğu genellikle kabul edilmektedir. Ancak, uygulamada, önceki rejimlerin fiillerinden doğan sorumlulukların belirlenmesinde, soyut/genel devamlılık teorilerine değil, I. Dünya Savaşı'nın sonunda aktedilen antlaşmalardaki açık hükümler uygulanmıştır.⁵

4 Wladislaw Czaplinski, “La Continuité, l'Identité et la Succession d'Etats-Evaluation de Cas Récents,” *RBDI* 2 (1993): 379.

5 Örneğin, Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın iki kararında Versailles ve Cenevre antlaşmalarının ilgili maddeleri ışığında Polonya'nın Almanya karşısındaki iddiaları reddedilmiştir: *Germany V Poland*, PCIJ Series A No 7, ICGJ 241 (Permanent International Court of Justice May 25, 1926); *Germany V Poland*, PCIJ Series A No 17, ICGJ 256 (Permanent International Court of Justice September 13, 1928).

Devletler hukuku alanındaki normatif çalışmalar da esasen ardıllık kavramı üzerinde odaklanmış, devamlılığın tanımlanmasına girilmediği gibi *a contrario* bir yaklaşımla da hangi durumların önceki devletin devamı sayılması gerekeceği üzerinde de durulmamıştır. Bu bakımdan da, “devamlılık” teorilerinin dayanabileceği bir devletler hukuku statüsü oluşturulmamış olduğu, ardıllığın ancak bazı veçhelerinin düzenlenmesi çabalarının ön plana çıkarıldığı görülmektedir: Gerek antlaşmalar hukuku ile bağlantılı ardıllığa ilişkin 1978 Viyana Sözleşmesi, gerek devlet borçları, malları ve arşivleri ile ilgili 1983 Viyana Sözleşmesi hangi durumlarda ardıllığın gerçekleşmeyip devamlılık statüsünün uygulanacağı konularında da herhangi bir düzenleme öngörmemiştir.

Ayrıca, bu iki sözleşmenin de, katı bir tanım benimseme yerine, öngördüğü “düzenleyici” nitelikteki hükümlerinin bile ilgili tarafların aktedebilecekleri anlaşmalarla bertaraf edilebileceğini açıkça kabul etmiş olması üzerinde durulması gereken bir özellik sayılabilir. Örneğin, devlet borçlarında ardıllık hakkındaki 51 maddelik 1983 Sözleşmesi’nin, 18 maddesinde, düzenlemelerin önceki devlet ile ardıl devletin arasında farklı bir anlaşmanın bulunmadığı durumlarda uygulanması öngörülmüştür.⁶ Bu bakımdan, sözleşmenin onaylandığı durumlarda bile gerçek anlamda, düzenleyici bir işlevden çok, bir alternatif öneriler listesi olarak hazırlandığı söylenebilir. Ancak, bu durumda, Sözleşme’nin bağlayıcılığının gerçekliği ve, ayrıca, bu denli “müsamahakâr” bir düzenlemeye karşın devletlerin onaylama riskini alamamaları da sorgulanabilir.

Devletlerin sorumluluklarıyla bağlantılı ardıllık konularında herhangi bir kodifikasyon girişiminin sonuçlanamamış olması da, devletlerin bu konudaki ihtiyatlarının daha da ciddi boyutlara ulaştığının göstergesidir.⁷

Ardıllığın dahi genel bir düzenlemeye kavuşturulamadığı ve hatta, antlaşmalar ve devlet borçları gibi iki sınırlı ardıllık alanında devletlere yol gösterici olması hedeflenen iki sözleşmenin rağbet görmediği bir hukuk ortamında, Türkiye Cumhuriyeti’nin Osmanlı İmparatorluğu’nun devamı olduğu tezi neredeyse bir klasik devamlılık örneği oluşturmaktadır. Tezin dayandığı “argümanların” gerek XX. yüzyılın başlarında, gerek günümüzde pozitif hukuk sayılıp sayılmayacağı değerlendirilmeksizin bazı hukukçular tarafından aynen benimsenmektedir. Hatta son yıllarda daha da ileri gidilerek, “Ermeni soykırımı” iddiaları çerçevesinde devamlılık tezine yeni bir ivme kazandırılmıştır: Bu teze göre,

6 Genellikle, “*unless otherwise agreed*” formülü kullanılmıştır.

7 “The question of the impact of matters of State responsibility on situation of State succession has remained neglected ; no attempt to codifying this question was pursued in the work of the ILC in either the area of State responsibility or the area of State succession...” Marcelo Kohen (Rapporteur), “State Succession in Matters of State Responsibility,” *Yearbook of Institute of International Law* 76 (2015): 8-10.

Türkiye Cumhuriyeti'nin 1915 olaylarından sorumlu tutulabileceği, hatta tutulması gerekir.⁸

Bu bakımdan, özellikle, bazı yazarlar ve çevreler tarafından sistematik olarak gündeme getirilen Osmanlı Devleti'nin devamlılığı tezlerinin hukuk doktrini alanındaki bilimsel –ve tarafsız- çalışmalardan farklı olarak belirli amaçlara hizmet edebileceği de dikkate alınarak, bu tezlerin, dayandığı gerekçe ve belgelerin, bir yandan, temellerindeki “tarihsel” referansları, diğer yandan da, ardıllık hukukunun günümüzdeki “gelişme düzeyi” ve özellikle devletlerin de 1978 ve 1983 sözleşmelerini onaylamadaki çekingenlikleri ve, ayrıca, devletlerin sorumluluklarıyla bağlantılı ardıllık konusunda herhangi bir kodifikasyon hareketinin somutlaşmamasının ışığında titizlikle gözden geçirilmesi önem arz etmektedir.⁹

Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun devamı olduğu tezini savunan hukukçuların temel referansları Osmanlı Devlet Borcu'na (ODB) ilişkin tek hakem İsviçreli Eugène Borel'in 18 Nisan 1925'te verdiği tahkim kararıdır.¹⁰ Bu çerçevede, doktrinde, özellikle, ODB açısından Türkiye'nin durumunun diğer borçlu devletlerin durumundan farklı olduğunun belirtildiği aşağıdaki pasajı üzerinde durulmuştur:

*...à l'égard de la DPO (Dette Publique Ottomane, la situation juridique de la Turquie n'est nullement identique à celle des autres Etats intéressés. En droit international, la République turque doit être considérée comme continuant la personnalité de l'Empire Ottoman.*¹¹

Devamlılık tezini savunanlar da, büyük ölçüde, tahkim kararının bu pasajına işaret etmektedirler.¹²

Diğer bazı hukukçular ise tahkim kararının “doğruluğunu” tartışmamakla birlikte, bu konunun tartışmalı (*controversy*) olduğuna dikkat çekmekte¹³ ya da

- 8 Patrick Dumberry, “The Consequences of Turkey Being the “Continuing” State of the Ottoman Empire in Terms of Internationally Wrongful Acts,” *International Criminal Law Review* 14 (2014): 261-273. Vahagn Avedian, “State Identity. Continuity and Responsibility: The Ottoman Empire, the Republic of Turkey and the Armenian Genocide,” *EJIL* 23 (2012): 797-820.
- 9 Bu çerçevede yukarıda zikredilen Dumberry'nin bir başka makalesinde de 1915 olaylarıyla bağlantılı iddialarının ötesinde, Türkiye'nin, Osmanlı İmparatorluğu'ndan ayrılan Suriye, Lübnan, Filistin, Ürdün (Transjordan), Arabistan *Yarımadasındaki* tüm devletlerde de Osmanlı Devleti zamanında meydana gelen devletler hukukuna aykırı fiillerden dolayı sorumlu olup olmadığının araştırılacağına işaret edilmektedir: “We will enquire, what happens to international wrongful acts committed before any territorial changes” Patrick Dumberry, “Turkey's International Responsibility for Internationally Wrongful Acts Committed by the Ottoman Empire,” *Revue Générale de Droit* 42 (2012): 570-571.
- 10 Affaire de la Dette Publique Ottomane, Vol. I Recueil des sentences arbitrales (Nations Unies 1925), 573.
- 11 Affaire de la Dette Publique Ottomane, Vol. I Recueil des sentences arbitrales (Nations Unies 1925), 573.
- 12 James Crawford, *The Creation of States in International Law* (New York: Oxford University Press, 2006), 676.
- 13 D. P. O'Connell, *The Law of States Succession* (Cambridge: University Press, 1956), 4. 5 no.lu dipnotta, Yugoslavya'nın Sırbistan Krallığı'nın, İtalya'nın Sardinya Krallığı'nın, Hollanda'nın Birleşik Hollanda Krallığı'nın devamı olup olmadığının da tartışma konusu olduğuna işaret edilmektedir.

devamlılık/ardıllık tartışması açısından Borel kararının ötesine geçerek, Türkiye Cumhuriyeti'nin tarihsel ve siyasal kuruluş sürecine eğilerek, kaydedilen derin değişimlerin Osmanlı Devleti'nin kişiliğini sona erdiren bir devrim olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁴

Osmanlı Devleti'nin devamlılığı tezlerinin günümüzde belirli bir perspektif içinde yeniden canlanmış olduğu da dikkate alınarak, ilk aşamada, sözkonusu tezlerin temelindeki hukuksal ve kavramsal dayanaklarının gerçekliği ve doğruluğunun sorgulanması, ikinci aşamada ise, ardıllık sorunlarının algılanmasında kaydedilen olgusal ve kavramsal “başkalaşma” ışığında günümüzde de hukuksal dermeyeran edilebilirliğini koruyup koruyamayacağının değerlendirilmesi öngörülmektedir.

I. Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı Devleti'nin Devamı Olduğu Tezinin Tarihsel ve Siyasal Dayanaklarının Sorgulanması

1. Osmanlı Devlet Borcu (ODB) Hakkındaki Hakem Borel'in Tahkim Kararı

Türkiye'nin Osmanlı Devleti'nin devamı olduğu tezini savunan hukukçuların temel referansı, yukarıda da belirtildiği üzere, 18 Nisan 1925 tarihli Osmanlı Devleti Borcu (ODB) hakkındaki kararında tek Hakem Borel'in yukarıda belirtilen formülüdür.¹⁵

Doktrin, genellikle Borel'in, kararında vardığı devamlılık “teşhisi”ne atıfta bulunmak ya da Borel'in atıfta bulunduğu Lozan Antlaşması maddelerini de tekrarlayarak yetinmekte, bu “mekanik” yaklaşımının devamlılık tezini haklı gösterip göstermediği tartışmasına girmemektedir.

Ancak, ardıllık/devamlılık tartışmasını günümüze kadar etkilemiş olan Borel'in görüşlerinin dört açıdan yeniden değerlendirilmesinde yarar görülmektedir. Şöyle ki, Borel'in yaklaşımının dört açıdan değerlendirilebileceği düşünülmektedir:

- Devamlılık görüşünü dayandırdığı Lozan Antlaşması'nın altı maddesinin ardıllık tartışması açısından uygun ve yeterli olup olmadığı,
- Lozan Antlaşması'nın, kendisine verilen görevle doğrudan bağlantılı ODB'nin bölüştürülmesi konusu ile ilgili bazı hükümlerini dikkate almamış olması,

14 “L'extinction de l'Empire ottoman comme sujet de droit international et son remplacement par l'entité effective issue de la révolution” Enrico Zamuner, “Le Rapport entre l'Empire Ottoman et la République Turque face au Droit International,” *Journal of the History of International Law* 6 (2004): 231

15 Affaire de la Dette Publique Ottomane, Vol. I Recueil des sentences arbitrales (Nations Unies 1925), 573.

- Türkiye'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun kişiliğini devam ettirdiği doğrultusundaki değerlendirmesinin hukuksal değerinin sınırları,
- Devamlılık tezinin Lozan Antlaşması'nın tarihsel ve siyasal arka planını dikkate almamış olması.

a) Borel'in Devamlılık Tezini Gerekçelendirmek İçin Kullandığı Lozan Antlaşması Maddeleri

Borel, Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı Devleti'nden farklı bir kişiliği bulunmadığı, yeni bir devlet olarak kabul edilemeyeceği yolundaki görüşünü Lozan Antlaşması'nın 15, 16, 17, 18, 20 ve 99. maddelerine dayandırmış olmakla birlikte, yüzkırküç maddelik antlaşmanın içinden neden bu altı maddeyi "kanıt" olarak seçmiş olduğu konusunda herhangi bir yöntem açıklaması getirmemektedir. Oysa, bu maddeler gerek içeriği bakımından, gerek antlaşmadaki konumu açısından herhangi bir devamlılık tezini gerekçelendirebilecek özellikte görünmemektedir. Şöyle ki:

- 15. maddede, Türkiye'nin, Osmanlı Devleti zamanında İtalya'nın işgaline uğrayan 12 Ada (aslında 14 ada ve birkaç adacık) üzerindeki haklarından vazgeçmesi,
- 16. maddede, Türkiye'nin Lozan Antlaşmasında belirtilen sınırlar dışındaki toprak ve adalar üzerindeki "*bütün haklarından ve sıfatlarından*" vazgeçmesi,
- 17. maddede, Türkiye'nin Sudan ve Mısır açısından bütün haklarından ve sıfatlarından 5 Kasım 1914 tarihinden itibaren vazgeçmesi,
- 18. maddede Türkiye'nin Mısır'la bağlantılı borcunun bir kısmından ibra edilmesi,
- 20. maddede de Kıbrıs'ın 5 Kasım 1914 de İngiltere'ye katılmasının tanınması öngörülmüştür.

Bu maddelerle Türkiye'nin sınırlarının kesinleştirilerek ileride ortaya çıkabilecek egemenlik ve, genel olarak, değişik hak iddialarına ilişkin olası uyuşmazlıkların önlenmesi amaçlanmıştır. Esasen bu hükümlerden bir kısmı daha önce yapılan sınır değişikliklerinin "tescilinden" ibarettir. Prof. Dr. İzzettin Doğan'a göre, "Türkiye'nin sözkonusu maddelerde açıkladığı irade tamamen beyan edici (déclaratif) niteliktedir".¹⁶

¹⁶ İzzettin Doğan, *Devletin Milletlerarası Andlaşmalardan Doğan Hak ve Borçlara Halefiyeti Sorunu* (İÜHF Yayınları, 1970), 88.

Bu maddeler Türkiye'nin "harita" üzerindeki yeni sınırlarını belirleyen Antlaşma'nın "Siyasal Hükümler" başlıklı birinci bölümünün "*Ülkeye İlişkin Hükümler*" başlıklı Kısım I'de yer alan ve tahkim kararında zikredilen maddelerden önce sıralanan 2-14. maddelerini tamamlayan nitelikte olduğu kabul edilmelidir.

Teknik içerikli bazı anlaşmaların yeniden yürürlüğe girmesi ile ilgili Lozan Antlaşması'nın 99. maddesine gelince; Borel'e göre, bu maddenin varlığı da, ancak, Türkiye'nin Osmanlı Devleti'nin devamı olması durumunda anlam kazanabilmekte, maddenin bu şekilde yorumlanmaması ise içeriğini anlamsızlaştırmaktadır.

Oysa bu maddenin tam anlamı, Türkiye'nin Osmanlı Devleti'nin devamı olduğunu değil, tam aksine, Türkiye'nin, 99. maddede sayılan ekonomik veya teknik nitelikteki antlaşmaların taraflar arasında yeniden yürürlüğe girmesini (*...entreront de nouveau en vigueur entre la Turquie et celles des autres Puissances contractantes qui y sont parties*) açıkça kabul ettiği anlamını taşımaktadır.¹⁷ Türkiye ardıl konumunda olmasaydı bu maddenin anlamı olmayacaktı, zira savaş nedeniyle "askıya alınmış olan" tüm antlaşmaların yeniden işlerlik kazanacağı açık olacak, buna karşılık tüm tarafların yürürlükte kalmasını istemedikleri sözleşmelerin açıkça zikredilmesi gerekecekti.

Tahkim kararında, Lozan Konferansı sırasında özellikle başta ODB olmak üzere ekonomik düzenlemeler konusunda Fransayı temsil etmiş olan Bompard'ın görüşlerine dayandırılan 99. maddeye ilişkin yorum, savaşın antlaşmaları otomatik biçimde sona erdirmediğini, askıya aldığını gözardı etmektedir.¹⁸

Oysa, bu kural, Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1985'te Helsinki'de düzenlenen toplantısında da, aynı konu üzerinde çalışmış olan Enstitü'nün, Christiania'daki 1912 toplantısında kabul ettiği kararına (*Resolution*) da atıfla hatırlatılarak, savaşın kendiliğinden (*ipso facto*) antlaşmaları sona erdirmeyeceği belirtilmiştir.¹⁹ Bu bakımdan, Lozan Antlaşması'nın gerek müzakereleri sırasında, gerek tahkim kararının kaleme alındığı sıralarda, devletler hukukunun bilinen bir kuralının yok sayılması, en azından böyle bir kuralın var olup olmadığının araştırılmaması, 99. madde ile ilgili argümanın devamlılık tezi açısından zayıflığını ortaya koymaktadır.

Kaldı ki, kararın değinmediği antlaşmanın 100. maddesi ile de Türkiye'nin hangi antlaşmaları yeniden uygulayacağı ve ileride hangi antlaşmaları

17 Doğan, *Devletin Milletlerarası Andlaşmalardan Doğan Hak ve Borçlara Halefiyeti Sorunu* 86-87; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009), 352-353.

18 Doğan, *Devletin Milletlerarası Andlaşmalardan Doğan Hak ve Borçlara Halefiyeti Sorunu*, 90.

19 "Recalling its Resolution at the Christiania Session in 1912 on the effects of the war on treaties.... Article 2: "The outbreak of an armed conflict does not ipso facto terminate or suspend the operation of treaties in force between the parties to the armed conflict" "The Effects of Armed Conflicts on Treaties," *Justitia Et Pace Institut De Droit International*, Session of Helsinki, 1985.

onaylayacağı konusundaki iradesini açıkça beyan etmiş olduğu görülmektedir.²⁰ Bu düzenlemenin de önceki devletin devam ettiği teziyle çeliştiği açıktır. Türkiye, devam eden devlet konumunda olsaydı, bu tür bir irade açıklamasında bulunması gerekmeyecekti.

b) Borel'in Kararında Dikkate Alınmayan Lozan Antlaşması Maddeleri

Herşeyden önce Borel'e "tanınan" tahkim yetkisinin, kararın birinci sayfasında, yer alan bir satırlık "compromis" bölümünde Lozan Antlaşması'nın 46 ve 47. maddeleri ile sınırlandırılmış olduğunu hatırlatmada yarar bulunmaktadır.²¹

46. maddeye göre ise, OBB'nin, "... Türkiye..." ile Osmanlı İmparatorluğu'ndan ayrılan çeşitli devlet kategorileri "arasında işbu kısımda belirtilen şartlar içinde bölüştürülecektir".

Görüldüğü üzere, maddede Türkiye ile diğer devletler arasında ardıllık/devamlılık açısından herhangi bir ayırım yapılmamış, diğer bir deyişle, Türkiye ile diğer İmparatorluk'tan ayrılan devletler arasında herhangi bir "statü" farkı gözetilmemiştir. Ayrıca, bu başlıktaki diğer maddelerde de Türkiye'nin farklı "konumu" nedeniyle borcunun değişik şekilde hesaplanması gerektiği yolunda benzer bir farka ya da bu konuda bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Antlaşmada açık hüküm olduğu halde, hakemin yorum yoluyla ilgili devletleri iki kategoriye ayırması devletler hukukunun uluslararası antlaşmaların yorumuna ilişkin kurallarıyla da bağdaşmamaktadır. Kaldı ki, aynı Kısım'da yer alan 49. maddede, ODB'nin "nominal anaparasının bölüştürülme"sinden söz edilmektedir.

46. madde ile ilgili diğer bir yorum eksikliği de, 46. Maddenin 1.fıkrasıyla ilgilidir. Buna göre:

Türkiye, 53. maddede belirtilen tarihlerden başlayarak, öteki devletlere yükletilmiş katılma paylarından sorumlu tutulmayacaktır.

Lozan'ın bu hükmü ile Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı İmparatorluğu'ndan ayrılan devletlerin borçlarından belirli tarihlerden itibaren sorumlu tutulmamış olmakla, ileride, Türkiye'nin rezidüel diye tanımlayabileceğimiz herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığının vurgulanması istenmiştir. Hükmün, ardıllığı tartışmasız olan bu devletler bakımından bu maddenin ilk bakışta gereksiz olduğu düşünülebilirse de sorumluluk zincirinin Türkiye bakımından kesintiye uğramış olduğunun kaydedilmesine önem atfedilmiştir.

²⁰ Pazarci, *Uluslararası Hukuk*, 353-354.

²¹ *Affaire de la Dette Publique Ottomane*, Vol. I Recueil des sentences arbitrales (Nations Unies 1925), 34.

Tahkim kararında dikkate alınmamış diğer bir madde de Lozan Antlaşması'nın 55. maddesidir. Bu maddenin başında “*Aralarında Türkiye'nin de bulunmak üzere, 46.maddede belirtilen devletler*” ifadesi yer almaktadır. Oysa 46. maddede, Türkiye'nin esasen zikredilmiş olduğu gözardı edilmiş olsa bile, 55. maddede, Osmanlı İmparatorluğu'nun dağılması sonucunda ardılığı tartışmasız “*topraklar katılmış devletler*” ile birlikte Türkiye'nin yeniden sayılmış olmasının ardılık tartışması açısından değerlendirilmesi gerekirken, Borel'in kararında bu noktaya değinilmemiştir.

Aynı şekilde, kapitülasyonların kaldırılmasıyla ilgili Lozan Antlaşması'nın 28. maddesi de tahkim kararında değeriendirilmemiştir, dir. Buna göre:

Antlaşmaya taraf olan devletlerden her biri kendi yönünden, Türkiye'de kapitülasyonların her bakımdan kaldırıldığını kabul ettiklerini bildirirler.

Uzun ve bazen “dramatik” sayılabilecek görüşmeler sonucunda kabul edilen bu madde ile yüzyıllar boyunca süregelen ekonomik, kültürel, yargısal “ayrıcalıklar” ın kaldırılmasının kabul edilmesi, ancak Türkiye'nin yeni, egemen bir süje olarak tanınmasıyla mümkün olduğu kabul edilmelidir. Prof. Dr. Doğan'a göre:

Yalnız başına bu hüküm bile TC Devleti'nin milletlerarası hukuk açısından Osmanlı İmparatorluğu'nun akdettiği anlaşmalardan doğan hak ve borçlarla bağlı olmayan yeni bir devlet olduğunu göstermektedir. Asırlarca Osmanlı İmparatorluğu'nun gelişmesini engelleyen Kapitülasyonların tümüyle, kayıtsız şartsız sona ermesi bir devletin Milletlerarası hayata yeniden başlamasıdır.²²

c) Tahkim Kararının Devamlılık Tezi Açısından İleri Sürülebilirliği

Borel'e tanınan tahkim yetkisinin konu ve sınırlarının da tartışılması önem arz etmektedir: ODB'nin bölüştürülmesinin hesaplanmasıyla sınırlı olduğu varsayılması gereken tahkim yetkisinin, Türkiye'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun devamını oluşturduğu yolunda genel ve ileriye dönük olarak bir devamlılık tezinin temelini oluşturmasının tartışılabilirliği üzerinde dört nokta açısından durmakta yarar vardır.

Birincisi, borcun bölüştürülmesine ilişkin temel ilkeler esasen Lozan Antlaşması'nın ilgili maddeleriyle belirlenmiş bulunmaktaydı: Nitekim, hakemin yetki alanını belirleyen “Compromis” nin alt başlığı da “Traité de

²² Doğan, *Devletin Milletlerarası Andlaşmalardan Doğan Hak ve Borçlara Halefiyeti Sorunu*, 86; Dr. Demirci de kapitülasyonların kaldırılmasının Lozan Konferansı'nda “yaşamsal bir konu” olarak algılanmış olduğuna işaret etmektedir. Sevtap Demirci, *Belgelerle Lozan* (Alfa, 2015), 27. 16 no.lu dipnot.

Lausanne du 23 juillet 1923, articles 46 et 47” olarak açıkça belirtilmiş, bu maddelerin borcun teknik hesaplanmasının ötesinde, taraflardan biri olarak Türkiye’nin “sıfatının” bu iki madde ötesinde tartışılmasına olanak sağlamadığı açıktır.

Öte yandan, gerek Türkiye, gerek diğer ilgili devletlerin karara eklenen (Yunanistan, Bulgaristan, İtalya, Fransa²³, Irak, Filistin...) dilekçelerinde de herhangi bir ardıllık/devamlılık tartışmasına girilmesini gerektirecek bir argüman bulunmadığı gibi, Lozan Antlaşması’nın ODB ile ilgili maddeleri hakkında da bir yoruma yer verilmemiştir. Her devlet kendisini ilgilendiren bazı borç kalemlerinin iptalini istemekle yetinmiştir. Esasen Borel’in kararının devamlılık teziyle ilgili bölümünde, ilgili devletler tarafından bu yönde olumlu/olumsuz bir incelemede bulunması talebinin yer aldığına ya da bu konuda bir argüman geliştirmiş olduğuna dair bir açıklamaya da rastlanmamaktadır.

İkincisi, Borel’in, Lozan Konferansı boyunca ODB’nin bölüştürülmesi konusu çerçevesinde kendisini görevlendiren Hükümeti’nin görüş ve çıkarlarını savunmak konumunda olan Fransız delegenin yargısal bağımsızlığı ve tarafsızlığı olamayacağı açıktır. Borel, bu eksikliği ancak –ve bir dereceye kadar- Türkiye’nin delegesinin de görüşlerini dikkate alarak giderebilirdi. Yargısal bir görevde bulunan hakemin, taraflardan ancak birinin görüşlerini dikkate almış olması, bağımsızlık ve tarafsızlığının ve, dolayısıyla, kararının da güvenilirlik ilkesi açısından sorgulanabilmesine yol açmaktadır.²⁴

Üçüncüsü, ODB’nin teknik alanda ilgili devletler arasında dağılımının somutlaştırılması gibi teknik bir sorunu çözmek için atanan hakemin bir devletin diğer bir devletin devamı ya da ardılı olup olmadığı gibi hukuksal ve siyasal alanda son derece ciddi yansımaları olacağı şüphesiz bir konuda da değerlendirmede bulunması hakemlik kararı açısından kabul edilemeyecek bir yetki aşımı olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı da tartışılabilir.

Kendisine verilen görevin amacı ve sınırlarıyla ortaya attığı devamlılık değerlendirmesinin olası – ve herhalde öngörülemez- sonuçları arasındaki orantısızlık, Borel’in hakemlik kararını ancak kendisine verilen teknik görevin sınırları açısından yorumlamakla yetinilmesi gerektiğini düşündürmektedir.

Esasen, daha genel bir düzeyde, kararda, talimatlarını yerine getirmekle yükümlü olan Bompard’a yapılan genel nitelikteki atfın ötesinde, Lozan Antlaşması’nın dayandığı siyasal/tarihsel süreç ve Konferans sırasında ortaya atılan değişik ilkesel tutumların ve siyasal tezlerin değerlendirilmediği de görülmektedir. Bu bakımdan, kararının da ancak ODB’nin bölüştürülmesi açısından bağlayıcı olduğu, karardaki her argümanın- ve, özellikle-, ardıllık/devamlılık gibi karmaşık hukuksal/siyasal temelleri ve olası yansımaları

23 Affaire de la Dette Publique Ottomane, Vol. I Recueil des sentences arbitrales (Nations Unies 1925), 86

açısından - normatif değeri olamayacağı, tüm gerekçelerinin de pozitif hukuku yansıttığı şeklinde yorumlanması da zorunlu olmayacağı kabul edilmelidir. Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın *Danzig Posta Servisi* hakkındaki istişari nitelikteki görüşünde de yargısal kararların ancak sonuçlarının bağlayıcı olduğu, gerekçelerinin tarafları bağlamadığı, konuya ilişkin içtihat ta hatırlatılarak, açıkça belirtilmiştir.²⁵

Dördüncüsü, ODB kararı dikkatle incelendiğinde, esasen Borel'in devamlılık tezi açısından, genel bir bağlayıcılık beklentisinin bulunmadığı da savunulabilir: Nitekim, Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı Devleti'nin devamı olduğu yolundaki yaklaşımın, gerek Fransızca gerek İngilizce versiyonlarında kullanılmış olan ifadelerin kesin, yargısal bir üslubu yansıtmadığı açıktır:

Fransızca metinde tam olarak:

*En droit international, la République turque doit être considérée comme continuant la personnalité de l'Empire Ottoman*²⁶

İngilizce metinde ise:

In international law the Turkish Republic was deemed to continue the international personality of the former Turkish Empire.

İki versiyon, aslında, tam olarak birbiriyle örtüşmemektedir: Her şeyden önce, Fransızca metinde, "Osmanlı İmparatorluğu", İngilizce metinde ise hiçbir resmi tanımlamayı karşılamayan "Türk İmparatorluğu" ifadesi kullanılmıştır.

Ancak iki versiyon arasında önemli bir anlam farkı da göze çarpmaktadır: Fransızca metindeki ifade, daha çok "sayılmalıdır" gibi bir gereklilik kipini, İngilizce metinde ise "bu şekilde kabul edilmiştir" gibi bir haber kipini andırmaktadır. Ayrıca, her ikisinde de "est"ya da "constitue"/"is,"ya da, "constitutes" gibi kesin bir tanımlamaya yer verilmemiş olmasının, tanımlama kaygısından çok, hakemin kendisine verilen görevin kapsamıyla sınırlı bir varsayımdan (*ex hypothesi*) yararlanma ihtiyacının duyulduğu da söylenebilir. Diğer bir deyişle, her iki versiyonun bir "teyit"/"onama" olarak değil, daha çok belirli bir sonuca ulaşabilmek için başvurulmuş bir varsayım (*hypothèse de travail*) olarak kullanılmış olduğu, devamlılık konusunda esasen "hüküm" vermekle yetkilendirilmemiş olan hakemin, önündeki meselenin çözümü açısından başvurduğu, otoritesi ancak sınırlı olabilecek bir çalışma yöntemi

25 "... it is certain that the reasons contained in a decision, at least in so far as they go beyond the scope of the operative part have no binding force as between the parties concerned." Polish Postal Service In Danzig, Advisory Opinion, No. 11 (Permanent International Court of Justice May 16, 1925), 29-30; aynı argüman için bkz. Brigitte Bollecker Stern, "L'Affaire des Essais Nucléaires Françaises devant la Cour Internationale de Justice," *Annuaire français de droit international* 20 (1974): 320.

26 *Affaire de la Dette Publique Ottomane*, Vol. I Recueil des sentences arbitrales (Nations Unies 1925), 573

olarak kabul edilebilir. Bu konuda kesin bir “yargı”ya varmakla görevlendirilmiş olsaydı, genel, muğlak bir ifade olan “*international law*” ya da “*droit international*” göndermelerinin somut hukuksal kaynaklara dayandırılması gerekecekti. Özellikle İngilizce versiyonundaki “*was deemed*” deyiimi ve Fransızca versiyondaki “*doit être considérée*” kesin bir saptamadan çok, başvurulması zorunlu görülmüş bir varsayımı andırmaktadır.²⁷

Bu bakımdan, Borel’in tahkim kararında, vardığı sonucun sadece ODB’nin bölüştürülmesi çerçevesinde geçerli olabilecek kuramsal bir çerçeve olarak ele alınması gerektiği değerlendirilmektedir. Diğer bir deyişle, kararın taraflar arasındaki ODB ile bağlantılı uyumsuzluğun ötesinde bir bağlayıcılığı ve bir *erga omnes* değeri bulunmamaktadır. Esasen, görevinin sınırlarını belirlemeye çalıştığı, kararının bir başka bölümünde, Borel’in de, kararıyla kendisine verilen teknik nitelikteki ODB’nu bölüştürme görevinin ötesinde, kararının ayrıca, Osmanlı Devleti’nin devam ettiği konusunda *erga omnes* bir saptama olarak algılanması beklentisinin bulunmadığının bilincinde olduğu da kabul edilebilir:

*L’Arbitre n’a d’autre tâche que d’assurer l’effet de cet accord à l’égard des questions donnant lieu aux différends portés devant lui. Il doit donc, s’en tenir strictement au Traité même dans les limites duquel se trouvent sa mission, sa loi et son pouvoir.*²⁸

2. Devamlılık Tezinin Desteklenmesinde Kullanılan Diğer Argümanlar

Bu çerçevede nitelik ve kapsam bakımından birbirinden farklı iki seri argümana değinilmesi gerekir:

- a) Yargısal nitelikteki kararlar
- b) Ülkesel ve demografik faktörlerin devamlılık tartışmasındaki rolü

a) Yargısal Nitelikteki Kararlar

aa) Osmanlı Fenerleri Hakem Mahkemesi Kararı

Bazı yazarlar, Osmanlı Devleti’nin devletler hukuku süjeliğinin devam ettiği yolundaki tezlerini gerekçelendirmek ya da bu tartışmanın temelindeki sorunların yargısal bir kararla esasen çözümlenmiş olduğunu kabul etmek

27 Borel, “*çalışma varsayımı*” yöntemini savaşın antlaşmaları sona erdirdiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtirken de kullanmıştır. Nitekim 99. Madde hakkındaki yorumu çerçevesinde “... *La guerre a été considérée comme ayant mis fin à toutes les conventions autres que celles dont le trait particulier est de déployer leurs effets précisément au cours des hostilités*”. Oysa bu görüşün 1925’te geçerli olmadığı yukarıda da belirtilmiştir. Bkz. 16 no.lu dipnotu.

28 *Affaire de la Dette Publique Ottomane*, Vol. I Recueil des sentences arbitrales (Nations Unies 1925), 548.

durumunda olduklarını izah etmek için Borel kararından sonra 24-27 Temmuz 1956 tarihli Osmanlı Fenerleri Hakkındaki hakem kararına atıfta bulunmaktadır.²⁹

Bu bağlamda, kararın aşağıdaki cümlesi üzerinde durulmaktadır:

*La date critique sert évidemment de terme à la responsabilité turque et de point de départ à la responsabilité hellénique en ce sens que tout ce qui s'est passé avant la date critique et qui peut avoir engendré des charges vis-à-vis de la société concessionnaire, continue à donner lieu à la responsabilité de l'Etat turc.*³⁰

Söz konusu referansın ve Osmanlı Fenerleri kararının aşağıdaki gerekçelerle devamlılık tezi açısından yeterli bir argüman oluşturamayacağı düşünülmektedir:

Her şeyden önce, bu kararın temelindeki uyuşmazlığın sadece Yunanistan ile Fransa arasında olduğu, Türkiye'nin uyuşmazlığa veya dâvaya taraf olması da söz konusu olmadığı gözardı edilmemelidir.

1. Uyuşmazlık, Osmanlı İmparatorluğu'nun, özellikle, Selanik ve Girit açıklarında fener inşa etmek, işletmek ve bunun karşılığında belirli bir ücret tahsil etmek üzere, Fransız "Michel et Collas" şirketi ile 1860 da aktetmiş olduğu ayrıcalık sözleşmesinin (*contrat de concession*) çerçevesinde olmak üzere, Fransa'nın uyuşmazlıkta şirketin belirli tarihlerde uğradığı zararların giderilmesini sağlamak üzere, ayrıcalığın uygulandığı bölgelerin ardıl devlet sıfatıyla Yunanistan'ın egemenliğine geçmiş olması nedeniyle bu devlet aleyhine yönelttiği bir dava niteliğini taşımaktadır: Türkiye bu dâvada taraf olmadığı gibi, 1860'da aktedilen ve belirli aralıklarla uzatılan ayrıcalık sözleşmesi de bir uluslararası antlaşma niteliğini taşımamaktadır.

2. Fransa ve Yunanistan Hükümetleri'nin hakem mahkemesinin yetkilerini belirlemek amacıyla üzerinde anlaştıkları – ve hakem kararının başında yer alan "compromis" belgesinde de Türkiye Cumhuriyeti'ne yönelik herhangi bir şikâyet ve talep yer almamaktadır. Bu bakımdan, hakem mahkemesinin Türkiye hakkında hukuksal ve, özellikle, siyasal sonuç doğurabilecek bir yargısal yetkisi söz konusu olmamıştır. Esasen, hakemlik prosedürü sırasında taraflarca bu yönde bir tez gündeme gelmiş olsaydı, hakem mahkemesinin, tarafların "compromis" ile mahkemeye tanıdığı oldukları yetki kapsamını dikkate alarak, yargısal yetkisi

29 Emre Öktem, "Turkey Successor or Continuing State of the Ottoman Empire," *Leiden Journal of International Law* 24, (2011): 574-575; Zeynep Ceren Pirim, *Devletin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 48; Patrick Dumberry, "Turkey's International Responsibility for Internationally Wrongful Acts Committed by the Ottoman Empire," *Revue Générale De Droit* 42 (2012): 570.

30 *Affaire Relative À La Concession Des Phares De L'empire Ottoman (Grèce, France)* (Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII, 1956), 190.

bulunmadığı (*ratione personae*) gerekçesiyle sözkonusu iddiayı reddetmesi gerekecekti.

3. Kararda, Türkiye'nin "sorumluluğu", uyuşmazlığa taraf olması nedeniyle değil, Yunanistan'ın tazminattan kurtulmak - veya en azından - tazminat miktarını azaltmak için kullandığı argümanlar kapsamında değerlendirilmiştir. Hakem mahkemesi, bu doğrultuda, 1924'ten önce cereyan eden olaylardan Türkiye'ye de isnat edilmesi muhtemel (éventuellement imputables) bir haksız fiilin bulunup bulunmadığının araştırılmasını âdetâ yan konu olarak incelemiştir.

Tahkim kararından, Fransa'nın, ardıl devlet sıfatıyla Yunanistan'dan ayrıcalık sahibi şirket lehine iki tazminat talebinde bulunduğu anlaşılmaktadır:

Birincisi, ayrıcalıktan yararlanan şirketin Eylül 1922'deki İzmir yangını sonucunda uğradığı zararın giderilmesi,

İkincisi ise Selanik açıklarındaki fenerli şamandıranın (*bouée*) 1911'de Osmanlı kuvvetleri tarafından yıktırılmasından dolayı uğradığı zararın giderilmesi.

Şirket ve, dolayısıyla, uluslararası uyuşmazlığa asıl taraf olan Fransa, İzmir yangınıyla ilgili taleplerini, konunun incelenmesine girilmeden önce taleplerini geri çekmiş olduğundan, sadece not edilmekle yetinilen "yangın" konusu karara da *per memoria* kaydıyla yansıtılmıştır.³¹

Selanik açıklarındaki şamandıranın yıktırılması olayının incelenmesi çerçevesinde ise hakem mahkemesi, Osmanlı otoritelerinin feneri yıktırmasının güvenlik nedenleriyle "*normal*" bir önlem olarak hukuka uygun sayılması gerektiği, ancak şirkete uğratılan zararın giderilmesinin sözkonusu olabileceği sonucuna varmıştır. Diğer bir deyişle, hakem mahkemesi, uyuşmazlığın bu vechesini de uluslararası hukuk anlamında bir haksız fiil olarak tanımlamamış, bir devletin bir özel şirkete tanıdığı ayrıcalık sözleşmesinin koşullarına uyulup uyulmadığının araştırılması ile ilgili bir sorun olarak değerlendirmiştir.

4. Öte yandan, Fenerlere ilişkin hakem kararının 190. sayfasındaki ibarenin devamlılık tezini doğrulamadığını ortaya koyan diğer bir argüman da, ODB hakkındaki Borel kararına atıfta bulunmayışıdır: Eğer 1956 yılında hakem mahkemesi, bazı hukukçuların savunduğu gibi, Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun devamı olduğu tezini benimsemiş olsaydı ve, ayrıca, bunu açıkça kararında belirtmek ihtiyacını duymuş olsaydı, devamlılık teorisinin "klasik" ve temel referansını oluşturan Borel kararının ilgili bölümüne atıfta bulunması gerekecekti. Nitekim, sorumluluğun Yunanistan'a geçiş tarihini

31 Affaire Relative À La Concession Des Phares De L'empire Ottoman (Grèce, France) (Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII, 1956), 188.

(date critique) belirlemek için kararının başka bir yerinde Borel kararının “belirleyici tarih” açısından ilgili bölümüne açıkça atıfta bulunabilmiştir.³²

- Alıntıdaki “Etat turc” yolundaki nitelemesinden Osmanlı Devleti’nin mi yoksa Türkiye Cumhuriyeti’nin mi anlaşılması gerektiği açık değildir.
- Yunanistan’ın ardıl sıfatının başladığı tarihten önceki tazminat talebine konu olabilecek fiillerden dolayı genel bir şekilde “Türk Devleti”nin sorumluluğunun devam ettiği yolundaki ibarenin, Türkiye Cumhuriyeti’nin Osmanlı İmparatorluğu’nun devamı tartışmasıyla ilgili bulunmamaktadır.

Öte yandan, hakem mahkemesinin bu başlıktaki olası sorumlulukların Lozan Antlaşması’nın tüm taraf devletlerce onaylanması işlemlerinin tamamlandığı 1924’te yürürlüğe girmesi ile sınırlandırılması devletler hukuku açısından belirleyici önem taşımaktadır.³³ Burada, daha önce devam ettiği belirtilen “muhtemel” (*éventuellement imputables*) sorumluluğun Osmanlı Devleti’nin tanımış olduğu ayrıcalık sözleşmelerine uygulanacak yeni –ve bu kez uluslararası niteliği tartışmasız- düzenlemelerin kastedildiği açıktır.

Fenerler kararındaki, Yunanistan’ın ardıl devlet statüsünü kazandığı belirleyici tarihten (*date critique*) önce ayrıcalıklardan yararlanan şirket lehine yükümlülükler doğurmuş “*fillerinden dolayı Türk Devleti’nin sorumluluğuna yol açması durumunun devam ettiği*” yolundaki ibare, hakem kararının açıkça üzerinde durduğu 1924 yılı ile sınırlıdır: Bu sınır mahkeme tarafından rastgele belirlenmiş olmayıp, yabancı şirketlere tanınan ayrıcalıklarla ilgili Lozan Antlaşması’na Ek XII. Protokol’ün 9. maddesi çerçevesinde yorumlanmalıdır. Bu maddeye göre:

Bugünkü tarihli Barış Antlaşması uyarınca Türkiye’den ayrılan topraklarda ardıl Devlet, Osmanlı Hükümeti... ile, 29 Ekim 1914 den önce yapılmış ayrıcalık sözleşmelerinden yararlanan öteki batılı Devletlerin uyruklarına... karşı Türkiye’nin hakları ve yükümleri bakımından, tümüyle Türkiye’nin yerine geçmiştir. Balkan savaşları sonucu olarak Türkiye’den ayrılmış bulunan topraklarda, işbu toprakların el değiştirme şartlarını belirten antlaşmanın yürürlüğe konulmasından önce, Osmanlı Hükümeti... ile yapılmış sözleşmeler konusunda da aynı işlem

32 “*l’arbitre dans l’affaire de la Dette Publique Ottomane, M. Borel, a, dans sa sentence du 18 avril 1925 (Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol I, p. 544-556) donné une interprétation de la commune intention des Puissances signataires du Traité de Lausanne relativement à la date exacte à laquelle la responsabilité de l’ex-Empire Ottoman pour ses dettes publiques doit être considérée comme étant passée de ce dernier aux Etats successeurs...*” Affaire Relative À La Concession Des Phares De L’empire Ottoman (Grèce, France) (Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII, 1956), 184. Görüldüğü gibi, bu referans Osmanlı Devleti’nin devam ettiği tezinin işlendiği Borel kararının 573. Sayfasındaki gerekçelerle ilgili bulunmamaktadır.

33 Dr. Sevtap Demirci’ye göre, İngiltere’nin Lozan Antlaşması’nı en son onaylayan – ve, böylece, yürürlüğe girmesini sağlayanülke olması “bir *tesadüf*” eseri olmadığına, “... Antlaşmanın onayının Musul Sorunu’nun İngiltere tarafından Milletler Cemiyeti’ne havale edilmesi aynı günde 6 Ağustos 1924’te...” gerçekleştigiğine işaret etmektedir, Demirci, *Belgelerle Lozan*, 232.

uygulanacaktır. Türkiye'nin yerine geçme, sözkonusu toprak parçasının el değiştirmesi şartlarını belirten antlaşmanın yürürlüğe giriş tarihinden başlayarak geçerli olacaktır; ancak, bugünkü tarihli Barış Antlaşmasıyla Türkiye'den ayrılan topraklar, bu hükmün dışında kalacaktır; bu topraklar bakımından, Türkiye'nin yerine geçme, 30 Ekim 1918 tarihinden başlayarak yürürlüğe girecektir.

Görüldüğü gibi, Lozan Antlaşması'na Ek XII. Protokol, Osmanlı Devleti zamanında akdedilmiş ayrıcalık sözleşmelerinin “statüsünü” herhangi bir “devamlılık teorisinin uygulanmasına olanak tanımaksızın- ve değişik ardıllık konumlarının özelliklerini de gözönünde bulundurarak- ayrıntılı biçimde düzenlemiş bulunmaktadır. Bu nedenle, hakem mahkemesinin de, “Türkiye’ye 1924” yılından önce isnat edilebilecek fiillerin sorumluluk açısından özelliklerini dikkate almak zorundaydı.

Bu bakımdan, devamlılık tezi açısından Fenerler kararının uygun bir emsal sayılamayacağı değerlendirilmektedir: Karar, sorumluluğun ardıl devlete geçişini soyut bir devamlılık teorisine göre değil, ayrıcalık sözleşmelerine ilişkin sorumlulukları düzenleyen Lozan Antlaşması'na Ek XII. Protokolü'nün hükümlerini esas almış bulunmaktadır. Ayrıca, sözkonusu Protokol'ün Fenerler uyuşmazlığının gündeme getirdiği başka talepler çerçevesinde de uygulanmış olduğunun hatırlatılmasında da yarar bulunmaktadır.³⁴

Sonuçta, 1956'daki hakem kararı, Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı İmparatorluğu'nun devamını oluşturduğu tezi açısından uygun ve yeterli bir argüman oluşturmamaktadır.

bb) Roselius Carsten Kararı (Amsterdam Mahkemesi Kararı)

Sistematik biçimde olmamakla birlikte, Amsterdam Bölge Mahkemesi'nin 1925' te verdiği bir kararda yer alan aşağıdaki pasaj da devamlılık teorisine ek bir argüman olarak kullanılmaktadır:

Although Turkey was no longer an Empire, but a Republic and its size had been considerably curtailed after the Great War by loss of territory, yet it could remaining part, which was the main portion of the country, was the continuation of the State which, under another form of government and larger in size, had formed Turkey, and it had retained all its rights and duties except such as were attached to the lost territory.³⁵

34 Örneğin, Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın *Mavrommatis* kararı: *Affaire Des Concessions Mavrommatis En Palestine*, PCIJ Series A No 2 (Permanent International Court of Justice August 20, 1924).

35 *Roselius and Co. of Bremen v. Carsten*, Vol. 26 Annual Digest 35 (District Court of Amsterdam, 1925); Patrick Dumberry, “Turkey’s International Responsibility for Internationally Wrongful Acts Committed by the Ottoman Empire,” *Revue Générale De Droit* 42 (2012): 570.

Roselius kararının devamlılık tezi açısından geçerli ve yeterli bir referans oluşturamayacağı açıktır. Bir ulusal mahkemenin sıradan bir hukuk davası çerçevesinde Osmanlı Devleti'nin devam edip etmediği konusunda "görüş" belirtmesinin hiçbir bağlayıcılığı olamaz.

Esasen, kararın "lafzından", mahkemenin de bunun bilincinde olduğu anlaşılmaktadır: Öyle olmasaydı, Osmanlı Devleti'nin ülkesinin önemli bir kısmını kaybettiği, yönetim şeklinin değişmiş olduğu, ancak hangi kıstasa göre "main" olarak nitelendirdiği açıklanamayan ülke parçasında devam ettiği şeklindeki *tek taraflı* ve hukuki bir yaklaşımla ilgisi olmayan, coğrafi ve demografik parametrelere atıfta bulunmakla yetinen bir argüman devletler hukuku açısından norm yaratan bir kaynak sayılamaz.

Ardıllık uygulamaları konusunda belirli normların oluşup oluşmadığını araştıran Monnier'e göre, ulusal mahkemelerin kararlarının dayandırıldığı gerekçelerin, genellikle, devletler hukukuyla ilgisi olmadığı için devletlerin izledikleri genel uygulamayı ya da hukuk normu yaratan bir uygulamayı (*usage*) yansıtılmaktadır.³⁶

Öte yandan, önemli ülkesel ve demografik değişikliklerin dikkate alınarak, önceki devletin devam ettiğinin savunulmasının güç olduğunu ortaya koyan uluslararası nitelikte kararlara da rastlanmaktadır. Nitekim, ABD ile Macaristan arasındaki bir uyuşmazlıkla ilgili olarak 1927 verilen bir hakem kararında, Avusturya ve Macaristan devletlerinin Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'ndan hem yönetim hem de ülkesel açılardan esasen farklı olduklarına işaret edilmekte ve bu iki devletin uluslararası statülerinin sona erdiği sonucuna varılmaktadır. Sonuçta, kararda, tazminat ödeme yükümlülüğünün iki devletin Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun devamı oldukları için değil, ABD ile aktetmiş oldukları Viyana ve Budapeşte anlaşmalarından kaynaklandığına dikkat çekilmektedir.³⁷ Karar, bir yandan, hakemin ülkesel ve yönetim değişikliklerinin değerlendirerek – genellikle kabul edilenin aksine- iki devletin Avusturya Macaristan İmparatorluğu'nun devamı değil, herbirinin ayrı bir uluslararası kişiliği bulunduğunu ve tazminat ödeme yükümlülüğünün de iki bağımsız devletin serbest iradeleri ile aktetmiş oldukları anlaşmaları uygulamak zorunda olduklarını ortaya koymaktadır.

³⁶ Jean- Philippe Monnier, "La Succession d'Etats en Matière de Responsabilité Internationale," *AFDI* 8 (1962): 72

³⁷ "The Austria and the Hungary not only bore little resemblance either to the Government or the territory of the Dual Monarchy... But differed essentially from the former Austrian Empire and the former Kingdom of Hungary...-moreover he (Claims Commissioner Parker) held that the latter two States had had no international status... However... under the Treaties of Vienna and Budapest had agreed to pay compensation in respect of certain acts of the former Austro-Hungarian Monarchy", Reports Of International Arbitral Awards, vol. VI Administrative Decision No. I (United Nations 1927): 210-211.

b) Ardıllık Tezi ve Ülkesel Özellikler

Devamlılık/ardıllık tartışması, doktrinde, genellikle, ülkesel ve demografik değişikliklerin belirleyici unsur sayılamayacağı tezi ile tamamlanmakta ve, bu bağlamda, önemli ülke ve nüfus kayıplarının devletlerin kişiliklerinin devam etmesini engellemediği kabul edilmektedir:

*The identity of state, therefore, is considered to subsist so long as a part of the territory which can be recognised as the essential portion through the preservation of the capital or of the original territorial nucleus, or which represents the state by continuity of, or represents the state by continuity of government, remains either as an independent residuum or as the core of an enlarged organization.*³⁸

Her şeyden önce, bu karmaşık ve hukuksal bir irdelemeye uygun olmayan “essential”, “territorial nucleus”, “independent residuum”, “the core of” gibi pozitif hukukla ilgisi olmayan hukuk ötesi –hatta mistik sayılabilecek-kıstaslarla çevrelenmiş bir tanım ardıllık/devamlılık tartışmasında ışık tutacak nitelikte görünmemektedir.

Aynı tezin daha modern versiyonlarında ise bir ülkenin yüzölçümündeki, nüfusundaki kayıpların ya da rejim değişikliklerinin devletin uluslararası kişiliğinin devam etmesini engellemediği şeklinde daha “sade” bir unsur dökümüyle yetinilmektedir.³⁹

Türkiye’nin Osmanlı Devleti’nin devamı olduğunu savunan yazarlar da, genellikle, Borel kararıyla birlikte ülke/nüfus değişiklikleri kıstaslarıyla sınırlı bu ikinci versiyonu tercih etmektedirler.⁴⁰

Ancak, bu ikinci kategori kıstaslar da antlaşmalar açısından ardıllığı düzenleyen 1978 ve devlet borç, mallar ve arşivlerini düzenleyen 1983 antlaşmalarında ülke ve nüfus değişiklikleri ile ilgili olumlu ya da olumsuz bir tanımlama ya da ardıllık kıstası olarak kullanılmamaktadır. Her iki sözleşmede “ardıllık” fiziki ya da metafizik kıstaslarla değil, bir devletin hak ve sorumluluklarının bir başka devlete geçmesi şeklinde bir hukuksal sonuç/durum olarak tanımlanmaktadır:

38 W.E. Hall, *A Treatise on International Law* (Oxford: The Clarendon press, 1917), 93; aktaran G. Bühler, *State Succession and Membership in International Organizations* (The Hague; Boston: Kluwer Law International, 2001), 15.

39 Wladislaw Czaplinski, “La Continuité, l’Identité et la Succession d’Etats-Evaluation de Cas Récents,” *RBDI* 2 (1993): 377; James Crawford, *The Creation of States in International Law* (New York: Oxford University Press, 2006), 677.

40 Patrick Dumberry, “The Consequences of Turkey Being the “Continuing” State of the Ottoman Empire in Terms of Internationally Wrongful Acts,” *International Criminal Law Review* 14 (2014): 266.

For the purpose of the present Convention:

.....

b) succession of States means the replacement of one State in the responsibility for the international relations of territory;

c) predecessor State means the State which has been replaced by another State on the occurrence of a succession of States;

d) successor State means the State which has replaced another State on the occurrence of a succession of States;.....

Görüldüğü gibi, Sözleşme, ardılığı, yapısal/tarihsel koşullar ya da ortam parametrelerine herhangi bir atıfta bulunmamakta, bir sorumluluk “ikamesi” şeklinde tanımlamaktadır. Diğer bir deyişle, bir sürecin hukuksal “izahı” sorunsalına değinmemekte, sürecin sonucunu saptamakla yetinmektedir. Bu şekilde, hangi durumların ardılık olarak tanımlanacağı ya da tanımlanamayacağı tartışmasının olası “algılanma risklerini” de önlemiş olmaktadır.

Öte yandan, ardılığın “özüne” ilişkin bir tanımlamasına girişmemekle, herhangi bir *a contrario* mantığıyla devamlılığının tanımının yapılmasına da olanak sağlamamaktadır. Uluslararası antlaşmalar hakkındaki 1978 ile devletin borçları, malları ve arşivleri hakkındaki 1983 Viyana Sözleşmeleri ardıl devlet/devam eden devlet tartışmasında yararlanılabilecek herhangi bir düzenleme öngörmediği gibi, böyle bir sorunun varlığı dahi yok sayılmıştır.

Her iki Sözleşme, ayrıca, “sorumluluk” kavramını da devletin uluslararası ilişkilerinden sorumlu olma “modeline” indirgemekte, devamlılığı ardılıktan ayıracak etkin bir kıstas üretmemektedir. Sonuçta, bu tür tanımlamalar ardılık sorunsalının güçlüklerini aşmaya yönelik olmayan –hatta, bunun imkansızlığını ortaya koyan- mekanik ve hatta “*tautologiques*” çabalar olarak kabul edilmelidir.

Klasik sömürgeciliğin 70’li yılların başlarında büyük ölçüde tarihe karışmış olmasına ve iki dünya savaşının gündeme getirdiği çok sayıda ardılık sorununa karşın, bu iki sözleşmenin getirdiği “asgari” sayılabilecek düzenlemede dahi temel kavramların tanımlanamamış olması düşündürücüdür. Böyle olunca, ardıl devlet “teşhisinde” siyasal faktörlerin ağır basması kaçınılmaz olmaktadır.

Sonuçta, günümüzde dahi ardılık sorunlarının öngörülebilir bir düzenlemeye kavuşmadığı, yazarların hala ardılığın karmaşıklığından sözedebildikleri gözönünde tutulursa, Türkiye’nin neredeyse, yüz yıl önce Osmanlı İmparatorluğu’nun devamı olduğunun mutlak bir gerçek olarak takdim edilmesi hem pozitif hukuk açısından hem de bu tezin arkasındaki birbirinden farklı iddia ve beklentinin yer aldığı ya da gizlendiği gözardı edilemeyecek bir gerçektir. “Sanat için sanat” yapılmayan devletler hukuku doktrininde son zamanlarda yeniden canlandırılan devamlılık teorilerinin temelindeki gerekçelerin sadece

Borel kararının Lozan Antlaşması'nın altı maddesine dayalı ve Fransız delege Bompard'ın Lozan Koferansı'nda ileri sürdüğü argümanlardan esinlenen yaklaşımının yeterli ve geçerli bir dayanak oluşturup oluturamayacağı da en azından pozitif hukuk niteliği tartışılmayacak aktüel kaynakları da dikkate alarak bu tezin gerçekliğinin yeniden irdelenmesinde yarar görülmektedir.

II. Osmanlı Devleti'nin Devamlılığı Tezinin Ardıllık Hukukunun Siyasal ve İşlevsel Göreliliği Evresindeki Değeri

a) Lozan Konferansı ve “Devamlılık” Tezinin Savunulabilirliği

Doktrinin genellikle Borel kararına dayanarak bir pozitif hukuk gerçeği olarak takdim ettiği Osmanlı İmparatorluğu'nun devamı tezinin, aslında ortaya çıktığı tarihsel ve siyasal “ortamından” soyutlanmadan, o koşullar açısından de izah edilebilmesi önem taşımaktadır.

Hakem Borel'in de Fransız delege Bompard'ın birkaç satırlık konuşmasına dayanarak ortaya attığı devamlılık argümanı ilkesel ya da kuramsal bir zorunluluğa (esasen kendisi de kararında bu konuda böyle bir açıklamada bulunmamıştır) dayandırılmamıştır. Esas amaç, özellikle, doğuda kurulan ve özellikle İngiltere ve Fransa'nın siyasal ve ekonomik etki alanındaki yeni devletlerin ODB borçlarını mümkün olduğu kadar azaltmaktır. Bu bakımdan, Türkiye'nin ODB sorumluluğundan kurtulamayacağı fikrinin ön plana çıkarılması ve bölüştürmenin aslında bir “lütf” olarak takdim edilmesi siyasi bakımdan kullanılması gerekli bir argümandı. Müzakerenin Nitekim, Bompard'ın, Lozan Konferansı Birinci Alt Komisyonu Başkanı sıfatıyla hazırlamış olduğu “*Maliye Sorunları*” başlıklı raporuna göre:

Üçüncü Komisyonun çalışmalarının büyük kısmı, Osmanlı Devlet Borcu'nun [Düyun'u Umumiye] bölüştürülmesi konusundaydı. Böyle bir bölüştürmeye girişmek bile, kendi başına, Türkiye'ye pek büyük bir iyilikte bulunmak demektir; çünkü, ilke olarak, bir Devlet, borcundan her zaman sorumlu kalır.⁴¹

Yine aynı yaklaşımı daha güçlü bir biçimde kabul ettirebilmek için, mücerret bir devamlılık tezinin yeterli olamayacağının bilinciyle savaştan sorumlu olma ögesini de dramatik bir biçimde eklemeye önem atfetmektedir:

“Savaşın nasıl çıkmış olduğunu, bir kaç sözle hatırlatmak, hiç olmazsa kimlerin sorumlu olduklarını belirtmek bakımından, belki de yararsız değildir...” yolunda “suçlayıcı” sayılabilecek bir girişten sonra, daha önceki temaslarından tarafsızlık

41 *Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar Belgeler*, çeviren Seha L. Meray Takım I, Cilt 1, Kitap 2 (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2001), 46. Bir yazara göre: “*Au lendemain de la Première Grande Guerre, ce furent les créanciers étrangers qui ont voulu imposer à l'Autriche, à la Hongrie, à la Turquie et à la Russie leur continuité avec les Etats prédecesseurs quant à leurs obligations*” W. Degan, “La Succession d'Etat en matière des traités et les Etats nouveaux,” *AFDI* 42 (1996): 211.

politikası izleyeceği izlenimini edindiği Osmanlı makamlarının aslında Almanya ile ittifak antlaşması imzalamış olduklarını öğrenmiş olduğuna, o arada *Göben* ve *Breslau* savaş gemilerinin saldırılara başlamış olduğuna işaret etmekte ve şöyle devam etmektedir:

*Bu yüzden, savaşın bütün sorumluluğu Türkiye'nin üstüne çökmektedir- o Türkiye ki, 1854'te yaptığı çağrıya koşup gelen ve ulusal bağımsızlığını korumak için, bir buçuk yıl boyunca, kendisiyle birlikte savaşmış olan Devletlere karşı çıkmıştır.*⁴²

Birbirini tamamlayan bu argümanlarla, Türkiye'nin, Osmanlı Devleti'nin savaşın başlatılmasındaki ve sürdürülmesindeki sorumluluğundan kurtarılması gerektiği mesajı verilmek istenmiştir.

Aynı konferans toplantısında, Bompard'ın konuşmasından hemen sonra söz alan ABD Temsilcisi Child'in yaklaşımı ise ileriye dönük yeni ilkelerden esinlenecek yapıcı bir işbirliği ortamı kurulmasına yönelik olduğu görülmektedir:

.....Görüşmelerin bu önemli aşamasında, bütün dünyanın istediği ve bütün dünya için gerekli olan bir barışın gerçekleştirilmesine yardımcı olabilirsek; herkes için ve belki yeni Türkiye'nin ulusal gücünü büsbütün tüketecek olan savaş tehlikelerinin yerine, bundan sonra Yakın Doğu'da anlaşmanın, düzene girmiş uluslararası ticaretin ve sürekli olarak normal koşulların yeniden kurulmasını sağlayabileceğine inandırmaya katkıda bulunabilirsek, buna, bütün gücümüzle, çalışmaya hazırız...

Karşılaştığımız güçlüklerden bir çoğu, yeni bir düşünceden esinlenen bir ulusun, savaş yüzünden öteki uluslarla ilişki kuramamış olması yüzünden, dünya uluslarının yeni Türkiye'nin bağımsızlık, egemenlik ve kendi geleceği için elverişli barış koşulları altında çalışmak hakkını tanımağa ne kadar istekli olduklarını anlayamamasından doğduğunu görmüş bulunmaktayız.

*Bunun gibi, öteki ulusların, Türkiye'nin çekimsemelerini ve kaygılarını gereği gibi değerlendiremediklerini nasıl görmekteyssek, Yeni Türkiye'nin de, yeni kurumlarını kurmakta olduğu dönemde, öteki ulusların kendisine karşı beslemeleri doğal olan çekimsemelerini ve kaygılarını hakkıyla anlayamamış olduğunu da, öylesine görmüş bulunuyoruz.*⁴³

Japonya delegesi Baron Hayashi'nin aynı çerçevedeki konuşması da ilginçtir:

*Bence, Türkiye, yeni bir Devlet olarak, güveneceği yeni temeller üzerinde, dünyanın geri kalan kısmıyla ilişkiler kuracaktır.*⁴⁴

⁴² Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar Belgeler, 46- 47

⁴³ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar Belgeler, 47.

⁴⁴ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar Belgeler, 48.

İtalya delegesi Marquis Garroni de Müttefik devletlerin daha önce Osmanlı İmparatorluğu zamanında yararlandıkları ayrıcalıkların kaldırılmasını kabul etmiş olmalarını önemli bir fedakârlık olarak tanımladıktan sonra, buna karşılık olarak, isteklerinin de “*ne kadar ölçülü olduğunu*” kabul edileceğini belirterek şöyle devam etmektedir:

*Türk Hükümeti, bu durumda, yeni Türkiye’ye ve onun meşru ulusal özlemlerine karşı nasıl bir güven göstermek istediğimizin en iyi kanıtını bulsa gerektir.*⁴⁵

Bu alıntılar, aslında, konferans sırasında katılan devletlerin Türkiye hakkında geleceğe dönük olarak birbirinden farklı iki beklenti içinde olduklarını göstermektedir:

- Birincisinde, Versailles ve Saint Germain antlaşmalarının doğrultusunda olmak üzere, savaşı başlatmış olmakla suçlanan Osmanlı Devleti’nin devamı olan Türkiye’yi cezalandırma amacı ön plana çıkarılmaktadır. Yine aynı yaklaşımın hafifletilmiş bir versiyonunda ise, esasen, Türkiye’nin, “suçlu” olduğu halde, kendisine verilen “ödünlerden memnuniyet duymalı” mesajı da eklenmiştir.⁴⁶
- İkincisinde ise, “savaşın suçlusunu” sonsuza kadar “yargılamak” yerine, ileriye dönük olarak yeni Türkiye’ye devletler hukukunun temel kuralları olan egemenlik ve bağımsızlığının korunacağı bir düzende diğer ülkelerle siyasi ve ekonomik ilişkiler kurmasına olanak tanınması perspektifi ağır basmaktadır.

Her iki yaklaşımın temelinde siyasi ve ekonomik çıkar ve beklentiler yer almakla birlikte, birincisinde, antlaşmaya eklenecek hükümler yoluyla “derhal” ve dolaysız olarak sonuç alınanabilmesi hedeflenmekte, ikincisinde ise, aynı sonuca, dünya savaşı sonunda oluşan - ya da oluşacağı beklenen- yeni siyasi ve ekonomik düzenin dinamiğinde gelişecek süreç içinde varılabileceğine güvenilmekte, ya da bu mesajın verilmesinde yarar görülmektedir.

Burada, üzerinde önemle durulması gereken nokta, bir yandan, Osmanlı Devleti’nin başlattığı savaşın sonuçlarından sorumlu olarak gösterilmeye çalışılan Türkiye’nin, diğer yandan, gelecekteki konfigürasyonunun geçmişteki siyasi ve ekonomik yüklerden arındırılmış olarak değerlendirilebilmesidir.

Ancak, son derece önemli birbirine zıt görüşlerin “çarpıştığı” bu tartışma sırasında hiçbir Müttefik devlet delegesinin Türkiye’nin yeni devlet olarak

⁴⁵ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar Belgeler, Kitap 2, 40.

⁴⁶ Örneğin, Lord Curzon’a göre de “...hiç kimse bizim cömertlik ya da uzlaşma zihniyeti yoksunluğumuzdan yakınamaz sanırım. Belki de, pek ileri gittiğimiz için bizi kınayacaklar da çıkabilecektir.” Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar Belgeler, 34.

tanımlanmasına karşı çıkmadığı, Osmanlı Devleti'nin devamı olarak sayılması gerektiği yolunda bir itirazda bulunmadığı ya da bu doğrultuda ayrı bir karar alınması talebinde bulunmadığı kaydedilmelidir.

Hatta, konferans sırasında gerek ülkesinin gerek diğer müttefik devletlerin çıkarlarını güçlü biçimde savunmuş olan Lord Curzon'un, herhangi bir "devamlılık" imasında bulunmadığı aşağıdaki konuşması da önem taşımaktadır:

...Andlaşmanın üçüncü amacı, böylece yeniden kurulmuş Türkiye Devleti ile öteki Avrupa Devletleri arasında eşitliğe dayanan, dostluk ve iyi niyet ilişkileri kurmaktır. Böylelikle, barış, bir Devletin yeniden kuruluşu ve Devletler arasında işbirliği, gütmekte olduğumuz üç amacımızdır.⁴⁷

Değişik devlet kategorilerindeki delegelerin yukarıdaki ifadelerinden, Türkiye'nin Osmanlı Devleti'nin devamı olarak algılandığı sonucunu çıkarmak, hele, daha da ileri giderek, bu konuda Lozan Antlaşmasına da yansıtılmış bir devamlılık "statüsüne" karar verildiğini iddia etmek kesinlikle mümkün değildir.

Öte yandan, aşağıda izah edilmesine çalışılacağı gibi, Müttefik Devletlerin, aynı zamanda Sèvres Antlaşmasına karşı belirli bir "özlem" içinde olmaları da "şizofrenik" bir zıtlık olarak da algılanmamalıdır. O antlaşmanın Müttefik Devletlere sağladığı siyasi ve ekonomik avantajların yanısıra, Versailles, Saint Germain gibi I. Dünya Savaşı sonunda yenilen devletlere uygulamış oldukları antlaşma modelinin bir ulusal kurtuluş savaşı kazanmış olan Türkiye açısından geçerliliğini yitirmiş olmasının yarattığı belirli bir hayal kırıklığının gözardı edilmemesi gerekir.

b) Sèvres Özlemi

Konferans sırasında bazı delegelerin, onaylanmadığı için yürürlüğe "giremeyen" Sèvres Antlaşması'nın, Versailles ve Saint Germain Antlaşmaları'nın Müttefik Devletlere sağladığı siyasi –ve, ayrıca- psikolojik üstünlük ve savaşta yenilen devletlere empoze edilen "müeyyide"lerin Lozan modelinde tekrarlanamayabileceği kaygısıyla, Sèvres Antlaşması'ndaki düzenlemelerin geçerli sayılmasını veya örnek olarak kullanılmasını beledikleri görülmektedir.

Bu çerçevede, örneğin, Lord Curzon, San Remo'da, 1920 Nisan'ında hangi ülkelerin "mandat" olarak Fransa ve İngiltere'ye verileceğinin kararlaştırıldığına dikkat çektikten sonra aşağıdaki hususlar üzerinde durmaktadır:

Bu çeşitli mandat'ların hepsi de tamamıyla eş ilkelere dayanmaktadır- bunlardan birine dokunmadan ötekilere itiraz edilemez. Bu mandat'lar

⁴⁷ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar Belgeler, Kitap 2, 32.

1920 Ağustos’unda Sèvres Andlaşmasıyla da doğrulanmıştır; işte bu sıradadır ki, Suriye’nin sınırlarıyla Irak’ın sınırları saptanmıştır. Irak’ın kuzey sınırı, bir takım değişikliklerle, Musul vilâyetinin kuzey sınırı boyunca gitmek üzere tanımlanmıştır.⁴⁸

Lord Curzon, ODB’nin bölüştürülmesi konusunda da Sèvres Antlaşması’na gönderme yapmaktadır:

Lord CURZON, borcun bölüştürülmesi sorununun, Sèvres Antlaşmasının hazırlanması sırasında çok büyük bir özenle incelenmiş olduğunu hatırlattı; bu konuya ilişkin kesin hükümler kaleme alınmıştır; bu yüzden Lord CURZON, bu bölüştürmenin dayanaklarını saptamak üzere gerekecek çalışmaların süresi konusunda M.Nintchitch’in kaygılarının haklı olmadığını sanmaktadır; gerçekten, 1920 yılında yapılmış incelemeler, Komisyon için pek yararlı olacaktır.⁴⁹

Teknik nitelikte görünmekle birlikte, öneri, aslında, Sèvres modelinin mümkün olduğu ölçüde tekrarlanabilmesi beklentisini yansıtmaktadır.

Bulgaristan delegesi Stamboulisky ise aşağıdaki hususları “hatırlatmak” istediğini belirtmektedir:

Yakın Doğu’da savaşın durdurulmasından ve Mudanya kararlarından önce Bulgaristan, Neuilly ve Sèvres andlaşmalarıyla karşılıklı olarak Bulgaristan ve Tükiyece Müttefik Büyük Devletlere bırakılmış olan Batı ve Doğu Trakya’da Milletler Cemiyeti’nin ya da Müttefik Devletlerin denetimi altında özerk bir bölge kurulmasını isteğini belirtmişti...

...Şu var ki, Müttefik Devletler, Doğu Trakya’yı Türkiye’ye geri vermekle Avrupa ile ilgili bulunan Sèvres Andlaşmasını yeniden gözden geçirmeğe razı olmuş bulunmaktadırlar.⁵⁰

Yunanistan delegesi Venizelos ise, Konferansın, başka bir antlaşma ile sınırları belirlenmiş olan Batı Trakya sınırlarını belirlemek için değil, “Sèvres Antlaşması’ni yeniden düzenlemek için” toplandığını vurgulamakla, Lozan Antlaşmasıyla Sèvres Antlaşması arasında niteliksel bir fark olmaması gerektiği yolundaki anlayışını ifade etmeğe çalışmıştır⁵¹.

Bompard da borç bölüştürme komisyonunun diğer komisyonlara göre “daha da önemli tavizler” vermiş olduğunu vurgulayarak, komisyonun “gerekmediği” kadar cömert davrandığını ifade etmek ihtiyacını duymakta, ancak Müttefik Devletlerin zararlarının giderilmesini istemektedir:

48 Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar Belgeler, Cilt 1, 355.

49 Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar Belgeler, Cilt 3, 14.

50 Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar Belgeler, Cilt 1, 29.

51 Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar Belgeler, Kitap 1, 24.

Böyle bir bölüştürmeye girişmek bile, kendi başına, Türkiye'ye pek büyük bir iyilikte bulunmak demektir; çünkü, ilke olarak, bir Devlet, borcundan her zaman sorumlu kalır. Bir bölüştürme kararlaştırılmış bulunmaktadır; üstelik, bu bölüştürmede, yalnız 1914 savaşının meydana getirdiği ülke değişikliklerinin gözönünde tutulmasıyla yetinilmemiştir; bu savaşla, 1912-1913 Balkan savaşlarını birleştirerek, borcun bölüştürülmesinde, o zamana kadar uzayan döneme kadar olan ülke değişiklikleri de gözönünde tutulmaktadır...

Bütün bu ödünlere karşılık olarak, Müttefik Hükümetler, kendileri için herhangi bir şey istememektedirler; yalnız uyruklarına, savaşta vermiş olduğu zararların onarılmasını istemektedirler.⁵²

Sèvres Antlaşması'nın açıkça zikretmemekle birlikte, Bompard'ın bu ifadeleri, Versailles, Saint Germain ve Sèvres antlaşmalarındaki "savaş sorumlusu" devletlere uygulanmış olan tazminat modelinin doğrultusunda yer almaktadır.

Kapitülasyonların kaldırılmasına karşı çıkan İspanya delegesi De Reynoso da Sèvres Antlaşması'nda kapitülasyonlar hakkında öngörülmüş olan "çözüm" atfta bulunmaktadır:

...İspanya, Kapitülasyonların yerine, kendi uyruklarına gerekli bütün güvenceleri verebilecek bir rejim kurulmadıkça, bunlardan vazgeçemez.

Bu sonuca ulaşabilmek için, Sèvres Antlaşmasının 136 ncı maddesinde, uzmanların, ilgili tarafsız Devletlerle anlaşarak, Türkiye'de yargı rejiminde değişiklikler hazırlamakla görevlendirilmeleri öngörülmüştü.⁵³

Burada da, Konferans'ta uzun ve zor görüşmelere konu olan adli kapitülasyonlar konusunda bazı ödünler elde edebilmek amacıyla Sèvres Antlaşması'na gönderme yapma ihtiyacı duyulmuştur.

Görüldüğü gibi, onaylanmadığı için, hiçbir hükmü olmaması gereken Sèvres Antlaşması, birçok konuda Müttefik Devletler temsilcileri tarafından geçerli bir referansmış gibi kullanılmış, bu şekilde, bir yandan, mümkün olduğu kadar Sèvres "koşulunun" tekrarlanması, diğer yandan da, Sèvres "korkuluğu" ile yeni müttefik önerilerinin de Türkiye tarafından kabul edilmesi amaçlanmıştır.

Ancak, sonuçta Lozan Antlaşması'yla ortaya çıkan "metin" Sèvres Antlaşması'ndan sadece içerik bakımından değil, nitelik ve "felsefesi" açısından da farklı olduğu iki metnin "giriş" bölümlerinden açıkça ortaya çıkmaktadır: Sèvres Antlaşması'nın giriş bölümüne göre:

⁵² Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar Belgeler, Cilt 1 Kitap 2, 42-43.

⁵³ Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar Belgeler, Cilt 2, 82.

Osmanlı İmparatorluğu Hükümetinin istemesi üzerine, bir Barış Antlaşması yapılabilmesi için, Başlıca müttefik Devletlere, 30 Ekim 1919'da Türkiye'ye bir Bırakışım [Mütareke] sağlanmış olduğunu gözönünde tutarak,

Müttefik Devletlerin, aralarında kimilerinin Türkiye'ye karşı doğrudan ya da dolaylı biçimde ard arda sürüklenmiş oldukları ve kökeni eski Avusturya-Macaristan İmparatorluk ve Krallık Hükümeti'nin 28 Temmuz 1914'de Sırbistan'a karşı savaş ilânında ve Türkiye'nin 29 Ekim 1914'de Müttefik Devletlere karşı açtığı ve Müttefiki Almanya'nın yürüttüğü düşmanca eylemlerde bulunan savaşın yerini, sağlam adaletli ve sürekli bir barışa bırakmasını istediklerini gözönünde tutarak..”

Lozan Antlaşması'nın giriş bölümünde ise tamamen farklı bir yaklaşım sergilenmektedir:

1914 yılından beri Doğu'nun huzurunu bozan savaş durumuna kesin bir son vermek için aynı istekle, ulusların ortak refah ve mutluluğu için gerekli olan dostluk ve ticaret ilişkilerini yeniden kumak özlemi içinde ve bu ilişkilerin, devletlerin bağımsızlığına ve egemenliğine saygı temeline dayanması gerektiğini düşünerek, bu amaçla bir antlaşma yapmayı kararlaştırdılar..

Görüldüğü gibi, Sèvres Antlaşması'nın giriş bölümünde, Osmanlı İmparatorluğu'nun Almanya ile birlikte müttefik devletler aleyhinde “düşmanca” eylemlerde bulunmakla suçlanırken, Lozan Antlaşması'nın girişinde, Türkiye'ye herhangi bir savaş sorumluluğu isnadında bulunmaksızın, “1914'den beri Doğu'nun huzurunu bozan savaş” gibi daha genel ve Türkiye açısından daha “mesafeli” bir ifade ile yetinilmiş, “düşmanca” eylemi düşündürtecek ifadeleden kaçınılmıştır. Ayrıca, “ilişkilerin devletlerin bağımsızlığına ve egemenliğine saygı temeline” dayanması gereğine atıfta bulunmakla kapitüler ayrıcalıklardan arındırılmış modern devletler hukuku anlamındaki egemenlik ve bağımsızlık ilkeleri ön plana çıkarılmıştır.

Bu antlaşma gerekçeleri arasında, özellikle, savaş ögesinin “1914 den beri Doğu'nun huzurunu bozan savaş” motifine indirgenmesi, Türkiye'yi, I. Dünya Savaşı sorumluluğundan “aklaması” bakımından önem taşımaktadır.⁵⁴

Lozan Antlaşması'nın genel “felsefesini” yansıtan bu giriş cümleleriyle. Türkiye'ye, Versailles, Saint Germain ve Sèvres Antlaşmaları'yla yenilen devletlere empoze edilen zararların giderilmesi, savaş suçlularının aranması,

54 Örneğin, Sèvres Antlaşması'nın Versailles ve Saint Germain Antlaşmaları'ndaki benzer hükümleri andıran 231. Maddesine göre: “Türkiye, Almanya ile Avusturya ve Macaristan'ın Müttefik Devletlere karşı açmış olduğu saldırı savaşına katılmakla Müttefik Devletleri, tümüyle ödemesi gereken her çeşit kayıplara ve özverilere uğrattığını kabul eder”

yakalanması ve Müttelik Devletlere teslim edilmesi, son derece geniş askeri kısıtlamaların uygulanmamasının kavramsal gerekçesini sağlamış olduğu gibi, en azından kurulmasına karar verildiği zaman bir erken uyarı ve siyasal denetim platformu olarak düşünölmüş olan ve diğer yenilen mütteliklere Versailles ve Saint Germain Antlaşmalarıyla empoze edilen Milletler Cemiyeti üyeliğinin Lozan Antlaşması'na eklenmemesini de sağlamıştır.

III. Devamlılık/Ardıllık Tartışmasının Görelileşmesi Evresinde Osmanlı Devleti'nin Devamlılığı Tezinin “Gerçekliği”

Klasik devletler hukukunun, mümkün olduğu kadar ekonomik ve siyasal güçlerini genişleterek yeni doğđal kaynaklara ulaşabilme yarışı içinde bulunan devletler tarafından şekillendiği ve uygulandığı dönemlerde oluşturulan ve kabul ettirilmesine çalışılan ardıllık “ilkeleri” özellikle, II. Dünya Savaşı'ndan sonra, bir yandan, siyasal bloklaşmanın yarattığı “güçler dengesi”nin, diğer yandan da, giderek yayılan sömürge başkaldırması hareketinin etkisiyle önemli ölçüde “dokunulmaz”, tartışılmaz özelliğini yitirmiştir.

1978 ve 1983 BM Sözleşmeleri'nin beklenen rağbeti görmemiş olması da, klasik doktrin anlayışının mekanik biçimde uygulanmasının rahatlığına da son vermiştir. Bu bakımdan klasik anlayışın en klasik örneğini oluşturan Türkiye'nin Osmanlı Devleti'nin devamı olduğu tezinin de devamlılık/ardıllık tartışmasının gerek siyasal gerek yargısal uygulamada önemli ölçüde görelileşmiş olduğu dikkate alınarak yeni uygulamalar ışığında yeniden değerlendirilmesinde yarar görölmektedir.

a) Siyasal Görelileşme

Ardıllık sorunlarını tamamen “yol gösterici” bir yaklaşımla düzenlemeyi öngören iki Birleşmiş Milletler sözleşmesinin devletlerce son derece zayıf ilgi görmüş olması, ardıllık konusunun günümüzde de sadece kendi içindeki karmaşıklılığını değil, genel olarak, kesin hukuksal bir tasnife müsait olmama ve, ayrıca, öngörülebilir olmayan durumlara yol açabilme özelliğini de ortaya koymaktadır.

Devamlılık teorileri, özellikle, Birinci Dünya Savaşı'nı sonuçlandıran antlaşmalardaki savaş sorumluluğu ve zarar giderme konusundaki ayrıntılı hükümlerin savaşta yenilmiş devletlerce uygulanmasını garantilemek açısından önceki devletin devam etmesi kavramının kuramlaştırılması önem taşımaktaydı. Hatta önceki devletin sorumluluğunun mümkün olduğu kadar sürdürülebilmesi bakımından Devletin devamlılığının bir karine (*presumption of continuity*) olarak algılanmasını da gerektiriyordu. Bazı yazarlar, günümüzde de bu görüşü benimsemeye devam etmektedirler.⁵⁵

⁵⁵ Dumberry, “The Consequences of Turkey Being the “Continuing” State of the Ottoman Empire in Terms of Internationally Wrongful Acts” 263 ; Stern, “La Succession d'Etats,” *RCADI* 262 (1996): 40.

Ancak bu iki kavram arasındaki kuramsal bağın günümüzdeki yeni siyasi koşullarda zorunlu bir sebep/sonuç ilişkisi olarak algılanmadığı görülmektedir. Bu gelişmenin en çarpıcı iki örneğini, Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla Yugoslavya Federatif Sosyalist Cumhuriyeti'nin (YFSC) dağılması "olaylarının" devletler hukukunu uluslararası ilişkilerde en yetkili biçimde uygulamak durumunda olan Birleşmiş Milletlerin pratiği oluşturmaktadır.

Her iki dağılma olayında, devletlerden biri eski devletin devamı olduğunu ileri sürerek BM'de üyeliğinin devamını istemiş olduğu halde, BM Güvenlik Konseyi, Rusya Federasyonu'nun devam etme talebini bildiren Başkan Yeltsin'in 4 Aralık 1991 tarihli mektubunu⁵⁶ herhangi bir tartışma ya da oylamaya gidilmeksizin aynen kabul ederken, Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin (Sırbistan ve Montenegro) aynı doğrultudaki talebini 757(1992) sayılı kararıyla reddetmiş⁵⁷ ve daha sonra 777(1992) kararıyla YFC'ni BM üyeliği için yeniden başvurması gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁸

Burada üzerinde önemle durulması gereken husus, BM'in ne Rusya ne de Yugoslavya dağılmalarında ardıllık veya devamlılık açısından önceki devletin olası aktüel veya ileride gündeme gelebilecek sorumluluğu ile ilgili olarak herhangi bir inceleme, saptama ya da çekinceye bulunmamış olmasıdır. Hatta Yeltsin'in mektubunda yeralan aşağıdaki cümlelerin anlam ve kapsamı üzerinde de durulmamıştır:

*... The Russian Federation maintains full responsibility for all the rights and obligations of the USSR under the Charter of the United Nations, including the financial obligations.*⁵⁹

Zaman ve yer itibarıyla (*ratione temporis, ratione loci*) bu cümlelerin devamlılığı kabul ettiği açık olmakla birlikte, madde itibarıyla (*ratione materiae*) Birleşmiş Milletler Şartı'ndaki hükümlerin dışındaki hak ve yükümlülükleri ve bunların yer ve zaman itibarıyla bağlantılı özelliklerini de kapsayıp kapsamadığı açık değildir.

Yugoslavya örneğinde de, Yugoslavya Federal Devleti'ni YFSC'nin ardılı olarak kabul edilirken, Güvenlik Konseyi'nin daha önce BM Şartı'nın VII. Başlığı çerçevesinde YFSC hakkında almış olduğu kararlar uyarınca YFD'nin sorumlu olup olamayacağı konusunda BM'in herhangi bir kaygı duymadığı anlaşılmaktadır.

56 Appendix to UN Doc. 1991/Russia 24 December 1991.

57 "... Noting that the claim by the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) to continue automatically the membership of the former Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the United Nations has not been generally accepted" United Nations Security Council Resolution 757, Bosnia and Herzegovina (30 May 1992).

58 United Nations Security Council Resolution 777, Federal Republic of Yugoslavia (19 September 1992)

59 Yehuda Z. Blum, "Russia Takes over the Soviet Union's Seat at the United Nations," *EJIL* 3 (1992): 356. Bkz. yukarıda 49 no.lu dipnot.

Bu iki örnek, ardıllık/devamlılık tartışmasında önceki devletin devamı sayılan devlet ile önceki devletin ardılı olarak kabul edilen devlet açısından sorumluluk faktörünün gerek ayırteci bir unsur olarak, gerek de sorumlulukların “âkibeti” açısından zorunlu bir parametre olarak algılanmadığını göstermektedir.

b) Devamlılık/Ardıllık Tartışmasının “İşlevsel” Görelileşmesi

Köklü değişimlere uğrayan devletlerin kimliklerinin devam edip etmediğinin siyasal açıdan değerlendirilmesinin, sorunun karmaşık doğasından kaynaklanmasına karşılık, hukuku yaratan değil, hukuku uygulayan ve tarafsızlık/ bağımsızlık ilkelerine bağlı olarak nesnel biçimde uygulaması beklenen yargısal organların da devamlılık/ardıllık konularında en azından “ihtiyatlı” davranmış olduğu ve hatta bu yaklaşımın günümüzde daha da belirgin olduğu söylenebilir.

Uyuşmazlıkların çözümünde ilgili taraflarca kararlaştırılan anlaşmalara (*compromis*) göre yargılama durumunda olan hakem mahkemeleri bir yana bırakılırsa, I. ve II. Dünya Savaşları’ndan sonra gerek “muhatap” devletler açısından, gerek uygulanan devletler hukukunun niteliği açısından evrensel bir “misyon”la kurulan Uluslararası Daimi Adalet Mahkemesi (UDAM) ile Uluslararası Adalet Divanı’nın (UAD)’nin içtihadında, devam ettiği kabul edilen devletlerin sorumluluklarının belirlenmesinde devamlılık/ardıllık antinomisi yerine uyumsuzluk tarafı devletleri bağlayan antlaşmaları yorumlamayı tercih ettikleri görülmektedir.

Bu eğilim hem UDAM hem de UAD açısından geçerli olup günümüzde de devam etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne dayanan yer, zaman ve madde yetkileri açısından aynı yaklaşımı sergilemektedir.

aa) Uluslararası Daimi Adalet Divanı’nın (UDAM) Uygulaması

Polonya’nın, Versailles Antlaşması’nın 297. maddesine dayanarak, Yukarı Silezya Bölgesi’ndeki bazı Alman mallarına elkoymasına üzerine, Almanya’nın Polonya aleyhindeki başvurusuna ilişkin kararında UDAM, ekonomik yaşamın korunması ve sürdürülmesine yönelik olarak 15 Mayıs 1922 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin öngördüğü önlemleri gözardı ederek sözkonusu malların bulunduğu bölgenin ekonomik ve sosyal özellikleri açısından taşıdığı önemi değerlendirmeden elkonulmasına karar vermiş olan Polonya’nın elkoyma işleminin Versailles Antlaşması’nın 297. maddesine uygun olmadığını sonucuna varmıştır.⁶⁰

⁶⁰ *Germany v. Poland*, PCIJ Series A No 7, ICGJ 241 (Permanent International Court of Justice May 25, 1926), 50.

UDAM, bu kararında, Almanya'nın savaşta yenilmiş olan bir devlet olarak Versailles Antlaşması'nın öngördüğü yaptırımlara, sorumluluğu devam eden devlet sıfatıyla katlanması gerektiği yolunda bir argüman geliştirmediği gibi, Polonya'nın, kendisine elkoyma yetkisini veren Versailles Antlaşması'nın 297. maddesini, tarafların 1922'de aktetmiş oldukları Cenevre anlaşmasının hükümleri ışığında yorumlamayı tercih etmiştir. Bu şekilde UDAM, Versailles Antlaşması'na "öncelik" ve "kesinlik" tanımayarak, o antlaşmadaki yaptırım maddesinin uygulamasını önemli derecede yumuşatmıştır.

Bu çerçevede UAD'nin de, ardılık sorunları olarak tanımlanan bazı olay ve durumlarla bağlantılı başvuruların aslında klasik devletler hukuku doktrinini etkilemiş olan ardılık kavramları çerçevesinde değil, uluslararası antlaşmalar hukuku ya da "yerleşik devletler hukuku ilkeleri" açısından incelenmiş olduğu görülmektedir:

Gabcikovo-Nagymaros Kararı (*Hungary v. Slovakia*)

UAD'nin Gabcikovo-Nagymaros kararı ile Almanya'nın, Yunanistan'ın da müdahil olarak katıldığı İtalya aleyhindeki devlet dokunulmazlıklarına ilişkin kararı da devamlılık/ardılık kavramlarının "topyekün" ve mekanik uygulanmasının mümkün olamayacağını, ayrıca uluslararası yargının da farklı ardılık kategorilerini, farklı biçimlerde değerlendirdiğini ortaya koyması bakımından ilginçtir.

Çekoslovakya devleti, 1997'de Çek Cumhuriyeti ve Slovakya olarak bölünmeden önce Slovakya-Macaristan sınırında başlatılan bir baraj yapımındaki gecikmeler ve doğa üzerindeki olası olumsuz etkileri dolayısıyla Macaristan'ın Slovakya ve Çek Cumhuriyeti aleyhindeki başvuruyu inceleyen UAD, Slovakya'nın Çekoslovakya açısından ardıl devlet olmakla birlikte, gerek Çekoslovakya'nın zarar veren fiillerinden gerek Slovakya olarak sebebiyet verdiği zarar açısından sorumlu tutulabileceği sonucuna varmıştır.⁶¹

İlk bakışta, klasik bir ardılık/devamlılık kararı olarak algılanabilecek bu kararıyla UAD, aslında, Çekoslovakya ile Macaristan arasında 1977'de akdedilen antlaşmanın hükümlerini uygulamış bulunmaktadır. Bu antlaşmaya göre ise tasarlanan barajın bulunduğu bölgenin, belirli özellikleri olan ülkesel konumların uygulandığı Uluslararası Antlaşmalar Hakkındaki 1978 BM Sözleşmesi'nin 12. maddesini dikkate alarak, 1977'de akdedilen antlaşmanın ardılıkla ilgili hükümlerden etkilenemeyeceği sonucuna varmıştır.

61 "The Court does not find it necessary for the purpose of the present case to enter into a discussion of whether or not Article 34 of the 1978 Convention reflects the state of customary international law. More relevant to its present analysis is the particular nature of the 1977 Treaty" Hungary V Slovakia (Gabcikovo-Nagymaros Project) (International Court of Justice. Reports 1997), 7, par. 123.

Bu yaklaşımı benimsemekle UAD, Slovakya'nın sorumluluğunu ardıl devlet konumuna değil, daha önce aktedilmiş olan bir anlaşmaya dayandırmış bulunmaktadır. Bu şekilde, UAD, gerek içerik gerek zaman itibarıyla uygulama bakımından tartışma konusu olabilecek bir ardıllık kavramı yerine taraflar arasında daha önce aktedilmiş olan bir anlamın açık hükümlerini uygulamayı tercih etmiştir.

BM Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması (Serbia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Kararı)

Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkındaki BM Sözleşmesi'nin uygulamasını gündeme getiren Bosna Hersek'in Sırbistan Montenegro aleyhindeki başvurusunda da ardıllık sorununu sorumluluğun geçişi açısından değil, özellikle Sırbistan Montenegro'nun dāvaya taraf olma sıfatının niteliği açısından incelenmiştir.

UAD, bu kararında da sorumluluğun ardıllığı yerine tarafların açık iradelerine ve antlaşmalar hukukuna ağırlık vermiştir:

74. The Court observes that the facts and events on which the final submissions of Bosnia and Herzegovina are based occurred at a period of time when Serbia and Montenegro constituted a single State.

75. The Court notes that Serbia has accepted "continuity between Serbia and Montenegro and the Republic of Serbia (...) and has assumed responsibility for "its commitments deriving from international treaties concluded by Serbia and Montenegro" (...), thus including commitments under the Genocide Convention. Montenegro, on the other hand, does not claim to be the continuator of Serbia and Montenegro."⁶²

Bu iki paragraf, ardıllık/devamlılık ikileminin çözümlenmesi açısından üç saptamayı gerektirir:

- 1- UAD, yargısal yetkisinin belirlenmesinde, tarafların, önceki devletlerin devamı olup olmadığı konusundaki açık beyanlarına öncelik tanımıştır.
- 2- Kararının açıklanmasından kısa bir süre önce, 3 Haziran 2006 tarihinde Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nden ayrıldığını ilan eden Montenegro'nun kendisini Sırbistan Montenegro'nun devamı olarak görmediği yolundaki beyanını da aynen kaydetmekle yetinmiştir.⁶³

⁶² *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (International Court of Justice. Reports 2007), 74-75

⁶³ *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (International Court of Justice. Reports 2007), 69, 79.

3- UAD, Federasyon'dan ayrılmış olan Montenegro'nun artık dâvalı sayılamayacağına karar vermiş, kararının hüküm bölümünde de dâvalı olarak sadece Sırbistan zikredilmiştir.⁶⁴

4- Montenegro'nun BM Soykırım Sözleşmesi'ne taraf olduğunu da yorumda bulunmaksızın kaydetmiştir.⁶⁵

Bu yaklaşımıyla UAD, ardılık-sorumluluk sorunlarının çözümünde, teorik ve soyut görüşleri değil, ilgili tarafların onaylamış oldukları sözleşmeler temelinde çözümlenmesi gerektiği yolundaki tercihini de tekrarlamış olmaktadır.

UAD'nin Devlet Bağışıklığı Kararı (*Germany v. Italy- Greece Intervening*)

UAD'nin Almanya'nın İtalya aleyhindeki (Yunanistan'ın da müdahil olarak katılmış olduğu) devlet bağışıklığıyla (state immunities) ilgili 3 Şubat 2012 tarihli kararı da ilginçtir.⁶⁶ II. Dünya Savaşı sırasında Alman ordusuna mensup subayların işledikleri savaş suçları ve insanlık aleyhindeki suçlara maruz kalan bir grup İtalyan vatandaşının mağduriyetleri İtalyan mahkemeleri tarafından kabul edilmiş olmakla birlikte, hak kazandıkları tazminatlara ilişkin kararların Almanya aleyhinde icra edilememiştir.

Almanya'nın UAD nezdinde İtalya aleyhine açtığı dâvada, devletin yargı bağışıklığı ilkesine dayanarak, bu tür tazminat prosedürlerinin İtalyan makamları tarafından önlenmesi için İtalya aleyhinde gerekli ihtiyati tedbirlerin alınmasına karar verilmesini istemiştir.

UAD, devlet bağışıklığının devletler hukukunun yerleşik bir kuralı olduğu gerekçesiyle Almanya'nın ihtiyati tedbir alınması yolundaki talebini kabul etmiştir.

Kararın en önemli özelliği ise, İtalya'nın (ve müdahil sıfatıyla Yunanistan'ın) soykırım, insanlık aleyhinde suç ve savaş suçları gibi emredici hukuk kurallarına (*jus cogens*) aykırı suç kategorileri açısından devlet bağışıklığının ileri sürülemeyeceği yolundaki argümanlarının da, UAD tarafından, devlet bağışıklığı argümanının reddedilmesi için yeterli olmadığı sonucuna varmış olmasıdır.⁶⁷

64 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (International Court of Justice. Reports 2007), 71.

65 *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (International Court of Justice. Reports 2007), 79.

66 *Germany v. Italy (Greece intervening), Jurisdictional Immunities of the State* (International Court of Justice. Reports 2012), 99.

67 *Germany v. Italy (Greece intervening), Jurisdictional Immunities of the State* (International Court of Justice. Reports 2012), 95.

Soykırım Sözleşmesi'nin Uygulanması Kararı (Croatia v.Serbia)

Hırvatistan'ın soykırım iddiasıyla Sırbistan aleyhine UAD'na yaptığı başvuruda, Sırbistan Montenegro'nun (Federal Republic of Yugoslavya-FRY) Yugoslavya Federatif Sosyalist Cumhuriyeti'nin BM Soykırım Sözleşmesi de dahil olmak üzere 27 Nisan 1992 tarihinde tüm antlaşmalarına da ardıl olduğunu, bu gerekçe ile o tarihten önce işlemiş olduğu fiiller açısından Sözleşme'den kaynaklanan sorumluluğunun incelenmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁶⁸

Ancak, UAD, Bosna'nın FRY aleyhindeki başvurusuna ilişkin 2008 kararına atıfta bulunarak ve, esasen, o kararıyla 27 Nisan 1992 tarihinden sonraki olaylar için BM Sözleşmesi'ne aykırı olayları incelemiş olduğuna dikkat çekerek, bu tarihten önceki olaylar açısından yetkili olup olmadığını incelemeye gerek görmediğini ve BM Sözleşmesi'nin IX. maddesini gözönünde bulundurarak Hırvatistan'ın tüm iddialarını esastan incelemeye yetkili olduğunu belirtmiştir.⁶⁹

Sonuçta, Hırvatistan'ın soykırım iddialarının “özel kast” (*dolus specialis*) kriteri açısından kanıtlanamadığı gerekçesiyle UAD, sorumluluk konusunu incelemeye gerek olmadığına karar vermiştir. Divan'a göre:

... It follows from the foregoing that Croatia has failed to substantiate its allegation that genocide was committed. Accordingly, no issue of responsibility under the Convention for the commission of genocide can arise in the present case. Nor can there be any question of responsibility for a failure to prevent genocide, a failure to punish genocide, or complicity in genocide.

.... Consequently, the Court is not required to pronounce on the inadmissibility of the principal claim as argued by Serbia in respect of acts prior to 8 October 1991. Nor does it need to consider whether acts alleged to have taken place before 27 April 1992 are attributable to the SFRY, or, if so, whether Serbia succeeded to the SFRY's responsibility on account of those acts.⁷⁰

Bu kararıyla UAD soykırım iddiasını esastan reddettikten sonra ardıllık ve, dolayısıyla, sorumluluk açısından ayrıca bir değerlendirmede bulunma gereğini duymamıştır.

⁶⁸ Croatia v. Serbia, Case Concerning the Application of the Convention of Prevention and Punishment of the Genocide (International Court of Justice. Judgment 2015), 106.

⁶⁹ Croatia v. Serbia, Case Concerning the Application of the Convention of Prevention and Punishment of the Genocide (International Court of Justice. Judgment 2015), 117: “... it is not necessary to decide whether the FRY, and therefore, Serbia, actually succeeded to any responsibility that might have been incurred by the SFRY, any more than it is necessary to decide whether acts contrary to the Genocide Convention took place before 27 April 1992 or, if they did, to whom those acts were attributable”.

⁷⁰ Croatia v. Serbia, Case Concerning the Application of the Convention of Prevention and Punishment of the Genocide (International Court of Justice. Judgment 2015), 441, 442.

bb) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)

Kalogeropoulou v. Greece and Germany

Yunanistan ve Almanya aleyhindeki *Kalogeropoulou v. Greece and Germany* başvurusu, Nazi rejimi sırasında Alman ordusunun Yunanistan'ın Distomo kasabasında yaptığı katliam sırasında ölenlerin 257 mirasçısının tazminat talebi ile ilgiliydi. Mirasçılar, Yunanistan mahkemelerinin karar verdiği tazminat miktarlarını tahsil edebilmek için Almanya nezdinde yapılması gereken icra prosedürünü harekete geçiremeyince AİHM'ne başvurmuşlardı.

Ancak AİHM, bir devletin bir başka devletin yargısına tâbi olamaması ilkesinin (*par in parem non habet imperium*) bir devletler hukuku kuralı olduğunu ve bu kuralın devletler arasındaki uluslararası nezaket (*comity*) ve iyi ilişkileri geliştirmek için uygulandığı gerekçesiyle 257 başvuranın taleplerinin esasını incelemeye gerek görmeksizin, Almanya açısından oybirliğiyle, Yunanistan açısından ise oyçokluğuyla kabul edilemez bulmuştur.⁷¹

AİHM kararında, başvuranların yakınlarının, uğramış oldukları katliamın devletler hukukunun emredici kurallarına (*jus cogens*) da aykırı olduğu yolundaki argümanı da, devlet bağımsızlığı ilkesinin *jus cogens* durumlarında uygulanmadığı yolunda yerleşik bir kuralın bulunmadığına (*non établi*) da işaret edilmiştir.⁷²

Bu çerçevede, *Kalogeropoulou* kararındaki *jus cogens* kurallarının devletlerin bağımsızlığı hakkındaki kuralların uygulanmasını engellemediği yolundaki argümanı, UAD tarafından da *State Immunities* kararında kullanıldığının belirtilmesinde yarar bulunmaktadır.⁷³

Von Maltzen v. Germany

AİHM, Demokratik Almanya Cumhuriyeti tarafından 1945-1950 arasında kamulaştırılmış bazı taşınmazların malikleri tarafından Almanya'nın birleşmesinden sonra taşınmazlarının geri verilmesi talebiyle Federal Almanya aleyhinde yaptıkları başvuruları, özellikle, Almanya'nın yeniden birleşmesinin olağanüstü koşullarını (*..the exceptional context of the reunification..*) dikkate alarak, dâvanın esasını incelemeye gerek görmeksizin kabuledilebilirlik aşamasında reddetmiştir.⁷⁴

71 *Kalogeropoulou v. Greece and Germany*, No. 59021, (European Court of Human Rights December 12, 2002). Kararın 10. Sayfasında devlet bağımsızlığının *jus cogens* gerekçesiyle uygulanamayacağına yerleşik bir kural sayılamayacağına (*non établi*) dikkat çekilmektedir.

72 *Kalogeropoulou v. Greece and Germany*, No. 59021, (European Court of Human Rights December 12, 2002), 10.

73 *Germany v. Italy* (Greece intervening), Jurisdictional Immunities of the State (International Court of Justice. Reports 2012), 96.

74 *Von Maltzen and Others v. Germany*, No.71016/01,71017/01 and 10260/02, (European Court of Human Rights March 6, 2005), 110.

Alisic and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Former Yugoslav Republic of Macedonia, Serbia and Slovenia

1980 yıllarında YFSC zamanında özellikle Sırbistan ve Slovenya’da geliştirilen bir banka sisteminden yararlandırılmış olan döviz hesaplarının 90’lı yıllardaki siyasal ve ekonomik kriz nedeniyle dondurulması sonucunda, çok sayıda döviz hesabı sahibi, uzun yıllardan beri süregelen mağduriyetlerin tanınması ve giderilmesi talebiyle AİHM’e başvurmuştur.

AİHM, başvuru sayısının çok yüksek olması nedeniyle üç başvuruyu pilot başvuru olarak seçmiş ve bunlar hakkında alacağı kararın gerektirdiği önlemlerin diğer benzer başvurular açısından da uygulanmasını öngörmüştür.

Alisic kararına göre, beş dâvalı devletten sadece Sırbistan ve Slovenya’nın AİHS’ni ihlal etmiş oldukları sonucuna varılmıştır.⁷⁵

AİHM, *Alisic* başvurularında herhangi bir ardıllık tartışmasına girmeksizin, tamamen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 1 No.lu Protokolün mülkiyet hakkına ilişkin 1.maddesini uygulamış ve her dâvalı devletin sorumluluğunu da bu maddeye göre değerlendirmiştir.

Öte yandan, AİHM, kararının pilot karar niteliğinde olması nedeniyle ve tüm diğer benzer durumdaki başvuranların mağduriyetlerinin biran önce giderilebilmesi için, iki devletin, kararın açıklanmasından itibaren 1 yıl içinde gerekli yasal değişiklikler de dahil olmak üzere almış oldukları tüm önlemleri, AİHM kararlarının icrasını denetlemekle görevli Avrupa Konseyi’nin Bakanlar Komitesi’nin Sekreteryası’na bildirmeleri gerektiğine de karar vermiştir.⁷⁶

Sırbistan yargıcı Popovic’in de paylaştığı Almanya yargıcı Nussberger’in kısmi karşı görüşünde ise, AİHM kararı, özellikle, Sırbistan ve Slovenya dışındaki dâvalı devletlerin olası sorumluluklarının incelenmemiş olması ve, ayrıca, ardıllık hukuku ilkelerini uygulama yerine, AİHM’in bir özel hukuk yaklaşımı (*civil-law approach*) benimsemiş olması açılarından eleştirilmiştir.⁷⁷

AİHM Büyük Dairesi’nin *Alisic* kararında, ardıllık kurallarının uygulanabileceğini ya da, en azından, gözönünde bulundurulabileceğini çok geniş bir mağdur kitlesinin varlığına rağmen, dikkate alınmamış olması, AİHM’in ardıllık kurallarının “sorun” çözme konusundaki yeterliliğine güvenmediğinin bir göstergesi olarak da yorumlanabilir.

⁷⁵ *Alisic and Others v. Bosnia And Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, No. 60642/08 (European Court of Human Rights July 16, 2014)

⁷⁶ *Alisic and Others v. Bosnia And Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and The Former Yugoslav Republic Of Macedonia*, No. 60642/08 (European Court of Human Rights July 16, 2014), 50.

⁷⁷ *Alisic and Others v. Bosnia And Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, No. 60642/08 (European Court of Human Rights July 16, 2014) Partly Dissenting Opinion of Judge Nussberger Joined by Judge Popovic, 55.

Öteyandan, bu kararlar, AİHM'nin, ilgili dâvalı devletler arasında çıkması kaçınılmaz olan ardıllık/devamlılık ve bunların başlangıç tarihleri, bunlarla bağlantılı sorumlulukların dağılımı gibi sorunların esas problemi çözümsüzlüğe sürükleyeceği kaygısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin daha katı standartlarını, sorumluluğu belirgin görünen Sırbistan ve Slovenya'ya uygulamayı tercih etmiş olduğu söylenebilir.

Sonuç

Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı Devleti'nin devamı olduğu tezi, Birinci Dünya Savaşı'nı izleyen dönemdeki doktrinin, Nisan 1925'te verilen hakem kararına dayanarak "hukuksal" bir teoriye dönüşmüştür.

Ancak, Lozan Antlaşması'nın önemli maddelerinin yanlış yorumlanmış olduğu, bazı maddelerinin de dikkate alınmamış olduğu, Lozan Konferansı'nda yapılan beyanların eksik ve taraflı biçimde değerlendirildiği hakem kararı, Türkiye Cumhuriyeti'nin Osmanlı Devleti'nin devamı olduğu tezini destekleyebilecek geçerli ve yeterli bir temel oluşturmaktan uzaktır. Hakem kararı, o dönemin koşullarında ve, özellikle, ODB'nin biran önce tasfiye edilmesi hedefine yönelik bir "misyon" kararı sayılmalıdır.

Borel kararında olduğu gibi, görevi, Lozan Antlaşması'nın ODB'ne ilişkin iki maddesiyle sınırlandırılmış bir hakemin "ardıllık" sorunu konusunda yaratıcı (inşai) bir karar almasının mümkün olmadığı kabul edilerek, kararın, ancak ODB'nin bölüştürülmesi konusunda geçerli sayılabileceği, buna karşılık, Osmanlı Devleti'nin devam ettiği tezinin savunulması açısından bir hukuksal, siyasal ve zaman içinde kalıcı değeri olmayan, o dönem koşullarında başvurulması gerekli görülmüş teorik bir yorum girişimi olarak kabul edilmelidir.

Borel kararının "hükmü", ilkeleri ayrıntılı biçimde Lozan Antlaşması'nda açıkça belirlenmiş olan ODB'nin teknik bölüştürülmesiyle sınırlı ilgili olup, ardıllığın tamamen değişik ve, henüz, bir uluslararası düzenlemeye konu olmamış bir alanını oluşturan sorumluluğun geçişi ile de hiçbir ilgisi olamayacağının da hatırlatılmasında yarar bulunmaktadır.

Günümüz koşullarında, devamlılık/ardıllık şemasının, sorumluluğun geçişinde, gerek siyasal alanda, gerek yargısal uygulamada önceden belirlenmiş bir ilke/şema dahilinde kullanılmadığı da kaydedilmelidir.

Bu bakımdan, Yugoslavya ve Sovyetler Birliği'nin dağılması "olay"larında uluslararası barışın ve güvenliğin sürdürülmesinde belirli bir sorumluluğu olan Birleşik Milletler Güvenlik Konseyi'nin Yugoslavya örneğinde oynadığı belirleyici role karşı, Sovyetler Birliği'nin dağılmasındaki "olayı" kaydetmenin

ötesine geçmeyen pasif rolünün irdelenmesi de ardıllık sorunsalının uğradığı tartışmasının siyasal görelileşmesi açısından ilginç örnekolojiler sayılabilir.

Uluslararası mahkemelerin uygulaması da, ardıllık konularında, tarafların açık beyanlarına ve özellikle, ilgili tarafların aralarındaki antlaşmalara öncelik tanınması, ayrıca devlet bağımsızlığı gibi yerleşik uluslararası hukuk ilkelerinin soykırım, insanlık aleyhindeki suçlar gibi işlenmesi halinde, emredici hukuk (*ius cogens*) kurallarının ihlal edildiği kabul edilen durumlarda bile gözetilmesi gereken bir kural olarak algılanması hukuksal uygulama alanında da ardıllık kurallarının görelileştiğini –ve dolayısıyla- karmaşıklaştığını ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

Birincil Kaynaklar

“The Effects of Armed Conflicts on Treaties” *Justitia Et Pace Institut De Droit International*, Session of Helsinki, 1985.

Affaire de la Dette Publique Ottomane, Vol. I Recueil des sentences arbitrales (Nations Unies 1925).

Affaire Des Concessions Mavrommatis En Palestine, PCIJ Series A No 2 (Permanent International Court of Justice August 20, 1924).

Affaire Relative À La Concession Des Phares De L’empire Ottoman (Grèce, France), XII, Recueil des sentences arbitrales, (Nations Unies 1956).

Alisic and Others v. Bosnia And Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and The Former Yugoslav Republic of Macedonia, No. 60642/08 (European Court of Human Rights July 16, 2014)

Alisic and Others v. Bosnia And Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and The Former Yugoslav Republic of Macedonia, No. 60642/08 (European Court of Human Rights July 16, 2014) Partly Dissenting Opinion of Judge Nussberger Joined by Judge Popovic.

Appendix to UN Doc. 1991/Russia 24 December 1991.

Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (International Court of Justice. Reports 2007).

Croatia v. Serbia, Case Concerning the Application of the Convention of Prevention and Punishment of the Genocide (International Court of Justice. Judgment 2015).

Germany v. Poland, PCIJ Series A No 7, ICGJ 241 (Permanent International Court of Justice May 25, 1926).

Germany v. Poland, PCIJ Series A No 17, ICGJ 256 (Permanent International Court of Justice September 13, 1928).

Germany v. Italy, (Greece intervening) Jurisdictional Immunities of the State (International Court of Justice. 2012).

Hungary v. Slovakia, (GabCikovo-Nagymaros Project) (International Court of Justice 1997).

Kalogeropoulou v. Greece and Germany, No.59021, (European Court of Human Rights December 12, 2002).

Reports of International Arbitral Awards, vol. VI Administrative Decision No. I (United Nations 1927).

Roselius and Co. of Bremen v. Carsten, Vol. 26 Annual Digest 35 (District Court of Amsterdam, 1925).

United Nations Security Council Resolution 757, Bosnia and Herzegovina (30 May 1992).

United Nations Security Council Resolution 777, Federal Republic of Yugoslavia (19 September 1992).

Von Maltzan and Others v. Germany, No.71016/01,71017/01 and 10260/02, (European Court of Human Rights March 6, 2005).

İkincil Kaynaklar

Avedian, Vahagn. "State Identity, Continuity and Responsibility: The Ottoman Empire, the Republic of Turkey and the Armenian Genocide." *EJIL* 23 (2012): 797-820.

Blum, Yehuda Z. "Russia Takes Over the Soviet Union's Seat at the United Nations." *EJIL* 3 (1992): 3554-361.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. New York: Oxford University Press, 1990.

Bühler, G. *State Succession and Membership in International Organizations*. The Hague; Boston: Kluwer Law International, 2001.

Craven, M. C. R. "The Problem of State Succession and the Identity of States under International Law." *European Journal of International Law* 9, no. 1 (1998): 142-162.

Crawford, James. *The Creation of States in International Law*. New York: Oxford University Press, 2006.

- Czaplinski, Wladislaw. “La Continuité, l’Identité et la Succession d’Etats-Evaluation de Cas Récents.” *RBDI* (1993): 375-392.
- Degan, W. “La Succession d’Etat en matière des traités et les Etats nouveaux.” *AFDI* 42 (1996): 206-227.
- Demirci, Sevtap. *Belgelerle Lozan*. Alfa, 2015.
- Doğan, İzzettin. *Devletin Milletlerarası Andlaşmalardan Doğan Hak ve Borçlara Halefiyeti Sorunu*. İÜHF Yayınları, 1970.
- Dumberry, Patrick. “The Consequences of Turkey Being the “Continuing” State of the Ottoman Empire in Terms of Internationally Wrongful Acts.” *International Criminal Law Review* 14 (2014): 261-272.
- Dumberry, Patrick. “Turkey’s International Responsibility for Internationally Wrongful Acts Committed by the Ottoman Empire.” *Revue Générale De Droit* 42 (2012): 562-589.
- Hall, W.E. *A Treatise on International Law*. Oxford: The Clarendon press, 1917.
- Kohen, Marcelo, rapporteur. “State Succession in Matters of State Responsibility.” *Yearbook of Institute of International Law* 76 (2015): 1-48.
- Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar Belgeler*. çeviren Seha L. Meray, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2001.
- Monnier, Jean- Philippe. “La Succession d’Etats en Matière de Responsabilité Internationale.” *AFDI* 8 (1962): 65-90.
- O’Connell, D. P. *The Law of States Succession*. Cambridge: University Press, 1956.
- Oeter, Stefan. “German Unification and State Succession.” *HJIL* 51 (1991): 349-383.
- Öktem, Emre. “Turkey Successor or Continuing State of the Ottoman Empire.” *Leiden Journal of International Law* 24 (2011): 561-583.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.
- Pirim, Zeynep Ceren. *Devletin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Stern, Brigitte Bollecker. “La Succession d’Etats.” *RCADI* 262 (1996): 176-424.
- Stern, Brigitte Bollecker. “L’Affaire des Essais Nucléaires Françaises devant la Cour Internationale de Justice.” *Annuaire français de droit international* 20 (1974): 299-333.

Stern, Brigitte Bollecker. *La Succession d'Etats*. Martinus Nijhoff Publishers, 2000.

Weiss, J.F. *Succession of States in Respect of Treaties Concluded by the European Communities*. Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht, 1994.

Zamuner, Enrico. "Le Rapport entre l'Empire Ottoman et la République Turque face au Droit International." *Journal of the History of International Law* 6 (2004): 209-231.

YARGITAY KARARLARI



YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

FAZLA ÇALIŞMA • İMZALI BORDROLAR

ÖZET: İşçinin imzası bulunan bordrolar sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delildir. İmzalı bordroda görünen fazla çalışma ücretlerinin işçiye ödendiği kabul edilmelidir. İçerdikleri ücretlerin banka kanalıyla ödenmesi halinde imzasız bordrolar imzalı bordro hükmündedir.

İmzalı bordrolarda tahakkuk etmiş olan fazla çalışmadan daha fazla çalışma yapıldığı yazılı delil ile ispatlanabilir.

Y. HGK. E. 2012/9-844, K. 2012/794, T. 14.11.2012

Taraflar arasındaki “fazla çalışma ücreti alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Denizli 2. İş Mahkemesi’nce davanın kısmen kabulüne dair verilen 13.05.2008 gün ve 2006/31 E. 2008/252 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 27.01.2011 gün ve 2008/41023 E. 2011/1080 K. sayılı ilamı ile;

“...Davacı, davalı şirkete ait iş yerinde 12.12.2000 tarihinde çalışmaya başlayıp halen şef olarak çalışmasını sürdürdüğünü, haftada 6 gün, günde 12-13 saat çalışmasına rağmen fazla çalışma ücretlerinin ödenmediğini belirterek fazla çalışma ücreti ve işyerinde kaybolan bir koli rakının parasının kendisinden haksız alındığını bildirerek bu paranın kendisine iadesi talebinde bulunmuştur.

Davalı, davacının işyerinde restoran kaptanı olarak çalıştığını, bu görevi nedeniyle sorumlu olduğu bölüm olan restorantta çalışan garsonların dolayısıyla kendisinin çalışma saatlerini bizzat kendisinin takdir ederek ayarladığını, görevi gereği mesai saatlerini ayarlayan kişi olan davacının fazla mesai yaptığı iddiası ile yapılan fazla mesai ücreti talebinin yasaya ve hakkaniyete uygun olmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, aldırılan bilirkişi raporunda davacının davalı işveren den bilirkişi raporunda belirtilen nedenlerle 8.175,37 TL brüt fazla ça-

lışma ücret alacağı ile 138,27 TL alacağının olduğu belirtilmiş ise de aldırılan bilirkişi raporuna yargılama aşamalarında dinlenen davacı tanıklarının davacı ile aynı durumda davalı işverene karşı açılan davalarda davacı konumunda oldukları anlaşıldığından salt bu tanıkların beyanları ile sonuca gidilemeyeceğinden davacının fazla çalışma ücreti alacağı talebi yönünden itibar olunmadığı, bilirkişi raporu gözetilerek davacının fazla çalışma ücret alacağı yönünden dinlenen tanıkların davacı ile aynı durumda oldukları, davacının davayı kazanmasında menfaatleri bulunduğundan itibar olunamayacağından ve yapılan fazla çalışmalar ile ilgili olarak davacı tarafça dinlenen tanık beyanları haricinde dosyaya ibraz olunmuş başkaca bir delilin bulunmayışı gözetilerek fazla çalışma ücret alacağı talebinin reddine karar verilmiştir.

Hüküm davacı avukatı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu taraflar arasında uyumsuzluk konusudur.

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 bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları 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 söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapıl-

ması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar. O halde üst düzey yönetici bakımından şirketin yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla çalışma yapması yönünde bir talimatın verilip verilmediğinin de araştırılması gerekir. İşyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla çalışma yapması yönünde açık bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği çalışma saatleri sebebiyle fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği kabul edilmelidir.

Satış temsilcilerinin fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususu, günlük faaliyet planları ile iş çizelgeleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Genelde belli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışan bu işçiler yönünden prim ödemelerinin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığı araştırılmalıdır. İşçiye ödenen satış priminin fazla çalışmaların karşılığında ödenmesi gereken ücretleri tam olarak karşılamaması halinde aradaki farkın işçiye ödenmesi gerekir.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir.

Günlük çalışma süresinin 11 saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağını ve zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedibuçuk saati geçemez (m.69/3). Bu hal de günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın bir sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden haftalık 45 saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde 7.5 saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararı bu yöndedir (Yargıtay 9. HD 23.6.2009 gün 2007/40862 E, 2009/17766 K).

Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanununun 41. maddesinde yazılı olan fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir. Dairemizin kökleşmiş uygulaması bu yöndedir (Yargıtay 9. HD 18.11.2008 gün 2007/32717 E, 2008/31210 K.). Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkan dahilindedir. İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9. HD 18.7.2008 gün 2007/25857 E, 2008/20636 K., Yargıtay 9. HD 28.4.2005 gün 2004/24398 E, 2005/14779 K. ve Yargıtay 9. HD 9.12.2004 gün 2004/11620 E, 2004/27020 K.). Fazla çalışma ücretinden indirim öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılmayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer. Fazla çalışma ücretinden indirim, taktiri indirim yerine, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın taktiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir.

Somut olayda mahkemece davacı işçinin fazla çalışma ücreti talebi, davacı tanıklarının aynı durumda davalı işverene karşı açılan davalarda davacı konumunda olmaları nedeniyle ve davacının davayı kazanmasında menfaatleri bulunduğundan beyanlarına itibar olunamayacağından reddedilmiştir.

Davacı tanıkları M... K., A.A...ve K.K..tarafından açılan davalarda sırasıyla Dairemizin 2009/41255, 2009/32769, 2009/36311 Esas sayılı temyiz incelemesine konu dosyalarda ve emsal dosyalarda fazla çalışma ücreti taleplerinin kabulüne karar verildiği, davalı işyerinde işçilerin fazla çalışma yaptıkları fakat karşılığında fazla çalışma ücretleri-

nin kendilerine ödenmediği anlaşılmaktadır. Davacının fazla çalışma ücreti talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, fazla çalışma ücreti alacağı ile işveren zararı olarak ödenen miktarın istirdadı istemine istemine ilişkindir.

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle, davacının 13.12.2000 tarihinden itibaren davalıya ait otel işyerinde garson ve 2002 yılından itibaren restoran kaptanı olarak günde 12-13 saat çalıştığını, fazla çalışma karşılığının ödenmediğini ve işverenin kaybolan kolisinin bedelinin sorumlu olmadığı halde davacıdan tahsil edildiğini belirterek fazla çalışma alacağı ile yersiz ödenen miktarın istirdadını talep ve dava etmiştir.

Davalı Turser Turizm ve Servis Hizmetleri Limited Şirketi vekili cevap dilekçesinde özetle, davacının fazla çalışması olmadığını, yarım pansiyon olarak hizmet verilen işyerinde sabah ve akşam servisi arasındaki sürede; vardiya aralarında garsonların dinlendiğini, ayrıca restoran kaptanı olan davacının çalışma saatlerini kendisinin ayarladığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Yerel Mahkemece, davacı tanıklarının da işverene karşı fazla çalışma ücreti alacağı talebi ile açtıkları davalarının bulunması nedeniyle tanıklıklarına itibar edilmediği ve fazla çalışma konusunda başkaca delil ibraz edilmediği gerekçesiyle fazla çalışma ücret alacağı talebinin reddine, koli bedelinin tahsiline dair verilen karar, davacı vekilinin temyizi üzerine, Özel Daire tarafından yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuş, Mahkemece önceki gerekçeler tekrarlanmak suretiyle fazla çalışma ücreti alacağının reddine dair ilk hükümde direnilmiştir.

Direnme hükmü, davacı vekili tarafından temyiz edilmektedir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacının fazla çalışma ücretine hak kazanıp kazanmadığı ile emsal nitelikteki dosyalardaki tespitin bu davada kullanılıp kullanılmayacağı noktalarında toplanmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, gerek mülga 1475 gerekse halen yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışmanın ispatı yöntemi ile ilgili olarak özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle fazla çalışmanın ispatında, ispat yükü genel hükümlere tabidir. Dolayısıyla fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını; fazla çalışma yaptığı gün ve saatleri ispat etmek zorundadır.

Fiili bir olgu sözkonusu olduğundan, kural olarak işçi, fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir; bu bağlamda tanık da dinletebilir.

Diğer taraftan, ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. Buna göre, işçinin 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. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücretinin ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yapıldığının ileri sürülmesi kural olarak mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir.

Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışma yaptığını yazılı delille kanıtlanması mümkündür.

İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödeneğin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları ve benzeri belgeler delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Ne var ki, işyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez.

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, işçilerce yapılan fazla çalışmanın yazılı belgelere, işveren kayıtlarına veya kesin delillere değil, tanık anlatımı-

na dayalı olması durumunda, mahkemece; fazla çalışma yapılan süreler tespit edilirken; işçinin uzun süre her gün fazla çalıştırılmasının hayatın olağan akışına ve insan doğasına uygun düşmeyeceği, yaşam tecrübelerine göre hiç hastalanmadan veya evlenme, ölüm, doğum, özel işleri gibi mazereti çıkmadan yıllarca sürekli çalıştığı kabul edilemeyeceği, işyerindeki üretim faaliyeti ve işçinin üstlendiği işin niteliği dikkate alınmadan sürekli iş gördürüldüğünün varsayılmayacağı, işçinin ara dinlenmesi, hafta tatili, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde hiç dinlenme hakkını kullanmadan çalıştığı düşünülmemeyeceği gözönünde tutularak, belirlenen fazla çalışma süresinden hakkaniyet indirimi yapılması gerekip gerekmediği hususu mutlaka değerlendirilmelidir.

Fazla çalışmanın belirlenmesinde işçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılması ve 4857 sayılı İş Kanununun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin de dikkate alınması gerekmektedir.

Somut uyuşmazlıkta, dosya kapsamından davacının, tanık beyanları yanında emsal dosyalara da dayandığı, delil olarak bildirilen dosyaların davacılarının bir kısmının, aynı zamanda iş bu dosyada davacı tanıkları olduğu, aynı işyerinde çalışan ve aynı işverene karşı açılan benzeri davalarda, davalıya ait otel işyerinde garson olarak çalışan davacılar yönünden fazla çalışma yapıldığına yönelik maddi olgunun tespit edildiği ve kararların buna ilişkin kısmının kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan yine davacı tarafından delil olarak ibraz edilen ve davalı işverence itiraza uğramayan harcama belgelerindeki beyanlara göre davacının çalışma saatlerinin belgelerde belirtilen tarihlerde 12.00-24.00 arası olduğu ve yine davalı tanıkları tarafından da davacının iddiasında belirttiği vardiya saatlerinde çalışıldığı olgusunun ifade edilmesi karşısında fazla çalışma olgusunun kanıtlandığı açıktır.

Nitekim Hukuk Genel Kurulu'nun 05.10.2011 gün 2011/9-506 E. 2011/588 K. sayılı kararında da aynı ilkeler benimsenmek suretiyle benzer bir değerlendirme ile sonuca varılmıştır.

Bu durumda, Mahkemece, davacı yönünden emsal dosyalar ile davalı tanık beyanları ve harcama belgeleri değerlendirilip, yukarıda belirtilen ilkeler gözetilerek, gerekirse bilirkişiden davacıya ödenmesi gereken fazla çalışma ücreti alacağı konusunda ek rapor almak suretiyle varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yanlıgılı değerlendirme ile fazla çalışma ücreti alacağı talebine ilişkin davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir.

O halde Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici Madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 8/3. fıkrası uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 14.11.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

MÜTESELSİL BORÇLAR • RÜCU DAVASI

ÖZET: Alt işverenin çalıştırdığı işçilere ödenecek olan işçilik alacaklarından tarafların ne oranda sorumlu olacağına dair bir sözleşme hükmü bulunmaması halinde, müteselsil borçluluk hükümleri doğrultusunda tarafların yarı yarıya sorumlu oldukları kabul edilmelidir.

Y. HGK., E. 2014/19, K. 2015/1743, T. 24.06.2015

Taraflar arasındaki "rücuan tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 15.12.2011 gün ve 2010/532E., 2011/483 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 20.06.2012 gün ve 2012/6197 E., 2012/16178 K. sayılı ilamı ile;

(...Davacı, temizlik işleri için ihaleye çıktığını ve temizlik işlerinin aksamaması için doğrudan temin yöntemi ile hizmet alımı yapıldığını ve davalı ile 31 günlük sözleşme imzalandığını, davalının çalıştırdığı işçilerden G...’ın iş aktinin fesh edilmesi üzerine davalı ile birlikte kendilerine işe iade davası açtığını, mahkemece davanın kabul edildiğini ve kararın kesinleştiğini, akabinde işçi tarafından yapılan icra takibi nedeniyle 22.302,27 TL ödediğini belirterek bu bedelin ödeme

tarihinden itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, işçinin davalı yanında çalıştığı sürenin 31 gün olduğu, davalının bu nedenle sadece ihbar tazminatından sorumlu olacağı gerekçesi ile davanın kısmen kabulü ile 361,57 TL'nin dava tarihinden itibaren 3095 sayılı yasanın 1. maddesi gereğince değişen oranlarda yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, kuruma ait temizlik işinin davalı tarafından üstlenildiğini, ihale şartnamesine göre, çalıştırdıkları işçilerin iş hukukundan doğan her türlü işçilik hakları ile ilgili tazminatlarından sorumlu olduklarını ileri sürerek eldeki davayı açmış olup, dava dışı işçinin işe iade davası sonunda mahkemece davanın kabulüne karar verilerek, ödenmesi gereken tazminatın iş bu eldeki davanın tarafları olan davacı ve davalıdan tahsiline karar verildiği ve icra takibi sonunda da, davacı kurum tarafından mahkeme kararına konu tazminatın diğer işçi alacakları ile birlikte ödendiği ihtilafsızdır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, işçiye ödenen bu tazminattan hangi tarafın veya tarafların ne oranda sorumlu olduklarına ilişkindir. Uyuşmazlığın çözümünde öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ve genel hukuk prensipleri dikkate alınarak bir sonuca gidilmelidir. Bu cümleden olarak, davacı ile davalılar arasında düzenlenen sözleşmede işçilerin iş akitlerinden doğacak tazminattan hangi tarafın ne oranda sorumlu olduğu hususunda bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Tüm bu açıklamalardan sonra; tacir olan davalının çalıştırdıkları işçilerin fiili işçilik dışında sair tazminat haklarından sorumlu olacaklarını bilebilecek durumda oldukları ancak, davacı kurumun da asıl işveren durumunu muhafaza etmesi nazara alındığında doğan zararlardan tarafların yarı yarıya sorumlu olduğunun kabulü gerekir. O halde mahkemece, davalıların bu ilkeler çerçevesinde sorumluluklarının belirlenmesi gerekirken, aksi düşüncelerle yazılı şekilde hüküm tesisini usul ve yasaya aykırı olduğu...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, rücu tazminat isteğine ilişkindir.

Davacı vekili, davacı kurulun temizlik işlerinin 4734 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine göre ihale yapıldığını, ancak ihalenin sonuçlandırılmaması üzerine temizlik işlerinin aksamaması için doğrudan temin usulü yolu ile hizmet alımı yapıldığını, davalı ile 31 gün süreli hizmet alım sözleşmesi imzalandığını, davalı tarafından işçilerinden G.....iş akdinin fesih edilmesi üzerine işçi G....tarafından davalı ile davacı aleyhine işe iade davası açıldığını, mahkemece işe iade ve işe iade kararının yerine getirilmemesi halinde 4 aylık ücretin ödenmesine karar verildiğini, kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiğini, işçi Gülersen Özkanat tarafından Ankara 6. İcra Müdürlüğü'nün 2010/13302 Sayılı dosyasında yapılan takipte toplam 22.322,27 TL'nin davacı kurul tarafından icra dosyasına ödendiğini, davalı şirketin yargı kararını yerine getirmemesi nedeni ile müştereken ve müteselsilen bu ücretten sorumlu olduğunu belirterek ödenen 22.322,27TL'nin ödeme tarihten işleyecek yasal faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davalı şirkete husumet yöneltilemeyeceğini, iş mahkemesinin görevli olduğunu, yetkili mahkemenin de Kırşehir İş Mahkemesi olduğunu, alacağın bir kısmının zamanaşımına uğradığını, 29.02.2008 tarihli götürü bedel hizmet alım sözleşmesinin 10.maddesinde sözleşme süresinin işe başlama tarihinden itibaren 31 gün olduğunu belirtildiğini, 1 aylık süre sonunda işin biteceğinin ve sözleşmenin sona ereceğinin davacı ve işçi tarafından bilindiğini, işçinin işten çıkartılmasına davacının yol açtığını, ihale bedeli içerisinde işçinin tazminatlarına ve işe iade alacaklarına ilişkin bir madde bulunmadığını, ihale bedeli içinde bulunmayan bir miktarın kendisinden talep edilmesinin mümkün olmadığını, ayrıca davalı şirketten önceki değişik dönemlerde alt işverenler değişmesine rağmen davacı kurulun asıl işveren olarak dava dışı tazminatı ödenen işçileri çalıştırmaya devam ettiğini, asıl işveren olarak davacının sorumlu olması gerektiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ika ettikleri takdirde müşevvik ile asıl fail ve fer'an methali olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar. Hakim, bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olma-

dığını takdir ve icabında bu rücuun şumulünün derecesini tayin eyler. Yataklık eden kimse, vaki olan kardan hisse almadıkça yahut iştirakiyle bir zarara sebebiyet vermedikçe mesul olmaz.”

Aynı Kanun’un “Muhtelif Sebeplerin İçtimaı Halinde, Müteselsil Mesuliyet” başlıklı 51. maddesinde de:

Müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız muamele, akit, kanun) binaen mes’ul oldukları takdirde haklarında birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur. Kural olarak haksız bir fiili ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse, en evvel, tarafından hata vaki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen mes’ul olan kimse en sonra, zaman ile mükellef olur.” şeklinde düzenleme getirilmiştir.

Bu durumda; birden çok kişi, gerek haksız eylem, gerek sözleşme ve gerekse kanun kuralı gibi sebeplerden ve aynı zarar için zarara uğrayana karşı sorumlu iseler, bunlar arasında, bir zarara ortaklaşa sebep olanlar hakkındaki dönmeye (rücu) ilişkin kurallar uygulanır.

Kural olarak; en başta, haksız eylemiyle zarara yol açan sorumlu tutulur; en son olarak da kusuru olmaksızın ve sözleşme gereği sorumluluğu olmadığı halde kanun kuralı gereğince sorumlu tutulan kişiye başvurulur. Birinci halde; birden fazla kişiler, müşterek kusurları ile zarara sebep olmuşlardır. Bu durumda zarara sebep olmuş olanlar arasında tam teselsül bulunduğundan söz edilir (BK. mad. 50). Aralarında tam teselsül olanlar, suçu işleyenle bu suça iştirak etmiş olanlar arasında fark gözetilmeksizin zarar görene karşı müteselsilen sorumlu durumdadırlar. İkinci halde ise; birden fazla kişinin, müşterek kusurları ile sebep olmadıkları ancak zarardan çeşitli hukuki sebeplerle sorumlu tutuldukları durumda eksik teselsül (BK. mad. 51) söz konusudur.

Görülüyor ki, Borçlar Kanunu’nun 51. maddesinde, aynı Kanun’un 50. maddesine atıf yapılarak birden çok kimseler, değişik nedenlerle (haksız eylem, akit, kanun) sorumlu oldukları takdirde zarar gören tam teselsülde (dayanışmada) olduğu gibi (BK. mad.50/1) giderim isteğinin bir bölümünü veya tamamını, bu sorumlulardan birinden ya da bir kaçından dava açarak isteyebilecektir. Gerek öğretide ve gerekse uygulamada ayrık düşünce olmaksızın bu kural kabul edilmektedir. Daha açık bir ifadeyle, zarar gören eksik teselsülde de; tam teselsülde olduğu gibi tazminat borçlularından herhangi birine müracaat edebilir ve tazminatın tamamının ödenmesini isteyebilir. Bundan başka borçlulardan birinin yaptığı ödeme, ödenen miktar oranında diğerini de borçtan kurtarır ve daha sonra ödenenin onlara karşı rücu (dönme) hakkı doğabilir.

Bu bağlamda ardıllık (Halefiyet-Subrogation) ile dönme (Rücu-Regress) arasında hukuki farklılıkları belirtmekte yarar vardır:

Başkasına ait bir borç nedeniyle alacaklıyı tatmin eden kişinin, onun haklarını kanunda belirtilen durumda ve tatmin ettiği oranda kendiliğinden elde etmesine ardıllık (halefiyet) denir. Dönme (rücu) hakkı ise başkasına ait borcu yerine getiren kişinin malvarlığında vücut bulan kaybı gidermeyi amaçlayan tazminat niteliğinde bir istem hakkıdır.

Gerçekte de; halefiyet ve rücu, aynı amaca, zarar görenin (alacaklının) tatmin edilmesine yönelik birbiri ile, çok yakından ilgili iki hukuksal kurum olarak görülmektedir. Nitekim; her ikisinde de, başkalarına ait borcu yerine getiren kişinin, asıl borçluya karşı bir alacak elde etmesi ve bu hakka dayanarak borçludan bir istemde bulunması bu sonucu doğrulamaktadır.

Bir borcu yerine getiren kimsenin alacaklının haklarına halef olabilmesi için halefiyetin kanunda açıkça öngörülmüş bulunması gerekir. Kanunda açıkça öngörülmediği sürece bir halefiyetin doğması mümkün değildir. Halefiyet kanununda belirtilmiş belirli durumlarda doğar. Diğer bir anlatımla, halefiyet halleri sınırlı sayıda olma (numerus clausus) kuralına bağlıdır. Kanunda açıkça öngörülmediği sürece bir halefiyetin doğması mümkün değildir.

Halefiyette, rücu hakkını kullanan kişi alacaklının yerine geçer, aynen alacaklının konumuna sahip olur. Bunun sonucu olarak örneğin alacaklının elinde, alacağı garanti eden ipotek gibi bir garanti varsa, zararı tazmin eden borçlu alacaklının haklarına halef olduğundan, bundan böyle bu teminat rücu alacağını garanti eder. Örneğin 818 sayılı Kanun'un 496. maddesinde kefil lehine tanınan halefiyette durum budur.

818 sayılı Kanun'un 50 ile 51. maddeleri arasında her iki müteselsil sorumluluğu birbirinden ayırmak için öğreti ve yargı kararlarında BK'nun 50. maddesine dayanan müteselsil sorumluluğun "tam teselsül", anılan Kanun'un 51. maddesine dayanan müteselsil sorumluluğun ise "eksik teselsül" olduğu kabul edilmektedir.

Bu aşamada tam teselsül (BK. mad. 50'e dayanan müteselsil sorumluluk) ile eksik teselsül (BK. mad.51'e dayanan müteselsil sorumluluk) arasında yapılan ayırımın ve farkların önemini de vurgulamak yerinde olacaktır.

818 sayılı Kanun'un gerek 50, gerekse 51. maddelerinde müteselsil sorumluluk öngörülmüş bulunmakla birlikte, anılan iki madde arasındaki diğer hukuki farklılıkların şöyle anlatılması mümkündür.

“BK’nun 50. maddesi; aynı zarardan dolayı birden fazla kişinin birlikte müteselsilen sorumlu tutulmalarını, birden fazla kişinin ortak kusurlarıyla zarara birlikte sebebiyet vermiş olmaları koşuluna bağlamıştır. Buna göre, birden fazla kişi aynı zarara ortak kusurlarıyla sebebiyet vermiş olmalıdırlar. BK’nun 51. maddesi ise bundan farklı olarak, aynı zarardan dolayı birden fazla kişinin birlikte müteselsilen sorumlu tutulmalarını birden fazla kişinin bu zarardan dolayı ortak kusurları nedeniyle değil; hukuksal nedenlerle sorumlu olmalarına bağlamıştır. Burada müteselsilen sorumlu tuttuğumuz kişilerin, sorumluluklarının sebepleri farklı hukuksal nedenlere dayanmaktadır. Bu açıklamalar karşısında BK’nun 51. maddesine dayanan müteselsilen sorumluluğun sebebi haksız fiil, kanun veya sözleşme nedeniyle birden fazla kişinin sorumlu tutulmasıdır.

Anılan Kanununun 51. madde hükmü; müteselsil sorumlu olan kişilerden birinin zararı tazmin etmesi halinde, diğerlerine rücu hakkını belli bir sıraya bağlamıştır. Buna göre, kanundan dolayı sorumlu tutulan kişi, sözleşme nedeniyle sorumlu kişi, haksız fiil nedeniyle sorumlu kişi sıralaması vardır. Haksız fiil nedeniyle sorumlu kişi zararı tazmin etmişse kimseye rücu edemeyecektir, sözleşme nedeniyle sorumlu kişi zararı tazmin etmişse, haksız fiil failine rücu edebilecek; kanundan dolayı sorumlu kişiye rücu edemeyecektir. Kanundan dolayı sorumlu kişi zararı tazmin etmişse, sözleşme nedeniyle sorumlu kişiyle haksız fiil failine rücu edebilecektir.

Öte yandan 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 akdin-den 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 (H. Öser/W. Scöhenenberger Borçlar Hukuku, Ankara, 1950, s. 905-906). Bu nedenle söz konusu müteselsil borç kanun hükmünden (BK m. 179'dan) doğduğundan, teselsülden kaynaklanan sorumluluğun dışlanması geçersizdir ve hukuki sonuç doğurmaz.

Müteselsil borcun özelliği, alacaklının alacağının tamamını veya bir kısmını müteselsil borçlulardan birinden veya hepsinden istemekte serbest olmasıdır (A.Von Tuhr, Borçlar Hukuku, İstanbul 1953, s. 845 vd).

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 görülmezsizin borcun devir alana intikal ettiği kabul edilmiştir.

Somut olayda; davacı kurul temizlik işleri için davalı şirket ile 31 gün süreli hizmet alım sözleşmesi yaptığını, davalının çalıştırdığı işçilerden Gülseren Özkanat'ın iş aktinin fesh edilmesi üzerine davalı ile birlikte kendilerine işe iade davası açtığını, mahkemece davanın kabul edildiğini ve kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiğini, akabinde işçi tarafından yapılan icra takibi nedeniyle 22.302,27 TL ödediğini belirterek bu bedelin ödeme tarihinden itibaren yasal faizi ile davalı şirketten tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacı ile yapılan hizmet alım sözleşmesinin 31 gün süreli olduğunu bu sürenin sonunda işin biteceğinin ve sözleşmenin sona ereceğinin davacı ve işçi tarafından bilindiğini, işçinin işten çıkartılmasına davacının yol açtığını, davalı şirketten önceki değişik dönemlerde alt işverenler değişmesine rağmen davacı kurulun asıl işveren olarak dava dışı tazminatı ödenen işçileri çalıştırmaya devam ettiğini, asıl işveren olarak davacının sorumlu olması gerektiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin 6. fıkrası,

"...Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur." düzenlemesini içermektedir.

Bu hüküm, mali açıdan güçsüz olan alt işverenlerin işçilerini ücret ve diğer hakları yönünden korumaya yönelik bir hükümdür.

Anılan madde uyarınca asıl işveren alt işverenin işçilerinin çalıştıkları işyeri ile ilgili İş Kanunu'ndan ve hizmet sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle beraber birlikte sorumlu olur. Kanunda geçen "birlikte" kavramının sorumluluk hukukunda düzenlenen kanundan doğan müteselsil sorumluluk olduğu doktrinde kabul edilmektedir (Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, s.120-121, Esener, Turhan: İş Hukuku, s.79, Uygur, Turgut: Temel Kavramlar, s.269, Çelik, Nuri: İş Hukuku, s. 46, Narmanlıoğlu, Ünal: Ferdi İş İlişkileri, s. 118, Tunçomağ/Centel, İş Hukukunun Esasları, s. 58, Süzek, Sarper: İş Hukuku, s. 42, Güzel, Ali: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, s. 45, Aktaran: Aydınli, İbrahim: Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s.190-191).

Buna göre, somut uyuşmazlıkta müteselsil sorumlu olanlardan; davacı asıl işveren ile davalı alt işveren arasındaki hukuki ilişki hizmet akdine dayanmakta iken davacı asıl işverenin ile dava dışı işçi arasındaki hukuki ilişki 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen "birlikte (müteselsil) sorumluluktan" kaynaklanmaktadır.

Eldeki davada, dava dışı işçinin Ankara 14. İş Mahkemesinin 2008/372E 2009/250K sayılı dosyasında açtığı işe iade davasında işçi Gülseren Özkanat'ın asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverencilere ait işyerinde ara vermeden çalıştığından somut olayda işyerinin devri olduğu kabul edilerek işçi Gülseren Özkanat'ın işe iadesine ve davalı işveren tarafından süresi içinde işe başlatılmaması halinde ödenmesi gereken tazminatın 4 aylık ücret olduğuna ilişkin verilen karar Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmiştir.

Bu itibarla dava dışı işçi G.... icra takibi sonucu işçilik alacaklarına ilişkin ödemede bulunan davacı kurulun davalı şirketten talep edebileceği rücu tazminattan davalı alt işverenin bozma ilamında belirtilen %50'lik kısım için ancak kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu tutulması gerekirken mahkemece davalı alt işverenin sadece ihbar tazminatı yönünden kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu tutulmasına karar verilmesi doğru değildir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmelerde bir kısım üyelerce; davacı asıl işverenin sorumluluğunun yasadan kaynaklandığı için işçiye ödeme yaptığını, alt işverenin ise akitten dolayı sorumlu olduğunu, eşit oranda sorumlu olamayacaklarını, davalı alt işverenin ancak kendi döne-

mi ile sorumlu olması gerektiğinden bu değişik gerekçe ile yerel mahkeme kararının bozulması gerektiği görüşü savunulmuşsa da, çoğunlukça bu görüş benimsenmemiştir.

O halde yukarıdaki ilave nedenlerle ve bozma kararında açıklanan gerekçelerle nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak ger

kirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 24.06.2015 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

İŞ KAZASI • ZAMANAŞIMI SÜRESİ

ÖZET: İş kazasının zamanaşımı süresi kaza tarihinden itibaren on yıldır.

Oluşan zararın zaman içinde değişerek gelişim gösterdiği olaylarda zamanaşımının başlangıç tarihi hastalığın gelişiminin sona erdiği tarihtir.

Yeniden muayene kaydı “hastalığın gelişim gösterdiği anlamında değildir.”*

Y. HGK., E. 2014/2372, K. 2017/379, T. 1.3.2017

Taraflar arasındaki “maddi ve manevi tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Tavşanlı 1. Asliye Hukuk (İş) Mahkemesince kısmen kabulüne dair verilen 18.02.2013 gün ve 2009/269 E.-2013/358 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekillerince istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 22.10.2013 gün ve 2013/14713 E., 2013/18951 K. sayılı kararı ile;

“...1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici nedenlere göre, davacının ve davalı ... İnş. San. Ve Tic. Ltd. Şti. nin tüm, davalı ...nin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki diğer tem-

* Dergimizin bu sayısında yayınlanan 14.2.2017 tarihli Yargıtay 21. Hukuk Dairesi kararına bakınız.

yiz itirazlarının reddine,2-Dava 20.10.2001 tarihinde meydana gelen iş kazasında % 51 oranında sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece 19.497,75 TL maddi tazminatın kaza tarihi olan 20.10.2001 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan Tarhan şirketinden alınarak davacıya verilmesine, 14.500,00 TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 20.10.2001 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine, fazlaya dair istemin reddine, ... şirketi yönünden maddi tazminat talebinin atıye terki nedeniyle esas hakkında hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

Davacı vekilinin 07.02.2013 tarihinde davasını kısmen ıslah ettiği, ıslahen artırılan miktarla ilgili olarak davalı tarafça süresinde zaman aşımı def'i inde bulunulduğu uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık bu tür davalarda T.B.K' nın 146.maddesi (B.K.'nun 125.md) gereğince uygulanmakta olan 10 yıllık zaman aşımı süresinin hangi tarihte başlatılması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

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 ihlalden doğan zarar, ancak bakım ve tedavi sonucunda düzenlenen hekim raporuyla belirli bir açıklığa kavuşur. Bedensel zararın gelişim, gösterdiği durumlarda zamanaşımına başlangıç olarak hastalık seyrinin yani gelişimin tamamlandığı tarihin esas alınması gerekir. Somut olayda değişen ve gelişen bir durumun söz konusu olmadığı ortadadır.

Hal böyle olunca, davacı tarafından 07.02.2013 tarihinde maddi tazminatın ıslahen artırılması üzerine, süresi içerisinde davalı tarafından ileri sürülen zamanaşımı definin kabul edilerek ıslahen istenilen miktarlara ilişkin tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, ıslahen istenilen miktarı da kapsar biçimde tazminat talebinin kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.O halde, davalı ...nin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır..."

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Dava, iş kazası sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Davacı vekili müvekkilinin davalı şirketin Soma ilçesi Deniz bölümünde bulunan maden ocağında hafriyat şoförü olarak çalışmakta iken hafriyat dönüş yolunda 20.10.2001 tarihinde zeminin ıslak ve çamurlu olması sebebiyle kaza yaptığını iddia ederek, fazlaya dair her türlü hakkı saklı kalmak kaydıyla 40.000,00 TL manevi tazminatın ve 1.000,00 TL maddi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle davalıdan müştereken ve müteselsilen tahsilini talep etmiştir.

Davacı vekili 07.02.2013 tarihli ıslah dilekçesi ile maddi tazminat miktarını bilirkişi raporu doğrultusunda 19.497,75 TL olarak ıslah etmiştir.

Davalı ... San. Tic. A.Ş. vekili kazanın meydana gelmesinde bütün kusurun davacıda bulunduğunu, emniyette verdiği ifade de tüm kusurun kendisinde olduğunu beyan ettiği, davacının talep ettiği alacakların zamanaşımına uğradığını iddia ederek davanın zamanaşımı nedeniyle reddi gerektiğini, işin esasına girilecekse talep edilen tazminatların çok fazla olduğunu ayrıca 07.02.2013 tarihli celsede davacı vekilinin ıslah talebini kabul etmediklerini, ıslahla talep edilen miktarın zamanaşımına uğradığını belirterek davanın reddine karar verilmesinin gerektiğini savunmuştur.

Davalı ... İnş. San. Tic. Ltd. Şti. vekili davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece davacının %51 oranında malul kaldığı, kazanın meydana gelmesinde davalı işverenlerin %40 (Tarhan-%25, ...-%15), davacının ise % 60 kusurunun bulunduğu, hesap bilirkişi raporunda davacının maddi zararının 32.504,26 TL olarak hesaplandığı, ancak davacının sadece Tarhan S.T. A.Ş. yönünden maddi tazminat talebini ıslah ettiği, davalı tarafın ıslah dilekçesine karşı zamanaşımı itirazı bulunduğu ancak, ıslahla artırılan kısma ilişkin zamanaşımının kazalı işçinin çalışabileceğine dair raporun verildiği tarih olan 01.06.2009 tarihli rapora göre hesaplanması gerektiği, bu durumda ıslahla artırılan maddi tazminata dair zamanaşımının 01.06.2019 yılında dolduğunu, Tarhan Madencilik S.T. A.Ş.'nin kusur oranının %25 olması sebebiyle bu oranda hesaplama yapılarak davacının maddi ve manevi zarardan kısmen de olsa telafisi amacına yönelik olarak 19.497,75 TL maddi tazminatın kaza tarihinden itibaren yasal faiziyle davalı ...den tahsiline ve manevi tazminata ilişkin talebinin ise kısmen kabulü ile 14.500,00 TL manevi tazminatın kaza tarihinden

itibaren yasal faiziyle davalılardan müştereken ve müteselsilin alınarak davacıya verilmesine, fazlaya dair istemin ise reddine karar verilmiştir.

Mahkemece verilen karar, taraf vekillerinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece önceki gerekçeler tekrar edilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir. Direnme kararını davalı ...Ş. vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; bendensel zararın değişim ve gelişim gösterip göstermediği, başka bir anlamıyla, maluliyetin kesinleşip kesinleşmediği ve buna bağlı olarak da iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat talebinde bulunan davacının 07.02.2013 tarihli ıslah dilekçesiyle talep ettiği maddi tazminat yönünden zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında toplanmaktadır.

Uygulama ve öğretilerde kabul edildiği üzere, zamanaşımı failin ve zararın öğrenildiği tarihten başlatılmalıdır.

Bilindiği üzere, bazı hallerde, gerek zararı doğuran eylem veya işlemin ne olduğu ve kim tarafından gerçekleştirildiği ve gerekse zararın kapsam ve miktarı aynı anda ve tam bir açıklıkla belirlenebilir. Böyle durumlarda, zarar görenin, uğradığı zararın varlığını, zarar verenin kim olduğunu, kapsam ve miktarının neden ibaret bulunduğunu öğrendiği andan itibaren zarar verenden bunun tazminini isteme hakkının doğacağı ve bu hakına ilişkin yasal zamanaşımı süresinin de o tarihte başlayacağı açıktır. Bu bağlamda herhangi bir eylemden doğan zararın tümü bir birlik teşkil eder, birbiriyle ilgisi olmayan bağımsız zararların bir toplamı olarak görünmez dolayısıyla, zararın kapsamı ve tutarının belli olmaması zamanaşımının başlamasına engel oluşturmaz. Başka bir ifadeyle, zararın öğrenilmesi onun kapsamının değil, varlığının öğrenilmesi anlamındadır, zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında bir dava açmaya, o davayı ciddi ve objektif bir şekilde desteklemeye, gerekçelerini göstermeye elverişli yeterli hal ve şartların öğrenilmesi, zararın öğrenilmiş sayılması için yeterlidir.

Buna karşılık, ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde sonradan değişme eğilimi gösteriyor, kısaca zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık, "gelişen durum" ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır. Böyle hallerde, zararın kapsamını belirleyecek husus gelişmekte olan bu durumdur ve bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olamayacağı için zama-

naşımı süresi bu gelişen durumun durduğunun veya ortadan kalktığına öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlayacaktır. Önemle belirtilmelidir ki, burada sözü edilen “gelişen durum” kavramı uygulamada çoğu kez yanlış anlaşıldığı şekilde, doğan zararın kapsamının zarar görence tam olarak öğrenilmesinin herhangi bir nedenle geciktiği (Örneğin, buna ilişkin bilirkişi raporunun geç alındığı) durumlara ilişkin olan, böylesi bir durumu ifade eden bir kavram değildir. Başka bir anlatımla, gelişen durum kavramı salt zarar doğuran işlem ya da eylemin sonuçlarının gelişmesini ve bu nedenle zarar görenin bu konularda bilgi sahibi olabilmesinin zorunlu olarak bu gelişmenin tamamlanacağı ana kadar gecikmesini ifade eder (Hukuk Genel Kurulu’nun 06.11.2002 gün ve 2002/4-882 E., 2002/874 K. sayılı kararı). Bu açıklamalar doğrultusunda somut olaya dönüldüğünde; gelişen bir durumun ya da müstakbel (gerçekleşecek-gelecek) bir zararın söz konusu olmadığı tüm dosya içeriğinden ve özellikle davacının maluliyetine ilişkin rapor ve belgelerden açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumda dava konusu iş kazasının gerçekleştiği 20.10.2001 tarihinden itibaren zamanaşımı süresinin hesaplanması gerekmektedir. Buradan varılacak sonuç itibarıyla davacı vekilinin 07.02.2013 tarihinde ıslah dilekçesiyle talep ettiği tazminat miktarları yönünden zamanaşımı gerçekleştiğinden bu talepleri yönünden reddine karar verilmesi gerekmektedir.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeleri sırasında, iş kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin davada Sosyal Güvenlik Kurumunun 13.11.2009, 16.03.2011 ve 14.03.2012 tarihli raporlarında sigortalının kontrol muayenesinin gerektiğinin belirtildiği, 12.09.2012 tarihli raporda ise sigortalının % 51 malul olduğuna ve kontrol muayenesi gerekmediğine dair ifadesinin yer alması sebebiyle davacının rahatsızlığına dair gelişen bir durumun söz konusu olduğu, 12.09.2012 tarihinde hastalık seyri için yani gelişiminin tamamlandığı ve bu nedenlerle zamanaşımının iş kazasının yaşandığı tarihten itibaren hesaplanamayacağı ileri sürülerek yerel mahkemenin direnme kararının onanması görüşü ileri sürülmüş ise de yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki görüş ayrılığına neden olan ve direnme kararına konu somut uyuşmazlığın niteliği itibarıyla, bu görüş kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Sonuç olarak, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasa aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı ...Ş. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 01.03.2017 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

ÖLÜM AYLIĞI

EŞİNDEN VE ANA VEYA BABASINDAN BAĞLANAN ÖLÜM AYLIĞI

ÖZET: Hem eşinden hem de ana veya babasından ölüm aylığına hak kazanan sigortalıya tercihine göre eşinden ya da ana veya babasından bağlanacak olan ölüm aylığı verilir.

Her iki ölüm aylığının bağlanması mümkün değildir.

Y. HGK., E. 2015/194, K. 2017/800, T. 19.4.2017

Taraflar arasındaki “tespit” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Manisa 3. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 27.12.2012 gün ve 2012/65 E., 2012/47 K. sayılı kararın temyizen incelenmesinin davalı Kurum vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 18.02.2014 gün ve 2013/1813 E., 2014/2580 K. sayılı kararı ile;

“...Davacı, 506 sayılı Yasa kapsamında bulunan kocasından almakta olduğu ölüm aylığının yanısıra ayrıca yine 506 sayılı Yasa kapsamında olan babasından dolayı da ölüm aylığı alabileceğinin tespitini ve babasından bağlanması gereken ölüm aylığına işleyecek yasal faiz hakkının saklı tutulmasına karar verilmesini istemiştir. Mahkeme davanın kabulüne karar vermiştir.

Uyuşmazlık; 506 sayılı Yasa kapsamında ölen eş ve babadan dolayı ayrı ayrı ölüm aylığı bağlanıp bağlanamayacağı noktasında toplanmaktadır. Davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasanın 68/VI. maddesi hükmüne göre, babasından ölüm aylığı alan kız çocuğunun evliliğin son bulması ile kocasından da aylık almaya hak kazanması halinde bu aylıklardan fazla olanı ödenecektir. Öte yandan, 506 Sayılı Yasaya 02.07.2005 tarih ve 5386 sayılı Yasayla eklenen geçici 91.madde hükmü, kız çocuklarına 06.08.2003 tarihinden önce bağlanan gelir ve aylıkların kendi çalışmaları dışında sosyal güvenlik kuruluşlarından gelir veya aylık almaları halinde kesilmeyeceği yönündedir.

506 sayılı Yasaya eklenen geçici 91. maddesi 506 sayılı Yasa'nın 68. maddesini yürürlükten kaldırmamıştır. 06.08.2003 tarihinden önce de yasal engel nedeniyle kız çocuklarına her iki aylığın bağlanması mümkün değildir. Geçici 91. maddede sözü edilen gelir ve aylıklar daha önce yasal engel bulunmaması nedeniyle iki ayrı sosyal güvenlik yasa-sı kapsamında bağlanan aylıklardır.

Mahkemenin 506 sayılı Yasanın 68. (5510 sayılı Yasanın 54/5) mad-delerini göz ardı ederek davanın reddi yerine yazılı şekilde hüküm kur-ması isabetsiz olup bozma nedenidir.O halde, davalı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozul-malıdır..."

gerekçesiyle oyçokluğuyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle ye-niden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiş-tir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra ge-reği görüldü: Dava, davacının 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı iken 26.11.2011 tarihinde vefat eden eşinden dolayı aldığı ölüm aylığının yanında ayrıca 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı iken 24.09.1991 tarihinde vefat eden babasından dolayı da ölüm aylığı bağlanması istemi-ne ilişkindir.

Davacı vekili müvekkilinin eşi Ahmet Muhtar Yanık'ın 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı iken 26.11.2011 tarihinde vefat ettiğini ve müvekki-linin talebi üzerine 01.12.2011 tarihinden itibaren 506 sayılı Kanun kap-samında ölüm aylığı bağlandığını, müvekkilinin babası Ömer Kindik'in 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı iken 24.09.1991 tarihinde vefat ettiğini, müvekkilinin babasından da ölüm aylığı alabilmek için Kuruma

yapmış olduğu 18.05.2012 tarihli başvurunun reddedildiğini, oysa müvekkilinin her iki ölüm aylığını da aynı anda alması gerektiğini ileri sürerek Kurum işleminin iptali ile müvekkiline babasından dolayı bağlanması gereken ölüm aylığına her bir aylığın ödenmesi gerektiği tarihten itibaren yasal faiziyle tahsil hakkının saklı tutulmasını talep etmiştir.

Davalı Kurum vekili 506 sayılı Kanunun 68. maddesi gereği davacıya aylık miktarı daha yüksek olan eşinden ölüm aylığı bağlandığını, 506 ve 5510 sayılı Kanunlar gereği davacıya her iki aylığın birlikte bağlanmasının mümkün olmadığını belirterek davanın reddinin gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece 506 sayılı Kanuna eklenen Geçici 91. madde gereği 06.08.2003 tarihinden önce ölen babasından dolayı hak sahibi olan davacının eşinden ölüm aylığı almakta olsa dahi evliliğinin ölüm sebebi ile son bulmasından sonra babasından da ölüm aylığı talep etme hakkının bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Yerel Mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar, davacı ... vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece önceki gerekçeler tekrarlanmak suretiyle direnme kararı verilmiştir. Direnme hükmü, davalı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacının 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı iken 26.11.2011 tarihinde vefat eden eşinden dolayı aldığı ölüm aylığının yanında ayrıca 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı iken 24.09.1991 tarihinde vefat eden babasından dolayı da ölüm aylığı alıp alamayacağı noktasında toplanmaktadır. Bilindiği üzere, sosyal güvenlik hakkı temel insan haklarından olup, uluslararası hukuk normları ile Anayasada güvence altına alınmıştır. Bireyleri toplum içinde iktisadi bakımdan desteklemeyi, muhtaçlığa düşmesini önlemeyi, sosyo – ekonomik ve fizyolojik risklerin sonuçlarına karşı korumayı hedef alan bir haktır. (K. Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, s.95).

Ölüm ise gerçekleşmesi mutlak, ancak ne zaman gerçekleşeceği bilinmeyen tipik bir sosyal güvenlik riskidir. (K. Arıcı, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, s.386). Bu risk hak sahibi konumunda olan dul eş ve yetim çocuk yönünden etkili olacaktır. Sigortalının ölümü ile birlikte sağ kalan hak sahibi aile bireyleri gelir kaybına uğrayacak bu nedenle sosyal güvenlik yönünden bir korumaya gereksinim duyacaklardır. İşte bu noktada ölüm sigortası ile risk altında olan hak sahiplerinin sosyal güvenlik hakları koruma altına alınmıştır.

Ancak Sosyal güvenlik hakkının kullanımı yasa ile sınırlanmış ve belirli koşulların varlığına bağlanmıştır. Sigortalının ölümü ile birlikte sosyal güvenlik hakları koruma altına alınan hak sahiplerinin de ölüm sigortasından yararlanabilmeleri için kanun koyucu tarafından belirli sınırlamalar getirilmiştir. İşte 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 54. maddesi de bu sınırlamalardan biridir. 5510 sayılı Kanununun 54. maddesi “Bu Kanuna göre bağlanacak aylık ve gelirlerin birleşmesi durumunda;

a) Uzun vadeli sigorta kollarından;

1) Hem malûllük hem de yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalıya, bu aylıklardan yüksek olanı, aylıklar eşitse yalnız yaşlılık aylığı,

2) Malûllük (Ek ibare fıkra: 17/04 /2008-5754 S.K./34.mad) vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı ile birlikte, ölen eşinden dolayı da aylığa hak kazanan sigortalıya her iki aylığı,

3) Ana ve babasından ayrı ayrı aylığa hak kazanan çocuklara, yüksek olan aylığın tamamı, az olan aylığın yarısı,

4) Birden fazla çocuğundan aylığa hak kazanan ana ve babaya en fazla ödemeye imkân veren ilk iki dosyadan yüksek olan aylığın tamamı, düşük olan aylığın yarısı, 5) (Değişik bend: 17/04/2008-5754 S.K./34.mad) Hem eşinden, hem de ana ve/veya babasından ölüm aylığına hak kazananlara, tercihine göre eşinden ya da ana ve/veya babasından bağlanacak aylığı,

6) (Ek bend: 17/04/2008-5754 S.K./34.mad) Bu Kanuna göre vazife malûllüğü aylığı almakta iken, tekrar sigortalı olanlardan hem vazife malûllüğüne hem de malûllük aylığına hak kazananlara bu aylıklardan yüksek olanı, aylıkları eşitse yalnızca vazife malûllüğü aylığı, bunlardan hem vazife malûllüğü hem de yaşlılık aylığına hak kazananlara, bu aylıkların her ikisi,

7) (Ek bend: 17/04/2008-5754 S.K./34.mad) Evliliğin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda sonraki eşinden de aylığa hak kazananlara tercih ettiği aylığı, bağlanır.b) Kısa vadeli sigorta kollarından;

1) Sürekli iş göremezlik geliriyle birlikte ölen eşinden dolayı da gelire hak kazanan eşe her iki geliri,

2) Ana ve babadan ayrı ayrı gelire hak kazananlara, yüksek olan gelirin tamamı, az olanın yarısı,

3) (Değişik bend: 17/04/2008-5754 S.K./34.mad) Birden fazla çocuğundan gelire hak kazanan ana ve babaya, en fazla ödemeye imkân veren ilk iki dosyadan yüksek olan gelirin tamamı, düşük olan gelirin yarısı,

4) (Değişik bend: 17/04/2008-5754 S.K./34.mad) Hem eşinden, hem de ana ve/veya babasından ölüm gelirine hak kazananlara, tercihinine göre eşinden ya da ana ve/veya babasından bağlanacak geliri,

5) (Ek bend: 17/04/2008-5754 S.K./34.mad) Evliliğin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda sonraki eşinden de gelire hak kazananlara tercih ettiği geliri, bağlanır.c) (Değişik bend: 17/04/2008-5754 S.K./34.mad) Malûllük, yaşlılık, ölüm sigortaları ve vazife malûllüğü ile iş **kazası** ve meslek hastalığı sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleşirse, sigortalıya veya hak sahibine bu aylık veya gelirlerden yüksek olanın tamamı, az olanın yarısı, eşitliği halinde ise iş **kazası** ve meslek hastalığından bağlanan gelirin tümü, malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığının yarısı bağlanır. Birinci fıkradaki sıralamaya göre yapılacak değerlendirmeler sonucunda, bir kişide ikiden fazla gelir veya aylık birleştiği takdirde, bu gelir ve aylıklardan en fazla ödemeye imkân veren iki dosya üzerinden gelir veya aylık bağlanır, diğer dosya veya dosyalardaki gelir ve aylık hakları durum değişikliği veya diğer bir dosyadan gelir veya aylığa hak kazanıldığı tarihe kadar düşer.” şeklinde düzenlenmiştir.

Somut olayda 506 sayılı Kanun kapsamında sigortalı iken davacının babasının 24.09.1991 tarihinde ve eşinin ise 26.11.2011 tarihinde vefat ettiği, davacının eşinin vefatının 01.10.2008 tarihinden sonra olması nedeniyle ölüm aylığına hak kazanma tarihi açısından 5510 sayılı Kanun'un 54. maddesi kapsamında değerlendirme yapılması gerekmektedir. 5510 sayılı Kanun'un 54. maddesinde hem eşinden, hem de ana ve/veya babasından ölüm gelirine hak kazananlara, tercihinine göre eşinden ya da ana ve/veya babasından gelir bağlanacağı açıkça düzenlenmiş olmakla davacıya hem eşinden hem babasından aynı anda ölüm aylığı bağlanması mümkün değildir.

Hal böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı ... vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 19.04.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SİGORTA SÖZLEŞMESİ • YETKİLİ MAHKEME BÖLGE MÜDÜRLÜĞÜ

ÖZET: Sigorta sözleşmesinden doğan dava yetki yönünden sigorta şirketinin bölge müdürlüğü-nün bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir.

Y. HGK., E. 2017/1110, K. 2017/860, T. 26.4.2017

Taraflar arasındaki “tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce “dava dilekçesinin yetkisizlik nedeni ile reddine” dair verilen 26.05.2011 gün ve 2011/115 E., 2011/259 K. sayılı kararın temyizden incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin 12.12.2012 gün ve 2011/13188 E., 2012/13953 K. sayılı kararı ile;

“...Davacı vekili, davacının yolcu olarak bulunduğu araç ile davalıların işleteni ve trafik sigortacısı olduğu aracın çarpışması sonucu müvekkilinin yaralandığını belirterek, şimdilik 1.000,00.-TL sürekli ve geçici çalışma gücü kaybı ve 20.000,00.-TL manevi tazminatın İzzet yönünden olay, sigorta şirketi yönünden 16.03.2011 temerrüt tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı ... vekili, yetki itirazında bulunarak davanın reddini savunmuştur.

Davalı Sigorta A.Ş. vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan kanıtlara göre; sigorta şirketlerinin bölge müdürlüklerinin şube niteliğinde olmadığı ve davalının ticari merkezinin İstanbul olduğu, kazanın vuku bulunduğu yerin ortak yetkili mahkeme olduğu gerekçesi ile dava dilekçesinin yetkisizlik nedeni ile reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Mahkemece, sigorta şirketlerinin bölge müdürlüklerinin şube niteliğinde olmadığı ve kazanın vuku bulunduğu yerin ortak yetkili mahkeme olduğu gerekçesiyle davalının yetki itirazının kabulüne karar verilmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesi ile ZMSS Genel Şartlarının C.7.maddesinde, motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davaların sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahke-

melerinden birinde açılabilceği gibi, kazanın vuku bulduğu yer mahkemesinde de açılabilceği düzenlenmiştir.

Somut olayda, kaza Safranbolu İlçesinde vuku bulmuş, sigorta poliçesi de Karabük İlinde tanzim edilmiştir. Davacı vekilinin davayı, sigortacının bir acenteden daha yetkili organı olan Orta Anadolu Bölge Müdürlüğünün bulunduğu Ankara'da açtığı gözetilerek yetki itirazının reddi ile işin esasına girilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir..."

gerekçesiyle oyçokluğu 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 kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava trafik kazasından kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece yetki itirazının kabulü ile dava dilekçesinin yetkisizlik nedeniyle reddine ve dosyanın Safranbolu Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiş, davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine hüküm, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yer alan gerekçelerle oyçokluğu ile bozulmuştur.

Mahkemece, yetkili olmayan bir mahkemenin yorum yoluyla yetkili sayılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle önceki kararında direnilmiştir. Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, trafik kazası sonucu yaralanma nedenine dayalı olarak sigorta şirketi aleyhine açılan tazminat davasında, sigorta şirketinin bölge müdürlüğünün bulunduğu yerin yetkili olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun görevli ve yetkili mahkemeyi düzenleyen 110. maddesinde motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davaların, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabilceği gibi kazanın vuku bulduğu yer mahkemesinde de açılabilceği düzenlenmiştir.

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası) Genel Şartlarının C.7 maddesinde de yetkili mahkemeler belirlenmiş, Kanundaki yetki kuralı aynen tekrar edilmiştir.

Sigorta Şirketleri ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmeliğın 10. maddesinde, şirketlerin bölge müdürlük-

leri ve şube açmak suretiyle yurt içinde teşkilatlanmasının, yurt dışında şube veya temsilcilik açması ilgili diğer mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla serbest olduğu, ancak bu şekilde faaliyete başlanmasını ve faaliyetin sona erdirilmesini müteakip bir ay içinde şirketçe Müsteşarlığa bildirimde bulunulması gerektiği düzenlenmiştir.

Mevcut bu düzenleme dikkate alındığında Sigorta Şirketleri ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esaslarına İlişkin Yönetmelik hükümleri uyarınca bölge müdürlüğü yapılanmasına izin verilmiş, genel müdürlük ile şube ve acenteler arasında bölge müdürlüğü adında bir yapılanmanın kurulabileceği kabul edilmiştir.

Somut olayda 14.02.2011 tarihinde meydana gelen trafik kazasında olay yeri Karabük-Safranbolu'dur. Zorunlu mali sorumluluk sigorta poliçesi plakalı araç sahibi ... ile F.Sigorta A.Ş (..... Sigorta A.Ş), Güneş Trafik Müşavirliği Ö..... adlı acente arasında düzenlenmiştir. Dosya içindeki poliçede yetki ile ilgili madde bulunmamaktadır. Davalı ...'nin yerleşim yeri Karabük-Safranbolu, davalı şirketin genel merkez adresi ise İstanbul'dur. Davacı vekili davayı, bölge müdürlüğünün bulunduğu yer olan Ankara'da açmıştır. Mahkeme kazanın meydana geldiği yer mahkemesinin ortak yetkili mahkeme olduğu gerekçesi ile yetkisizlik kararı vermiştir.

Mevcut bu durum karşısında merkez veya şubenin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemeleri, Kanun (2918 s. KTK) uyarınca yetkili kabul edildiğine göre, acente ve şubeyi denetleyen üst mercii olan, genel merkezin emir ve talimatı doğrultusunda çalışan ve yetkisi şubeye göre daha fazla olan bölge müdürlüğünün bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğunu kabul etmek gerekir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında 2918 s. KTK 110/2. maddesinde bölge müdürlüğünün yetkili olduğu yönünde bir düzenleme bulunmadığı, yorum yolu ile bu sonuca ulaşamayacağı, bu bakımdan direnme kararının onanması gerektiği ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Hal böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu açık olmak üzere 26.04.2017 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

İŞ KAZASI • KAZALIYA YAPILAN ÖDEMELER • HESAP YÖNTEMİ

ÖZET: İş kazasında tazminat ödemesinin yapıldığı tarihteki verilere göre hesaplanan gerçek tazminat ile ödenen miktar arasında açık oransızlığın bulunması halinde yapılan ödemenin makbuz olduğu kabul edilmelidir.

Bu durumda yapılan ödemenin gerçek tazminatı ne oranda karşıladığı tespit edilip, son verilere göre hesaplanan miktardan da bu oran kadar indirim yapılarak kazalıya ödenecek nihai tazminat miktarı tespit edilmelidir.

Y. HGK., E. 2015/142, K. 2017/896, T. 3.5.2017

Taraflar arasındaki “maddi ve manevi tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bursa 5. İş Mahkemesince kısmen kabulüne dair verilen 27.11.2013 gün ve 2011/608 E.-2013/932 K. sayılı kararın temyizen incelenmesinin davalı şirket vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 08.05.2014 gün ve 2014/2782 E., 2014/10354 K. sayılı kararı ile;

"...Dava 26/10/2009 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu %37,20 oranında sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi tazminat taleplerine ilişkindir.

Mahkemece; maddi tazminat talebinin kabulüne, manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya kapsamından, 05/01/2010 tarihli “makbuz ve ibraname” başlıklı belgede davacının 26/10/2009 tarihinde meydana gelen kaza neticesi yaralanma ve sakatlanması nedeniyle işveren ve yetkililer tarafından kaza tarihinden bu yana maddi ve manevi tazminatı olarak tarafına ödenen 50.000,00-TL karşılığında maddi ve manevi tazminat talebi olmadığını, hukuki ve cezai dava ve tüm taleplerinden vazgeçtiğini ve işveren şirketi ibra ettiğini açıkladığı, davacı tarafın belge altındaki imzanın davacıya ait olduğunu kabul ettiği, davacı ve davalı tarafın ibranamede yazılı bulunan 50.000,00-TL'nin ne kadarının maddi ve ne kadarının manevi tazminata ilişkin olduğuna dair beyanları bulunmadığı anlaşılmıştır.

Uyuşmazlık, ibranamede ödendiği bildirilen paranın ne kadarının maddi, ne kadarının manevi tazminata ilişkin olduğu noktasında toplanmaktadır.

Hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler, o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle, manevi tazminatın bölünmesi, bir kısmının dava konusu yapılması kalanın saklı tutulması olanağı yoktur. Niteliği itibariyle manevi tazminat bölünemez. Bir defada istenilmesi gerekir. Yargıtay ...K'nun 25.9.1996 gün ve 1996/21-397-637 karar ile 13.10.1999 gün ve 1999/21-684-818 sayılı kararı da bu doğrultudadır. Bu durumda davacının manevi zararına karşılık yapılan ödemeyi kabul ederek ibraname verdiği göz ardı edilerek manevi tazminat talebinin reddi yerine, manevi tazminatın bölünmeyeceği göz ardı edilerek yazılı şekilde manevi tazminata karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

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

Yapılacak iş, davacının manevi tazminat talebini reddetmek, davalı işveren tarafından davacıya yapılan ödemelerin ne kadarının maddi tazminat, ne kadarının da manevi tazminat karşılığı alındığını taraf-

lardan sormak, bildirilen maddi tazminat miktarını dikkate alarak, ödemenin yapıldığı tarihteki veriler esas alınarak davacının gerçek zararını saptamak, böylece tazmin edilecek miktar ile buna karşılık alınan meblağ arasında açık oransızlığın bulunup bulunmadığı denetlenmek, açık oransızlığın bulunması durumunda, ödenen miktarı "kısmi ifayı içeren makbuz" niteliğinde kabul etmek ve ödenen tutarın ödeme tarihindeki gerçek zararı hangi oranda karşıladığını saptamak, son verilere göre hesaplanan tazminat miktarından, yasal indirimler yapılmak suretiyle belirlenecek gerçek zarardan davacı tarafın ödeme yapılan tarihe göre zararının karşılandığı oranda indirim yapmak, daha sonra kalan miktara hükmetmek, açık oransızlığın bulunmadığının tespiti halinde ise maddi tazminat talebinin reddine karar vermek, hesaplama sonunda maddi zararın varlığı tesbit edilirse, verilen kararı davacının temyiz etmediği dikkate alınarak, davalı yönünden oluşan usuli kazanılmış hak durumu gözetilerek sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır..."

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı şirket vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 03.05.2017 gününde oybirliği ile karar verildi.

İŞE İADE • DÖRT AYLIK ÜCRETİN ÖDENMESİ İŞVERENİN İŞÇİYİ TEKRAR İŞE BAŞLATMAMASI

ÖZET: İşe iade davası sonrasında işçiyi tekrar işe başlamak için davet eden işveren şirket dört aylık boşa geçen süre ücretini ödemediğine göre, artık bu noktada işçinin işveren tarafından tekrar işe başlatılmadığı kabul edilmelidir.*

Y. HGK., E. 2015/9-1618, K. 2017/938, T. 10.5.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı,davalı iş yerinde çalışmakta iken iş akdinin 25/2-h maddesi gereğince feshedildiğini,fesih üzerine işe iade davası açtığını,işe iade davasında yapılan yargılama sonunda davanın kabulüne karar verildiğini ve kararın Yargıtay denetiminden geçerek onandığını,süresi içinde işe başlatılması başvurusu yaptığını,davalının işe başlatılacağını kendisine bildirmesine rağmen işe başlatmadığını,işe başlatmama üzerine ödenmesini gereken tazminatların eksik ödendiğini iddia ederek eksik ödenen kıdem ve ihbar tazminatları ile eksik ödenen boşa geçen süre ücreti ve yıllık izin ücreti ile hiç ödenmeyen iş güvencesi tazminatını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı,davacı işçinin işe davet edilmesine rağmen işe gelmediğini,eksik ödemenin söz konusu olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak,davacının işe başlamak için yaptığı başvuruda samimi olmadığı,esasen bir yıllık brüt ücreti tutarındaki iş güvencesi tazminatına kavuşmayı amaçladığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

D) Kararı Davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

İşe iade davası sonunda işçinin başvurusu, işverenin işe başlatmaması ve buna bağlı olarak işe başlatmama tazminatı ile boşa geçen süreye ait ücret, ihbar ve kıdem tazminatı konularında taraflar arasın-

9* Gönderen: Av. Orhan Rüzgar, Bursa Barosu

da uyumsuzluk bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 21 inci maddesinin beşinci fıkrasına göre, işçi kesinleşen mahkeme kararının kendisine tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. Aksi halde işverence yapılan fesih geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur.

Yasada işçinin şahsen başvurması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. İşçi, işe başlatılma konusundaki iradesini bizzat işverene iletebileceği gibi vekili ya da üyesi olduğu sendika aracılığı ile de ulaştırabilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen görüşü bu yöndedir (Yargıtay HGK 17.6.2009 gün ve 2009/9232E, 2009/278K.).

İşveren işe iade için başvuran işçiyi (1) ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde en az dört, en fazla sekiz aylık ücret tutarında belirlenen iş güvencesi tazminatı ile boşta geçen süreye ait en çok dört aya kadar ücret ve diğer hakları işçiye ödemek zorundadır. İşçinin işe iade yönündeki başvurusu samimi olmalıdır. İşçinin gerçekte işe başlamak niyeti olmadığı halde, işe iade davasının sonuçlarından yararlanmak için yapmış olduğu başvuru geçerli bir işe iade başvurusu olarak değerlendirilemez. İşçinin süresi içinde işe iade yönünde başvurusunun ardından, işverenin daveti üzerine işe başlamamış olması halinde, işçinin gerçek amacının işe başlamak olmadığı kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla, işçi işverene hiç başvurmamış gibi sonuca gidilmelidir. Bu durumda işverence yapılan fesih, 4857 sayılı Yasanın 21 inci maddesinin beşinci fıkrasına göre geçerli bir feshin sonuçlarını doğurur. Bunun sonucu olarak da, işe iade davasında karara bağlanan işe başlatılmama tazminatı ile boşta geçen süreye ait ücret ve diğer hakların talebi mümkün olmaz. Ancak, geçerli sayılan feshe bağlı olarak işçiye ihbar ve koşulları oluşmuşsa kıdem tazminatı ödenmelidir (Yargıtay 9.HD. 14.10.2008 gün 2008/29383 E, 2008/27243 K.).

Somut olayda;davalı işveren tarafından işe davet edilmesine rağmen davacının işe gelmediği savunulmuş ve mahkemece de davacı işçinin işe başlamakta samimi olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmişse de,davalının hem davacı işçinin işe davet edilmesine rağmen işe gelmediği yönündeki savunmada bulunması hem de kendi beyanlarından ve dosya içindeki belgelerden davacı işçiye işe başlatılmama sonucu ödenen boşta geçen süre ücretini de ödediği anlaşıldığından davacının usulüne uygun olarak işe başlatılma başvurusu yaptığı buna karşılık davalı işveren tarafından işe başlatılmadığı anlaşıldığından

dan mahkemece hatalı değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...”

gereğesiyle karar bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 10.05.2017 gününde oybirliği ile karar verildi.

KATILMA ALACAĞI • ON YILLIK ZAMANAŞIMI SÜRESİ

ÖZET: Tarafların 29.08.1984 tarihinde evlendikleri, uyuşmazlığın 01.01.2002 tarihinden sonra edinilen mallar nedeniyle katılma alacağına ilişkin olduğu, 21.07.2006 tarihinde açılan boşanma davasının kabul edilerek 20.01.2009 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Buna göre, ıslah tarihi olan 19.10.2011 tarihi itibarıyla Kanunda öngörülen on yıllık zamanaşımı süresinin geçmediği kabul edilmelidir.

Y. HGK E: 2016/1061 K: 2016/959 T.05.10.2016

“...Davacı ... vekili, evlilik birliği içerisinde 2002 sonrası edinildiğini açıkladığı araç, taşınmazlar ve banka hesabındaki para ile ilgili edinilmiş mallara katılma rejimi gereği öncelikle taşınmazlara ait tapu, araca ait trafik kaydının iptali ile yarı hisselerinin davacı adına tesci-

line, banka hesabındaki paranın yarısının davacıya verilmesine, tescil mümkün olmadığı takdirde katkı payı, katılma alacağı, değer artış payına ilişkin olarak fazla hakları saklı kalmak üzere şimdilik 400.000 TL'nin dava tarihinden işleyecek yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiş, 19.10.2011 tarihinde harcını da yatırdığı dilekçesi ile isteğini 1.181.894 TL şeklinde ıslah etmiştir. Davalı ... Yılmaz vekili, taraflar arasındaki evlilik birliğinin ilk boşanma davasının açıldığı 14.10.2003 tarihinde sona erdiğini, bu tarih sonrası alınan taşınmazların ve 1.1.2002 öncesi alınan taşınmazların tasfiyeye girmeyeceğini, davacının kötüniyetli olduğunu, boşanma sonrası son olarak vekil edeninin 600.000 TL değerindeki Bostancı'da 1352 ada 148 parseldeki 5.kat 9 nolu meskeni davacıya bedelsiz devrettiğini, davacının alacağı kalmadığını, devredilen dairenin katılma alacağından daha yüksek bedelde olduğunu açıklayarak davanın reddine karar verilmesini savunmuş, ıslaha karşı cevabında ise ıslah tarihi itibarıyla 1 yıllık zaman aşımının geçtiğini ileri sürmüştür.

Mahkemece, davanın kısmen kabul kısmen reddi ile edinilmiş mallar değerinin toplam 1.223.389,29 TL değerinin yarısı olan 611.695 TL'nin karar tarihinden itibaren yürütülecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, fazlaya dair istemin reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, kabul edilen kısım yönünden davalı vekili, reddedilen kısım yönünden katılma yolu ile davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflar 29.8.1984 tarihinde evlenmiş, 21.7.2006 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün 20.1.2009 tarihinde kesinleşmesiyle, mal rejimi sona ermiştir (TMK.nun 225/2.m.). Sözleşmeyle başka mal rejimi seçilmediğinden, eşler arasında 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı (TKM.nin 170.m.), bu tarihten mal rejiminin sona erdiği boşanma davasının açıldığı tarihe kadar ise yasal edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir (TMK.nun 202, 4722 s.y.nun 10.m.).

Öncelikle davalı tarafından taraflar arasındaki mal rejiminin ilk boşanma davasının açıldığı tarih itibarıyla sona erdiği iddia edilmekte ise de dosya arasına getirilen dosyalar incelendiğinde, davacısı Mehtap olan 14.10.2003 tarihinde açılan boşanma davasında Kadıköy 1. Aile Mahkemesinin 30.6.2005 tarih 2003/1077 Esas 2005/657 Karar sayılı ilamı ile tarafların boşanmalarına hükmedilmişse de bu hükmün temyiz ve karar düzeltme aşamaları sırasında davacı ... tarafından davadan feragat edildiği ve bu feragat dikkate alınarak aynı mahkemenin 18.5.2006 tarihli ek kararı ile davacının davasının reddedildiği anlaşılmaktadır. Feragat kesin hükmün sonuçlarını doğurduğuna ve ilk açılan

boşanma davası da redle sonuçlandığına göre artık taraflar arasındaki mal rejiminin bu davanın açıldığı tarihte sona erdiğinden sözedilemez. Reddedilen dava sonrası 21.7.2006 tarihinde bu kez davacı Adnan olan davada yapılan yargılama neticesi Kadıköy 2. Aile Mahkemesinin 3.5.2007 tarih 2006/834 Esas 2007/325 Karar sayılı ilamı ile tarafların boşanmalarına karar verildiğine, bu karar Yargıtay incelemesinden de geçerek 20.1.2009 tarihinde kesinleştiğine göre taraflar arasındaki mal rejiminin 21.7.2006 tarihinde sona erdiğinin kabul edilmesi doğru olmuştur.

Evlilik içinde 01.01.2002 tarihi sonrası eşlerden biri adına edinilen mal varlığı üzerinde diğer eşin yasadan kaynaklanan artık değer yarısı oranında katılma alacağı isteme imkanı bulunmaktadır (TMK.nun 231, 236/1.m.). TMK.nun 222. maddesi gereğince, belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Bir eşin bütün mallarının aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal olarak kabul edilmesi gerekir. Katılma alacağı bakımından talepte bulunan eşin çalışıp çalışmaması veya herhangi bir katkıda bulunup bulunmamasının bir önemi de yoktur. Katılma alacağı yasadan kaynaklanmaktadır. Bu tür davalarda, eklenecek değerlerden (TMK.m.229) ve denkleştirmeden (TMK.m.230) elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere edinilmiş malın (TMK.m.219) toplam değerinden mala ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan artık değer (TMK.m.231) yarısı üzerinden (TMK.m.236/1) tarafların kazanılmış hakları da dikkate alınarak katılma alacağının hesaplanması gerekir. Mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar bu durumları ile tasfiyeye konu edilir. (TMK.nun 231/1 m.). Söz konusu mal varlıklarının devredilmesi durumunda ise devredildiği tarih esas alınarak hesaplama yapılır (TMK.nun 235/son m.)

Davada istek katılma alacağı niteliğinde olup, mahkemece dava konusu taşınmazlara ait tedavülli tapu kayıtları getirilmiş, davalı tarafından ne şekilde hangi tarihte edinildikleri ayrı ayrı belirlenmiş, tasfiye bakımından hangi mal rejimine tabi oldukları da gözetilerek usulüne uygun alınan bilirkişi raporları doğrultusunda yazılı şekilde hüküm kurulmuştur. Dosya arasındaki tapu kayıtları ve diğer belgeler incelendiğinde, her ne kadar kararda 282 ada 1 parsel 283 ada 1 parsel olarak yazılarak buradan edinilmiş mala gelecek değer hükmün 9 numaralı bendindeki red kısmında hata yapılmış, yine gerçek değeri 10.000 TL olduğu halde 1528 ada 8 parseldeki 8 nolu dairenin değeri olarak yanlışlıkla 1506 parseldeki 6 nolu dairenin değeri 75.000 TL dikkate alınmışsa da bu hususlar bilirkişi raporlarındaki değerler karşısında

maddi hata olarak kabul edilerek bozma yapılmasına gerek görülmemiş, usulüne uygun gerekçeli ve denetime elverişli bilirkişi raporları karşısında tasfiyeye girmesi gereken artık değerın 1.292.789,29 TL ve davacının bu artık değerın yarısı olarak katılma alacağıın 646.394,64 TL olduğu hesaplanmıştır. Mahkemece hükmedilen değer ise 611.695 TL'dir. Diğer yandan 1.1.2002 öncesi edinilen kişisel mal niteliğindeki bir kısım taşınmazın 1.1.2002 tarihi sonrası müteahhide verilerek kat karşılığı edinilen daireler kişisel mal yerine geçen ve ikame niteliğindeki kişisel mal olduklarından edinilmiş mal içerisinde değerlendirilmemiş olması da yerindedir. Davalı taraf, boşanma sonrası davacıya bedelsiz verdiğini iddia ettiği taşınmaz sebebiyle davacının katılma alacağı hakkı kalmadığını savunmuş ise de bu hususta tek başına soyut müşterek çocuğun beyanı yeterli olmayıp, ispatlanamayan savunmaya itibar edilmemesi de doğrudur. Davacının dava dilekçesinden sonra verdiği 23.3.2010 tarihli dilekçesi de ıslah niteliğindeki olmayıp, ıslahın harcı da yatırılan 19.10.2011 tarihinde yapıldığında da tereddüt etmemek gerekir. Bu açıklamalar karşısında dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verildiğine ve takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına, bu tür davalarda fedakarlığın denkleştirilmesi ve hakkaniyet kuralının da gözetilmesi gerektiğine, mahkemece dikkate alınan bilirkişi raporlarında gerek değer gerek hesaplama yöntemi bakımından usul ve yasaya aykırı bir durum bulunmadığına, edinilmiş mal olarak değerlendirmeye giren mal varlığında da az yukarıdaki maddi hatalar dışında bir hata yapılmadığına, usule uygun bilirkişi raporları göz önünde bulundurularak davacının katılma alacağı belirlendiğine göre davalı vekilinin aşağıda yazılı husus dışındaki diğer tüm temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddine,

Ancak; davacı vekili, dava dilekçesinde isteğini 400.000 TL olarak açıklamış, fazla haklarını saklı tutmuş, 19.10.2011 tarihli dilekçesi ile de isteğini 1.181.894 TL olarak ıslah etmiştir. Davalı vekili bu ıslah isteğine karşı süresinde zamanaşımı definde bulunarak 1 yıllık zamanaşımının geçtiğini savunmuş, davacı vekili ise zamanaşımının 10 yıl olduğunu ileri sürmüştür. Uyuşmazlık, davacının katılma alacağı talebi bakımından zamanaşımı süresinin 1 yıl olarak uygulanıp uygulanamayacağı hususunda toplanmaktadır. 743 sayılı TKM.nin yürürlükte bulunduğu dönemde mal ayrılığı rejimi söz konusu idi. Mal ayrılığı rejimi için 743 sayılı TKM. de mal rejimi konusunda herhangi bir zamanaşımı süresi öngörülmemişti. Ancak, 743 sayılı TKM.nin Borçların Umumi Kaideleri başlığını taşıyan 5. (4721 sayılı TMK. m.5) maddesinin

de, "Akitlerin in'ikadına ve hükümlerine ve sükutu sebeplerine taalluk edip borçlar kısmında beyan olunan umumi kaideler, medeni hukukun diğer kısımlarında dahi caridir" amir hükmüne yer verilmiştir. Bu durum karşısında anılan madde gereğince BK.nun zamanaşımına ilişkin uygun düşen hükmünün mal rejimleri konusunda da uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bu durum karşısında, TKM.nin 5. maddesinin yollamasıyla mal ayrılığı rejimi dönemi bakımından BK.nun 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresi uygun düşmektedir. BK.nun 125. maddesinde; "Bu kanunda başka suretle hüküm mevcut olmadığı taktirde her dava 10 senelik mürur zamana tabidir", denilmiştir. Madde metninde sözü edilen "her dava" sözcüğü her alacak olarak değerlendirilmektedir. Aynı Kanununun 132/1-3 nolu bendinde ise, "Nikah devam ettiği müddetçe karı kocadan birinin diğerinin zimmetinde olan alacakları hakkında zamanaşımı işlemez" hükmüne yer verilmiştir.

4721 sayılı TMK.nunda ise, zamanaşımına ilişkin hüküm yer almaktadır. Anılan Kanununun 178. maddesinde; "Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar" denilmiştir. Maddenin birinci bölümünden de açıkça anlaşılacağı üzere "evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları..." denilmektedir. Bu hükmün sadece boşanmanın ferî niteliğinde bulunan nafaka, maddi ve manevi tazminat ile benzeri hakları kapsadığını söylemek güçtür. Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları ibaresinin aynı zamanda edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan katılma alacağı ve değer artış payını da kapsadığı düşünülmektedir. Halihazırda Daire uygulaması bu yöndedir. 743 sayılı TKM.nun 170. maddesi uyarınca mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde katkı payı alacağına yönelik tüm davalar sözleşme olsun veya olmasın 743 sayılı TKM.nin (4721 sayılı TMK.nun) 5. maddesinin yollamasıyla BK.nun 125. maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımına tabidir. TMK.nun 225/1. maddesi uyarınca mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona ermiş (ki başka bir mal rejiminin kabulü halinde sözleşme söz konusu olur) ya da aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince mahkemece evliliğin iptaline karar verilmesi hallerinde de 4721 sayılı TMK.nun 5. maddesinin yollamasıyla BK.nun 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zamanaşımı uygulanmaktadır. 01.01.2002 tarihinden sonra eşler arasında mal rejimi konusunda yapılmış bir sözleşme söz konusu ise, yine 10 yıllık zamanaşımı uygulanacaktır. TMK.nun 225/2. fıkrasında; "Mahkemece evliliğin (...) boşanma sebebiyle sona ermesi..." halinde katılma alacağı bakımından TMK.

nun 178. maddesinde yer alan bir yıllık zamanaşımının uygulanacağı Dairece kabul edilmektedir. Daha önce mal rejimine ilişkin davaların görüldüğü Yüksek Yargıtay 2. Hukuk Dairesinde de; 4721 sayılı TMK.nun 231. maddesine dayalı katılma alacağı konusundaki kararlar oy-çokluğuyla verilmiştir. Çoğunluk; TMK.nun 5. maddesi yollamasıyla bu mal rejiminde BK.nun 125. maddesinde yer alan 10 yıllık, azınlık ise; TMK.nun 178. maddesindeki bir yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasını benimsemiştir (2.H.D. 05.02.2007 T. ve 9383/1228 E/K).

Mal rejimleri konusunda on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasının gerektiği görüşünü savunanlar; TMK.nun 178. maddesinin TMK.nun boşanma kısmında yer aldığı, bu nedenle sadece boşanmanın eki niteliğinde bulunan davalar hakkında uygulanması gerektiği, mal rejimleri konusunda uygulanmasının mümkün olmadığı, maddenin kanunda yer alış biçiminin de buna engel olduğu gerekçesine dayanmaktadır. Kanun sistematığına göre gerçekten TMK.nun 178. maddesi boşanma kısmında yer almaktadır. Ne var ki, TMK.nun 158 ve 179. maddeleri de aynı bölümde yer almakta olup, TMK.nun 158/2. fıkrasında; “Eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka ve soyadı hakkında boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır”, Mal Rejiminin Tasfiyesi başlığını taşıyan 179. maddesinde de, “mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı olduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır” denilmektedir. O taktirde bu maddelerin yer alış biçimine hangi gerekçe gösterilmelidir. Buna benzer bir çok hüküm bulmak mümkündür. O halde bu gerekçe tek başına on yıllık zamanaşımının uygulanmasının gerekçesi olamaz. Ancak, tali bir gerekçe olarak değerlendirilebilir. Bundan ayrı, istek sahibi için çok zorunlu ve yaşamsal bir değer taşıyan, aynı zamanda boşanmanın fer’i niteliğinde olan nafaka, maddi ve manevi tazminat davaları ve benzerleri bakımından daha kısa süre olan bir yıllık, mal rejimi bakımından ise oldukça uzun bir süre sayılan on yıllık zamanaşımının kabulünün bir çelişki oluşturacağı açıktır.

Yargıtay ve Daire uygulaması gereğince uygulanması gereken zamanaşımı süresi boşanma hükmünün kesinleştiği tarihten itibaren başlar. Bugünkü koşullarda bir boşanma davasının temyiz süreci de dahil en az 4-6 yıl sürdüğü bilinmektedir. Kesinleşmeden itibaren on yıllık sürenin son yılı ya da gününde mal rejimine ilişkin davanın açıldığı da gözönünde tutulduğunda sosyal problemin asgari 15 – 20 yıla taşınacağı da bir gerçektir. Bir yıllık zamanaşımı süresinin çok kısa olduğu ancak, on yıllık zamanaşımı süresinin ise çok uzun olduğu ve sosyal problemi uzun süre ayakta tuttuğu ve başka sosyal problemlere de yol açtığı ya da açacağı gözardı edilemez.

Mal rejimine ilişkin zamanaşımı konusunda doktrinde de tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Çoğunluk görüşünü benimseyenler; farklı açılardan olayı değerlendirmekle birlikte on yıllık zamanaşımının uygulanacağını savunmaktadırlar. Azınlık ise; olayda bir yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiğini ileri sürmekteler. Yani TMK.nun 178. maddesinin uygulama olanağının bulunmadığını ileri sürenler iki gerekçeye dayanmaktadırlar. Birincisi sözü edilen madde TMK.nun mal rejimleri bölümünde değil, kanunun sistematığı açısından TMK.nun boşanma kısmında yer almaktadır. İkincisi ise, TMK'nun 178. maddesi boşanmanın eki niteliğinde bulunan nafaka, maddi ve manevi tazminatlarla ilgili olup bunlar hakkında uygulanır. Mal rejimine ilişkin davalar ise boşanmanın eki (fer'i) niteliğinde davalar olmadığını söylemekteler. Konunun çok tartışmalı olduğu ve henüz bir birlikteliğin gerek doktrinde ve gerekse uygulamada sağlanamadığı görülmektedir.

Taraflar arasında görülen boşanma davasının kesinleştiği 20.1.2009 tarihinden ıslah dilekçesinin tarihi olan 19.10.2011 tarihine kadar TMK.nun 178. maddesinde düzenlenen 1 yıllık zamanaşımı süresi geçmiş bulunduğu ve davalı vekili ıslah dilekçesi ile talep edilen katılma alacağı miktarına karşı süresi içerisinde zamanaşımı definde bulunduğu göre, davacı vekilinin dava konusu ettiği mal varlığına ilişkin katılma alacağı miktarı ıslahla artırılan miktar yönünden zamanaşımına uğramış olup, mahkemece dava dilekçesindeki istek dikkate alınarak 400.000 TL katılma alacağı yönünden kabule, ıslahla artırılan 781.894 TL istek bakımından ise zamanaşımı dikkate alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken ıslahla artırılan kısım da dikkate alınarak yazılı şekilde 611.695 TL katılma alacağına karar verilmiş olması doğru olmamıştır. Davalı vekilinin temyiz itirazları aleyhine hükmedilen katılma alacağının ıslahla artırılan bölümü açısından yerindedir.

Davacı vekili ise katılma yolu ile temyizinde, mahkemece hükmedilen alacak miktarının düşük olduğunu belirterek reddedilen bölümle ilgili temyize gelmiş, zamanaşımının ise 10 yıl olarak uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Az yukarıda ayrıntıları ile açıklandığı üzere zamanaşımının 1 yıl olarak uygulanması gerektiğine, mahkeme kararı davalı temyizi doğrultusunda bozulduğuna göre davacının reddedilen bölümle ilgili temyiz isteğinin incelenmesine gerek bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin zamanaşımı ile ilgili temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddine, davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde görüldüğünden kabulü ile usul ve kanuna aykırı ,...

”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 görüldü:

Dava; boşanan eşler arasında katılma alacağı istemine ilişkindir.

Mahkemenin, ıslah edilen miktarı üzerinden davanın kısmen kabulüne dair verdiği karar, taraf vekillerinin temyizi üzerine, Özel Daire’ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 17.04.2013 gün ve 2013/8-375 Esas, 2013/520 Karar sayılı kararı ile katılma alacağı ile ilgili davalarda öngörülen zamanaşımı süresinin on yıl olarak belirlendiği gerekçesiyle önceki hükümde direnilmiştir.

Kararı, davalı ... vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu’nun önüne gelen uyuşmazlık; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun yürürlüğünden sonra edinilen **mal-lar** konusunda, evlilik birliğinin boşanma ile sonuçlanması halinde, eşler arasında katılma alacağına ilişkin davalarda zamanaşımı süresinin TMK’nın 178. maddesi uyarınca bir yıl mı, yoksa aynı Kanunun 5. maddesi yollaması ile Türk Borçlar Kanununun 146. maddesi (818 sayılı BK m. 125) uyarınca on yıl mı olduğu; varılacak sonuca göre, davada ıslah edilen kısmın zamanaşımına uğrayıp uğramadığı noktasında toplanmaktadır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında işin esasının incelenmesinden önce, yerel mahkemenin ilk kararından ve Özel Dairenin bozma ilamından sonra, benzer bir dava dosyasında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 17.04.2013 gün ve 2013/8-375 E., 2013/520 K. sayılı kararı ile katılma alacağı davalarındaki zamanaşımı süresinin 10 yıl olarak belirlendiği gerekçesiyle verdiği direnme kararının, ilk hükmün gerekçesinde yer almayan yeni bir olguya dayalı yeni bir hüküm niteliğinde olup olmadığı, dolayısıyla temyiz incelemesinin Hukuk Genel Kurulunca mı, yoksa Özel Dairece mi yapılması gerektiği hususu ön sorun olarak tartışılmış, Kurul çoğunluğu tarafından bozma kararından sonra mahkemece yeni bir delilin incelenmediği, mahkemenin gerekçesini güçlendirmek amacıyla sırf benzer mahiyetteki davalar nedeniyle verilen Yargıtay kararlarına atıf yapmış olmasının yeni hüküm niteliğinde olmadığı ve ön soru-

nun bulunmadığı oyçokluğuyla kabul edilerek işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

Taraflar arasında uygulanacak mal rejiminin niteliği konusunda Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında bir çekişme bulunmamaktadır. Çekişme; evlilik birliğinin boşanmayla sonuçlanması halinde, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen mallar için, katılma alacağı hakkında uygulanacak zamanaşımı süresine ilişkindir.

Bilindiği üzere, 01.01.2002 tarihinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) yürürlüğü girmiş ve “edinilmiş mallara katılma” rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Anılan mal rejiminde, eşler arasındaki dayanışmanın bir gereği olarak, evlilik birliği içinde edinilmiş mallar üzerinde diğer eşe bir alacak hakkı tanınmıştır. Öğretide “katılma alacağı” olarak adlandırılan bu alacak “edinilmiş mallara katılma” rejimine ilişkin bir kavram olup, TMK’nın 231 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda, yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminde, katılma alacağına özgü olarak bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. (KILIÇOĞLU, Ahmet: “Katılma Alacağına Zamanaşımı”, Fırat Öztan’a Armağan, C. I, Ankara 2010, s. 1289; ACAR, Faruk: Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, 3.B, Ankara 2012, s. 275; SONSUZUĞLU, Elif: Medeni Kanun’da Mal Rejimi Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri, İstanbul 2006, s. 50; ..., Ali İhsan: Mal Rejimleri, 5. B. Ankara 2008, s. 82).

Ne var ki, anılan husus öğretide tartışmalı olduğu gibi, Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında da azınlıkta kalan bir kısım üyeler tarafından TMK’nın 178. maddesindeki bir yıllık zamanaşımı süresinin bu davalarda uygulanması gerektiği, keza anılan yasa maddesinde evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava haklarının, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağına çok açık bir şekilde düzenlendiği, bu düzenlemenin sırf boşanmanın fer’i niteliğindeki nafaka, maddi - manevi tazminat gibi hakları değil, boşanma sebebiyle doğan tüm dava haklarını kapsadığı görüşü belirtilmiş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğunca kabul edilmemiştir. Katılma alacağının niteliği itibarıyla, eşler arasında bir alacak olduğu ve dolayısıyla boşanmanın bir fer’i olmadığı (CEYLAN, Ebru: Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006; s. 68; KILIÇOĞLU, s. 1292); “evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan bir dava” da olmadığı, kaldı ki edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin boşanmanın değil mal rejiminin sona ermesinin bir sonucu olduğu kabul edilmektedir (DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Al-

per: Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 391). Zira boşanmanın fer'ileri; boşanma davası ile birlikte veya ayrı olarak açılan maddi - manevi tazminat (TMK m. 174/1-2) ve nafaka (TMK m. 175) gibi hususlardır. Belirtmek gerekir ki; TMK m. 178'in salt boşanmanın fer'î niteliğindeki tazminat ve nafakayı kapsadığı madde gerekçesinde açıkça vurgulanmıştır.

Öğretide, mal rejimlerinden doğan davaların boşanmanın fer'î olmadığı kabul edilmekle birlikte; mal rejiminin tasfiyesinin aile hukukunun bir parçası olduğu, bu nedenle katılma alacağı davalarında, zamanaşımı süresinin TMK. m. 178'e göre belirlenmesinin isabetli olacağı da savunulmaktadır (ACAR, s. 284; ..., s. 82). Bu düşünce tarzının, esasen bir kıyas olmayıp, genişletici bir yorum olduğu ileri sürülse de maddenin Kanun sistematigi içinde bulunduğu yer nazara alındığında, bu fikir zamanaşımında kıyas yasağına takılacaktır.

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu sistematigi incelendiğinde; 178. maddenin, Kanunun "İkinci Kitap, Birinci Kısım, İkinci Bölüm-Boşanma" düzenlemesi içinde, "Boşanmada tazminat ve nafaka" kenar başlığı altında yer aldığı görülür. Katılma alacağı ise TMK, "İkinci Kitap, Birinci Kısım, Dördüncü Bölüm- Eşler Arasındaki Mal Rejimi" düzenlemesi kapsamında (TMK m. 231 vd.) yer almaktadır.

Mal rejiminin "boşanma" dışındaki sebeplerle sona ermesi halinde, katılma alacağında uygulanacak zamanaşımı süresinin TBK'nun 146. maddesindeki düzenleme uyarınca on yıl olacağı genel kabul gören bir husustur. Özel Daire'nin yukarıya metni alınan kararında da, mal rejiminin boşanma dışındaki sebeplerle, yani eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulü ya da aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince mahkemece evliliğin iptaline karar verilmesi hallerinde 4721 sayılı TMK'nın 5. maddesi yollamasıyla TBK'nun 146. maddesindeki on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı kabul edilmektedir.

Mal rejiminin boşanma nedeniyle sona ermesi halindeki zamanaşımı süresini, salt TMK'nın 178. maddesindeki "evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları" ifadesine dayandırmak kanun koyucunun amacına da uygun düşmez. Zira, kanun koyucu mal rejimleri için ayrı ve özel bir zamanaşımı süresi öngörmek isteseydi, bunu ayrıca düzenler ve salt boşanma ile sınırlı olarak değil de mal rejiminin diğer sona erme halleri (TMK m. 225) için de öngörürdü (KILIÇOĞLU, s. 1292). Şu halde katılma alacağında zamanaşımı süresinin TMK'nın 178. Maddesi uyarınca belirlenmesine imkân bulunmamaktadır.

Katılma alacağı Kanundan doğan bir (parasal) alacak hakkı olup, doğumyla birlikte temlik edilebilir, haczedilebilir ve rehnedilebilir (AKIN-

TÜRK, Turgut/ATEŞ Karaman, Derya: Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku, C. 2, 14. B., İstanbul 2012, s. 174; ZEYTİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 2. B, Ankara 2008, s. 234; YETİK, Nurten: Boşanma, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, 3. B, Ankara 2008, s. 128; KIRMIZI, Mustafa: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu, İstanbul 2012, s. 245; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 380).

Katılma alacağının bu niteliği nedeniyle, TMK m. 5 yollaması ile Borçlar Kanunu genel hükümlerinin bu alacak bakımından da uygulanacağı açıktır. (ŞİPKA, Şükran: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde, Tasfiyeyi ve Katılma Alacağını Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri”, Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 843)

6098 sayılı TBK'nun 146 maddesinde “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir” düzenlemesi yer almakta olup, katılma alacağında zamanaşımı süresi TBK m. 146 (mülga 818 sayılı BK m. 125) uyarınca on (10) yıl olarak uygulanmalıdır (Dural/Öğüz/Gümüş, s. 391; Şipka, s. 846; Kılıçoğlu, s. 1294).

Nitekim, aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 17.04.2013 gün ve 2013/8-375 E., 2013/520 K., 12.06.2013 gün ve 2013/8-1013 E., 2013/816 K. sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Eldeki olaya gelince; tarafların 29.08.1984 tarihinde evlendikleri, uyumsuzluğun 01.01.2002 tarihinden sonra edinilen mallar nedeniyle katılma alacağına ilişkin olduğu, 21.07.2006 tarihinde açılan boşanma davasının kabul edilerek 20.01.2009 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. Buna göre, ıslah tarihi olan 19.10.2011 tarihi itibarıyla Kanunda öngörülen on yıllık zamanaşımı süresinin geçmediği kabul edilmelidir. Hal böyle olunca, Özel Dairenin, davacının katılma alacağına ilişkin ıslahın bir yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu yönündeki bozma kararına, yerel mahkemece direnilmiş olması yukarıdaki açıklamalar nedeniyle yerinde olup onanmalıdır.

Ne var ki, Özel Dairece bozma kapsamında kalan işin esasına yönelik diğer temyiz itirazları, hükmün zamanaşımı süresi yönünden bozulması nedeniyle incelenmemiş olduğundan, diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daire'ye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, direnme uygun bulunduğundan davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın 8. HUKUK DAİRESİNE gönderilmesine, 05.10.2016 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

ISLAH • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: Somut olayda olduğu gibi, haksız fiil niteliğinde bir olgudan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemleri ayrı dava konularıdır. Maddi tazminat istemli açılan davaya ayrı bir dava konusu olan manevi tazminat isteminin ıslah yolu ile dahil edilmesi mümkün olmayacaktır. *

Y. HGK. E: 2014/4-1193 K: 2016/800 T. 15.06.2016

Taraflar arasındaki “tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 28.02.2012 gün ve 2004/131 E. 2012/101 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 09.05.2013 gün ve 2012/8884 E. 2013/8433 K. sayılı ilamıyla;

“1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davaluların tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-Davacının diğer temyiz itirazlarına gelince:

Dava, taksirle yaralamadan dolayı uğranılan maddi ve manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, istemin bir bölümü kabul edilmiş; karar, davacı ve davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalı Ali E.’nin kurban kesiminde kullandığı kompresörün patlaması sonucu yaralandığını iddia ederek maddi tazminat isteminde bulunmuş, ıslah ile maddi tazminat istemini arttırmış, manevi tazminat da ödetilmesini istemiştir.

Davalılar davanın reddi gerektiğini savunmuşlardır.

Mahkemece, maddi tazminat isteminin kabulüne karar verilmiş, ıslah ile istenen manevi tazminat istemi hakkında ise ıslah dilekçesinde dava dilekçesi ile istenmeyen manevi tazminat için başvuru harcı yatırılmadığından usulüne uygun açılmış bir dava olmadığı gerekçesi ile istem reddedilmiştir.

Islah müessesesi, 6100 sayılı HMK’nın 176 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Davanın taraflarından her biri, tahkikatın sona erme-

sine kadar, yapmış olduğu usulü işlemleri bir kereliğine, kısmen veya tamamen ıslah edebilir.

Davacı, 25.01.2006 günü, tahkikat sona ermeden, harcını yatırdığı ıslah dilekçesi ile dava dilekçesinde açıkladığı maddi tazminat istemini artırmış, davalının manevi tazminat ile de sorumlu tutulmasını istemiştir. Böylelikle davacı, dava dilekçesini ıslah etmiş olup, ıslah hakkını da ilk kez kullandığı anlaşılmaktadır.

Ayrıca, dava açıldığı sırada tahsil edilen başvuru harcı, dava dilekçesindeki talep sayısınca alınmakta olmayıp maktu nitelikte ve dava açılırken tahsil edilen bir harç türüdür.

Şu durumda, davacının usulüne uygun ıslah dilekçesi ile manevi tazminat isteminde bulunduğu anlaşıldığına göre mahkemece bu konuda bir karar verilmemiş olması doğru olmayıp kararın bozulması gerekmiştir. “

gerekçesi ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Taraf vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, haksız fiil nedeni ile tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili, haksız fiil nedeni ile maddi tazminat istemiştir. Yargılama sırasında ıslah yolu ile bilirkişi raporu doğrultusunda maddi tazminat istemini artırmış, ayrıca manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Mahkemece, maddi tazminat istemi kabul edilmiş, manevi tazminat istemi ise “dava edilmeyen bir şeyin ıslah ile davanın içine katılabilmesi mümkün değildir, ayrıca davacı manevi tazminat istemi ile ilgili olarak da bir başvuru harcıda yatırmamıştır” gerekçeleri ile reddedilmiştir.

Kararın yukarıda yer alan gerekçe ile bozulması üzerine mahkemece manevi tazminat yönünden önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararı taraf vekilleri tarafından temyiz edilmektedir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; dava dilekçesinde dava konusu edilmeyen manevi tazminat isteminin harcı yatırılmış bir ıslah dilekçesi ile talep edilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın anlaşılabilmesi için somut olayın anlatılması gereklidir.

Davacılar vekili 24.03.2004 tarihinde haksız fiil sonucu yaralanma nedenine dayalı maddi tazminat istemli dava açmıştır. Yargılama sırasında bilirkişi raporları alınmış, tazminat miktarının belirlenmesi üzerine davacı vekili 25.01.2006 tarihinde verdiği dilekçe ile dava açarken fazlaya dair hakkını saklı tuttuğu 1000 TL maddi tazminat miktarını 53.966,40 TL'ye arttırmış, meydana gelen kaza nedeni ile küçük Fırat'ın sağ eli sakat kaldığını iddia ederek de 25.000 TL manevi tazminat istemiştir. İslah harcı olarak 1.066,50 TL yatırılmıştır.

Öncelikle ifade edilmelidir ki, ıslah tarihinin 25.01.2006 olması nedeni ile 6100 sayılı HMK'nın 448. maddesi gereğince mülga 1086 sayılı HUMK'un ıslaha dair hükümleri dikkate alınacaktır.

Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 83. maddesine göre ıslah; iki taraftan her birinin usule müteallik olarak yaptığı muameleyi tamamen veya kısmen düzeltmesi veya iyileştirmesi işlemidir. Madde metninden de anlaşıldığı üzere ıslah tamamen (kamilen) veya kısmen olmak üzere iki şekilde yapılabilmektedir.

Kanunun 88. maddesine göre davacı, tamamen ıslah ile yeni bir dilekçe vererek davasını baştan itibaren usule müteallik bütün işlemlerini değiştirebilir. Yani davacı bu yolla dava sebebini ve talep sonucunu tamamen değiştirip genişletebileceği gibi, davalı da tam ıslah ile savunmasını tamamen değiştirip genişletebilecektir.

Davanın tamamen (kamilen) ıslah edilmesi halinde dava dilekçesi dahil, yapılmış olan bütün usul işlemleri yapılmamış sayılır. (mülga HUMK m.87/1). Bunun doğal sonucu olarak, dava dilekçesinde yer alan ilk talep içeriği değil, ıslah yoluyla açıklanan talep içeriği nazara alınarak araştırma ve inceleme yapılması ve mahkemece verilecek hükümde de ıslahla ileri sürülen istemin karşılanması gerekir (HGK, 29.06.2011 gün ve 2011/1-364 E., 453 K.).

Davanın kısmen ıslahın da ise; davada yapılmış olan belli bir usul işlemi ıslah edilir (düzeltilir) ve bundan sonraki usul işlemlerinin (ıslah edilen usul işlemi ile ilgili oldukları ölçüde) yapılmamış sayılması sağlanır (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı, C: IV, İstanbul 2006 s. 4014). Davacının talep sonucunu (müddeabihi) arttırması, talep sonucunu terditli dava haline dönüştürmesi ve talep sonucunun daraltılması gibi işlemler kısmen ıslaha örnek olarak sayılabilecek usule müteallik işlemlerdir.

İslah ile kastedilen dava konusu edilen, yani dava dilekçesinde yer almış bir işlemin genişletilmesi veya değiştirilmesidir. Dava dilekçesinde hiç yer verilmemiş bir şeyin değiştirilmesi veya genişletilmesi yani kısmen ıslah edilmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin, fazlaya ilişkin hak saklı tutularak dava değerini belirleyen davacı, ek dava açmak yerine, dilerse saklı tuttuğu alacak bölümü için kısmen ıslah yoluyla talebini arttırabilmesi mümkündür. Çünkü dava dilekçesinde bir değer belirlemiştir ve bu değeri kısmen ıslah ile düzeltmektedir.

İslahın amacı, yargılama sürecinde, şekil ve süreye aykırılık sebebiyle ortaya çıkabilecek maddi hak kayıplarını ortadan kaldırmak olduğundan; hak ve alacağı bu sürecin dışında ortadan kaldırmış olan işlemlerin, yani maddi hukuk işlemlerinin ıslah yoluyla düzeltilebilmesi, elbette olanaklı değildir. Bir başka deyişle, maddi hakkı sona erdiren maddi hukuk işlemleri, ıslahla düzeltilemez. Feragat, kabul, sulh gibi işlemler, velev ki dava içinde yapılsın, asıl hakkı ortadan kaldırdıklarından, usul işlemi olduğu kadar (davayı etkilediği için usul işlemidir) maddi hukuk işlemi mahiyeti taşımaktadır ve bu sebeple, bu işlemlerin de ıslah yoluyla düzeltilmesi imkânsızdır. Zira ıslah, yargılama hukukunun şekle ve süreye bağlılığından kaynaklanan zımni hak kayıplarının telafisi için öngörölmüş bir müessesedir. Açık bir irade beyanı ile terk edilen haklar, maddi gerçeğin şekle feda edilmesi gibi bir sonuç doğurmadığı için, ıslahın konusu olamaz (HGK, 29.06.2011 gün ve 2011/1-364 E., 453 K.).

Bu noktada; dava dilekçesinde dava konusu edilmiş vakianın neticesi olan taleplerden bir kısmı hakkında dava açılmışken, dava konusu edilmiş vakianın neticesi olan farklı bir kalem talebin ıslah yoluyla davaya dahiline olanak bulunup bulunmadığı irdelenmesi gerekir. Daha somut ifadeyle, somut olayda olduğu gibi, davacı haksız fiil nedenine dayalı olarak açtığı tazminat istemli davada sadece maddi tazminat talep etmişken, sonradan manevi tazminatın ıslah yoluyla “dava konusu” haline getirilip getirilemeyeceği üzerinde durulmalıdır.

Vurgulamakta yarar vardır ki, kısmi bir dava açılmışsa, bu davanın kalan kısmı yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde ıslaha konu olabilecektir. Örneğin az önce değinildiği üzere fazlaya dair hak saklı tutularak maddi tazminat istenilmiş ise muhakeme sırasında artan maddi tazminat miktarı kısmen ıslah ile istenebilecektir. Veya bir taşınmaza el atma nedeniyle istenen tazminat miktarının kısmen talep edilip, daha sonra ıslaha konu edilmesi, bir taşınmazın bir bölümü dava edilmişken diğer bölümünün de ıslahen dava edilmesi örnek olarak verilebilecektir. Bu konuda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Ancak bir dava konusu bizatihi

kendisi davayı oluşturuyor ise, burada kısmi dava bulunmadığından ıslah edilebilecek bir dava da bulunmamaktadır. Örneğin bir taşınmazın tamamı hakkında iptal ve tescil istemiyle açılan davada, davanın konusunu bu taşınmazın bizatihi kendisi teşkil etmekle, bu taşınmazdan başka bir taşınmaz davaya dahil edilmek istenirse bu halde ıslah söz konusu olamayacaktır. Diğer bir örnek ise somut olayda olduğu gibi, haksız fiil niteliğinde bir vakıadan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemleri ayrı dava konularıdır. Maddi tazminat istemli açılan davaya ayrı bir dava konusu olan manevi tazminat isteminin ıslah yolu ile dahil edilmesi mümkün olmayacaktır.

Şu hale göre kural olarak; dava açıldıktan sonra sebebinde, konusunda, delillerde ve diğer hususlarda usulüne ilişkin işlemlerin ıslah yoluyla düzeltilmesi mümkün olduğu gibi davanın konusunda da ıslah mümkündür. Nitekim, HUMK' nun 185. maddesinin 2. bendinde de davacının karşı tarafın rızası olmaksızın ıslah yoluyla davasının mahiyetini tebdil edebileceği kabul edilmiştir. Ne var ki, açıklanan tüm hükümler göstermektedir ki, ıslahla kastedilen dava konusu edilen hususların genişletilmesi veya değiştirilmesidir.

Dava konusu edilmeyen bir şeyin ıslah yoluyla davaya ithaline ve dava konusu haline getirilmesine yasal açıdan olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, haksız fiil nedenine dayalı tazminat istemli davada, davanın konusunu sadece maddi tazminat oluşturmaktadır. Dava konusu edilmeyen manevi tazminat talebi ayrı bir müddeabihittir. Bu nedenle de ıslahın konusu olamayacakları; eş söyleyişle eldeki davada başlangıçta dava edilmeyip, ıslahla davaya katılmak istenen manevi tazminat ayrı bir müddeabih olmakla, ayrı bir davanın konusunu teşkil edecekleri, kanaatine oyçokluğu ile varılmıştır. Nitekim benzer ilkeler Hukuk Genel Kurulu'nun 29.06.2011 gün ve 2011/1-364-453 E. / K. sayılı kararında da kabul edilmiştir.

Görüşmeler sırasında azınlıkta kalan üyeler şu görüşleri savunmuşlardır: davalar arasında 6100 sayılı HMK'NIN 166/4 maddesi kapsamında bağlantı bulunması halinde ıslah yolu ile dava dilekçesinde yer alamayan bir talebin eklenebileceği, tek bir eylem olduğuna göre bu eyleme dayalı taleplerin ıslah yolu ile eklenebileceği, tamamen ıslah ile dava dilekçesinin tamamını değiştirme hakkına sahip olan davacıya kısmen ıslah ile manevi tazminat isteminin eklenmesinin kabul edilmemesinin usul hükümlerine aykırı olduğu, başvuru harcı yatırılmış ise bu talebin bir ek dava gibi kabul edilerek karar verilebileceği, başvuru harcı yatırılmamışsa da, peşin karar ve ilam harcı ödenmek suretiyle verilen bu dilekçenin

ayrı bir dava olarak kabul edilmesi gerektiği, başvuru harcının sonradan ikmal ettirilebileceği, usul ekonomisi ve süreye bağlı talepler bakımından arz ettiği önem nedeniyle böyle bir dilekçenin ayrı bir dava dilekçesi olarak kabul edilmesinin hakkaniyete uygun düşeceği, objektif dava birleşmesi olan davalarda talep kısmının ıslah ile arttırılabileceği, çağdaş hukuk sistemlerinde ıslah hükümlerinin bulunmadığı, hakka ulaşmanın önündeki engellerin kaldırılması gerektiği görüşleri savunulmuş ise de, Kurul çoğunluğunca bu görüşler kabul edilmemiştir.

Oluşan bu durum karşısında, mahkemece açıklanan ilkeler çerçevesinde manevi tazminat yönünden davanın reddine karar verilmesi ve bu kararda direnilmesi usul ve yasaya uygun olup; direnme kararının onanması gerekir.

SONUÇ

Taraf vekillerinin temyiz itirazlarının reddi ile, direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle ONANMASINA, aşağıda dökümü yazılı (3.729,55-TL) harcın temyiz eden davalılardan alınmasına, 15.06.2016 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

BOŞANMA DAVASI • TANIK DİNLENMESİ

ÖZET: Gösterilen tanıkların, dava dilekçesinde yer alan vakıalar konusunda dinletilmek istendiği açıktır. Hal böyleyken davalı-davacı (kadın) vekilinden, gerekmediği halde, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 194. maddesi gereğince «hangi tanığın hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini belirtmesinin» istenmesi ve bu yönde açıklamada bulunması için süre verilmesi hukuki sonuç doğurmaz. Bu bakımdan, davalı-davacı (kadın) vekilinin gösterdiği tanıklar usulünce dinlenmeli ve tüm delilleri birlikte değerlendirilerek tarafların kusurları saptanmalı ve tazminat talepleri buna göre sonuca bağlanmalıdır. Bu yapılmadan tazminatlar hakkında eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.

Y. HGK. E: 2014/2-693 K: 2016/499 T: 13/04/2016

Taraflar arasındaki “boşanma ve tazminat” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 10. Aile Mahkemesince asıl ve birleşen davanın kısmen kabulüne dair verilen 11.10.2012 gün ve 2011/1052 E., 2012/798 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 13.05.2013 gün ve 2013/730 E., 2013/13537 K. sayılı ilamı ile;

(... 1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle, koca tarafından açılan boşanma davasında Türk Medeni Kanununun 166/son maddesindeki sebebe dayanılmış olup, toplanan delillerle, daha önceki boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra geçen üç yıllık süre zarfında ortak hayatın yeniden kurulamadığının gerçekleşmiş bulunmasına, bu sebeple kocanın boşanma davasının kabulünde bir isabetsizlik görülmemesine, davalı-davacı (kadın)'ın yoksulluk nafakası isteğinin de, asgari yaşam gereksinimlerini karşılamaya yeterli, düzenli ve sürekli gelirinin bulunması sebebiyle reddedilmiş bulunmasına göre, davalı-davacı (kadın)'ın bu yönlerle ilişkin temyiz itirazları ile aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan yönlerle ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

* Gönderen: Av. Fatih KARAMERCAN, İzmir Barosu

2- Mahkemece, davalı-davacı (kadın)'ın gösterdiği deliller toplanmadan sonuca gidilmiş, delillerin toplanmamasının gerekçesi olarak; verilen kesin süre zarfında davalı-davacı (kadın) vekilinin, tanıklarını hangi vakıalar için dinletmek istediğine ilişkin açıklamada bulunmamış olması gösterilmiştir.

Davalı, birleştirilen boşanma davasına ilişkin 27.1.2012 tarihli dava dilekçesinde; boşanma sebebi olarak iddiasını dayandığı vakıaları göstermiş, iddia edilen vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini de aynı dilekçesinde belirtmiştir. Vakıa olarak karşı tarafın sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığına, fiziki şiddet uyguladığına ve birlik görevlerini yerine getirmemiş olmasına dayanmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 194. maddesi gereğince, taraflar dayandıkları vakıaları ispata elverişli olacak şekilde somutlaştırmalı ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur. Maddede sözü edilen somutlaştırma yükünün amacı, mahkemenin uyuşmazlığı doğru saptayıp, yargılamayı doğru ve sağlıklı bir şekilde yürütebilmesi ve makul sürede sonuçlandırmasını sağlamaktır. Somutlaştırma yükü, dava açılırken veya cevap dilekçesi verilirken iddia ve savunmanın dayandırıldığı vakıaların ve hangi vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin belirtilmemiş olması halinde söz konusudur. Vakıalar belirli ve hangi delillerle ispat edileceği belirtilmiş ise, artık somutlaştırma yükümlülüğüne ihtiyaç yoktur. Davalı-davacı (kadın) birleştirilen boşanma davasında; iddiasını dayandığı vakıaları göstermiş ve bu vakıaları hangi delillerle kanıtlayacağını da, diğer bir ifade ile dayandığı delilleri belirtmiş, ön inceleme duruşmasından önce de (9.5.2012 tarihinde) tanıklarının isim ve adreslerini gösteren listeyi mahkemeye vermiştir. Bu durumda gösterilen tanıkların, dava dilekçesinde yer alan vakıalar konusunda dinletilmek istendiği açıktır. Hal böyleyken davalı-davacı (kadın) vekilinden, gerekmediği halde, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 194. maddesi gereğince “hangi tanığın hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini belirtmesinin” istenmesi ve bu yönde açıklamada bulunması için süre verilmesi hukuki sonuç doğurmaz. Bu bakımdan, davalı-davacı (kadın) vekilinin gösterdiği tanıklar usulünce dinlenmeli ve tüm delilleri birlikte değerlendirilerek tarafların kusurları saptanmalı ve tazminat talepleri buna göre sonuca bağlanmalıdır. Bu yapılmadan tazminatlar hakkında eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda (2.) bentte gösterilen sebeple bozulmasına, bozma sebebine göre, davalı-davacı (kadın)'ın maddi tazminatın miktarına ve manevi tazminata ilişkin temyiz itirazları ile davacı-davalı (koca)'nın kusura ve kadın lehine hükmolunan maddi tazminata ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, hükmün bozma kapsamı dışında ve incelenmeyen yönler haricindeki temyize konu bölümlerinin ise yukarıda (1.) bentte gösterilen sebeple onanmasına ...)

gerekçesiyle oyçokluğu ile kısmen bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davalı-davacı (kadın) vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kamnlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve davalı-davacı (kadın) vekilinden, gerekmediği halde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 194. maddesi gereğince hangi tanığın hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini belirtmesinin istenmesi ve bu yönde açıklamada bulunması için süre verilmesinin hukuki sonuç doğurmayacak olmasına göre, Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunca benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi yerinde değildir.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmelerde azınlıkta kalan üyelerce; davalı-davacı (kadın) vekilinin kendisine tanınan kesin süre içerisinde hangi tanığı hangi iddia yönünden dinletmek istediğini açıklamasının istenmesinin HMK'nın 194. maddesine uygun olduğu belirtilmiş, bazı üyelerce de yerel mahkemece verilen kesin süre sonunun adli tatil içerisinde denk gelmesi nedeniyle somutlaştırma yükümlülüğü için verilen sürenin yeterli olmadığı belirtilerek kararın bu nedenle bozulması gerektiği ileri sürülmüş ise de, Kurul çoğunluğunca bu görüşler kabul edilmemiştir.

O halde, Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunca benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı-davacı (kadın) vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 13.04.2016 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

İKRAR • EFT İŞLEMİNİN HUKUKİ BOYUTU

ÖZET: Bu durumda; davacı, davaya konu ödemelerin ileride teslim alınacak mal karşılığı olarak gönderildiği yolundaki iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür; buna bağlı olarak, davalının davacı ile aralarındaki ilişkiyi kanıtlayarak yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından, davacı tarafından davalı hesabına EFT'lerin yapıldığı ve yapılan bu EFT'lerin davalı tarafından kabul edilerek tahsil edildiği, davalının bu EFT ödemelerine ilişkin hukuku ilişkiyi, diğer bir deyişle borç ödemesine ilişkin olduğu yönündeki beyanı karşısında ispat yükünü üzerine aldığından, yapılan EFT'lerin borç ödemesine yönelik olduğunu kanıtlaması gerektiği, bu nedenle Özel Daire bozmasının yerinde olduğu ileri sürülmüş ise de, Kurul çoğunluğu tarafından bu görüş kabul edilmemiştir.

Y. HGK E: 2016/19-269 K: 2016/529 T: 20.04.2016

Taraflar arasındaki "itirazın iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Mersin 1. Asliye Ticaret Mahkemesince davanın reddine dair verilen 25.05.2012 gün ve 2011/90 E., 2012/235 K. sayılı kararın incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 05.06.2013 gün ve 2012/13630 E., 2013/10357 K. sayılı ilamı ile;

* Av. Fatih KARAMERCAN, İzmir Barosu, www.karamercanhukuk.com

(... Dava, davalıdan satın alınacak mal karşılığı avans olarak verilen çekler ile nakit ödemelerin, mal teslimi yapılmadığından bedelsiz kalması nedeniyle, bu bedellerin iadesi için başlatılan takibe vaki itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davalı vekili, davacının ileri sürdüğü sözleşmeyi ve borcu kabul etmediklerini, davacının iddialarını yazılı delil ile ispatlaması gerektiğini bildirerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre; davacının, yapılan EFT ve havale ödemelerinin avans olarak yapıldığına dair yazılı delil sunmadığı, davalıya yemin teklifinde de bulunmadığı gerekçeleriyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Davacı yan, davalıya, davalıdan alınacak mal karşılığı olarak verilen çekler, elden ve banka havalesi yoluyla yapılan ödemeler karşılığı olan malın verilmediğini bildirerek ödenen bu miktarın iadesinin sağlanması için yapılan takibe vaki itirazın iptalini istemiştir.

Davalı taraf ise, davacının yapmış olduğu ödemeye dayanak çeklerden 6 tanesinin davacı şirket ortağı Cengiz K.'nun şahsi borcu için verilmiş olduğunu, elden ödemeye ilişkin 5 adet tediye makbuzundaki kişilerin kendisiyle ilgisi bulunmadığını 19.03.2012 havale tarihli dilekçesinde EFT ödemelerini ise borç ödemesi olarak yapıldığının kabulünün gerektiğini savunmuştur.

Yukarıda özetlenen iddia ve savunma gözetildiğinde, davada ispat külfeti, ödemeleri kabul eden davalıda olup, davalı yan bu ödemelerin hangi alacağından kaynaklandığını ispat etmelidir.

Mahkemece açıklanan bu yön gözetilmeksizin eksik inceleme ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına bozulmasına, bozma nedenine göre davalının temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına....)

gerekçesiyle oyçokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Taraf vekilleri

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve direnme kararının verildiği tarih itibarıyla

1086 sayılı HUMK'un 2494 sayılı Kanun ile değişik 438/II. fıkrası hükmü gereğince davacı vekilinin duruşma isteğinin reddine karar verilip dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, itirazın iptali istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, davanın reddine dair verilen karar taraf vekillerinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararı taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalının savunmasının usul hukuku bakımından mevşuf ikrar (gerekçeli inkâr) mı, yoksa bağlantısız bileşik ikrar mı olduğu; buna bağlı olarak ispat yükünün hangi tarafa ait bulunduğu noktasında toplanmaktadır.

Bu noktada "ikrar" kavramı hakkında şu açıklamaların yapılmasında yarar vardır:

Somut uyuşmazlıkta uygulanması gereken mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'nun 236. (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.188) maddesinde, taraflardan birinin ikrarının geçerli olduğu ve o taraf aleyhine delil teşkil edeceği belirtilmiş, ancak ikrarın tanımı yapılmamıştır.

Öğretideki tanımlamalara göre ise, ikrar, görülmekte olan bir davada, taraflardan birinin, diğer tarafça ileri sürülen ve kendisi aleyhine hukuki sonuç doğurabilecek nitelik taşıyan maddi vakıanın doğruluğunu kabul etmesidir. Yargıtay uygulamasında da, ikrara bu anlam yüklenmektedir. (İkrar kavramının tanımı ve aşağıda ikrarın türlerine ilişkin olarak yapılan açıklamalar bakımından ayrıntılı bilgi için bakınız. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 6. Baskı C. II, Ankara 2001, s. 2037 vd.; İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul 2014, s. 595 vd.; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, C. 1- 2, İstanbul 2000, s. 628 vd.; Necip Bilge, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 510 vd.; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medenî Usûl Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013; s. 650 vd.; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 32. Baskı, Ankara 2011, s. 382; Süha Tanrıver, Türk Medeni Yargılama Hukukunda İkrarın Bölünüp Bölünemeyeceği Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1993/2, s. 212 vd.).

İkrardan söz edilebilmesi için, bir tarafın bir vakıa ileri sürmüş olması, diğer tarafın da bu vakıanın doğru olduğunu bildirmesi gerekir. İkrarın konusu, ancak karşı tarafın ileri sürdüğü vakıalar olabilir. Bir tarafın, kendisinin ileri sürdüğü bir vakıanın doğruluğunu bildirmesi ikrar niteliği taşımayacağı gibi, karşı tarafın ileri sürdüğü hukuki sebepler de ikrara konu olamazlar.

Öğretide ve uygulamada ikrar, yapıldığı yere, kapsamına ve içeriğine göre türlere ayrılmaktadır.

Yapıldığı yere göre mahkeme dışı veya mahkeme içi ikrardan söz edilir. Mahkeme dışı ikrar takdiri, mahkeme içi ikrar ise kesin delil niteliğindedir.

Kapsam yönünden, ikrar, çekişmeli olan maddi vakıanın tamamını veya belli bir kesimini kapsayabilir. İlkinde tam, ikincisinde ise kısmi ikrar söz konusudur.

İçeriği itibariyle ikrar ya basit (adi), ya vasıflı (mevsuf) ya da bileşik (mürekkep, karmaşık) nitelikte olabilir. Vasıflı ikrara, gerekçeli inkâr da denilmektedir.

Basit (adi) ikrar, karşı tarafça ileri sürülen bir vakıanın doğru olduğunun, herhangi bir kayıt veya şart bildirilmeksizin kabul edilmesidir. Basit ikrarda, onun konusunu oluşturan vakıalar artık tartışmalı olmaktan çıkarlar; dolayısıyla bunların ayrıca kanıtlanmasına gerek kalmaz.

Vasıflı ikrarda karşı tarafın ileri sürdüğü maddi vakıanın varlığı kabul edilmekle birlikte, onun hukuki niteliğinin (vasfının) ileri sürülenden başka olduğu bildirilir. Örneğin; davalı, davacıdan 1000 TL aldığını ikrar eder, fakat bu parayı ödünç olarak değil, hibe olarak aldığını bildirmesi halinde olduğu gibi, vasıflı ikrar bölünemeyeceğinden, davacı iddiasını, yani parayı ödünç olarak verdiğini kanıtlamalıdır.

Bileşik (mürekkep) ikrarda ise, bir tarafın ileri sürdüğü vakıa karşı tarafça bütünüyle kabul edilmekle; eş söyleyişle, vakıanın doğru olduğu ve bildirilen vasıfta bulunduğu kabul edilmekle birlikte, ikrara öyle bir vakıa eklenir ki, eklenen bu vakıa, ya ikrar edilen vakıanın hukuksal sonuçlarının doğmasını engeller ya da onu hükümsüz kılar. Bileşik ikrar, ikrara konu olan vakıa ile, ona eklenen vakıa arasında bir bağlantı bulunup bulunmamasına göre, bağlantılı bileşik ikrar ve bağlantısız bileşik ikrar olarak ikiye ayrılır.

Öğreti ve uygulamada, ağırlıklı olarak, bağlantısız bileşik ikrar dışındaki ikrar türlerinin bölünemeyeceği, dolayısıyla, böyle durumlarda, ikrar edenin ispat yükü altında olmadığı kabul edilmekte, iddiasını ispatlama yükümlülüğünün, karşı tarafa ait olduğu benimsenmektedir.

Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulunun 12.3.2003 gün ve 2003/3-118 E., 2003/158 K.; 28.4.2010 gün ve 2010/14-222 E., 2010/234 K.; 10.10.2012 gün ve 2012/13-264 E., 2012/700 K. sayılı ilamlarında da benimsenmiştir.

Somut olay bu ilke ve kavramlar ışığında değerlendirildiğinde;

Davacı vekili, davalıdan alınacak mal karşılığı olarak müvekkili tara-

findan davalıya verilen çekler, elden ve banka havalesi yoluyla yapılan ödemeler karşılığı olan malın verilmediğini bildirerek ödenen bu miktarın iadesinin sağlanması için yapılan takibe vaki itirazın iptalini talep etmiştir. Davalı taraf ise, davacının yapmış olduğu ödemeye dayanak çeklerden 6 tanesinin davacı şirket ortağı Cengiz K.'nin şahsi borcu için verilmiş olduğunu, elden ödemeye ilişkin 5 adet tediye makbuzundaki kişilerin kendisiyle ilgisi bulunmadığını, EFT ödemelerinin ise borç ödemesi olarak yapıldığını ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. İtirazın iptaline konu icra takibinde ise, borcun sebebi olarak "16/02/2011 tarihli 400.168,21 TL değerinde mal karşılığı gönderilen paraya karşılık malın ödenmemesi sebebiyle oluşan alacak" olarak gösterildiği, bu nedenle dava ve cevap dilekçesinde belirtilen çekler nedeniyle yapılan ödemelere dayanılmadığı anlaşılmaktadır. Davacının, gönderilme nedeni belirtilmeyen havalelerin gelecekte alınacak mal karşılığı olarak verildiği iddiasını kabul etmeyerek, bu paraların borç ödemesine ilişkin olduğu ileri sürülmüştür. Böylece davalı, davaya konu EFT'lerin kendisine gönderildiğini (maddi vakıayı) ikrar etmiş, ancak bunun davacı tarafından ileri sürülen nedenle (gelecekte teslim alınacak mal karşılığı) değil, başka bir nedenle (borç ödemesi için) gönderildiğini savunmak suretiyle, vakıanın hukuksal niteliğinin ileri sürülenden farklı olduğunu bildirmiştir.

Davalının, ikrar ettiği maddi vakıanın hukuki vasfının ileri sürülenden farklı bulunduğunu bildirmesi karşısında, somut olayda, basit (adi) veya bileşik ikrarın söz konusu olamayacağı çok açıktır. Zira, her ikisinin de temel koşulu, ileri sürülen maddi vakıanın ve onun hukuki vasfının birlikte kabul edilmiş olmasıdır. Vakıa kabul edilmekle birlikte, onun farklı bir hukuki vasıfta olduğunun ileri sürülmesi durumunda, vasıflı ikrardan söz edilmesi gerektiği ve vasıflı ikrarın bölünemeyeceği yukarıda açıklanmıştır.

O halde, somut olayda davalının savunması, vasıflı ikrar (gerekçeli inkâr) niteliğindedir ve bu ikrar bölünemez. Buna göre, vasıflı ikrarda kanıtlanma yükümlülüğü, ikrar eden tarafa (davalıya) değil, vakıayı ileri süren tarafa (davacıya) aittir.

Ayrıca davalı tarafından, davacının elden yapıldığını ileri sürdüğü ödemelere ilişkin makbuzlarda isimleri bulunan kişiler ile bir ilgisinin bulunmadığını, böylece kendisine ileride mal teslimi için davacı tarafından yapılmış peşin ödeme olmadığını savunmuştur. Davalının bu beyanı ispat yükünü üzerine alacak nitelikte bir beyan olmadığından, bu vakıanın da davacı tarafından ispatlanması gerekmektedir.

Öte yandan, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 457 (Türk Borçlar

Kanunu m. 555 vd.) ve ardından gelen maddelerinde düzenlenmiş olan havale, hukuksal nitelikçe bir ödeme vasıtasıdır. Eş söyleyişle, havalenin, mevcut bir borcun ödenmesi amacıyla yapıldığı yolunda yasal karine mevcuttur. Bu yasal karinenin tersini (havalenin borcun ödenmesinden başka bir amaçla yapıldığını) ileri süren havaleci (muhi), bu iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür. (Arif B. Kocaman, Türk Borçlar Hukukunda Havale, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2001; Hukuk Genel Kurulunun 12.03.2003 gün ve 2003/3-118 E., 2003/158 K.; 10.10.2012 gün ve 2012/13-264 E., 2012/700 K. sayılı ilamları).

Somut olayda, havaleci durumundaki davacı, değinilen yasal karine karşısında, davalıya yaptığı dava konusu havalenin, bir borcun ödenmesinden başka bir amaca yönelik bulunduğunu kanıtlama yükümü altındadır. Başka bir ifadeyle, havale kavramından hareketle yapılacak değerlendirmeye göre de, somut olayda kanıtlama yükümlülüğü davacıya aittir.

Bu durumda; davacı, davaya konu ödemelerin ileride teslim alınacak mal karşılığı olarak gönderildiği yolundaki iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür; buna bağlı olarak, davalının davacı ile aralarındaki ilişkiyi kanıtlama yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından, davacı tarafından davalı hesabına EFT'lerin yapıldığı ve yapılan bu EFT'lerin davalı tarafından kabul edilerek tahsil edildiği, davalının bu EFT ödemelerine ilişkin hukuki ilişkiyi, diğer bir deyişle borç ödemesine ilişkin olduğu yönündeki beyanı karşısında ispat yükünü üzerine aldığından, yapılan EFT'lerin borç ödemesine yönelik olduğunu kanıtlanması gerektiği, bu nedenle Özel Daire bozmasının yerinde olduğu ileri sürülmüş ise de, Kurul çoğunluğu tarafından bu görüş kabul edilmemiştir.

Hal böyle olunca; yerel mahkemenin "ispat külfetinin davacıda olduğuna yönelik" direnme kararı yerinde olup, taraf vekillerinin işin esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Dairesine gönderilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarda açıklanan nedenlerden dolayı direnme kararı uygun olup, taraf vekillerinin işin esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **19. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE**, 20.04.2016 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

AYIP İHBARI • E-POSTA BİLDİRİMİ

ÖZET: Tacirler arasında satışa konu malın ayıplı çıkması halinde, alıcının yasal haklarını kullanabilmesi için 6762 sayılı TTK 'nun 25/3. (6102 sayılı TTK'nın 18/1-c) maddesindeki süreler içerisinde ayıp ihbarında bulunması zorunludur. Bu süreler, satılan malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise iki gün, açıkça belli değilse sekiz gündür.

Y.HGK. E: 2014/19-861 K: 2016/632 T: 25/05/2016

Taraflar arasındaki "tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul (kapatılan) 28. Asliye Ticaret Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 20.04.2012 gün ve 2011/40 E., 2012/90 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 06.02.2013 gün ve 2012/15265 E., 2013/2296 K. sayılı ilamı ile;

(... Davacı vekili, müvekkili şirket tarafından davalı firmadan 29.11.2005 ve 30.11.2005 tarihlerinde iplik satın ve teslim alındığını, iplikte boya öncesi aktarma sırasında normalin üzerinde kopmalara rastlanıldığını, ipliğin bazı noktalarda hiç mukavemet göstermediğini, en ufak bir çekmeyle koptuğunun tespit edildiğini, bunun üzerine Çorlu 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2006/15 D. iş sayılı dosyası ile tespit yaptırıldığını ve malın ayıplı olduğunun anlaşıldığını ileri sürerek fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla şimdilik 30.883,55 Euro'nun faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket vekili, dava konusu ham ipliklerin 29.11.2005 ve 30.11.2005 tarihinde satılıp teslim edildiğini, süresi içinde usulüne uygun ayıp ihbarının yapılmadığını, üretimden kaynaklı ayıp bulunmadı-

* Gönderen: Av. Fatih Karamercan

ğını, müvekkil şirketin ham iplikleri iade almayı kabul ettiğini ancak tüm ipliklerin boyama işleminden geçirildiğinin bildirilmesi üzerine ipliklerin kullanılmasının ve satılmasının mümkün olmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece toplanan deliller ve alınan bilirkişi raporu doğrultusunda, davacıya teslim edilen ipliklerin ayıplı olduğu, davacı tarafından süresi içinde davalıya e-posta kanalıyla ayıp ihbarında bulunduğu, dava konusu ayıplı malların tümünün kullanılamaz olup ekonomik değerinin olmadığı sonucuna varıldığı gerekçeleriyle davanın kabulüne 30.883,55 Euro'nun dava tarihinden itibaren 3095 sayılı yasanın 4-a maddesine göre uygulanan en yüksek faizi ile birlikte fiili ödeme günündeki TL karşılığının davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Ticari satımlarda ayıp ihbarının olay tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nun 25.maddesinde belirtilen süreler içinde yapılması gerekir. Hükme göre açık ayıplarda 2 gün, açıkça belli olmayan ayıplarda 8 gün içinde ayıp ihbarı yapılmalıdır. Ayıp ihbarının yapıldığı ileri süren kişi 6762 sayılı TTK'nun 20.maddesinde öngörülen şekilde yapıldığını kanıtlamalıdır. 6762 sayılı TTK'nun 20/3.maddesine göre, ayıp ihbarının noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü mektupla yahut telgrafla yapıldığı kanıtlanmalıdır. Somut olayda davacı alıcı davalı satıcıdan satın aldığı ham ipliğin ayıplı olduğuna ilişkin süresi içerisinde e-posta yoluyla davalı satıcıya bildirimde bulunduğunu iddia etmiş, davalı ise taraflarına bu yönde herhangi bir bildirim yapılmadığını savunmuş, teknik bilirkişi tarafından davalı bilgisayar üzerinde yapılan incelemede e-posta kayıt ve izlerine rastlanılmadığı anlaşılmıştır. Davacı, 6762 sayılı TTK'nın 25. maddesinde öngörülen sürelerde, aynı Kanununun 20/3. maddesinde belirtilen şekilde ayıp ihbarının yapıldığına ilişkin e-posta kayıtları dışında başkaca delil sunmamıştır. Mahkemece bu yönler gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın kabulünde isabet görülmemiştir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava; ayıplı mal satışından kaynaklanan zararın tahsili istemine ilişkindir.

Davalı vekili, süresi içerisinde usulüne uygun şekilde ayıp ihbarında bulunulmadığını belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacı şirkete satılıp teslim edilen ipliklerin ayıplı olduğu, davacı tarafından süresi içinde e-posta yoluyla ayıp ihbarında bulunulduğu, ayıplı malların tümünün kullanılamaz durumda olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne ve 30.883,55 Euro'nun dava tarihinden itibaren 3095 sayılı Yasanın 4-a maddesine göre uygulanan en yüksek faizi ile birlikte fiili ödeme günündeki Türk Lirası karşılığının davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine karar Özel Dairece, yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçeyle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Direnme hükmünü, davalı F.F. S.P.A. vekili temyize getirmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; tacir olan davalının ayıplı ifa ile ilgili olarak süresinde ve usulüne uygun olarak ayıp ihbarında bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Tarafların tacir olduğu, uyuşmazlığın ise ticari nitelikteki satım sözleşmesinden kaynaklandığı hususu tartışmasızdır.

Davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 20. maddesinde tacir olmanın bağlandığı genel hükümler düzenlenmiş olup, tacirler arasındaki ihbar veya ihtarların ne şekilde yapılacağı bu genel hükümler arasında yer almaktadır. 6762 sayılı TTK'nın 20/3. fıkrasında diğer tarafı temerrüde düşürmek veya sözleşmeyi fesih yahut ondan rücu amacıyla yapılacak ihbar veya ihtarların muteber olması için bu işlemlerin noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılmasının şart olduğu hüküm altına alınmıştır.

Öte yandan, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda tacirler arasındaki ihbar ve ihtarların ne şekilde yapılacağı 18/3. maddesinde düzenlenmiş ve "Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır." denilmek suretiyle önceki hükümde bir kısım değişiklikler yapılmıştır.

Yapılan değişiklikler madde gerekçesinde, "... Bu maddenin üçüncü fıkrasında üç köklü değişiklik yapılmıştır. (1) Hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmış, ispat şartına dönüştürülmüştür. Bu amaçla eski metinde yer alan "muteber olması için" ibaresine metinde yer verilmemiştir. Bu değişikliğin sebebi, geçerlilik şartının artık haklı bir gerekçesinin bulunmaması ve teknikteki hızlı gelişmedir. Ayrıca hiçbir modern kanunda bu kadar ağır bir geçerlilik şartı yer almamaktadır. Şartın tacir gibi basiretli bir işadamı için öngörülmüş olması da anlamsız bulunmuştur. (2) İadeli taahhütlü mektup taahhütlüye dönüştürülmüştür. Çünkü, burada varma teorisinin kabulünü haklı gösterecek bir gerekçe mevcut değildir. (3) Güvenli elektronik imza hem Borçlar Kanununda kabul edilmiş hem de düzenli bir sisteme bağlanmıştır. Hükme bu olanak da eklenmiştir." şeklinde açıklanmış ve böylece tacirler arasında ihtar ve ihbarlar için öngörülen şekil şartı geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmıştır.

Ne var ki, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun "Eski Hukukun ve Türk Ticaret Kanununun Uygulanacağı Hâller" başlığı altında düzenlenen 2. maddesinin (a) bendinde "Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen olayların hukukî sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişlerse, o kanun hükümleri uygulanır." düzenlemesine yer verilmiştir. Bu durumda eldeki olayın çözümlenmesinde, davaya konu hukuki olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanacağında herhangi bir kuşku bulunmamaktadır.

Tacirler arasında satışa konu malın ayıplı çıkması halinde, alıcının yasal haklarını kullanabilmesi için 6762 sayılı TTK'nun 25/3. (6102 sayılı TTK'nın 18/1-c) maddesindeki süreler içerisinde ayıp ihbarında bulunması zorunludur. Bu süreler, satılan malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise iki gün, açıkça belli değilse sekiz gündür.

Somut olayın incelenmesinde, tacir olan yanlar arasında ham iplik alım- satımını içeren sözleşmenin 09.11.2005 tarihli olduğu, sözleşme uyarınca davalı satıcı tarafından 29.11.2005 ve 30.11.2005 tarihlerinde toplam 4.902,15 kg ipliğin alıcı şirkete teslim edildiği, alıcı şirketin teslim edilen malların tamamının ayıplı ve kullanılamaz vaziyette olduğunu, süresi içerisinde (02.12.2005 tarihinde) e-posta yoluyla davalı satıcıya ayıp ihbarında bulunduğunu ileri sürerek eldeki davayı açtığı ve teslimi yapılan mallar karşılığında ödediği 30.883,55 Euro bedelin tahsilini talep ettiği görülmektedir. Davacı alıcının ayıp ihbarının süresinde yapıldığını kanıtlanmak amacıyla bir kısım e-mail çıktılarını dosyaya sunduğu

anlaşılmakta ise de, davalı tarafın; kendilerine ayıp ihbarını içeren bir e-mailin ulaşmadığını, kendileri tarafından da davacı şirkete herhangi bir e-mailin gönderilmediğini savunması üzerine, sunulan e-maillerin gerçek olup olmadığının belirlenmesi bakımından gönderimin yapıldığı bilgisayar üzerinde mahkemece inceleme yaptırılmış, inceleme sonucunda ise bilgisayarda e-mail kayıt ve izlerine rastlanılmadığı belirlenmiştir.

Tüm bu açıklamalar bir arada değerlendirildiğinde, Kurul çoğunluğu tarafından davacının ayıp ihbarını olayın meydana geldiği tarihteki yasal düzenlemelere uygun delillerle kanıtlayamadığı yönündeki Özel Daire bozma kararının doğru olduğu sonucuna varılmıştır.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından, ayıp ihbarının bir şekle bağlı olmadığı, ayıp ihbarının yapılıp yapılmadığı hususunun her türlü delille kanıtlanmasının mümkün olduğu, olayda da ayıbın varlığının davalı yana süresinde bildirildiğinin anlaşıldığı, bu nedenle yerel mahkeme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Açıklanan nedenlerle Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen gerekçelerle **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 25.05.2016 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

GİZLİ AYIPLI OTOMOBİL • AYIP İHBARI

ÖZET: Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkeler gözetilerek davacı tarafından satın alınan aracın gizli ayıplı olduğu, davalı tarafından, davacının ihbar yükümlülüğünü süresinde yapmadığına ilişkin bir itirazın da bulunmadığı, bu durumda ayıp ihbarının Mülga 4077 sayılı TKHK'nun 30. maddesi yollamasıyla Mülga 818 sayılı BK 198. maddesine göre süresinde yapıldığının kabulü ile ödenen bedelin davalıdan tahsiline ilişkin olarak yerel mahkemece verilen direnme kararı usul ve yasaya uygun olup onanması gerekir.

Y.HGK E: 2014/13-1125 K: 2016/587 T: 04.05.2016

Taraflar arasındaki “alacak” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Düzce 2. Asliye Hukuk Mahkemesince (Tüketici Mahkemesi sıfatıyla) davanın kısmen kabulüne dair verilen 11.10.2012 gün ve 2011/280 E. 2012/586 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 14.05.2013 gün ve 2013/2294 E. 2013/12363 K. sayılı ilamıyla;

(... Davacı, 27.10.2010 tarihinde davalı firmadan aldığı aracın dış kısmının yıkanması sırasında sağ ve sol ön kapıdan içeri su damlalarının girdiğini, servisin fabrikadan gelen orjinal malzemeyi takmalarına rağmen sorunun devam ettiğini belirterek, ödenen bedelin iadesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüyle, davaya konu 2011 model F. marka, F. C., PT2 tipi model gri renkli aracın davalıya iadesi ile 31.152,00 TL araç bedelinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalıdan aldığı aracın gizli ayıplı olduğundan bahisle, bedel iadesi istemiştir. Ancak dosya kapsamı incelendiğinde, davacı tanıklarından M.Ş. verdiği ifadesinde, aracın satın alındıktan 1 ay sonra içine su aldığını belirtmiştir. Buna rağmen, davacı tarafından derhal

ayıp ihbarında bulunulmadığı, ilk olarak bu şikayetle 12.05.2011 tarihinde servise gelindiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, ayıbın süresine ihbar edilmemesi nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davalı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, satın alınan aracın ayıplı çıkması nedeniyle ödenen bedelin tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kısmen kabulü ile, 31.152 TL araç bedelinin davadan tahsiline karar verilmiş, davalı vekilinin temyizi üzerine karar Özel Dairece, yukarıda başlık bölümünde açıklanan nedenlerle bozulmuştur.

Mahkemece davalının yargılama sırasında, davacının ihbarın süresinde yapıldığı iddiasına karşı delil sunmadığı gibi, davalı tarafından, davacının ihbar yükümlülüğünü süresinde yapmadığına ilişkin bir itirazın da bulunmadığı, bu durumda ayıp ihbarının süresinde yapıldığının kabulü gerektiği gerekçesiyle önceki kararda direnmiş; hükmü davalı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; satın alınan aracın ayıplı çıkması nedeniyle ödenen bedelin tahsili için açılan davada, davalı tarafından süresi içinde ayıp ihbarında bulunulmadığına ilişkin bir savunmada bulunulmaması halinde, ayıp ihbarının süresinde yapılıp yapılmadığının mahkemece re'sen gözetilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Öncelikle uyuşmazlıkla ilgili yasal düzenlemelerin ortaya konulmasında yarar vardır.

Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun "Ayıplı Mal" başlıklı 4/1. maddesine göre;

"Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilânlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etki-

leyen 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 mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir.”

Ayıp, satıcının, alıcıya herhangi bir şekilde bildirdiği (varlığını vaat ettiği) veya alıcının dürüstlük kuralına göre beklediği vasfın satılarda bulunmaması (ARAL Fahrettin, AYRANCI Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014, 10.Baskı, Sh. 119), alıcının malda olmasını normal olarak beklediği niteliğin bulunmamasıdır. (KAHVECİ, Nalan; Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, 1.Baskı, Sh.9)

Ayıp; maddi, hukuki ya da ekonomik eksiklik şeklinde ortaya çıkabilir.

Maddi ayıp, malın, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması, ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımaması, satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olmasıdır.

Hukuki ayıp, satılan üzerinde, alıcının ondan yararlanmasını veya onun üzerinde tasarruf etmesini engelleyen (ARAL Fahrettin, AYRANCI Hasan, Sh. 121), malın değerini veya ondan beklenen faydayı etkileyen kamu hukukundan doğan sınırların bulunmasıdır. (KAHVECİ, Nalan, Sh.11).

Ekonomik ayıp ise; alıcının maldan beklediği yararlanma ve kullanma olanağını azaltan ve ekonomik değerini düşüren ayıplardır. (ZEVKLİLER Aydın, AYDOĞDU Murat; Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, 2004, Sh.356)

Kanunda ayıpla ilgili olarak yapılan bir diğer ayırım da açık ayıp-gizli ayıp ayırımıdır. Ayıbın açık ya da gizli olmasının sonucu olarak tüketicinin, ayıbı satıcıya bildirme süresi ve malın ayıplı olmasından dolayı sahip olduğu hakları kullanmasına ilişkin zamanaşımı bakımından farklılık arz etmektedir.

Açık ayıp, satın alınan malda teslim aldıktan sonra herhangi bir uzmanın yardımına gerek olmaksızın yapılacak basit bir muayene ile tespit edilebilen ayıplardır.

Gizli ayıplar ise teslim alındıktan hemen sonra yapılacak bir muayene ile tespit edilemeyen ve malın kullanılması ile ortaya çıkan ayıplardır.

Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun “Ayıplı Mal” başlıklı 4/2. maddesine göre;

“Tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlüdür. 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.”

Sözkonusu maddenin gerekçesinde, malın açık ayıplı olduğunun anlaşılması halinde, tüketicinin otuz gün içerisinde tüketicinin ayıbı satıcıya herhangi bir bildirim vasıtasıyla bildirmesi yeterli görülmüş, malın kullanımını esnasında ortaya çıkan ayıplarda ise, ayıba karşı sorumluluk süresinin iki yıl olduğu belirtilmiş, ancak, gizli ayıplarla ilgili olarak herhangi bir bildirimden bahsedilmemiştir.

Mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda gizli ayıpların ne kadar sürede satıcıya ihbar edileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Öyle olunca, Mülga 4077 sayılı TKHK'nun 30. maddesi gereğince, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, genel hükümlere göre uyuşmazlığın çözümü gerekli olduğundan, Mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun bu konudaki 198. maddesi uygulanacaktır. Buna göre; satılan maldaki ayıp açık ayıp niteliğinde ise, 4077 sayılı Kanunun 4. maddesi uyarınca malın teslim tarihinden itibaren 30 gün içinde; gizli ayıp niteliğinde ise, Mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 198. maddesi uyarınca dava zaman aşımı süresi içinde ve ayıp ortaya çıktıktan sonra derhal (dürüstlük kuralına uygun olan en kısa sürede), ihbar edilmesi; ayıbın açık mı, yoksa gizli mi olduğunun tayininde ise, ortalama (vasat) bir tüketicinin bilgisinin dikkate alınması gerekmektedir. Derhal ihbardan kastedilenin de makul süre olduğunda duraksama bulunmamalıdır.

Somut olayda; davacı tüketicinin, 27.10.2010 tarihinde davalı şirketten 31.152 TL bedelle F. C. marka 2011 model araç satın aldığı, aracı satın aldıktan kısa bir süre sonra aracın yıkanması sırasında aracın, cam kenarlarından ve bagajdan içeriye su aldığı tespit edildiği, tanık beyanlarına göre, bu ayıbın araç satın alındıktan yaklaşık bir ay sonra tespit edildiği, yetkili servis tarafından düzenlenen hasar tespit raporuna göre de, bu şikayetlerle ilgili olarak 12.05.2011 ve 12.09.2011 tarihlerinde yetkili servise başvurduğu, davacının servise ilk başvurduğunda orijinal malzeme takılmasına rağmen sorunun devam ettiği, ondan sonra defa-

larca servise gitmesine rağmen sorunun çözülmediği, üretici firmanın da sorununa çözüm bulmadığı iddiasıyla dava açtığı hususu sabittir. Yine, davacı tarafından yasal süresi içinde ayıp ihbarında bulunulmamasına rağmen, davalı cevap dilekçesinde ayıp ihbarının süresinde yapılmadığına ilişkin bir savunmada bulunmadığı gibi yargılama ve temyiz aşamasında da davacının ihbar yükümlülüğünü süresinde yapmadığına ilişkin bir savunmada bulunmamıştır.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasında ayıbın varlığı, ayıbın gizli ayıp niteliğinde olduğu ve yasal süresi içinde ayıp ihbarında bulunulmadığı hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Uyuşmazlık, davalı tarafından ayıp ihbarının yasada belirtilen sürede yapılmadığına ilişkin bir savunmada bulunulmaması halinde, ayıbın yasal süresi içinde yapıp yapılmadığı hususunun mahkemece re'sen gözetilip gözetilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

6100 sayılı HMK'nın 25/1. maddesine göre, "Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz." Ayıp ihbarı niteliği itibarıyla satın alınan maldaki ayıbın varlığını satıcıya bildirmeye yönelik bir tasavvur açıklaması olduğundan, bildirim yükümlülüğüne uyulmadığı davalı satıcı ileri sürmelidir. Satıcı tarafından, davacı tüketicinin yasal süresinde ayıp ihbarında bulunulmadığına yönelik bir savunma ileri sürülmedikçe bu husus, mahkemece re'sen dikkate alınıp değerlendirilemez.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyeler tarafından, 4077 sayılı TKHK'nun 4/2. maddesinde belirtilen 30 günlük ayıp ihbarında bulunma süresinin hak düşürücü süre olduğu, bu nedenle de süresinde ayıp ihbarında bulunulup bulunulmadığı hususunun mahkemece re'sen dikkate alınması gerektiği, davacı tarafından yasal süresi içinde ayıp ihbarında bulunulmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerektiği görüşü dile getirilmiş ise de; bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkeler gözetilerek davacı tarafından satın alınan aracın gizli ayıplı olduğu, davalı tarafından, davacının ihbar yükümlülüğünü süresinde yapmadığına ilişkin bir itirazın da bulunmadığı, bu durumda ayıp ihbarının Mülga 4077 sayılı TKHK'nun 30. maddesi yollamasıyla Mülga 818 sayılı BK 198. maddesine göre süresinde yapıldığının kabulü ile ödenen bedelin davalıdan tahsiline ilişkin olarak yerel mahkemece verilen direnme kararı usul ve yasaya uygun olup onanması gerekir.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan gerekçelerle **ONANMASINA** ve aşağıdaki dökümü yazılı (1.665,40 TL) bakiye temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 04.05.2016 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KAMU GÖREVLİSİ • KİŞİSEL KUSURU

ÖZET: Davacının istemi, davalı kamu görevlisinin yetkisini kullanırken veya görevini yerine getirirken meydana gelen bir zarardan dolayı tazminat istemine ilişkin olmayıp, davalının idari tahkikat sırasındaki ifadesinde kullandığı cümlelerin davacının kişilik haklarına saldırı oluşturmasından dolayı tazminat istemine ilişkin olması nedeni ile işin esası incelenerek varılacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken davanın husumet nedeni ile reddi isabetli olmayıp kararın bozulması gerekmiştir.

Y.HGK. E: 2014/4-1139 K: 2016/628 T:25/05/2016

(... Dava, kişilik haklarına saldırı nedeni ile manevi tazminat ödenmesi istemine ilişkindir. Mahkemece istem husumet nedeni ile reddedilmiş; karar davacı tarafından temyiz olunmuştur.

Davacı, Dokuz Eylül Üniversitesi K. Bölüm başkanı olduğunu, davalının da aynı bölümde öğretim üyesi olduğunu, hakkında üniversite tarafından yapılan idari tahkikat sırasında davalının dinlendiğini, davalının beyanlarının kendisine yönelik hakaret ve iftira niteliğinde bulunduğunu iddia ederek uğradığı manevi zararın ödenmesini istemiştir.

Davalı, davanın haksız ve hukuka aykırı olduğunu savunarak reddedilmesini istemiştir.

Mahkemece, Anayasamızın 129/5. maddesi, 657 sayılı yasanın 13. maddeleri uyarınca kamu görevlisine karşı dava açılmayacağı gerekçesi ile istem husumet nedeni ile reddedilmiştir.

Dosya arasındaki bilgi ve belgelerden, tarafların Dokuz Eylül Üniversitesi K. Bölümünde öğretim üyesi oldukları, davacı hakkındaki şikayetler nedeni ile Üniversite tarafından açılan idari tahkikat sırasında davalının ifadesine başvuruldu, davanın da bu ifadede yer alan beyanların davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğu iddiasına dayalı olarak açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacının istemi, davalı kamu görevlisinin yetkisini kullanırken veya görevini yerine getirirken meydana gelen bir zarardan dolayı tazminat istemine ilişkin olmayıp, davalının idari tahkikat sırasındaki ifadesinde kullandığı cümlelerin davacının kişilik haklarına saldırı oluşturmasından dolayı tazminat istemine ilişkin olması nedeni ile işin esası incelenerek varılacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken davanın husumet nedeni ile reddi isabetli olmayıp kararın bozulması gerekmiştir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN : Davacı vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, özellikle; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30.04.2014 gün ve 2013/4-1537 E. - 2014/573 K. ve 21.05.2014 gün ve 2013/4-1601 E. - 2014/681 K. sayılı ilamlarında da aynı ilkelerin kabul edilmiş olmasına göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 25.05.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BELİRSİZ ALACAK DAVASI • İŞÇİLİK ALACAĞI

ÖZET: Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.12.2012 gün ve 2012/9-838 E., 2012/715 K. sayılı ilamında da belirtildiği üzere işçilik alacaklarının özelliği de dikkate alınarak, alacakların belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi, aksinin kabulü de doğru değildir. Aynı şekilde Bu nedenle, talep konusu işçilik alacakları belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesi daha doğru olacaktır.

Y.HGK E: 2016/22-874 K:2016/824 T: 22/06/2016

Taraflar arasındaki “işçilik alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kayseri 2. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 12.12.2013 gün ve 2013/359 E., 2013/839 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 23.10.2014 gün ve 2014/24070 E., 2014/28921 K. sayılı ilamı ile;

(... Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığını belirterek, davacının davalı işveren işyerinde çalışırken Türkiye Yol-İş Sendikasına üye olduğunu, işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmelerinden yararlandırılmadığı için açılan dava sonucu 16.07.2008 tarihine kadar alması gereken eksik ödemelerin hüküm altına alındığını, belirtilen tarih sonrasına ilişkin fark ücret , fark ikramiye ve fark sosyal hak alacaklarını istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, dava konusu taleplerin zamanaşımına uğradığını, dava dilekçesinde istenen fark ikramiye, ücret ve sosyal hakların fazlası ile ödendiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak, ücret, ikramiye, sosyal hak alacaklarının sendika ile işyeri arasında imzalanan toplu iş sözleşmesine göre ödenmesi gerektiği, eksik ödeme yapıldığı, belirsiz alacak davası olarak açıldığı gerekçesi ile hak ediş tarihlerinden itibaren alacakların kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

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 tarafca belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe hali, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen miktar veya değer 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 açılmaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğu 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 bulunduğu 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. Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011, s. 45; H. Pekcanitez/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 açılacağı 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 açamaz (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 sözedilemez. 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, şahit anlatımlarına dayanması halinde, hesaba esas alınan süre ve alacağın miktarı nazara alınarak takdir edilecek uygun oranda hakkaniyet indirimi yapılması gerekliliği kabul edilmektedir. Bu halde, şahit 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 açılmaz; ancak şartları varsa kısmi dava açılması mümkündür.

Kanunun kısmi dava açma imkanını sınırlamakla birlikte tamamen ortadan kaldırmadığı da gözetildiğinde, belirli alacaklar için, belirsiz alacak davası açılmasa da, şartları oluştuğunda ve hukuki yarar bulunduğunda kısmi dava açılması mümkündür. Aksi halde, sadece ya belirsiz alacak davası açma veya belirli tam alacak davası açma şeklinde iki imkandansözedilebilir ki, o zaman da kısmi davaya ilişkin 6100 sayılı Kanun'un 109. maddesindeki hükmün fiilen uygulanması söz konusu olamayacaktır. Çünkü, belirsiz alacak davasında zaten belirsiz alacak davasının sağladığı imkanlardan yararlanarak dava açılabilir; şayet alacak belirli ise de, o zaman sadece tam eda davası açılacaktır. Oysa kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği prensibi gereği, anılan maddeyle kısmi davaya ilişkin düzenleme yapıldığı düşünüldüğünde ve Kanundaki sınırlamalara dikkat edilerek kısmi dava açılacaktır.

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 mahke-

mece 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. Pekcanitez/O. Atalay/M. Özkes, Medeni Usul Hukuku, 14. Bastı, Ankara 2013, s. 454). Bunun yanında, şayet açılan davada asgari bir miktar gösterilmişse ve bunun alacağın bir bölümü olduğu anlaşılmalı birlikte, belirsiz alacak davası mı yoksa belirli alacak olmakla birlikte kısmi dava mı olduğu anlaşılamiyorsa, bu durumda 6100 sayılı Kanununun 119/1-ğ maddesinin aradığı şekilde açıkça talep sonucu belirtilmemiş olacaktır. Talep, talep türü ve davanın niteliği açıkça anlaşılamiyorsa, talep muğlaksa, aynı Kanununun 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 taşıyamıyorsa, 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 kadar dava bulunduğu kabul edildiğinden ve aynı Kanununun 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 açılmaz (C. Simil, Belirsiz Alacak Davası, I. Bastı, İş-

tanbul 2013, s. 414). Keza aynı şey kısmî dava için söz konusudur.

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 toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret farkı, ikramiye farkı ve sosyal hak alacakları bakımından; talep içeriğinden de açıkça anlaşıldığı üzere, davacı sendikaya üye olduğu ve toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği tarihi, çalışma süresini, en son ödenen ücreti, toplu iş sözleşmesi gereği alması gerektiğini iddia ettiği aylık ücret miktarını, ödenmesi gereken ücret farkı, ikramiye ve sosyal hak tutarını işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi hükümleri gereğince belirleyebilecek durumdadır. Bu halde toplu iş sözleşmesinden kaynaklı ücret farkı, ikramiye ve sosyal hak alacakları, belirsiz alacak değildir. Dava konusu edilen alacakların gerçekte belirlenebilir alacak olmaları ve belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri anlaşılacakla, hukuki yarar yokluğundan davanın usulden 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 vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne dair verilen karar, taraf vekillerinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını, davalı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; fark ücret, fark ikramiye ile fark sosyal hak alacaklarından oluşan alacakların belirsiz alacak olup olmadığı, varılacak sonuca göre davacının belirsiz alacak davası olarak eldeki davayı açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle belirsiz alacak davasının hukuki niteliğinden bahsetmekte yarar bulunmaktadır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. 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. 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 açılabilirdiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir."düzenlemesi ile belirsiz alacak davasına yer verilmiştir.

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 tarafca belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe hali, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen miktar veya değer belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi durumuna ya da objektif olarak imkansızlığa dayanmalıdır.

Madde gerekçesinde; bu davanın kabul edilmesinin artık salt hukukî korumanın ötesine geçilerek "etkin hukukî koruma"nın gündeme gelmiş olmasının da bunu gerektirdiği belirtildiği gibi, hak arama durumunda olan kişi, talepte bulunacağı hukukî ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgarî olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilecektir. Belirsiz alacak ve tespit davalarına ilişkin hükümlerin mukayeseli hukukta da yer

aldığı dikkate alınarak, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklının, hukukî ilişki ile asgarî bir miktar ya da değer belirterek belirsiz alacak davası açabilmesi kabul edilmiştir. Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmaması ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Belirsiz alacak veya tespit davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hâle gelmişse, davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilmesi benimsenmiştir. Miktarı belirsiz alacaklarda zamanaşımının dolmasına çok kısa sürenin var olduğu hallerde yalnızca tespit yahut kısmi edâ ile birlikte tespit davasının açılacağı genel olarak kabul edilmektedir. Alacaklı, yalnızca edâ davası veya yalnızca tespit davası yahut kısmi edâ ile birlikte külli tespit davası açabilme seçeneklerine sahip olduğu, hak-arama özgürlüğünün (Any.m.36, İHAS.m.6) özünde varolan bu seçenekler, yasa veya içtihat yoluyla yasaklanamayacağı, esasen tam veya kısmi olmasına bakılmaksızın her edâ davasının temelinde bir külli tespit unsuru bulunduğu, başka deyimle edâ hükmünde tertip olunan her durumun arkasında sorumluluk saptanmasını içeren bir zorunlu ön tespit kabulü mevcuttur.” şeklindeki açıklamayla, alacağın belirsiz olup olmadığı ile ilgili olarak bazı kriterler kabul edilmiştir. Bu kriterler davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin; 1- Davacının kendisinden beklenememesi, 2- Bunun olanaksız olması, 3- Açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ve değerinin tam ve kesin olarak belirlebilmesinin mümkün olması olarak belirtilmektedir.

Belirsiz alacak davasının getirdiği en önemli etkin koruma, usul ekonomisi ve hak arama özgürlüğüne hizmet etmesi yanında, davacının yüksek yargılama giderlerine katılma ve dava konusu hakkın zamanaşımına uğrama riskini azaltmasıdır.

Usul hukukunun maddi hukuk içinde gerçekleşen hakkın talep edilebilirliğini, tespitini belirli kurallara bağlayan hukuk dalı olması nedeniyle maddi hukuk için araç olduğu unutulmamalıdır. O nedenle iş yargılaması kuralları ve bu anlamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu kurallarının iş ve sosyal güvenlik hukukuna hizmet ederken, bu hukukun ilkelerini de gözardı etmemesi gerekecektir.

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 beklenmemesi 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 İş Hukukunda geçerli zayıf olan işçiyi koruma ilkesi ile işçi lehine yorum ilkesi gereği daha isabetli olacaktır.

Kural olarak kişinin alacağını belirleyebilmesi için, aynı zamanda belgeye bağlama yetkisinin olması veya bu konuda belge düzenlenip kendisine verilmesi gerekir.

4857 sayılı İş Kanununun 8/3 maddesi ile işverene yazılı sözleşme yapılmayan hallerde 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 halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belgeyi işçiye verme yükümlülüğü getirilmiştir.

32/2 maddesi ile ise, ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödeneceği, çalıştırdığı işçilerin sözkonusu 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.

37. madde ile, işverene işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula verme yükümlülüğü getirilmiştir. Sözkonusu 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 getirilmiştir.

67. maddesi ile günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatlerinin işyerlerinde işçilere duyurulacağı,

75. madde ile de, işverene çalıştırdığı her işçi için işçinin kimlik bilgilerinin yanında, İş Kanununun 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 düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir.

Sözkonusu 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 yasaya uygun belgelere ihtiyaç duyulmaktadır. 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 mesai, 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 dahil edilmektedir. Özellikle ücrete dahil edilecek menfaatlerin iş yerinde süreklilik arz edip arzetmediği 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 yukarıda bahsedilen iki kriter birlikte değerlendirilerek, dava konusu edilen işçilik alacağının belirli olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.12.2012 gün ve 2012/9-838 E., 2012/715 K. sayılı ilamında da belirtildiği üzere işçilik alacaklarının özelliği de dikkate alınarak, alacakların belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi, aksinin kabulü de doğru değildir. Aynı şekilde Bu nedenle, talep konusu işçilik alacakları belirli olup olmadığı somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesi daha doğru olacaktır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.06.2015 gün ve 2015/22-1051 E., 2015/1634 K.; 17.06.2015 gün ve 2015/22-1156 E., 2015/1598 K. sayılı ilamlarında da aynı ilkeler kabul edilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı işçi sendika üyesi olup, Kayseri 1. İş. Mahkemesinin 2011/423 Esas, 2012/803 Karar sayılı ile davacının maaş ve sosyal haklarının yol iş sendikası ile davalı işyeri arasında imzalanan TİS'e göre ödenmesi gerektiğinin tespitine ve 16.07.2008 tarihine kadarki dönem için fark ücret alacağının hüküm altına alındığı, sözkonusu kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiği işyerinde uygulanmakta olan toplu iş sözleşmesinin 93. maddesi gereği % 3'lük artış sonucu Eylül 2008 ayında % 3 oranında, Mart 2009 ayında % 3 oranında, Eylül 2009 ayında % 5,5 oranında, Mart 2010 ayında % 2,5 oranında ve Eylül 2010 ayında % 2,5 oranında zam yapılacağı kararlaştırıldığı görülmektedir.

Davacının talep ettiği fark işçilik alacaklarının hesaplanabilmesi için yasada öngörülen kayıt ve belgeleri tutma ve işçinin bilgisine sunmakla yükümlü olan işverenin sunacağı bordrolara ihtiyaç duyulmaktadır. Çünkü fark ücret ve ikramiye alacaklarının belirlenebilmesi için, muhasebe işlemini gerektirmektedir. Zira davacının alacağı gerçek ücrete TİS ile belirlenen zam oranları uygulanarak bulunacak miktardan işverence düzenlenen bordrolardaki ödenen ücret mahsup edilerek fark alacak bulunacaktır. Bunun için de işyerinde kayıt tutma dolayısı ile belgeleme yükümlüsü olan işverenin sunacağı bordrolara ve kayıtlara ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu nedenle, yaklaşık 3 yıla yakın bir süreye ilişkin TİS artışlarından kaynaklanan alacaklarını belirlemesi davacı işçinin eğitim ve sosyal durumu dikkate alındığında kendisinden beklenemeyeceği gibi sözkonusu alacakların belirlenebilmesi için işverende bulunan bilgi ve belgelerin verilmesi ve tahkikata ihtiyaç duyulduğundan Mahkemece davanın belirsiz alacak davası olarak görülmesi ve davanın kabulüne karar verilmesi yerindedir.

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler esnasında bir kısım üyelerce, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununda görev, yetki ve temyiz süresi ile ilgili özel olarak düzenleme yapıp diğer konularda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa atıfla yetinildiği, Hukuk Muhakemeleri Kanununda öngörülen basit yargılama usulü ve dava türleri iş davalarında da geçerli olup, tüm yorum ve değerlendirmelerin anılan kanunun belirlediği ilkeler çerçevesinde yapılması gerektiği, yargı kararı ile, işçinin ekonomik bakımdan zayıflığı ve kayıt dışılık gibi gerekçelerle, kanunda öngörülenin dışında yeni bir yargılama usulü kabul edilemeyeceği, bu nedenle işçi lehine yorum ilkesi de 6100 sayılı Kanununu benimsediği ilkelerin dışına çıkılmasına gerekçe yapılamayacağı, işçi lehine yorum ilkesinin usul hukukunda değil, maddi hukukta uygulama alanı bulabilen bir ilke olduğu, alacaklı olduğunu ileri süren kişinin belirsiz alacak davası açabilmesi için, talep sonucunu gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olması gerektiği, bu sebeple davanın açıldığı anda dava konusu edilen alacak tutarının tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin, davacıdan beklenemeyecek bir nitelik taşıyıp taşımadığını belirlemede, somut olayın koşulları ve özellikleri gözetilerek doğruluk ve güven kuralı çerçevesinde (HMK m.2; m.27, I) dürüst, makul ve orta zekalı bir insanın göstermesi gereken tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen, alacak tutarını tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin mümkün olup olmadığı hususunun, ölçü olarak esas alınması gerektiği, somut olayda dava konusu edilen işçilik alacaklarının objektif olarak belirlene-

bilir olduğu, bu nedenle belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceğinden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi gerektiğini belirterek kararın bozulması gerektiğini ileri sürmüştü ise de, bu görüşler Kurul çoğunluğu tarafından belirtilen nedenlerle kabul edilmemiştir.

Hal böyle olunca, Özel Dairenin hukuki yarar yokluğuna ilişkin bozmasına karşı Yerel Mahkemenin direnmesi yerindedir.

Nevar ki, Yüksek Özel Daire 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**, 22.06.2016 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

AİLE KONUTU ŞERHİ • İPOTEK

ÖZET: Evliliğin sonlanmasıyla aile konutu ile kira sözleşmesini feshetme, devretme ve üzerindeki hakları sınırlandırmaya ilişkin kısıtlama “kendiliğinden” ortadan kalkar. Bu husus gözetilerek konusuz kalan dava hakkında “karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde karar verilmesi gerekirken, Türk Medeni Kanununun 194. maddesine dayanılmak suretiyle yazılı şekilde “ipoteğin kaldırılmasına” karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Y. HGK E:2017/1609 K:2017/965 T: 24/05/2017

Taraflar arasındaki “ipoteğin kaldırılması ve aile konutu şerhi konulması” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Konya 4. Aile Mahkemesince “davanın kabulüne” dair verilen 19/12/2013 gün ve 2011/850 E., 2013/982 K. sayılı karar, davalı ...vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 24/03/2015 gün ve 2014/9016 E., 2015/5407 K. sayılı kararı ile;

“...Aile konutunun, hak sahibi eş tarafından devri ve konut üzerindeki hakların sınırlandırılması, diğer eşin açık rızasına bağlıdır (TMK

m. 194/1). Bu rıza alınmadan konutla ilgili yapılan tasarruf işlemi geçersizdir. Bu geçersizliği, rızası gereken eş, konutun bu vasfını devam ettirmesi koşuluyla ancak evlilik birliği süresince ileri sürebilir. Evlilik ölümle veya boşanma yahut da iptal kararıyla sona ermiş ise, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin “aile konutuna” sağladığı koruma da sona erer ve rıza alınmadan yapılan tasarruf işlemi yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır. Davacı ile aile konutu üzerinde ipotek tesis ettiren eşi İbrahim’in evliliği, İbrahim’in yargılama devam ederken 31.05.2012 tarihinde ölümü ile sona ermiştir. Evlilik ölüm ile sona erdiğine göre dava konusu taşınmaz aile konutu olma niteliğini kaybetmiştir. Diğer bir ifadeyle evliliğin sonlanmasıyla aile konutu ile kira sözleşmesini feshetme, devretme ve üzerindeki hakları sınırlandırmaya ilişkin kısıtlama “kendiliğinden” ortadan kalkar. Bu husus gözetilerek konusuz kalan dava hakkında “karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde karar verilmesi gerekirken, Türk Medeni Kanununun 194. maddesine dayanılmak suretiyle yazılı şekilde “ipoteğin kaldırılmasına” karar verilmesi doğru görülmemiştir....”

gerekçesiyle oyçokluğuyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek temyiz dilekçesinin süresinde verildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava ipoteğin kaldırılması ve aile konutu şerhi konulması istemine ilişkindir. Davacı vekili müvekkilinin rızası dışında aile konutu üzerine ipotek konulduğunu, bu durumun Türk Medeni Kanunu’nun 194. maddesine aykırı olduğunu iddia ederek ipoteğin kaldırılması ve aile konutu şerhi konulmasına karar verilmesini istemiştir. Davalı ... davaya cevap vermemiştir.

Davalı banka vekili davaya konu ipoteğin bizzat davacının yazılı muvafakatına istinaden tesis edildiğini, davacının söz konusu ipotek işleminden haberdar olmadığını iddia etmesinin de haksız ve kötü niyetli olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalı ...’in vefatı üzerine dava mirasçılara yöneltilmiş, davalı ... mirasçıları davaya cevap vermemiştir. Yerel mahkemece davaya konu taşınmazın davacı ile davalı ...’in aile konutu olduğu ancak davacı ile davalı ... arasındaki evliliğin davalı ...’in davanın devamı sırasında 31/05/2012

tarihinde vefat etmesiyle sona erdiği, ölümle sona eren evlilik nedeniyle de davaya konu taşınmazın aile konutu özelliğini kaybettiği, davacının aile konutu şerhi konulması hususundaki davasının konusuz kaldığı, ancak davaya konu taşınmaz üzerine ipotek tesis edilirken davacının haberinin olmadığı ve açık rızasının alınmadığı, tacir olan davalı şirketin de ipotek tesis edilirken taşınmazın aile konutu olduğunu bildiği, banka tarafından davacının rızasının alındığı iddia edilen muvafakatnamenin de HMK'nın 206. maddesinde öngörülen şartları taşımadığından resmi belge niteliğindedir olmadığı gerekçesiyle ipoteğin kaldırılması talebinin kabulüne karar verilmiştir.

Davalı banka vekilinin temyizi üzerine hüküm, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçelerle oyçokluğuyla bozulmuştur.

Yerel Mahkemece ipotek tesis işlemi sırasında davacı eşten muvafakatname almak isteyen davalı bankanın taşınmazın aile konutu olduğunu bildiği halde taşınmaz üzerine ipotek tesis ettirdiği, davacı eşin davanın devamı sırasında vefat eden kocasının mirasçısı konumunda olduğu ve davacı eşin bu davadaki hukuki yararının devam ettiği, davanın reddedilmesi halinde icra takibinin sonunda taşınmazın satılacağı ve davacı eşin aile konutundan kaynaklanan yasal haklarını kullanabilme olanaklarından yoksun kalacağı belirtilerek ipoteğin kaldırılması talebinin kabulüne ilişkin önceki hükümden direnilmiştir. Direnme hükmü davalı banka vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, aile konutu niteliğini haiz taşınmazda ipotek tesis eden davalı eşin ölümü üzerine davacı eşin Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde sağlanan korumadan yararlanıp yararlanmayacağı, burada varılacak sonuca göre ipoteğin kaldırılması talebinin konusuz kalıp kalmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında TMK'nın 194. maddesinde tanınan aile konutu korumasının evliliğin ölüm ile sona ermesi durumunda da devam edeceği, sözü edilen hükmün sadece evliliğin korunması için getirilmiş bir hüküm olmadığı, aksi halde malik olmayan eşin TMK'nın 240, 279 ve 652. maddelerinde yer alan haklarını kullanamayacağı, davacının bu davayı açmakta hukuki yararının devam ettiği

gerekçesiyle direnme kararının usul ve yasaya uygun olduğu belirtilmiş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı ...'ın ölümü nedeniyle konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm tesisi gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı ...vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 24.05.2017 gününde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

EVLİ BİRİYLE BİRLİKTELİK • MANEVİ TAZMİNAT

Özet: Sonuç itibariyle, davalının davacının eşi ile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiğinin tarafların ve mahkemenin kabulünde olmasına göre; davalının sorumluluğu ahlaka ve adaba aykırılık nedeniyle gerçekleşen “haksız fiil”den kaynaklanmakta; dava da yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hükümlerden almaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinde yer alan “evlenmeyle eşler arasındaki evlilik birliği kurulmuş olur... Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.” biçimindeki düzenleme gereğince, evli bir kimse- nin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğindedir. Bu eyleme evliliği bilerek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur. Ayrıca eşlerin bu yüzden boşanmış olup olmaları da önem taşımaz. Bu nedenlerle somut olayda mahkemece davalının açıklanan şekilde gerçekleşen eyleminden sorumluluğu kabul edilerek davacı eş yararına tazminata hükmedilmesi yerindedir. Ne varki davacının kendi

adına asaleten ve yaşı küçük çocuklarına velayeten açmış olduğu davada, mahkemece “eşe karşı yapılan haksız fiilden dolayı verilecek olan tazminatın aile kurumunun ayrılmaz bir parçası olan çocukları kapsamı gerektiği, aksi düşüncenin aile kurumunun bütünlüğü ile bağdaşmayacağı, aile kurumunun dağılmasının eşlere vereceği zararın çocuklara da yansıtacağı, çocukların yaşları dikkate alındığında davalının eyleminin çocukların kişilik haklarına da haksız saldırı niteliğinde olduğu” gerekçesiyle her iki çocuk lehine de manevi tazminata hükmedilmiş ise de; 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinde düzenlenen sorumluluğu genişletmek olanaksız olduğu gibi, çocukları bu kapsamda değerlendirmek söz konusu değildir. Yansıma yoluyla da manevi tazminat istenilemeyeceğinden çocuklar yönünden Özel Daire bozma kararına uyularak davanın reddine karar vermek gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Y. HGK E. 2017/1334 K: 2017/545 T: 22/03/2017

Taraflar arasındaki “**manevi tazminat**” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Şanlıurfa 2. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kısmen kabulüne dair verilen 19.11.2013 gün ve 2012/178 E. 2013/448 K. sayılı kararın temyizden incelenmesinin davalı tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 07.05.2015 gün ve 2014/6538 E., 2015/5839 K. sayılı kararı ile,

“...Dava, kişilik haklarına saldırı nedeni ile uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, istemin bir bölümü kabul edilmiş, karar davalı tarafından temyiz edilmiştir. Davacı, davalının kendisi ile evli olduğunu bildiği halde dava dışı eşi ile birlikte olduğunu, eyleminin kişilik haklarına saldırı niteliğinde bulunduğunu iddia ederek, uğradığı manevi zararın ödetilmesi isteminde bulunmuştur.

Davalı, davacının iddialarını kabul etmediğini belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, toplanan delillere göre davalının, davacının eşi ile evli olduğunu bilerek birlikte olduğu hususu sabit görülerek davanın kısmen kabulü ile davacı eş yarar-

na manevi tazminata hükmedilmiştir.TMK.nun 185. maddesine göre, “Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Eşler birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.” Aynı Yasanın 174. maddesine göre de, “Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir. Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.”

Evlenmeyle eşler arasında kurulan aile birliğinin taraflara yüklediği ödevlerin ihlali veya yerine getirilmemesi durumunda bu yükümlülüğü yerine getirmeyen eş yönünden Türk Medeni Kanunundaki sonuçları, boşanma ve boşanma sebebi olması durumunda, bu olaylar yüzünden kişilik haklarının saldırıya uğraması halinde manevi tazminat talep edilebileceğidir.BK. 41 (TBK 49). maddesine göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Yine BK. 49 (TBK.58) maddesinde “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.” Haksız fiile dayalı bir borcun doğabilmesi için, hukuka aykırı bir fiil bulunmalı, fiili işleyen kusuru olmalı, sonuçta bir zarar doğmalı, zarar ile işlenen fiil arasında da uygun nedensellik bağı bulunması gerekir.

Somut olaya gelince, davalının ve dava dışı eşin davacıya yönelik ve bütün olarak aldatma mahiyetindeki davranışlarının manevi tazminatı gerektirip gerektirmeyeceğinin tartışılması gereklidir.Yukarıda incelenen yasa maddeleri uyarınca, davacının dava dışı eşinin TMK.nun evlenmeyle eşe yüklediği ödevler arasında bulunan sadakat yükümlülüğünü ihlali nedeniyle, Yasanın 185. ve 174. maddeleri uyarınca boşanma sebebi ve istek halinde manevi tazminatı gerektirir nitelikte olduğu kuşkusuzdur. TMK. daki düzenleme, dava dışı eşin evlenme ile kurulan aile birliğinin tarafı olması sıfatından kaynaklanmaktadır. Zira dava dışı eş kendi iradesi ile bu birliğin tarafı olmayı kabul etmiş ve yasanın kendisine tanıdığı hak ve yükümlülükler altına girmiştir.

Davalının eyleminin manevi tazminatı gerektirip gerektirmeyeceğine gelince, davalının doğrudan davacının bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir fiilde bulunduğundan söz edilemez. Söz konusu Yasada yükümlülüğünü ihlal eden eşin eylemini birlikte gerçekleştirdiği kişiler yönünden herhangi bir düzenleme getirilmemiştir.

Dava konusu eylemin gerçekleştiği tarih itibariyle yürürlükte bulunan 818 sayılı BK.nun müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerinin de uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Zira, sözkonusu Yasanın 50. maddesinde haksız fiil nedeniyle müteselsilen sorumluluğuna gidilebilecekler gösterilmiştir. Yukarıda açıklanan yasal duruma göre, davalı zararın meydana gelmesinden asli olarak sorumlu tutulamaz. Yine yasa hükmünün aradığı anlamda iştirak hali de söz konusu olamaz. Zira iştiraken işlenebilir bir eylemin varlığının kabul edilebilmesi için, eylemin müstakilen ve asli olarak da işlenebilir olması gerekir. Ayrıca haksız fiil sorumluluğunu, geniş ve belirsiz bir kavram olan sadakat yükümlülüğünü ihlal etmeye iştirak çerçevesinde değerlendirmek, bu sorumluluğu belirsiz hale getirecektir. Açıklanan nedenlerle, BK.49 (TBK.58) maddesine göre, davalının eylemi, davacının kişilik değerlerine saldırı oluşturacak nitelikte bir eylem olarak kabul edilemez. Mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, davacının manevi tazminat isteminin tümünden reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle, yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir...”

gerekçesiyle oyçokluğuyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra ge­reği görüldü:

Dava, haksız eylem nedeniyle kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı vekili müvekkilinin eşi S ile 2006 yılında evlendiklerini, müşterek iki çocukları olduğunu, müvekkilinin eşi S’in uzun süreden beri davalı ile ilişkisi olduğunu, bu ilişkidен rahatsızlık duyunca ve evde huzursuzluk oluşunca eşi S’in evi terk ederek davalı ile birlikte yaşamaya başladığını, bu gayrimeşru ilişkinin aile bütünlüğüne haksız bir saldırı niteliğinde olup müvekkili ve çocuklarının aile düzeninin bozulduğunu, her türlü uyarı ve ikazlara rağmen davalının, eşi ile gayrimeşru ilişkisini devam ettirdiğini ileri sürerek ... için 20.000,00 TL ve her bir çocuk için 5.000,00’er TL olmak üzere toplam 30.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı davacının eşi S’i kendisinin alıkoymadığını, bir yıl önce Adana’da tanıştıklarını, eşinden soğuduğunu söylediğini, iki çocuk babası olan S’in iki çocuğunu da bırakacak kadar mutsuz olduğunu, beraberliklerinden

dolayı hakaretlere uğradıklarını belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, davacının eşi S'nin rızası ile de olsa davalı ile birlikte yaşadıkları, bu durumun davacıda üzüntü ve psikolojik rahatsızlık oluşturduğu, kendisinin ve aile yaşamının bu durumda olumsuz etkilendiği, davalının davacının resmi nikâhlı eşi ile birlikte yaşaması eyleminin davacının aile bütünlüğüne haksız bir saldırı oluşturduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile davacı ... için 5.000,00 TL, her bir çocuk için 2.000,00'er TL olmak üzere toplam 9.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Davalı vekilinin temyizi üzerine hüküm Özel Dairece, yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur. Yerel Mahkemece, önceki karardaki gerekçelerle ve karşı oy görüşü benimsenerek direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, davacının eşi ile duygusal ve cinsel ilişkiye girdiği tarafların ve mahkemenin kabulünde olan davalının bu eyleminin, davacının ve çocuklarının kişilik haklarına saldırı niteliğinde olup olmadığı, buradan varılacak sonuçta göre davalının hukuki sorumluluğunu gerektirip gerektirmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümüne geçilmeden önce, hukukumuzda yer alan sorumluluk kaynaklarının ve buna bağlı olarak da taraflar arasındaki hukuki bağ niteliğinin irdelenmesinde yarar vardır.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, "Borçların Teşekkülü" başlığı altında, sözleşmeden doğan borçlar (md.1-40) ile haksız fiilden doğan borçlar (md.41-60) düzenlenmiş; yine aynı başlık altında, borçların üçüncü genel kaynağı olarak, haksız (sebepsiz) iktisaba (md.61-66) yer verilmiştir. Bunların dışında, ne hukuki bir işlemde açıklanan bir iradeye, ne de hukuka aykırı bir eyleme dayanan, kanundan doğan borçlar bulunmaktadır.

Özetle, hukukumuzda borçların kaynağı; sözleşme, haksız fiil, sebepsiz iktisap ya da bir kanun hükmü olarak kabul edilmiştir.

Sözleşme, tek taraflı hukuki işlemden farklı olarak, en az iki irade beyanını içerir, bu irade beyanlarının birbirine uygun ve karşılıklı olması gerekir.

Borçlar Kanunu'nda sorumluluğun diğer bir genel kaynağı olarak öngörülen sebepsiz zenginleşmeden söz edilebilmesi için, bir taraf zenginleşirken diğerinin fakirleşmesi, zenginleşme ve fakirleşme arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve zenginleşmenin hukuken geçerli

bir nedene dayalı olmaması gerekir. Kanundan doğan borçlarda da, borç kaynağını kanundan almakta ve sorumluluk buna göre belirlenmektedir.

Borçlar Kanunu'nda sorumluluk nedenleri arasında düzenlenen haksız fiil ise hukuka aykırı bir eylemle başkasına zarar verilmesidir.

Haksız fiilden söz edilebilmesi için şu dört unsurun birlikte bulunması zorunludur: Öncelikle ortada hukuka aykırı bir fiil bulunmalı; bu fiili işleyen kusurlu olmalı; kusurlu şekilde işlenen ve hukuka aykırı olan bu fiil nedeniyle bir zarar doğmalı ve sonuçta doğan zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu unsurların tümünün bir arada bulunmadığı, bir veya birkaç unsurun eksik olduğu durumlarda haksız fiilin varlığından söz edilemez.

Eldeki dava, açıklanan bu sorumluluk kaynaklarından haksız eyleme dayalıdır. Dava konusu haksız eylemin gerçekleştiği ve davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde "Mesuliyet Şartı" başlığı altında: "Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.

Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bile rek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur."

Hükmü yer almakta;

Aynı Kanunun "Şahsi Menfaatlerin Haleldar Olması" başlıklı 49. maddesinde ise; "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı **manevi** zarara karşılık **manevi tazminat** namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir. Hakim, **manevi tazminat**ın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır. Hakim, bu **tazminat**ın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir." Düzenlemesine yer verilmektedir. Yine aynı Kanunun "Müteselsil Mesuliyet"e ilişkin hükümlerinden "Haksız Fiil Halinde" başlıklı 50. maddesinde de:

"Birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ıka ettikleri takdirde müşevvik ile asıl fail ve fer'an methali olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar. Hakim, bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şumulünün derecesini tayin eyler. Yataklık eden kimse, vaki olan kardan hisse almadıkça yahut iştirakiyle bir zarara sebebiyet vermedikçe mesul olmaz."

Şeklinde düzenleme bulunmaktadır.

Dava tarihinden sonra yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da haksız eylem sorumluluğu, benzer nitelikteki hükümler ile düzenlenmiştir.

Diğer taraftan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinde; “..evlenmeyle eşler arasındaki evlilik birliği kurulmuş olur... Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.” Denilmektedir. Görüldüğü üzere, haksız eylem nedeniyle sorumluluk hallerinden birisi ahlaka aykırı bir fiil ile bilerek başka bir kimsenin zarara uğramasına neden olmaktadır.

Yine, müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemeler ile haksız eylemi birlikte gerçekleştirenler birbirinden ayırt edilmeksizin, zarar görene karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Öte yandan, evlilik birliğinde eşlerin zorunlulukları yasal düzenleme altına alınmış ve sadakat borcu da bunlar arasında sayılmıştır.

Tüm bu açıklamalar ve ortaya konulan yasal düzenlemeler ışığında somut olay irdelendiğinde: Davacı, eşi S ile davalı arasında uzun süredir devam eden duygusal ve cinsel ilişki bulunması, eşinin evini terk ederek davalının yaşadığı Adana iline gidip onunla birlikte yaşamaya başlaması, bu gayrimeşru ilişkinin aile bütünlüğüne haksız bir saldırı niteliğinde olup aile düzeninin bozulması nedeniyle kendisi ve çocukları için **manevi tazminat** talep etmektedir. Davalının ise, davacının eşiyile evli olduğunu bilerek duygusal ve cinsel ilişkiye girdiği yönünde açık kabulü bulunduğu, savunma olarak da iki çocuk babası olan S'in iki çocuğunu da bırakacak kadar mutsuz olduğunu dile getirdiği görülmektedir. S'in annesi ve babası olan davacı tanıklarının beyanlarından, davacının eşinin Adana'da davalı ile birlikte yaşadığı, iki kez kendi isteği ile gelerek pişman olduğunu bir daha gitmeyeceğini söylemesine rağmen tekrar kaçıp gittiği, davacının bu olaydan dolayı çok üzüntü hissettiği, manen yıprandığı ve çevrenin psikolojik baskısına maruz kaldığı anlaşılmaktadır. Dava dışı eşin açtığı **boşanma** davası ise, taraflarca takip edilmemiş ve davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

Hemen belirtmekte yarar vardır ki, gerek Anayasada, gerek Türk Medeni Kanununda aile toplumun temeli olarak kabul edilmiş ve aileyi koruyan hükümlere yer verilmiştir. Aile sadece mensubu olan kişiler için değil toplum için de önemlidir ve hem yazılı hukuk düzenimizde hem de örf ve adet hukukumuzda özel bir yere sahiptir. Bu nedenledir ki, ailenin korunmasına yönelik düzenlemeler sadece aileyi değil, tüm toplumu ilgilendirmektedir. Aile mensuplarının birbirlerine karşı yükümlülüklerinin ihlali çoğu zaman toplum düzenini de etkilemekte, yasalar nezdinde koruma önlemlerinin alınması yoluna gidilmektedir.

Böylesi öneme sahip aile kurumuna mensup erkeklerle, evli olduğunu bilerek kurulan duygusal ve cinsel ilişkinin aile kurumuna vereceği zarar kaçınılmazdır ve davalının bunu öngörmemiş olması düşünülemez. Bu nedenledir ki, evli kişilerle ilişki uzun süre suç sayılmış ve aile kurumu bu yolla da koruma altına alınmak istenmiştir. Bu tür eylemlerin daha sonraki yasal düzenlemeler sırasında suç olmaktan çıkarılmış olması, bu eylemin ahlaka aykırılığını ve dolayısıyla haksızlığını da ortadan kaldırmayacaktır. Zira, bir eylemin ceza kanununa göre suç teşkil etmemesi ve müeyyidesinin düzenlenmemiş olması, borçlar hukuku hükümlerine göre ahlaka ya da hukuka aykırı olarak kabul edilmesine engel teşkil etmemektedir.

Diğer taraftan, eşler evlilik birliğini kurmakla birbirlerine sadakat borcu altına girdikleri gibi, mensubu oldukları aile birliğine karşı da sorumluluk altına girerler. Davacının eşinin evli olmasına rağmen bir başkası ile cinsel ve duygusal ilişkiye girmesi, evlilik sözleşmesi ile bağlandığı, sadakat borcu altına girdiği eşine karşı haksız eylem niteliğindedir. Davalı kadın da, evli olduğunu bilerek davacının eşiyile gayriresmi ilişkiye girmek ve ondan çocuk sahibi olmak suretiyle, gerek yasalarca gerek örf ve adet hukukunca korunmayan haksız bir davranış içine girmiştir. Bu davranış da açıkça haksız eylem niteliğindedir. Eş söyleyişle, esasen dava dışı eşin, evlilik birliğinin gerektirdiği sadakat yükümlülüğü bulunmakla birlikte; onun evli olduğunu bilen ve buna rağmen onunla ilişkiye giren davalı kadının da dava dışı kocanın sadakatsizlik eylemine katıldığında ve her ikisinin de bu haksız eylemlerinden birlikte ve müteselsilen sorumlu olduklarında kuşku bulunmamaktadır.

O halde olayda, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinde düzenlenen birden fazla şahsın müşterek kusurlarıyla bir zarara yol açmaları, diğer bir deyimle tam teselsül hali mevcut olup, davalı doğan zarardan, davacının eşi ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Müteselsilen sorumluluğun bulunduğu durumda da davacı, alacağını sorumluların tamamından isteyebileceği gibi bunlardan biri veya birkaçından da isteyebilir. Bunlardan birisinin ölmüş olması diğerini sorumluluktan kurtarmaz. Zarar gören dilerse davasını bu kişiye yöneltebilir. Şu durumda; sorumlulardan birisi olan davacının eşinin vefat etmesi, teselsül ilişkisinde bulunan davalının sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir olgu olarak kabul edilemez ve davalının haksız eyleminin varlığını ortadan kaldırmaz.

Böylece, evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğinde olduğu gibi, bu eyleme katılan kişinin

eylemi de bundan ayrı düşünülemez. Dolayısıyla, bu eyleme evliliği bile- rek katılan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur.

Nitekim aynı ilke Hukuk Genel Kurulu'nun 24.03.2010 gün ve 2010/4-129 E.-173 K. sayılı kararında da benimsenmiştir.

Sonuç itibarıyla, davalının davacının eşi ile evli olduğunu bilerek duy- gusal ve cinsel ilişkiye girdiğinin tarafların ve mahkemenin kabulünde olmasına göre; davalının sorumluluğu ahlaka ve adaba aykırılık nedeniyle gerçekleşen "haksız fiil"den kaynaklanmakta; dava da yasal dayanağını haksız fiile ilişkin hükümlerden almaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinde yer alan "evlenmeyle eşler arasındaki evlilik birliği kurulmuş olur... Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar." biçimindeki düzen- leme gereğince, evli bir kimsenin evlilik dışı birlikteliği, diğer eşin sosyal kişilik değerlerine saldırı niteliğindedir. Bu eyleme evliliği bilerek katı- lan kişi de diğer eşin uğradığı zarardan sorumludur. Ayrıca eşlerin bu yüzden boşanmış olup olmaları da önem taşımaz.Bu nedenlerle somut olayda mahkemece davalının açıklanan şekilde gerçekleşen eyleminden sorumluluğu kabul edilerek davacı eş yararına tazminata hükmedilmesi yerindedir.

Ne varki davacının kendi adına asaleten ve yaşı küçük çocuklarına ve- layeten açmış olduğu davada, mahkemece "eşe karşı yapılan haksız fiil- den dolayı verilecek olan tazminatın aile kurumunun ayrılmaz bir parçası olan çocukları kapsamaması gerektiği, aksi düşüncenin aile kurumunun bü- tünlüğü ile bağdaşmayacağı, aile kurumunun dağılmasının eşlere vereceği zararın çocuklara da yansıtacağı, çocukların yaşları dikkate alındığında davalının eyleminin çocukların kişilik haklarına da haksız saldırı nite- liğinde olduğu" gerekçesiyle her iki çocuk lehine de manevi tazminata hükmedilmiş ise de; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde dü- zenlenen sorumluluğu genişletmek olanaksız olduğu gibi, çocukları bu kapsamda değerlendirmek söz konusu değildir. Yansıma yoluyla da ma- nevi tazminat istenilemeyeceğinden çocuklar yönünden Özel Daire bozma kararına uyularak davanın reddine karar vermek gerekirken, önceki ka- rarda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinde düzenlenen sadakat yükümlülüğünün eş- ler arasında olduğu, bu yükümlülüğün ihlalinin boşanma sebebi olup eş- lerin birbirinden bu nedenle manevi tazminat talep edebileceği, davacının sadakat hakkının mutlak değil nispi bir hak olduğu ve herkese karşı ileri

sürülemeyeceği, davalının davacıya karşı sadakat yükümlülüğü bulunmadığı gibi eyleminin açık ve emredici bir kanun hükmüne aykırı olmadığı, davalının doğrudan doğruya davacının bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir fiili bulunmadığı, davacıya zarar verme kastı ile hareket etmiş olmadığı, ahlaka aykırılık unsurunun gerçekleşebilmesi için objektif ahlaka aykırılık olması gerektiği, olayda müstakilen ve asli olarak işlenebilen bir eylem olmadığından iştirak halinin de söz konusu olamayacağı, davalının eyleminin davacının kişilik değerlerine saldırı oluşturacak nitelikte olmadığı, bu nedenle Borçlar Kanunu hükümlerine göre tazminatla sorumlu tutulamayacağı, Yasada olmayan bir sorumluluğun ihdas edilmesinin doğru olmadığı kanaatiyle direnme kararının davacı eş yönünden de bozulması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Hal böyle olunca direnme kararı bu değişik gerekçe ve nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda gösterilen bu değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 22.03.2017 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KUSUR • BOŞANMA

ÖZET: Mahkemece taraflar eşit kusurlu kabul edilerek tarafların boşanmasına karar verilmiş ise de; yapılan tahkikat ve toplanan delillerden davalı-davacı kocanın eşine fiziksel şiddet uyguladığı, onu müşterek konuttan kovup, konutun anahtarını değiştirdiği ve onu aşağıladığı; buna karşılık davacı-davalı kadının ise birlik görevlerini yerine getirmekten kaçındığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu olaylara göre boşanmaya ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda davalı-davacı kocanın, davacı-davalı kadına göre daha ağır kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Hal böyleyken tarafların eşit kusurlu kabul edilmesi ve hatalı kusur belirlemesine bağlı olarak davacı-davalı kadının maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddi doğru bulunmamıştır.

E: 2017/1573, K.2017/1195 T. 14.06.2017

(...1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre davalı-davacı (koca)'nın tüm, davacı-davalı (kadın)'ın ise aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Mahkemece taraflar eşit kusurlu kabul edilerek tarafların boşanmasına karar verilmiş ise de; yapılan tahkikat ve toplanan delillerden davalı-davacı kocanın eşine fiziksel şiddet uyguladığı, onu müşterek konuttan kovup, konutun anahtarını değiştirdiği ve onu aşağıladığı; buna karşılık davacı-davalı kadının ise birlik görevlerini yerine getirmekten kaçındığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu olaylara göre boşanmaya ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda davalı-davacı kocanın, davacı-davalı kadına göre daha ağır kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Hal böyleyken tarafların eşit kusurlu kabul edilmesi ve hatalı kusur belirlemesine bağlı olarak davacı-davalı kadının maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddi 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 kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Davacı-karşı davalı vekili eve sabaha karşı geldiğini, müvekkiline karşı müessir fiilde bulunduğunu, hakaret ve tehdit ettiğini, çocuğa da cebir ve şiddet uyguladığını, gördüğü şiddetin ve çektiği üzüntünün etkisiyle müşterek çocuğun beyinde kanser tümörü oluştuğunu, davalının çocuğun hastalığı için yapılması gerekenlere de ilgisiz kaldığını, müvekkilinin yaklaşık 5 aydır annesinin yanında kaldığını, davalının da müşterek evin kapı kilitlerini değiştirdiğini ileri sürerek boşanma kararı verilmesini, lehine 3.000,00 TL tedbir ve yoksulluk nafakası ile 100.000,00 TL manevi, 50.000,00 TL maddi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı-karşı davacı vekili iddiaların yersiz olduğunu, kaldı ki affa uğradığını, çocuk Sezen'e 8 Mart 2011 tarihinde beyin sapı tümörü teşhisi konulduğunu, çocuğun tedavisiyle ilgilendiğini, esasen davacının tedavie ilgisiz kaldığını ve 2012 yılının Mayıs ayı başında Sezen'i de bırakıp annesinin yanına giderek evi terk ettiğini belirterek davacı - karşı davalı tarafından açılan boşanma davasının reddine, karşı boşanma davasının kabulüne karar verilmesini, 27.02.2013 tarihli dilekçe ile de 50.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece evliliğin başından itibaren kadının zaman zaman şiddete maruz kaldığı, buna karşın kadının da evinin temizliğine yeterli özeni göstermeyerek evinin bakımını ihmal ettiği, davacı-karşı davalı kadının annesinin sözü üzerine evi terk ettikten sonra davalı-karşı davacı erkeğin de kapı kilidini değiştirdiği, taraflar arasında evlilik birliği içerisinde olması gereken sevgi ve saygının ortadan kalktığı, çocukların vefatı ile de aralarındaki bağların koptuğu gerekçesiyle iki tarafta geçimsiz ve ortak kusurlu kabul edildiğinden tarafların boşanmalarına, davacı-karşı davalı kadın yararına yoksulluk nafakası takdirine, tarafların ortak kusurlu olmaları nedeniyle tarafların tazminat taleplerinin reddine karar verilmiştir. Taraf vekillerinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiş, karar davacı-karşı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, evlilik birliğinin sarsılmasına neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu olup olmadığı, burada varılacak sonuca göre davacı-karşı davalı kadın yararına

na maddi ve manevi tazminata (TMK 174/1,2 m.) hükmedilmesi gerekip gerekmediği noktasındadır. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı–karşı davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 14.06.2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

EHLİYETSİZ KİŞİNİN İŞLEMLERİ

ÖZET: Ehliyetsiz kişinin yaptığı işlemler geçersiz olup, karşı tarafın iyiniyetli olması o işlemleri geçerli kılmaz. Ehliyetsizlik ile muvazaa olgusu birlikte ileri sürülmüş ise ilk önce ehliyetsizlik durumu incelenmelidir.

Y. I. HD., E. 2011/6962, K. 2011/7929, T. 06.07.2011

Davacılar, miras bırakanları M.K. adına kayıtlı, arsa vasfındaki 681 ada, 21 parsel sayılı taşınmazın, fikir ve elbirliği içinde olan davalıların hileli davranışları sonucu S.S. Yapı Kooperatif ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılacağı telkiniyle davalı F.T.'a satış yoluyla devrinin sağladığını, temlik işleminin yapıldığı tarihte murislerinin 80 yaşında olup hukuki işlemin sonuçlarını idrak ve algılama yeteneğinin olmadığını ileri sürerek, tapu kaydının iptali ile adlarına tescilini olmadığı taktirde fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 10.000.00 TL. maddi tazminatın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalılar, davanın zamanaşımına uğradığını, advacıların murisi ile A.E. arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığını taşınmazdaki diğer paydaşların payı gibi murislerinin de payının alınması için talepte bulduklarını, 10.100.00 TL. bedel karşılığında satış yoluyla temellük ettiğini, daha sonra da taşınmazı kooperatife devrettiğini, kendisine husumet yöneltilemeyeceğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece; iradenin fesada uğratıldığı iddiasının kanıtlanamadığı, satış sırasında bir kısım mirasçının yanında olduğu, temlik tarihindeki bedel ile rayiç değeri arasında fark olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacılar tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla; Tetkik Hakimi raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü: DAva; hata-hile, ehliyetsizlik hukuksal nedenine dayalı tapu kaydının miras poyları oranında iptal ve tescil olmadığı takdirde tazminat isteğine ilişkindir.

Mahkemece; hile iddiasının kanıtlamanadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.4.1990 gün ve 1990/1-152-1990/236 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; davada dayanılan maddi olaylar bakımından birkaç hukuki nedenin bir arada gösterilmesinde ilke olarak usul ve yasaya aykırı bir yön yoktur.

Somut olayda, miras bırakan tarafından yapılan temliklerin fikir ve elbirliği içinde hareket eden davahaların hileli davranışları sonucunda “kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapmak isterken taşınmazın davalı Fikret Tak adına tescilinin sağlandığı” temlik tarihinde murisin hukuki ehliyetinin bulunmadığı ileri sürülerek eldeki dava açılmıştır.

Ne var ki, mahkemece hukuki ehliyetsizlik iddiası konusunda bir araştırma yapılmamıştır.

Bilindiği üzere; davranışlarının, eylem ve işlemlerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme, değerlendirebilme ve ayırt edebilme kutredü (gücü) bulunmayan bir kimsenin kendi iradesi ile hak kurabilme, borç (yükümlülük) altına girebilme ehliyetinden söz edilemez. Nitekim Medeni Kanunun “fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir” biçimindeki 9. maddesi hükmüyle hak elde edebilmesi, borç (yükümlülük) altına girebilmesi, fiil ehliyetine bağlamış, 10. maddesinde de, “fiil ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan bir ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.” hükmünü getirmiştir. “Yartım gücü” eylem ve işlev ehliyeti olarak da tarif edilerek aynı Yasanın 13. maddesinde “yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.” demek suretiyle açıklanmış, ayrıca ayırtım gücünü ortadan kaldıran önemli nedenlerden bazılarına değinilmiştir. Önemlilerinden dölayı bu ilkeler, söz konusu yasa ile öteki yasaların çeşitli hükümlerinde de yer almıştır.

Hemen belirtmek gerekir ki, Medeni Kanunun 15. maddesinde de ifade edildiği üzere, ayırtım gücü bulunmayan kimsenin geçerli bir iradesinin bulunmaması nedeniyle, kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, yapacağı işlemlere sonuç bağlanamayacağından karşı tarafın iyi niyetli olması o işlemi geçerli kılmaz. (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 11.6.1941 tarih 4/21)

Yukarıda sözü edilen ilkelerin ve yasa maddelerinin ışığı altında olaya yaklaşıldığında bir kimsenin ehliyetinin tespitinin şahıs ve mamelek hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar itibarıyla ne kadar büyük önem taşıdığı kendiliğinden ortaya çıkar. Bu durumda, tarafların gösterecekleri, tüm delillerin toplanılması tanıklardan bu yönde açıklayıcı, doyurucu somut bilgiler alınması, varsa ehliyetsiz oludğu iddia edilen kişiye ait doktor

raporları, hasta müşahade kağıtları, film grafigerinin eksiksiz getirilmesi zorunludur.

Bunun yanında, her ne kadar HUMK'un 286. maddelerinde belirtildiği gibi bilirkişinin "rey ve mutaalas" hakimi bağlamaz ise de, temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedelere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi, çok zaman hakimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir.

Hele ayırt etme gücünün nisbi bir kavram olması kişiye eylem ve işleme göre değişmesi bu yönde en yetkili sağlık kurulundan, özellikle Adli Tıp Kurumundan rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır. Esasen Medeni Kanunun 409/2. maddesi akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkişi raporu ile belirleneceğini öngörmüştür.

O haldte, hukuki ehliyetsizliğin kamu düzeni ile ilgili olduğu gözetilerek önemine binaen öncelikle incelenmesi, tarafların bu yönde bildirecekleri tüm delillerin toplanması, varsa miras bırakana ait sağlık kurulu raporları, hasta müşahade kayıtları, reçeteler vs. istenmesi, tüm dosyanın Adil Tıp Kurumuna gönderilmesi, (2659 Sayılı Yasanın 7 ve 16. maddesi gereğince) akid tarihinde miras bırakanın ehliyetli olup olmadığı yönünde rapor alınması, ehliyetli olduğunun anlaşılması halinde muvazaa iddiasının incelenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi; ehliyetsiz olduğunun belirlenmesi halinde ise; miras bırakanın tenekesinin elbirliği mülkiyetine tabi olduğu ve davacıların terekeye iade değil de pay oranında istekte buldukları saptanan ehliyetsizlik durumuunun yapılan temlik olumsuz etkileyeceğinden esasen muvazaa yönünden bir araştırmaya da gerek kalmayacağı gözönüne alınarak Türk Medeni Kanununun 701. maddesi hükmü gereğince böyle bir isteğin dinlenilme olanağının bulunmadığı başka bir anlatımla davanın tüm iştirakçilerin katılımıyla ve terekeye iade şeklinde açılmadığında, davanın tümünden reddine karar verilmesi gerekeceği düşünölmelidir.

Hal böyle olunca, yukarıda belirlenen ilkeler çerçevesinde inceleme ve araştırma yapılması miras bırakanın işlem tarihinde hukuksal ehliyete haiz olduğunun anlaşılması durumunda hata-hile nedenlerinin irdelenmesi, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu üzere hüküm kurulmuş olması doğru değildir. Davacıların, bu yöne değinen temyiz itirazları yerindedir. Kabulü ile hükmün açıklanan nedenlerden ötürü HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alman peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 06.07.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**EHLİYETSİZ KİŞİ • GEÇERSİZ VEKALETNAME
•
YOLSUZ TESCİLLER**

**ÖZET: Ehliyetsiz kişinin düzenlediği vekaletname geçersiz olduğundan o vekaletnameye olu-
şan tescil yolsuz tescil olup geçersizdir. O tescili
izleyen kısa aralıklı ve danışıklı temlikler de ge-
çersizdir.**

**Bedel isteğini içeren karşı dava sadece davacıya
karşı açılmalıdır.**

Y. I. HD., E. 2013/2518, K. 2013/16759, T. 26.11.2013

Taraflar arasında birleştirilerek görülen görülen davada;

Davacı ... vasisi ile birleşen ... 10.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/52 esas sayılı dosyasının davacıları ..., ... ve ...; alzheimer ve parkinson hastası olan ...'nın oğlu ...'nin bu durumdan faydalanarak hileli yollarla aldığı ve-kaletnameleri kullanmak suretiyle kısıtlı adına kayıtlı 2527 ada 5 parseldeki 8 nolu bağımsız bölüm ile 1085 ada 8 parselde yer alan 5 ve 6 nolu bağımsız bölümleri arkadaşı ve iş ortaklarına danışıklı olarak satış suretiyle temlik ettiğini ileri sürerek tapu iptali ve kısıtlı adına tescil olmazsa taşınmazların değerinin ödenmesini istemişlerdir.

Kısıtlı ...'nın dava sırasında ölmesi üzerine terekeye temsilci huzuruyla yargılamaya devam edilmiştir.

Karşı davacı ve davalı ...; iyiniyetli olduğunu, temlik tarihinde 100.000TL'yi elden, 150.000TL'yi ise ... Bankasından kredi almak suretiyle ...'ye ödediğini, iddiaların asılsız olduğunu belirterek davanın reddine, aksi takdirde taşınmazın keşif sırasında belirlenecek rayiç değerinin davacıardan ve davalılardan tahsili ile tarafına ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı ... ; duruşmalara katılmadığı gibi cevapta vermemiştir.

Davalı ...; 29.03.2008 havale tarihli cevap dilekçesinde iddiaların asılsız olduğunu belirtip davanın reddini savunmuş, 01.05.2012 havale tarihli dilekçesinde ise; çekişme konusu taşınmazların temlikleri hakkında annesinin bilgisinin bulunmadığını, ticari faaliyetleri sebebiyle düştüğü dar boğazdan kurtulmak amacıyla bankalardan kredi temin etmeye yö-

nelik olarak iade koşuluyla iş ortakları ve arkadaşlarına satışlar yaptığını belirtmiştir.

Diğer davalılar ise iddialar hakkında bilgilerinin bulunmadığını, iyiniyetli olduklarını belirterek davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, ...'nın ehliyetsiz olduğunun ... Kurumu Başkanlığının 4... Kurulu raporuyla belirlendiğinden temeldeki vekaletnamenin mutlak butlanla sakat ve yok hükmünde olması nedeniyle oluşan tescillerinde yolsuz tescil niteliğinde olduğu, iyi niyet iddiasının dinlenemeyeceği, kısa aralıklarla yapılan devirler nedeniyle davalılar arasında danışıklılık bulunduğu (noter hariç), karşı davanın ancak davacıya yöneltilmesi gerektiği, bedel istekli olarak diğer davalılara karşı dava açılmayacağı gerekçesiyle asıl davada tapu iptal ve tescil isteğinin kabulüne, karşı davanın reddine, çekişmeli taşınmazların son malikleri olan ... , ... ve ... dışındaki davalılar aleyhine açılan davanın pasif husumet yokluğundan reddine karar verilmiştir.

Karar, tereke temsilcisi, birleşen dosya davacılarından ... ve ..., davalılardan ..., ... ve ...tarafından süresinde temyiz edilmiş olmakla, ...'un duruşmalı temyiz isteği değer yönünden reddedilerek tetkik hakimi ...'nin raporu okundu, düşüncesi alındı. Dosya incelendi, gereği görüşülüp, düşünüldü.

-KARAR-

Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, özellikle çekişme konusu taşınmazların kayıt maliki ...nın vekaletnamelerin düzenlendiği tarihte ehliyetsiz olduğu ... Kurumu Başkanlığı 4... Kurulu raporuyla belirlendiğinden ... tarafından vekil sıfatıyla yapılan satışların yok hükmünde olduğu, vekil ... ile taşınmazların son malikleri arasında iş ilişkisi ve iş ortaklığı bulunduğundan durumu bilen kişi konumunda oldukları, karşı davanın asıl davanın davacısı aleyhine açılabileceği, karşı dava yoluyla asıl davanın davalılarından bedel isteğinde bulunulamayacağı, karşı davacı ...'un eldeki davanın kesinleşmesinden sonra sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tazminat istekli dava açabileceği, birleşen ... 10.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/52 esas sayılı dosyanın davacılarından ... “avukatımı azlettim ve davacı değilim “ açıklamalarını içeren 8.5.2008 havale tarihli dilekçeyi mahkemeye sunmuş ise de dilekçenin içerik itibarıyla 6100 Sayılı HMK'nın 307. maddesi anlamında feragat niteliğinde olmadığı gibi aksi düşünülse dahi dava terekeye iade isteğiyle açılmış olup ... 13. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2010/20E. 2011/9 K. Sa-

yılı ilamıyla terekeye temsilci tayin edilip dava tereke temsilcisi huzuruyla görüldüğüne göre elbirliği halinde mülkiyette iştirakçilerden birisinin feragatinde hukuken değer taşımayacağı, yine birleşen

2008/52 esas sayılı dosyanın 25.03.2008 tarihli oturumunda ... ve ...'nin duruşmalara mazeretsiz katılmadıkları gerekçesiyle dava HUMK'un 409. maddesi uyarınca yenileninceye kadar işlemde kaldırılmış ve 3 ay içinde yenilenmemiş ise de dava terekeye iade isteğiyle açıldığı ve elbirliği halinde mülkiyette iştirakçilerden bir tanesinin davayı takip edebileceği, kaldığı terekeye temsilci atandığına göre birleşen dosya davacıları ... ve ...yönünden davanın açılmamış sayılmasına karar verilemeyeceğine, çekişmeli taşınmazların ara maliklerinin tapu iptal ve tescil istekli davada pasif taraf sıfatlarının bulunmadığı gözetilerek hüküm kurulduğuna göre temyiz itirazları yerinde değildir. Reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı 3,15 TL. bakiye onama harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, 26.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EHLİYETSİZ KİŞİNİN İŞLEMİ

BİRBİRİNİ İZLEYEN TEMLİKLER

ÖZET: Ehliyetsiz kişinin yaptığı işlem geçersizdir. Bu duruma ara maliklerden önce ilk el durumunda olan kişinin iyiniyet iddiasında bulunması mümkün değildir.

Ancak, ilk temlikten sonraki temlikler bakımından iyiniyet olgusunun mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır.

Y. I. HD., E. 2013/12712, K. 2014/14677, T. 23.09.2014

Dava; ehliyetsizlik hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil olmadığı taktirde tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece; ehliyetsizlik hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil istemi mutlak defilerden olup herkese karşı ileri sürülebileceği, taşınmaza malik olan 3. kişinin iyiniyet iddiasında bulunamayacağı, gerek temlik gerekse vekaletnamelerin düzenlendiği tarihlerde davacının hukuki ehliyetinin olmadığı ve bu tür davalarda zamanaşımının uygulanamayacağı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içeriğinden ve toplanan delillerden; davacı S.A.'ın Ankara Sulh 3. Hukuk Mahkemesinin, 19/09/2006 tarihli, 2006/436 Esas, 2006/878 Karar sayılı ilamı ile vesayet altına alınarak, damadı A.M.'nin vasi tayin edildiği, vasi tarafından husumeti izin kararı alınarak açılan ehliyetsizlik hukuksal nedenine dayalı eldeki davata taraf teşkilinin sağlandığı, kısıtlının kayden maliki bulunduğu dava konusu kat mülkiyetini kurulu ... ada, parselde yer alan 7 ve 8 nolu bağımsız bölümleri 28/01/1994 tarihli satış akdi ile oğlu olan davalı B.K.'a temlik ettiği, B.K.'ın anılan bağımsız bölümleri vekil kıldığı H.S. aracılığıyla davalı V.K.'e, V.K.'nin 7 nolu bağımsız bölümü, davalı M.O.'a, 8 nolu bağımsız bölümü ise tekrar davacıya satış yoluyla devrettiği, 8 nolu bağımsız bölümü yeniden iktisap eden kısıtlının bu defa bizzat katıldığı 14/07/1999 tarihli satış akdi ile çıplak mülkiyetini oğlu olan B.K.'a satış yoluyla devrettiği, diğer taraftan yine maliki bulunduğu ... ada, parselde yer alan 2 nolu bağımsız bölümü, vekil kıldığı olgu Birol aracılığıyla 12/07/1999 tarihli satış akdi ile V.K.'e onun da diğer davalı Y.S.'ya devrettiği, taşınmazların kırsa sürede birkaç kez el değiştirdiği, gerek vekaletnamelerin düzenlendiği gerekse temlik işlemlerin yapıldığı tarihte davacının hukuki ehliyetinin olmadığı Adli Tıp Kurumu 4. İhtisas Dairesi'nin 20/03/2013 tarih, 970 nolu raporu ile saptandığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklanan olay ve oluşular karşısında; çekilmeye konu ... ada, parselde yer alan ... nolu bağımsız bölüm bakımından davacının hukuki tasarruf yetkisinin bulunmadığı adli tıp raporu ile belgelendiğine göre, ehliyetsiz kişinin yaptığı tasarrufun geçerlilik taşımayacağı, başka bir ifadeyle ara maliklere rağmen ilk el konumunda olan davalı B.K.'a yapılan temlik işleme hukuki sonuç bağlanamayacağı, Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanamayacağı açıktır. O halde bu husus benimsenmek suretiyle davalı B.K. hakkındaki tapu iptal ve tescil davasının kabulüne karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Davalılar B.K. ve V.K.'in temyiz itirazları yerinde değildir. Reddine.

Diğer davalılar M.O., ve Y.S.'nin temyiz itirazlarına gelince;

Hemen belirtmek gerekir ki; hukukumuzda, diğer çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi kişilerin huzur ve güven içerisinde alış verişte bulunmaları satın aldıkları şeylerin ilerde kendilerinden alınabileceği endişelerini taşımamaları, dolayısıyla toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle, alan kişinin iyi niyetinin kurunması ilkesi kabul edilmiştir. Bu amaçla 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesinin genel hükmü yanında menkul mallarda 988 ve 989. tapulu taşınmazların el değiştirmesinde ise 1023. maddesinde özel hükümler getirilmiştir. Öte yandan bir

devleti oluşturan unsurlardan biri insan unsuru ise, bunun kadar önemli olan ötekisi topraktır. İşte bu nedenle Devlet, nüfus sicilleri gibi tapu sicillerinin de tutulmasını üstlenmiş, bunların aleniliğini (herkese açık olmasını) sağlamış, iyi ve doğru tutulmasından doan sorumluluğu kabul etmiş, değinilen tüm bu sebeplerin doğal sonucunu olarak da tapuya itimat edip, taşınmaz mal edinenin kişinin iyineyitini korumak zorunluluğunu duymuştur. Belirtilen ilke TMK.'nın 1023. maddesinde aynen "tapu kütüğündeki sicile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur" şeklinde yer almış, aynı ilke tamamlayıcı madde niteliğindeki 1024. maddenin 1. fıkrasına göre "Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz" biçiminde öngörölmüştür.

Diğer taraftan; tapulu taşınmazların intikallerinde, huzur ve güveni koruma, toplum düzenini sağlama uğruna tapu kaydında ismi geçmeyen ama asıl malik olanın hakkı feda edildiğinden iktisapta bulunan kişinin, iyi niyetli olup olmadığının tam olarak tespiti büyük önem taşımaktadır. Gerçekten bir yanda tapu sicilinin doğruluğuna inanarak iktisapta bulunduğunu ileri süren kimse diğer yanda ise kendisi için maddi, hatta bazı hallerde manevi büyük değer taşıyan aynı hakkını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya kalan önceki malik bulunmaktadır.

Bu nedenle yüzeysel ve şekilci bir araştırma ve yaklaşımının büyük mağduriyetlere yol açacağı, kişilerin Devlete ve adalete olan güven ve saygısını sarsacağı ve yasakoyucunun amacının ilk bakışta, şeklen iyi niyetli gözükene değil, gerçekten iyineyetli olan kişiyi korumak olduğu hususlarının daima göz önünde tutulması, bu yönde tüm delillerin toplanıp derinliğine irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

Nitekim bu görüşten hareketle kötüniyet iddiasının defi değil itiraz olduğu, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağna tabii olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği ve mahkemece kendiliğinden (re'sen) nazara alınacağı ilkeleri 08/11/1991 tarihli, 1990/4 Esas 1991/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında kaul edilmiş, bilimsel görüşlerde aynı doğrultuda gelişmiştir.

Ne var ki; yukarıda açıklanan ilke ve yasal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, ada, parselde yer alan, 7 nolu bağımsız bölüm ve ... ada, ... parselde yer alan 2 nolu bağımsız bölüm bakımından hükme yeterli bir araştırma ve inceleme yapıldığını söyleyebilme olanağı yoktur.

Hal böyle olunca, davacının temlik işlemlerin ve vekaletnamelerin düzenlendiği tarih itibariyle ehliyetsiz olduğu sabit olduğuna göre ilk temlik-

ten sonraki temlikler bakımından kayıt maliklerinin ehliyetsizlik oluğunu bilen ya da bilmesi gereken konumunda olup olmadıklarının, diğer bir deyişle TMK.'nın 2. maddesi anlamında iyiniyetli sayılıp sayılmayacağına yukarıda açıklanan ilkeler gözetilmek suretiyle araştırılması tarafların bildirdikleri ve bildirecekleri tüm delillerin toplanması, toplanan ve toplanacak delillerin birlikte değerlendirilmesi ve son kayıt maliki olan davalılar M.O. ve Y.S.'nin TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanıp yararlanamayacağına duraksamaya yer bırakmayacak şekilde açıklığa kavuşturulması, hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yanlıgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir. Davalılar M.O. ve Y.S.'nin bu yöne değinen temyiz itirazları yerindedir. Kabulüyle hükmün açıklanan nedenlerden ötürü (6100 sayılı Yasanın geçici 3. maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 28.12.2013 tarihinde yürürlüğe giren Avukatlık Ücret Tarifesinin 14. maddesi gereğince gelen temyiz eden vekili için 1.100 TL duruşma avukatlık parasının temyiz edilenden alınmasına, 23.09.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EHLİYETSİZ KİŞİNİN İŞLEMLERİ • İYİNİYET İDDİASI

ÖZET: Bir davada birkaç hukuki neden ileri sürülebilir. Ehliyetsizlik ve muvazaa bilikte ileri sürülmüş ise, ilk önce ehliyetsizlik durumu irdelenmelidir.

Ehliyetsiz kişinin işlemleri geçersizdir.

Bu durumda ilk el durumundaki kişinin ve birbirini izleyen temliklerde ehliyetsizliği bilebilecek durumda olan kişilerin iyiniyetinden söz edilemez.

Y. I. HD., E. 2014/10846, K. 2015/14004, T. 02.12.2016

Dava, ehliyetsizlik ve muris muvazaası hukuksal nedenlerine dayalı tapu iptali ve tescil olmazsa tenkis isteğine ilişkindir.

DAVACI, mirasbırakanı babası, ... diğer mirasçılarını mirastan mahrum bırakmak amacıyla adına tayıtlı tüm taşınmazları davalı ... bırakmak istediğini, bunun gerçekleşmesi için de iki ayrı vekaletname tanzim ederek

adına kayıtlı tüm taşınmazları satması için ... genel vekili tayin ettiğini, advalı ... bu vekaletname ile 1857 ve 1882 parsel sayılı taşınmazların önce kendi eşi... onun da davalı devrettiğini, 1083 sayılı parselin ifrazından oluşan 2082 ve 2083 sayılı parsellerin ... tarafından muris adına vekaletle davalılar ... ve Mehmet'e satıldığını, murisin tasarruf ehliyetini kaybedecek derecede hasta olması nedeniyle davalı vasi olarak atandığını, ... vasi atandığı duruşmaza hazır olması ve atamaya ilişkin kararı bilmesine rağmen vesayete ilişkin kararı ihlal ederek murisin genel vekili sıfatıyla bu işlemleri yaptığını ileri sürerek miras payı oranında tapu iptal ve tescil olmazsa tenkis isteği ile eldeki davayı açmıştır.

Davalı, kardeşi olan muris .. birlikte kadastrodan önce babası ...'dan köy senedi ile taşınmaz satın aldıklarını, aldıkları yerin tamamının kadastro tespiti sırasında 1803 sayılı parsel olarak muris adına yazılması nedeniyle kardeşi ... aleyhine tapu iptal ve tescil davası açtığını ve 30.05.1985 tarihinde kesinleşen mahkeme kararı ile 1803 sayılı parselin ifrazından oluşan 2083 sayılı parseli tapuda iktisap ettiğini, davalı ...'dan yer almadığını bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Davalı. ... 1857 ve 1882 parsel sayılı taşınmazları davalı ...'in eşi ...'den satın aldığı, dava konusu taşınmazların tarla komşusu olup bu taşınmazların mirasbırakana ait olduğunu bildiğini, mirasbırakanın 10 yıldır felç hastası olduğunu, ancak ...'nın kendisine vasi atandığını bilmediğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı ..., 2082 sayılı parseli amcası olan mirasbırakan ...'den satın aldığı, kendisinin taşınmazı satın aldığı tarihte davalı ...'ın mirasbırakana vasi olarak atandığını bildiğini taşınmazın bedelinin bir kısmının murisin kendisine olan borcuna saydığını, bir kısmını da murise ödediğini bildirip davanın reddini savunmuştur.

Davalı ..., mirasbırakan babasının felçli olması nedeniyle işlerini takip edemediğinden vekaletle istinaden babasının talep ve talimatıyla bir kısım işlemleri yaptığını, taşınmazları 3. şahıslara sattığını, 10 yılı aşkın bir süre boyunca anne ve babasına yalnız kendisi ve eşinin bakıp gözettiğini, murisin akli melekelerinin gidip geldiği için bakıma muhtaç hale geldiğini, taşınmazların değersiz olup satıştan gelen paraların tedavi ve geçim için mirasbırakan tarafından tasarruf edilidğini, babalarının sağlığında tüm kardeşlere gerek para olarak gerekse arsa olarak hak sağladığını elirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, davalı ... yönünden muris muvazaasının sübut bulmadığı, diğer davalılar ... ve ... yönünden muris muvazaası sabit ise de bu davalıların iyiniyetli oldukları gerekçesiyle tapu iptal ve tescil davasının reddine, davalı önünden tenkis talebinin kabulüne karar verilmiştir.

Doysa içeriği ve toplanan delillerden; davacının babası ... 30.05.2009 tarihinde öümü ile mirasçı olarak davacı kızı ... davalı oğlu ... ve dava dışı çocukları ..., ve ... kaldığı, davalı ...'ın murisin kardeşi, davalı ...'nın murisin yeğeni, davalı ... murisin akrabası ve tarla komşusu oldukları, davacı ... tarafından 30.04.2007 tarihinde açılan vasi tayini davasında, 26.11.2008 tarihli oturumunda, mirasbırakana "beyin işlev bozukluğuna bağlı organik duyuvarın bozukluğu + sekel sağ hemiparesi + motor disfazi" tanısı konulduğundan bahisle MK'nın 405. maddesi gereğince kısıtlanmasına, kendisen oğlu ... vasi olarak atanması yönünde hüküm kurulduğu, kararın vasi adayı ... yüzüne karşı verildiği, vesayet dosyasında vasi ... tarafından alınmış bir satışa izin kararını bulunmadığı, mirasbırakanın ... Noterliğinin 22.01.2007 tarihli vekaletnamesi ile ..., Yeşilbayır köyünde bulunan tüm taşınmazlarının satışı için, Antalya 16. Noterliğinin 02.12.2008 tarihli vekaletnamesinde ise ..., ilçesi ve köylerinde bulunan taşınmazlarının satışı için davalı oğlu ... genel yetki verdiği, çekişme konusunun 1803 parsel sayılı taşınmazın tapulamaca mirasbırakan dama kayıtlı iken ... tarafından açılan Korkuteli Asliye Hukuk Mahkemesinin 1983/398 E. 1985/149 K. Sayılı ilamına istinaden 2. parçaya ifraz görerek 16.12.1985 tarihinde 2083 sayılı parselin ..., 2082 sayılı parselin daha sonra mirasbırakan adına yetkili vekili ... tarafından 02.12.2008 tarihli vekaletname kullanılarak, 05.12.2008 tarihinde davalı ... satıldığı, yine 1857 ve 1882 sayılı parsellerin muris adına kayıtlı iken yetkili vekili ... tarafından aynı vekaletname kullanılarak 17.12.2008 tarihinde kendi eşi ... satıldığı ... de 10.08.2009 tarihinde taşınmazların her ikisini birden davalı ... sattığı görülmektedir.

Bilindiği gibi; davranışlarının, eylem ve işlemlerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme, değerlendirebilme ve ayırt edebilme kudreti (gücü) bulunmayan bir kimsenin kendi iradesi ihe lak kurabilme, borç (yükümlülük) altına girebilme ehliyetinden söz edilemez. Nitekim Türk Medeni Kanununun (TMK) "Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir" biçimindeki 9. maddesi, şahsın hak elde edebilmesi borç (yükümlülük) altına girebilmesi, fiil ehliyetine bağlanmış, 10. maddesi de, fiil ehliyetinin başlıca koşulu olarak ayırtım gücü ile ergin (reşit) olmayı kabul ederek "ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan bir ergin kişinin fiil ehliyeti vardır" hükmünü getirmiştir. "Ayırtım gücü" eşlem ve işlev ehliyeti olarak da tarif edilerek, aynı yasanın 13. maddesinde "yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir". demek suretiyle açıklanmış, ayrıca ayırtım

gücünü ortadan kaldıran önemli nedenlerden bazılarında değinilmiştir. Önemlerinden dolayı bu ilkeler, söz konusu yasa ile öteki yasaların çeşitli hükümlerinde de yer almışlardır.

Hemen belirtmek gerekir ki, TMK'nın 15. maddesinde de ifade edilildiği üzere, ayırtım gücü bulunmayan kimsenin geçerli bir iradesinin bulunmaması nedeniyle, kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, yapacağı işlemlere sonuç bağlanamayacağından, karşı tarafın iyiniyetli olması o işlemi geçerli kılmaz. Bu ilke 11.6.1941 tarih 4/21 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da aynen benimsenmiştir.

Yukarıda sözü edilen ilkelerin ve yasa maddelerinin ışığı altında olaya yaklaşıldığında; bir kimsenin ehliyetinin tespitinin şahıs ve malvarlığı hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar itibarıyla ne kadar büyük önem taşıdığı kendiliğinden ortaya çıkar.

Bu durumda, tarafların gösterecekleri, tüm delillerin toplanılması tahnıklarından bu yönde açıklayıcı, doyurucu somut bilgiler alınması, varsa ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait doktor raporları, hasta gözlem (müşahade) kağıtları, film graflerinin eksiksiz getirilmesi zorunludur. Bunun yanında, her ne kadar 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 282. maddesinde belirtildiği gibi bilirkişinin "oy ve görüşü" hakimi bağlamaz ise de, temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi, çok zaman hakimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir.

Hele ayırt etme gücünün nispi bir kavram olması kişiye eylem ve işleme göre değişmesi bu yönde en yetkili sağlık kurulundan, özellikle Adli Tıp Kurumu Dördüncü İhtisas Dairesinden rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır. Esasen TMK'nın 409/2. maddesi akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkişi raporu ile belirleneceği öngörmüştür. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.4.1990 gün ve 1990/1-152-1990/236 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; davada dayanılan maddi olaylar bakımından birkaç hukuki nedenin bir arada gösterilmesinde ilke olarak usul ve yasa aykırı bir yön yoktur.

Mahkemece, muvazaa iddiası yönünden inceleme, araştırma ve değerlendirme yapılar sonuca gidilmiştir. Oysa kamu düzeni ile ilgili olması nedeniyle öncelikle ehliyetsizlik iddiası üzerinde durulması zorunludur.

Öte yandan; murisin ölüm tarihine göre terekesi TMK'nın 701 ila 703. maddelerinde öngörülen elbirliği mülkiyetine tabidir. Bilindiği üzere, el birliği mülkiyetine tabi olan durumlarda ayrı haller dışında (TMK'nın 702/4 fıkrası) tüm mirasçılar tarafından dava açılması asıldır. Bir mirasçının tereke adına dava açması halinde ise, dava dışı mirasçıların açılan davaya muvafakat etmesi veya TMK'nın 640. maddesi gereğince terekeye mümessil tayin edilmesi ile davanın görülebirlilik koşulu bu şekilde yerine getirildiğinde davanın dinlenmesi olanaklıdır.

Hal böyle olunca; ehliyetizlik hukuksal nedenine dayalı iptal tescil davasının miras payı oranında açılmayacağı gözetilerek öncelikle davaya katılmayan dava dışı mirasçıların olurlarının alınması ya da miras şirketine Medenî Kanununun 640. maddesi uyarınca atanacak temsilci aracılığı ile davanın görülebirlilik koşulunun yerine getirilmesi, ontan sora hukuki ehliyetizliğin kamu düzeni ile ilgili olduğü, ehliyetizliğin saptanması halinde öteki nedenlerin incelenmesi gereğinin ortadan kalkacağı gözetilerek ehliyetizlik iddiasının öncelikle incelenmesi, vekaletnamenin alındığı tarihte ve taşınmazların temlik tarihlerinde miras bırakanın kısıtlı olduğü ve vesayet makamından satış izin de alınmadığı hususlarının da değerlendirilerek, tarafların bu yönde bildirecekleri tüm delillerin toplanması, varsab irakbırakana ait sağlık kurulu raporları, hasta müşahate kayıtları, reçeteler vs. istenmesi, tüm dosyanın Adli Tıp Kurumuna gönderilmesi, (2659 Sayılı Yasanın 7 ve 16. maddesi gereğince) resmi akitlerde kullanılan vekaletnamenin verildiği tarihte ve akit tarihlerinde mirasbırakanın ehliyetli olup olmadığı yönünde rapor alınması, miras bırakanın ehliyetli olduğunun saptanması halinde muris muvazaası yönünden değerlendirme yapılması gerekirken, taraf teşkili sağlanmadan ve ehliyetizlik iddiası üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir. Kabelle göre de; mirasbırakanın ehliyetli olduğü düşünülse bile olayda mahkemenin de kabulünde olduğü üzere muris muvazaası olgusunun sabit olduğü anlaşılmaktadır. Davalılar Ahmet ve Necati yönünden iptal-tescil isteğinin iyiniyetli olduklarından bahisle reddine karar verilmesi de doğru değildir.

Keza, satışı yapan davalı vasi ...'ın mirasbırakanın oğlü olup vesayet dosyasında kısıtlılık kararının verildiği oturumda hazır bulunduğü, babasının ehliyetiz olduğünü bildiği, vasinin mirasbırakanın kısıtlanmasından sonra taşınmazlarda işlem işlem yaptığı, ehliyetiz kişinin tasarruflarına değer virelemeyeceği gibi ilk el durumundaki Necati'nin mirasbırakanın yeğeni olup kısıtlandığı bildiği, ikinci el durumundaki davalı... de aynı köyde yaşadığı, mirasbırakanın akrabası ve dava konusu taşınmazların tarla komşusu olduğü, bütün bu olgular birlikte değerlendirildiğinde da-

valı vasi ve diğer davalılar ... ve ... TMK'nın 1024. maddesi anlamında durumu bilen veya bilmesi gereken kişi konumunda olup iyiniyetli sayılmayacakları sonucuna varılmaktadır.

Diğer taraftan; davalı Mehmet'in dava konusu 2083 parsel sayılı taşınmazın 1980'li yıllarda hükmen edindiği, dava dilekçesinde bahsedilen olaylarla bir ilgisinin bulunmadığı gözetilerek bu kişi hakkındaki davanın reddine karar verilmiş olması doğrudur. Davacının bu davalıya yönelik temyiz itirazları yerinde değildir, reddine. Ne var ki, diğer davalılar yönünden yukarıdaki açıklanan nedenlerle yazılı şekilde karar verilmiş olması isabetsizdir.

Davacının, tenmiz itirazları yerindedir. Kabulüyle, hükmün açıklanan nedenlerle (6100 sayılı Yasanın geçici 3. maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 02.12.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YOLSUZ TESCİL • KISA ARALIKLI TEMLİKLER

ÖZET: Yolsuz tescilden sonra kısa aralıklarla yapılan temlikler de hayatın doğal akışına aykırı olup bu şekilde taşınmazın mülkiyetini eline geçiren kişinin iyi niyetinden söz edilemez.

Y. I. HD. E 2017/20353 K.2017/506 T.26.01.2017

Asıl ve birleştirilen dava, yolsuz tescile dayalı tapu iptali tescil isteğine ilişkindir.

Asıl davada davacı, maliki bulunduğu 1534 ada 2 parsel sayılı taşınmazın ...1 ve bir kısım ... tarafından sahte encümen kararı ile dava dışı S.S. ... ve ...'ne satıldığını, adı geçen kooperatifinde davalı kooperatife temlik ettiğini, ilk satış işleminin geçersiz olması nedeniyle davalıya yapılan temlikin de geçersiz olacağını ileri sürerek, davalı adına tapu kaydının iptali ile davacı adına tescilini istemiştir.

Birleştirilen davada davacı hazine, mülkiyeti hazineye ait 1534 ada 7 ve 8 parsel sayılı taşınmazların ifrazen olduğu 1534 ada 2 parsel sayılı taşınmazın Düzenleme Ortaklık Payı (DOP) olarak ihdasen ... adına tescil edildiğini, DOP olarak tahsis edilen yerlerin amacı dışında kullanılmamasına rağmen belediyece sahte encümen kararı ile tapuda devredildiği-

ni, imar uygulaması kararının açılan dava sonucunda iptal edildiğini, taşınmazın hazine adına tescili gerektiğini ileri sürerek, taşınmazın ifrazen olduğu 1534 ada 7 ve 8 parsellerin davalılar adına tapusunun iptali ile adına tescilini istemiştir.

Davalı ..., davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, asıl davada 1534 ada 2 parsel sayılı taşınmazın imar uygulaması ile ihdas yoluyla oluşturulup ... adına 11.08.1997 tarihinde tescil edildiği, ilk el olarak S.S. Kırçiçekleri Bahçeevleri Arsa ve ...'ne 13.08.1997 tarihinde yolsuz devredildiği, kooperatif tarafından hisseli üyeleri Beşar Kelek,...18.08.1997 tarihinde tahsis edildiği, adı geçen kişilerin hisselerini ...'e 20.08.1997 tarihinde sattıkları, ...'in de taşınmazı oğlu ..e 21.08.1997 tarihinde hibe ettiği, adı geçeninin de davalı kooperatife 21.08.1997 tarihinde satış yolu ile temlik ettiği, kooperatifin de 7 ve 8 parsel olarak ifraz ettiği, 8 parseli üzerinde bırakarak 7 parseli davalı ...'e 04.09.2000 tarihinde tahsis ettiği, ...'in kötü niyetli olduğunun ileri sürülmediği, davalıların tapuya güvenen iyi niyetli malik sayılacakları, birleştirilen davada, 2 parsel sayılı taşınmazın ... ile hazine arasında protokol çerçevesinde ...'ne devredildiği için hazinenin birleştirilen davadaki talebinin yerinde olmadığı gerekçesiyle, davaların reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriğine, toplanan delillere, hükmün dayandığı yasal ve hukuksal gerekçeye ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmasına göre; davacı Belediye vekilinin temyiz itirazı yerinde değildir. Reddine.

Davacı Hazine vekilinin temyiz itirazlarına gelince,

Davalı Hazine tarafından 775 sayılı Yasa ve protokol kapsamında işlem yapılmak üzere, dava konusu 1534 ada 2 parselin davacı Belediye'ye temlik edildiği, davacı Belediye'nin de sahte encümen kararı ile 3. kişilere devrettiği, kısa aralıklarla yapılan temliklerin de hayatın olağan akışına aykırı olduğu ve iyiniyetli kabul edilen dava dışı ...'in TMK. 1023. maddesinin koruyuculuğundan yararlanmayacağı, bu durumda taşınmazın gerçek maliki olan hazineye dönmesi gerektiği açıktır.

Hâl böyle olunca, davacı hazinenin davasının kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

Davacı Hazine vekilinin temyiz itirazı açıklanan nedenden ötürü yerindedir. Kabulü ile, hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA**, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 26.01.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

REDDEDİLEN BOŞANMA DAVASI

BOŞANMA SEBEPLERİ

ÖZET: Reddedilen boşanma davasından önce gerçekleşen olaylara dayalı olarak boşanma kararı verilemez.

Y. 2. HD., E. 2014/8188, K. 2014/26121, T. 19.12.2014

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm, davalı tarafından temyiz edilerek; temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması istenilmekle; duruşma için belirlenen 19.12.2014 günü gelen olmadı. Duruşma gününün adreste bulunmaması nedeniyle temyiz eden davalıya tebliğ edilemediği görüldü. Karşı taraf da tebligata rağmen gelmedi. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Mahkemece, boşanmaya sebep olan olaylarda davalı (kadın) kusurlu bulunarak, Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesi uyarınca boşanmaya karar verilmiş ise de; yapılan yargılama ve toplanan delillerden; davacı (koca) tarafından 13.05.2010 tarihinde açılan boşanma davasının feragat, 05.05.2011 tarihinde şiddetli eşimsizlik sebebi ile açılan boşanma davasının ise davalının kusurlu davranışlarının ispatlanamadığı gerekçesi ile reddedildiği, davacının terk hukuki nedenine dayalı 23.08.2012 tarihinde açtığı boşanma davasının ise terke dayalı davanın koşullarının oluşmaması nedeni ile reddedildiği ve kesinleştiği anlaşılmaktadır. Tarafların bu ret kararlarından sonra bir araya gelmedikleri gibi, yeni bir olayın varlığı da davacı tarafça ispat edilmemiştir. Reddedilen boşanma davasından önce gerçekleşen olaylara dayalı olarak boşanma kararı verilemez. Davalı (kadın)'ın ret tarihlerinden sonra yeni bir kusuru ispatlanamadığına göre, davacı (koca)'nın boşanma davasının reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın kabulü 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 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 19.12.2014

BOŞANMA SEBEBİ • ZİNANIN VARLIĞI • HUKUKTA KARİNE

ÖZET: Kadının yalnızken geceleyin bir başka erkeği ortak konuta olması zinanın varlığının delilidir.

Y. 2. HD., E. 2015/21517, K. 2015/20095, T. 2.11.2015

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı-davalı erkek tarafından, zina ve **şiddetli geçimsizlik** sebeplerine dayalı boşanma davası ve fer'ileri yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Mahkemece davacı-davacı kadının zina fiilinin ispatlanamadığı gerekçesiyle davacı-davalı erkeğin zina (TMK.md.161) hukuksal sebebine dayalı boşanma davasının reddine karar verilmiş ise de; yapılan soruşturma ve toplanan delillerden; davalı-davacı kadının, 05.12.2010 günü ortak konuta bir erkeği aldığı, aynı gece saat 22.00'de evde bu kişiyle birlikte yakalandığı, bu şahsın tuvalette gizlenmiş halde bulunduğu, bu olay öncesinde de bu şahısla muhtelif tarihlerde çok sayıda görüşmesinin olduğu, bu kişinin 05.12.2010 tarihli kolluk ifadesinde, davalı-davacı kadın ile evlenmeyi düşündüğünü, daha öncede evine bir kez gittiğini, seviştiklerini ancak cinsel ilişkiye girmediklerini beyan ettiği anlaşılmaktadır. Kadının, yalnızken geceleyin bir başka erkeği ortak konuta alması, zinanın varlığına delalet eder. Bu bakımdan zina kanıtlanmıştır. Tarafların zina (TMK m. 161) sebebiyle boşanmalarına karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davacı-davalı erkeğin zina (TMK. md. 161) hukuksal sebebine dayalı boşanma davasının reddine karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre yeniden hüküm kurulması zorunlu hale gelen kabul

edilen boşanma davası ve fer'ilerine yönelik temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının istek halinde yatırına geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.02.11.2015

ERKEĞİN BAŞKA KADINLA YAŞAMASI • BOŞANMA SEBEBİ

ÖZET: Davalı erkeğin başka bir kadınla yaşadığı sabit olduğuna göre, kadının zinaya dayalı açtığı davanın kabulüne karar verilmelidir.

Y. 2. HD., E. 2016/2143, K. 2016/13329, T. 3.10.2016

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı-davalı kadın tarafından her iki dava yönünden; davalı-davacı erkek tarafından ise kusur belirlemesi ve kadın lehine hükmedilen tazminat yönünden temyiz edilerek; temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması istenilmekle; duruşma için belirlenen 03.10.2016 günü duruşmalı temyiz eden davalı-davacı ... vekili Av. ... ve karşı taraf temyiz eden davacı-davalı ... vekili Av. ... Alver geldiler. Gelenlerin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı-davalı kadın **zina** sebebine (TMK m. 161), davalı -davacı erkek ise fiili ayrılık sebebine dayalı (TMK m. 166/son) boşanma talebinde bulunmuş, mahkemece davacı- davalı kadının **zinaya** dayalı boşanma davasının reddine, erkeğin davasının ise, Türk Medeni Kanununun 166/son maddesi uyarınca kabulüne karar verilmiş, hüküm davacı-davalı kadın tarafından temyiz edilmiştir. Yapılan yargılama ve toplanan delillerden, davalı-davacı erkeğin bir başka kadınla birlikte yaşadığı gerçekleşmiştir. Bu durumda davalı-davacı erkeğin **zinası** ispatlanmıştır. O halde davacı-davalı kadının **zinaya** dayalı (TMK m. 161) boşanma davasının kabul edilmesi gerekirken, yetersiz gerekçe ile reddine karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hümkün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre yeniden hüküm kurulması gerekli hale gelen erke-

ğın boşanma davasına yönelik temyiz itirazları ile tarafların diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, duruşma için takdir olunan 1350.00 TL. vekalet ücretinin ... alınıp verilmesine, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 03.10.2016

ERKEĞİN ZİNASI • BOŞANMA SEBEBİ

ÖZET: Davalı erkeğin başka bir kadınla yaşadığı ve o kadından çocuğu olduğu da anlaşılmış olup, bu durumda erkeğin zinası ispatlanmıştır.

Y. 2. HD. E. 2015/21125, K. 2016/14826, T. 16.11.2016

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı kadın tarafından reddedilen boşanma davası yönünden; davalı erkek tarafından ise kadın lehine hükmedilen tedbir nafakası yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davalı erkeğin tedbir nafakasına yönelik temyiz itirazları yersizdir.

2-Davacı kadının temyizine yönelik yapılan incelemede: Davacı kadın tarafından özel boşanma sebeplerinden zina hukuki sebebine dayanılarak (TMK m. 161) boşanma isteminde bulunulmuş, mahkemece davacı kadının zinaya dayalı boşanma davasının reddine karar verilmiştir. Yapılan yargılama ve toplanan delillerden, özellikle davacı tanıkları ... ve ...'un beyanları ve dosyaya sunulan doğum belgesi birlikte değerlendirildiğinde davalı erkeğin bir başka kadınla birlikte yaşadığı ve bu kadından bir çocuğunun olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı erkeğin zinası ispatlanmıştır. O halde davacı kadının zinaya dayalı (TMK m. 161) boşanma davasının kabul edilmesi gerekirken, yetersiz gerekçe ile reddine karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple **BOZUL-**

MASINA, erkeğin temyizine konu tedbir nafakasına yönelik hükmün ise yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple ONANMASINA, aşağıda yazılı harcın davalıya yükletilmesine, peşin harcın mahsubuna ve 136.00 TL. temyiz başvuru harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, temyiz peşin harcını yatıran davacıya geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 16.11.2016

KOCANIN UZUN SÜRELİ HAPİS CEZASI ALMASI

BOŞANMA SEBEBİ

ÖZET: Davalı koca kasten öldürmeye teşebbüs ve kasten yaralama sebebiyle uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olmuştur. Bu durumda davalı kocanın evlilik birliği görevlerini yerine getiremeyeceği ve evlilik birliğinin sarsıldığı dikkate alınarak boşanma kararı verilmelidir.

Y. 2. HD., E. 2015/21999, K. 2017/2786, T. 16.3.2017

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı kadın tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Mahkemece, “davacı tanıkların beyanlarının davacının iddialarını desteklemediği, davacının iddialarını ispatlayamadığı görülmekle, davacının davasının şiddetli geçimsizlik nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ispatlanamaması nedeniyle reddine” karar verilmiştir. Davacı kadın, davalının kendisini aşağıladığı, dışladığı ve işlediği bir suçtan dolayı uzun süreli hapis cezası aldığı ve evlilik birliğinin bu sebeple sarsıldığı gerekçesiyle Türk Medeni Kanununun 166. maddesi uyarınca boşanmaya karar verilmesini talep ve dava etmiş, davalı ise cezaevinden gönderdiği dilekçe ile davanın reddi gerektiğini cevaben bildirmiştir. Yapılan yargılama ve toplanan delillerden, davacı kadın tarafından erkeğe yüklenen aşağılama ve dışlama vakıaları kanıtlanamamış ise de; davalının kasten öldürmeye teşebbüs ve kasten yaralama suçlarından dolayı uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olduğu, bunun sonucu olarak evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getiremeyeceği anlaşılmaktadır. Bu du-

rumda, davacı kadın dava açmakta haklı olup, evlilik birliği sarsılmıştır. Bu durumda, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde reddi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 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. 16.03.2017

ŞİDDETLİ GEÇİMSİZLİK • BOŞANMADA KUSUR

ÖZET: Güven sarsıcı haketler yapan, birlik görevlerini ihmal eden ve eşini aşağılayan erkeğin kadına nazaran ağır kusurlu olduğu kabul edilmelidir.

Y. 2. HD., E. 2015/24988, K. 2017/3599, T. 30.3.2017

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı kadın tarafından, **zinahukuki** sebebine dayalı boşanma davasının reddi, kusur belirlenmesi, yararına takdir edilen nafakaların miktarları ile reddedilen tazminat talepleri yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davacı kadının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Mahkemece taraflar eşit kusurlu kabul edilerek boşanmalarına hükmedilmişse de yapılan yargılama ve toplanan delillerden; davalı erkeğin güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu, birlik görevlerini ihmal ettiği ve eşinin kilolu olduğunu söyleyerek onu aşağıladığı; davacı kadının ise eşine hakaret ve beddua ettiği anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında, boşanmaya neden olan olaylarda davalı erkeğin, davacı kadına nazaran daha ağır kusurlu olduğunun kabulü gerekir. O halde, mahkemece tarafların eşit kusurlu kabul edilmesi ve bu yanlışlıkların kusur belirlenmesine bağlı olarak davacı kadının maddi ve manevi tazminat (TMK m. 174/1-2) taleplerinin reddine karar verilmesi isabetsiz olmuş ve bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda (2.) bentte gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, bozma kapsamı dışında kalan 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. 30.03.2017

BOŞANMADA EŞİT KUSUR • TAZMİNAT

ÖZET: Kadının zina eylemine karşılık kocanın da eşine sürekli şiddet uyguladığı anlaşıldığına göre, boşanmaya yol açan olaylarda tarafların eşit kusurlu olduğu kabul edilmelidir.

Eşit kusur durumunda tazminattan söz edilemez.

Y. 2. HD., E. 2015/26395, K. 2017/4021, T. 5.4.2017

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davacı-karşı davalı kadın tarafından, kusur belirlemesi ve tazminatlar yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre, davacı-karşı davalı kadının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.

2-Mahkemece davacı-karşı davalı kadın ağır kusurlu kabul edilerek dava ve birleşen davanın kabulü ile tarafların boşanmalarına kararı verilmiş ise de, yapılan yargılama ve toplanan delillerden, davacı-karşı davalı kadının **zina** eylemine karşılık, davalı-karşı davacı erkeğin de eşine sürekli şiddet uyguladığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu duruma göre boşanmaya sebep olan olaylarda, tarafların eşit kusurlu olduklarının kabulü gerekir. Eşit kusurlu eş lehine tazminata hükmedilemez. Hal böyle iken davacı-karşı davalı kadının ağır kusurlu kabul edilmesi ve bu hatalı kusur tespitine bağlı olarak davalı-karşı davacı erkek yararına maddi ve manevi tazminata (TMK m. 174/1-2) hükmedilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, bozma kapsamı dışında kalan 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. 05.04.2017

BOŞANMA • ŞİDDETLİ GEÇEMSİZLİK

ÖZET: Başka kadınlarla telefon ve internetle iletişim kuran erkeğin davranışları boşanma sebebidir.

Y. 2. HD., E. 2016/620, K. 2017/5695, T. 9.5.2017

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm davalı-davacı erkek tarafından her iki dava yönünden temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davalı-davacı erkeğe mahkemece yüklenen; sadakatsizlik, tehdit, hakaret ve davacı-davalı kadına ailesi ile görüşmemesi konusunda baskı uyguladığı vakıaları toplanan delillerle ispatlanamamış ise de; başka kadınlarla telefon ve internet üzerinden duygusal içerikli görüşmeler gerçekleştirmek suretiyle güven sarsıcı davranışlar sergileyen davalı-davacı erkeğin **boşanmaya** sebep olan olaylarda tamamen kusurlu olduğunun anlaşılmasına göre, yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı harcın temyiz edene yükletilmesine, peşin alınan harcın mahsubuna ve 136.00 TL. temyiz başvuru harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, işbu kararın tebliğinden itibaren onbeş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 09.05.2017

BOŞANMA DAVASI • ÖZEL YETKİ

ÖZET: Boşanma davasına sunulacak olan vekaletname “özel yetkili” olmalıdır.

Y. 2. HD., E. 2016/740, K. 2017/5666, T. 09.05.2017

Dosya içerisinde bulunan davalı kadın vekili Av. ...'e ait vekaletname genel vekaletname olup, boşanma davası ile ilgili özel yetkiyi içermemektedir. Boşanma davası açmak ve açılan davayı takip etmek kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı niteliğindedir. Bu bakımdan vekaletnamede bu hususta özel yetkiyi gerektirir (HMK m. 74). O halde, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 74. maddesi gereğince boşanma davası ile ilgili özel yetkiyi içeren vekaletnamesini sunması için davalı kadın vekiline süre verilmesi, bu süre içinde vekaletname verilmez veya asıl yapılan işlemleri kabul ettiğini dilekçe ile mahkemeye bildirmez ise gerekçeli kararın davalı kadına tebliği sağlanıp, yasal temyiz süresi beklenildikten sonra gönderilmek üzere dosyanın mahalli mahkemesine **İADESİNE** oybirliğiyle karar verildi.09.05.2017

ŞİDDETLİ GEÇİMSİZLİK • BOŞANMA KARARI

ÖZET: Davalı erkeğin düzenli çalışmadığı ve evlilik görevlerini yerine getirmediği anlaşıldığından boşanmaya karar verilmelidir.

Y. 2. HD. E. 2016/338, K. 2017/5636, T. 09.05.2017

Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden davalı erkeğin düzenli olarak çalışmadığı, birlik görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, **boşanmaya** karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 09.05.2017

VELAYET • KÜÇÜK ÇOCUK • KİŞİSEL İLİŞKİLER

ÖZET: Velayeti anneye bırakılan çocuk iki yaşında olup, yaşı itibariyle annenin bakım ve şefkatine muhtaçtır.

Bu durum dikkate alınarak baba ile çocuk arasındaki kişisel ilişki kurulmalıdır.

Y. 2. HD., E. 2016/480, K. 20178/5640, T. 9.5.2017

Velayeti davacı anneye bırakılan ortak çocuk 15.07.2015 doğumlu olup, yaşı itibariyle anne bakım ve şefkatine muhtaçtır. Müşterek çocuğun yaşı gereği uzun süreli olarak anne yanından ayrılmasının gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği dikkate alınarak çocuk ile davalı baba arasında daha kısa süreli ve yatılı olmayacak şekilde kişisel ilişki kurulması gerekirken, bu yönün gözetilmemesi usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA**, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliği ile karar verilmiştir. 09.05.2017

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

KİRA SÖZLEŞMESİ • İMARA AYKIRI YENİLİK

ÖZET: Yazılı sözleşme varsa kiracı kiralayandan yapıdaki masraflarını isteyemez. Kiralayan anahtarı almazsa kiracı bunu notere tevdi edebilir. İmara aykırı eklentinin ekonomik değer kattığından söz edilemez.*

Y. 3. HD., E. 2017/265, K. 2017/1020, T. 08.02.2017

Davacı-karşı davalı vekili dilekçesinde; dava dışı K San. Ve Tic.Ltd. Şti ile 13/12/2005 tarihinde ticari işletme devri niteliğinde protokol çerçevesinde o dönem mülk sahibi olan E, M, A ile davacı şirket arasında 01/12/2005 başlangıç tarihli 10 yıllık kira sözleşmesi imzalandığını, protokol ve kira sözleşmesi üzerine davacı şirketin son derece harap olan kira konusu fabrika binasını 2005-2006 yıllarında büyük harcamalarla esaslı tamir ve onarım sonucunda kaliteli ve modern hale getirdiğini, yapılan bu tadilat ve onarımlarla kiralananın değerinin katlandığını, daha sonra davalılar ile müvekkili şirket arasında 01/01/2009 tarihinde 7 yıllık ikinci kira sözleşmesinin imzalandığını, kira ilişkisi devam ederken taraflar arasında bir takım uyuşmazlıklar çıktığını, bu nedenle sözleşmeyi feshederek anahtarı 16/01/2012 tarihinde notere tevdi ettiklerini, mecurun teslimden önce durumunu tespit ettirmek için İstanbul 10. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2011/136 D.İş. Sayılı dosyasıyla bilirkişi raporu alındığını, raporda davacı şirketin 1. Sınıf malzeme ve işçilik ile gerçekleştirdiği tadilat ve onarım ile binaya değer kattığının belirlendiğini belirterek vekletsiz iş görme hükümleri gereğince fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 100.000,00 TL alacağın masraf ödeme tarihlerinden itibaren işleyecek ticari avans faiziyle birlikte müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı-karşı davacı vekili cevap ve karşı dava dilekçesinde; Taraflar arasında dava konusu binanın kullanımı amacıyla 01.01.2009 başlangıç tarihli 7 yıl süreli kira sözleşmesi yapıldığını, davacı G AŞ nin, kira sözleşmesini tek taraflı olarak 27.9.2011 tarih 21250 yevmiye numaralı ihtar-

* Gönderen: Av. Tevrat Duran

name ile feshettiklerini, kiralanana 31.12.2011 tarihinde teslim edebileceklerini bildirmelerine rağmen, anahtarı 16.01.2012 tarihinde notere tevdi ettiklerini, bu haliyle sözleşmenin 01.01.2012'den itibaren 1 yıl uzadığını, notere tevdi edilen anahtarı teslim aldıklarında kiralananın hor kullanıldığını gördüklerini, taraflar arasındaki 01.01.2009 tarihli kira Sözleşmesinin "Genel Hükümler" başlıklı 13.6 maddesine göre davacı şirketin mecuru yaptığı imalatlar ve bu imalat sebebiyle yaptığı varsa masrafları talep edemeyeceğini, kaldı ki davacının binaya olumlu katkısı değil bilakis zararının söz konusu olduğunu, kiralananda yapılacak değişiklik ve yenilikler için davalının onayını almayan davacının bu tadilatın bedelini isteyemeyeceğini, kiralanın yerde yaptırılan İstanbul 16. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2012/6 D. İş sayılı tespit raporunda davacı şirketin hor kullanımına dayalı olarak zarar hesabı yapıldığını, davacı Baklavacı G'nun binada yaptığı imalatların, kiralanın yerin işlevselliğini artırma ve kendi gereksinimlerini karşılamaya dönük tadilatlar olduğunu, kiralananın tefrişi için yaptığı faaliyetleri istemesi hukuken mümkün olmadığını, ayrıca davalının taşınmazı hor kullandığını, davacının bilgisi ve izni dışında imara aykırı kaçak teras katı inşa ettiğini, ayrıca davacı-karşı davalı şirketin, kira sözleşmesinin sonuna kadar olan kira bedelinden sorumlu olduğunu, davacı şirketin tahliyesinden 1,5 yıl sonra 15.05.2013 tarihinde taşınmazı kiraya verebildiklerini, bu nedenle 01.01.2012 ile 15.05.2013 arası kira miktarından karşı davalının sorumlu olduğunu, bu talepleri kabul görmese dahi kiralanın yerin davacı şirket tarafından hor kullanıldığı boş ve temiz teslim edilmediğinden kiralanın yerin tahliye tarihi ile eski hale getirilmesi için gerekli süre arasındaki zaman dilimine ait taşınmazın boş kaldığı günler kirasının ödenmesi gerektiğini, erken tahliye sebebiyle yoksun kalınan kira parasının tazminini talep ettiklerini, belirterek davanın reddi ile karşı davasında fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kiralanın yerin boş kaldığı aylar kira bedelinden 1.000 TL'nin, Kiralanın yerin hor kullanılmasından dolayı eski hale getirme bedeli için şimdilik 10.000 TL maddi tazminatın 24.2.2012 tarihinden itibaren işleyecek en yüksek ticari (avans) faiziyle davalıdan tazminine, karar verilmesini istemiştir.

Diğer davalılar-karşı davacılar vekili cevap ve karşı dava dilekçesinde; gayrimenkul kiralandığında zaten helva ve tahin imalathanesi olarak kullanılmakta olan bir fabrika olduğunu, bakımlı ve işler halde, yasal prosedüre uygun tüm ruhsatlarının alınmış olduğunu, davacının tamamen kendi zevkine uygun fakat süslemeye ve gösterişe yönelik değişikliklerinin masraflarının davalılardan talep edilemeyeceğini, gayrimenkule yapılan lüks masrafların davalılara fayda yerine zarar verdiğini, davacının onay almadan fabrikanın statiklerine zarar verme pahasına kolon keserek iç

merdiven yaptığını, bu tür tadilata sadece davalıların değil belediyenin de onay vermeyeceğini, gayrimenkule zarar veren hususların İstanbul 16. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2012/6 D.İş. Sayılı dosyası ile yapılan tespitte de ortaya çıktığını, davacının iki adet kolonu kesmek suretiyle asansör yaptığını, bu durumun gayrimenkulde telafisi imkansız zararlara sebep olduğunu, davalılara sözlü ya da yazılı hiç bir başvuru yapılmadığını, izin alınmaksızın kaçak çatı katı yaptıklarını, ön cephede bulunan demir yangın merdiveninin sökülerek atıldığını ve yerine gayrimenkule bitişik yenisinin yapıldığını, bina içinde 4 adet 100x100 cm. boyutlarında havalandırma bacası yapılması için tüm katlarda beton zeminin kesildiğini, davacının kira sözleşmesini tek taraflı fesih imkanı varken bunu yapmayıp 2009 yılında yeni bir kira sözleşmesi imzaladığını, 2009 yılında imzalanan sözleşmenin eskisinin devamı olmayıp yeni bir sözleşme olduğunu, sözleşmesinin 13.6. Maddesinde kiracının binaya yaptığı masraflardan dolayı hiç bir hak ve talepte bulunamayacağını kararlaştırıldığını, mecurun kira sözleşmesine uygun olarak teslim edilmemesinden ötürü İstanbul 16. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2012/6 D.İş. Sayılı dosyasıyla delil tespiti talebinde bulduklarını, gayrimenkulün tahliyesinden sonra müvekkillerinin gayrimenkulde tadilat yaptırmak zorunda kaldığını, gayrimenkulün tüm çabalara rağmen ancak 1,5 yılda yeniden kiraya verilebildiğini belirterek davanın reddi ile ; fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kiralananın boş kaldığı aylar için şimdilik 3.000,00 TL nin kiralanan yere verilen zararlardan dolayı eski hale iade ve hor kullanma tazminatı olarak ve ayrıca tamirat süresi alacağından şimdilik 10.000,00 TL nin tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, asıl davanın KISMEN KABULÜ ile 85.000,00 TL nin dava tarihinde yürürlükte bulunan % 11 ticari avans faizi ile birlikte davalı-karşı davacılar arasında alınarak davacı-karşı davalıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, karşı davalara ilişkin olarak; davalı -karşı davacıların; hor kullanma nedeniyle tazminat taleplerinin ve mecurun eski hale iade edilmemesi nedeniyle tazminat taleplerinin reddine, Davalı-karşı davacıların mecurun geç teslimi nedeniyle talep ettikleri 1.000,00 TL nin davacı- karşı davalıdan alınarak davalı ve karşı davacılar arasında verilmesine, dava tarihinden itibaren % 11 ticari avans faizi yürütülmesine karar verilmiş hüküm taraflarca temyiz edilmiştir.

1- Asıl dava yönünden yapılan incelemede; Dosya kapsamına, toplanan delillere, delillerin mahkemece takdir edilerek karar verilmiş olmasına göre davacı-karşı davalının tüm davalı-karşı davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davalı-karşı davacıların asıl davaya ilişkin temyizine gelince; Davacı dava konusu taşınmazı 01/12/2005 tarihinde 10 yıl süreli olarak M, A ve eski hissedar Eden kiralamış, 15/10/2005 tarihinde imzalanan protokolün 6.6 maddesinde “kiracının, kiralananda her türlü tadilat ve tamirat hakkına sahip olduğuna” ilişkin düzenleme gereğince taşınmazda tadilat yapmıştır. Erman Sönmez’in taşınmazdaki hissesini devretmesinden sonra ilk sözleşme süresi henüz sona ermeden davacı kiracı ile davalılar A, M, T, M arasında 01.01.2009 başlangıç tarihli 7 yıl süreli yeni bir kira sözleşmesi imzalanmıştır. 01.01.2009 başlangıç tarihli 7 yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmenin 13.6. maddesinde: “kiracı binaya yaptığı masraflardan dolayı kiralayandan hiçbir hak ve talepte bulunamaz.” hükmüne yer verilmiştir. Sözleşme geçerli olup tarafları bağlar. Her ne kadar davacı dava konusu taşınmaza yapılan tadilat ve tamiratın davalıların bilgisi ve oluruyla 15.10.2005 tarihli protokole dayanılarak yapıldığını iddia etmiş ise de 01.01.2009 tarihinde yapılan sözleşme ile binaya yaptığı masraflardan dolayı kiralayandan talepte bulunmayacağını kabul etmiş olup bu durumda mahkemece asıl davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir.

3- Karşı dava yönünden yapılan incelemede; Dosya kapsamına, toplanan delillere, delillerin mahkemece takdir edilerek karar verilmiş olmasına göre davacı-karşı davalının ve davalı-karşı davacıların aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki temyiz itirazları yerinde değildir.

4- Davacı-karşı davalı şirket vekilinin erken tahliye nedeniyle makul süre kira tazminatına yönelik temyiz itirazlarına gelince; 01.01.2009 tarihli sözleşmesinin 10. maddesinde Kiracı Gnun, sözleşmenin yürürlük süresi içinde en az 3 ay önce fesih bildiriminde bulunmak şartıyla kiralananı dilediği zaman tahliye edebileceği, bu halde kiralayanın hiç bir nam ve ad altında maddi ve manevi tazminat talep etmeyeceği kararlaştırılmıştır. Davacı-karşı davalı kiracı, 27/09/2011 tarihinde keşide ettiği 28/09/2011 tarihinde tebliğ edilen ihtarname ile kira sözleşmesinin 10. maddesi uyarınca kira sözleşmesinin ihtarın tebliğ edilmesine müteakip üçüncü ayın sonunda feshedilmiş sayılacağı belirtilerek 31.12.2011 tarihinde taşınmazın teslim alınması ihtar edilmiştir. Anahtarların kiraya veren tarafından teslim alınmaması üzerine anahtarlar 16/01/2012 tarihinde noterliğe tevdi edilmiş ve anahtarların tevdi edildiğine dair ihtarname ise kiraya veren Sadık ve Mustafa Sözbilir’e 18/01/2012 tarihinde tebliğ edilmiştir. Bu durumda anahtarların 18/01/2012 tarihinde kiraya verenlere teslim edildiğinin kabulü gerekir. Davacı-Karşı davalı kiracı, kira sözleşmesinin 10 maddesinde kararlaştırılan fesih ihtarına uygun

hareket ederek kira akdini feshettiğine göre kiracı ancak kiralananı kullanımında bulundurduğu süre için kira bedellerini ödemekle yükümlü olup erken tahliye nedeniyle makul süre kira alacağından sorumlu tutulamaz. Mahkemece bu husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde makul süre kira bedeline hükmedilmesi doğru değildir.

5- Davalı-karşı davacılar vekillerinin eski hale getirme bedeli ve tamir ve tadilat nedeniyle uğranılan kira kaybına ilişkin hükme yönelik temyiz itirazlarına gelince; Davacı-karşılık davalı kiralanan ve çatı katında kiraya verenlerin rızasıyla değişiklik yaptığını belirtmiş ise de davalı -karşı davacı kiralayanlar yapılan bir kısım imalatların rızalarının dışında ve binanın projesine aykırı imalatlar olduğunu belirtmiştir. Taşınmazın anahtarının 16/01/2012 tarihinde noterliğe tevdi edilerek taşınmazın tahliye edildiği tarafların kabulündedir.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 Sayılı T.B.K.'nun 316.maddesi (818 sayılı eski B.K.'nun 256. maddesi) hükmü uyarınca kiracı kiralananı tam bir özenle kullanmak ve aynı kanunun 334. maddesi (818 sayılı BK'nun 266.maddesi) gereğince kiralananı sözleşme sonunda aldığı hali ile kiraya verene teslim etmekle yükümlüdür. Ancak kiracı sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla oluşan eskime ve bozulmalardan sorumlu olmayıp münhasıran kötü kullanım nedeniyle oluşan zarar ve hasardan sorumludur.

3194 sayılı İmar Kanun'unun 21. Maddesi gereğince istisnalar hariç tüm yapılar yerel idareden alınacak izne uygun tasdikli projesi doğrultusunda inşa edilmek zorunda olup, ruhsatsız ve kaçak yapılar, aynı Yasa'nın 32. Maddesi uyarınca yıktırılır. Bu husus kamu düzenine ilişkin olup, mahkemelerce resen gözetilir. İmar suçu oluşturan yapıların yıkılması gerektiğinden bu tip yapılarda yaratılan ekonomik değerlerin korunmasında söz edilemez. (HGK 04.04.2001 gün 2001/15-305 E. - 2001/336 K.)

Mahkemece, konusunda uzman bilirkişi veya bilirkişi kurulu tarafından davacı-karşı davalı kiracı tarafından yaptırıldığı ileri sürülen projeye aykırı imalatların tadilat projesi gerektirip gerektirmediği, projeye aykırı (kaçak) imalatların neler olduğu ayrıntılı ve tereddüte yer vermeyecek şekilde tek tek tespit edilerek, imar suçu oluşturan kaçak yapıların yıkılması gerektiğinden bu tip yapılarda yaratılan ekonomik değerlerin korunmasından söz edilemeyeceğinden bunların eski hale getirilmesi için gereken masraf ile eski hale getirme süresinde işleyecek kira bedeli belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.

Hüküm bu nedenlerle bozulmalıdır.

SONUÇ

Yukarıda 2 ve 5 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı-karşı davacılar vekillerinin asıl ve karşı davaya yönelik temyiz itirazlarının , 4 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı-karşı davalı vekilinin karşı davaya yönelik temyiz itirazlarının kabulü, ile 6100 sayılı HMK.ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3.madde hükmü gözetilerek HUMK.nun 428.maddesi uyarınca asıl ve karşı davaya yönelik hükmün **BOZULMASINA**, ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nın geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK.nun 440.maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 08.02.2017 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

KİŞİLİK HAKLARI • BASININ ELEŞTİRİ HAKKI

ÖZET: Yazıların bütünü gözetildiğinde davacının kişilik haklarına saldırı teşkil edecek beyan olmadığı gibi ifadelerin eleştiri sınırları içerisinde kaldığı anlaşılmaktadır. Şu durumda, dava konusu haberin eleştiri sınırları içerisinde kaldığı gözetilerek istemin tümünden reddedilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle, davalılardan ...'in tazminat ile sorumlu tutulmuş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

Y. 4. HD. E: 2015/9781 K: 2017/3124 T: 22/05/2017

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalı ... ve ... aleyhine 22/09/2014 gününde verilen dilekçe ile basın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; ... hakkında açılan davanın reddine, ... hakkında açılan davanın kısmen kabulüne dair verilen 21/04/2015 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili ve davalılardan ... vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, basın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davalılardan ... aleyhine açılan davanın reddine, davalılardan ... aleyhine açılan davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacı vekili ve davalılardan ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalılardan ...'in ... Posta Gazetesi'nin 04.08.2014 tarihli nüshasında Bamteli adlı köşesinde "Paralel Ahlaksızlık" başlıklı yazısı ve 15.05.2014 tarihli nüshasında "Bir Yıl Önce Bugün" başlıklı yazısında kullanılan ifadelerin kişilik haklarına saldırı teşkil ettiğini belirterek, uğranılan manevi zararın tazmini isteminde bulunmuştur.

Davalılardan ... davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece davacı hakkında 04.08.2014 tarihli yazıda yer alan ifadelerin düşünce ve fikir açıklaması kapsamında değerlendirilemeyeceği ve kişilik haklarına saldırı oluşturduğu gerekçesiyle davalılardan ... aleyhine açılan davanın kısmen kabulüne, davalılardan ... aleyhine açılan davanın ise sorumluluğu bulunmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiştir.

Basın özgürlüğü, Anayasanın 28. maddesi ile 5187 sayılı Basın Yasasının 1. ve 3. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde basının özgürce yayın yapmasının güvence altına alındığı görülmektedir. Basına sağlanan güvencenin amacı; toplumun sağlıklı, mutlu ve güvenlik içinde yaşayabilmesini gerçekleştirmektir. Bu durum da halkın dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Basın, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma ve yönlendirmede yetkili ve aynı zamanda sorumludur. Basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır.

Bunun içindir ki bu tür davaların çözüme kavuşturulmasında ayrı ölçütlerin koşul olarak aranması, genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerin değerlendirilmesinden farklı bir yöntemin izlenmesi gerekmektedir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğunun kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir.

Ne var ki basın özgürlüğü sınırsız olmayıp, yayınlarında Anayasanın Temel Hak ve Özgürlükler bölümü ile Türk Medeni Kanununun 24 ve 25. maddesinde yer alan ve yine özel yasalarla güvence altına alınmış bulunan kişilik haklarına saldırıda bulunulmaması da yasal ve hukuki bir zorunluluktur.

Basın özgürlüğü ile kişilik değerlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği, bunun sonucunda da, daha az üstün olan yararın daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında o olayda ve o an için korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir. Bunun için temel ölçüt kamu yararadır. Gerek yazılı ve gerekse görsel basın bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini gözetmeli, haberi verirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Yine basın, objektif sınırlar içinde kalmak suretiyle yayın yapmalıdır. O anda ve görünürde var olup da son-

radan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da basın sorumlu tutulmamalıdır.

Dosya kapsamından, ... Posta Gazetesi'nin 04.08.2014 tarihli nüshasında davalılardan ...'in Bamteli adlı köşe yazısı bulunmadığı gibi, davalının da kabulünde olduğu üzere "Paralel Ahlaksızlık" başlıklı dava konusu yazı 04.09.2014 tarihli nüshasında yer almış anılan köşe yazısında ve 15.05.2014 tarihli nüshasında yer alan yazıdaki ifadelerde yazıların bütünü gözetildiğinde davacının kişilik haklarına saldırı teşkil edecek beyan olmadığı gibi ifadelerin eleştiri sınırları içerisinde kaldığı anlaşılmaktadır. Şu durumda, dava konusu haberin eleştiri sınırları içerisinde kaldığı gözetilerek istemin tümünden reddedilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle, davalılardan ...'in tazminat ile sorumlu tutulmuş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda gösterilen nedenle davalı yararına **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre davacının temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına ve temyiz eden davalıdan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 22/05/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATLIK ÜCRETİ • MENFİ TESPİT DAVASI

GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Avukatlık Kanunu kaynaklı alacak davasının görüleceği menfii tespit davasında görevli mahkeme, Tüketici değil, asliye hukuk mahkemeleridir.

Y. 4. HD. E: 2016/13949 K: 2017/80 T: 09/01/2017

Dava, menfi tespit istemine ilişkindir. Mahkemece, tüketici mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya kapsamından, davalının avukat olduğu ve takip ettiği bir davadan dava dışı müvekkili ile davacının sulh oldukları, davalının avukatlık ücretini alamadığı, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesine göre

ödenmesi gereken vekalet ücretinden her iki tarafın da müteselsilen sorumlu olduğu kabul edildiğinden davalı tarafından davacı ve dava dışı müvekkil aleyhine icra takibi başlatıldığı, yapılan icra takibine davacının borçtan sorumlu olmadığını düşünerek takibe itiraz etmemesi üzerine takibin kesinleşerek, davacıya ait araç ve taşınmaza haciz konulduğu, bunun üzerine davacı tarafından borçlu olmadığının tespiti istemine ilişkin bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Dava, Avukatlık Kanunu 165. maddesine dayalı olarak yapılan icra takibine yönelik menfi tespit davası olup Asliye Hukuk Mahkemesi görevlidir. Bu nedenle davaya tüketici mahkemesinde değil, genel mahkemede bakılması gerekir.

Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilmeden, uyuşmazlığın genel hükümler uyarınca ve asliye hukuk mahkemesi tarafından çözümlenmesi gerektiği halde işin esasının incelenmeksizin görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda gösterilen nedenle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 09/01/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATLIK ÜCRETİ • BİRDEN FAZLA DAVALI

ÖZET: Dava, polis memuruna karşı bir eylemi olmadığı gerekçesiyle reddedilmiş, diğer davalı yönünden ise istemin kısmen kabul kısmen reddine karar verilmiştir. Bu durumda; davalılar yönünden red sebepleri ayrı olduğuna göre, hakkındaki istem kısmen reddedilen davalı yararına da reddedilen kısım üzerinden ayrıca vekalet ücretine hükmedilmesi gerekir.

Y.4. HD. E: 2016/9467 K: 2016/11873 T: 05/12/2016

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalılar ... ve ... aleyhine gününde verilen dilekçe ile tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 06/01/2016 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili ve davalı ... vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

1-Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.

2-Davalının diğer temyiz itirazlarına gelince;

Dava, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması hakkındaki kanundan kaynaklanan rücuen alacak istemine ilişkindir. Mahkemece, istemin kısmen kabulüne karar verilmiş; karar, davacı vekili ve davalı ... vekili tarafından temyiz olunmuştur.

21 Aralık 2015 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve karar tarihinde yürürlükte olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi 3. maddesinde müteselsil sorumluluk da dahil olmak üzere, birden fazla davalı aleyhine açılan davanın reddinde, ret sebebi ortak olan davalılar vekili lehine tek, ret sebebi ayrı olan davalılar vekili lehine ise her ret sebebi için ayrı ayrı avukatlık ücretine hükümlenacağı düzenlenmiş olup, somut olayda davalı ... hakkında açılan dava, dava dışı polis memuruna karşı bir eylemi olmadığı gerekçesiyle reddedilmiş, davalı ... yönünden ise istemin kısmen kabul kısmen reddine karar verilmiştir. Bu durumda;

davalılar yönünden red sebepleri ayrı olduğuna göre, hakkındaki istem kısmen reddedilen davalı ... yararına da reddedilen kısım üzerinden ayrıca vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirme ile adı geçen davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmemesi usul ve yasaya uygun olmamış, bu durum kararın bozulmasını gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda (2) sayılı bentte gösterilen nedenlerle davalı ... yararına **BOZULMASINA**, davacının tüm, davalının diğer temyiz itirazlarının ilk bentte gösterilen nedenlerle reddine ve davalıdan peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 05/12/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HAKARET • CEZA ZAMANAŞIMI

ÖZET: Dosyadaki bilgi ve belgelerden; davacının, davalının kullandığı ifadelerin şahsına karşı hakaret içerdiği iddiasıyla tazminat isteminde bulunduğu anlaşılmaktadır. Eylemin sübutu halinde olay tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 125/1. maddesinde düzenlenen hakaret suçunu oluşturabileceği anlaşılmakta olup uygulanacak ceza zamanaşımı süresi, aynı Kanun'un 66/e maddesi uyarınca sekiz yıldır. Eldeki davada, olay tarihi 09/08/2010 davanın açılma tarihi ise 25/04/2014 günü olup ceza zamanaşımı süresi henüz dolmamıştır.

Y. 4. HD E. 2017/1468 K. 2017/2853 T. 15/05/2017

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalı ... aleyhine 25/04/2014 gününde verilen dilekçe ile tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; açılan davanın zamanaşımı nedeniyle reddine dair verilen 28/05/2015 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü.

Dava, kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmiş; karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalı ile arasında alacak meselesi olduğunu, bu konuda davalının gönderdiği ihtarname ve de açılan davadaki cevap dilekçesinde kullandığı ifadelerin kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu iddia ederek tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalı, davanın zamanaşımından reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece, davalı tarafından keşide edilen ihtarnamenin 19/08/2010 tarihi olduğu, davacının iş mahkemesinde açtığı dava dilekçesinde bu ihtarnameden bahsettiği, bu şekilde ihtarname içeriğini en geç 04.04.2012 tarihinde öğrenmiş olacağı gerekçesiyle davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiştir.

Olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 60/2. maddesinde haksız fiil nedeniyle tazminat davasının zararın ve sorumlunun öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl, her halde zararı doğuran olayın gerçekleşmesinden itibaren on yıllık sürede zaman aşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Ancak haksız fiil aynı zamanda suç teşkil eden bir eylem ise ve Ceza Kanunu'nda daha uzun zamanaşımı süresi öngörülmüşse haksız fiil sorumluluğunda da bu (uzamış) ceza zamanaşımı süreleri uygulanır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden; davacının, davalının kullandığı ifadelerin şahsına karşı hakaret içerdiği iddiasıyla tazminat isteminde bulunduğu anlaşılmaktadır. Eylemin sübutu halinde olay tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 125/1. maddesinde düzenlenen hakaret suçunu oluşturabileceği anlaşılmakta olup uygulanacak ceza zamanaşımı süresi, aynı Kanun'un 66/e maddesi uyarınca sekiz yıldır. Eldeki davada, olay tarihi 09/08/2010 davanın açılma tarihi ise 25/04/2014 günü olup ceza zamanaşımı süresi henüz dolmamıştır.

Şu halde; açıklanan yönler gözetilerek, uyuşmazlığın esasını incelenip varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan nedenlerle davacı yararına **BOZULMASINA** 15/05/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

RAYIÇ DEĞER • KIYMET TAKDİRİ

ÖZET: Dava konusu taşınmaz üzerinde bulunan yapılara 2014 yılı yapı yaklaşık birim fiyatları uygulanmak suretiyle bedellerinin belirlenmesi gerekirken, acele el koyma dosyasında belirlenen bedelin denetime olanak vermeyecek şekilde arttırılarak yapılara değer biçen raporun hükme esas alınması hukuka aykırıdır.

Y.5.HD. E: 2017/8732 K: 2017/9862 T: 03/04/2017

Dava, 4650 sayılı Yasa ile değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 10. maddesine dayanan kamulaştırma bedelinin tesbiti ve kamulaştırılan taşınmazın ... adına tescili istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Mahallinde yapılan keşif sonucu ...ilçesi, ...i Mahallesi 1068 ada 7 parsel parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan ağaçlara yaş, cins ve sayısı dikkate alınarak maktuen değer biçilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. Ancak; 1) Dava konusu taşınmaz mal arsa niteliğindedir. Kamulaştırma Kanununun kıymet takdir esaslarını belirleyen 11. maddesinin 1. fıkrasının arsalara ilişkin (g) bendi uyarınca arsaların bedelinin değerlendirme gününden önceki özel amacı olmayan emsal satışlara göre hesaplanması zorunludur.

Bilirkişi raporunda, emsal taşınmazlar ile dava konusu taşınmazın Arsa Metrekare Rayıç Bedeli Takdir Komisyonu tarafından belirlenen emlak vergisine esas olan m² değerlerine göre karşılaştırma yapılarak dava konusu taşınmazın m² birim bedeli bulunduktan sonra, dava konusu taşınmazın değerlendirmeye esas alınan emsallere göre ayrı ayrı üstün ve eksik yönleri ve oranları açıklanmak suretiyle karşılaştırma yapılmadan, emsallerin daha değerli olduğu kabul edilmek suretiyle soyut ifadelerle dava konusu taşınmazın m² birim bedelinin belirlenmesi nedeniyle bu rapora göre hüküm kurulması mümkün değildir. Bu durumda; taraflara dava konusu taşınmaza yakın bölgelerden ve ya-

kın zaman içinde satışı yapılan benzer yüzölçümlü satışları bildirmeleri için imkan tanınması, lüzumu halinde resen emsal celbi yoluna gidilmesi, dava konusu taşınmazın, değerlendirme tarihi itibarıyla, emsal alınacak taşınmazın ise satış tarihi itibarıyla imar ya da kadastro parselleri olup olmadığı ilgili Belediye Başkanlığı ve Tapu Sicil Müdürlüğünden sorulması, ayrıca dava konusu taşınmazın; imar planındaki konumu, emsallere ve belediye, adliye, hükümet konağı, okul , hastane gibi yerlere olan mesafesini de gösterir krokisi fen bilirkişisine işaretlendirilip, dava konusu taşınmaz ile emsal taşınmazların resen belirlenen vergi değerleri ve emsal taşınmazların satış akit tablosu getirtilerek, dava konusu taşınmazın değerlendirmeye esas alınacak emsallere göre ayrı ayrı üstün ve eksik yönleri ve oranları açıklanmak suretiyle yapılacak karşılaştırma sonucu değerinin belirlenmesi bakımından, yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulu ile mahallinde keşif yapılarak alınacak rapor sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin düşünülmemesi,

2) Dava konusu taşınmaz üzerinde bulunan yapılara 2014 yılı ... yapı yaklaşık birim fiyatları uygulanmak suretiyle bedellerinin belirlenmesi gerekirken, acele el koyma dosyasında belirlenen bedelin denetime olanak vermeyecek şekilde arttırılarak yapılara değer biçen raporun hükme esas alınması suretiyle eksik inceleme ile karar verilmesi,

3) Davacı idare ... **Büyükşehir Belediyesi** olduğu halde karar başlığında ... yazılması

4-Davalı ...'ın vekaletnamesi dosya arasına alınmadan eksik inceleme ile karar verilmesi,

Doğru görülmemiştir.

Taraf vekillerinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harçlarının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma harçlarının Hazineye irad kaydedilmesine, 03/04/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KÖTÜNİYETLE AÇILAN DAVA

ÖZET: Kesinleşen bedelin tahsilinin engellenmesi amacıyla açıldığı anlaşılan asıl davanın reddine karar verilmesi gerekir.

Y.5. HD E. 2015/26359 K: 2016/3931 T. 01/03/2016

Dava, menfi tespit, karşı dava ise açılan menfi tespit davası nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir.

Mahkemece her iki davanın da konusuz kaldığından bahisle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair hüküm kurulmuş; karar, taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1-Dosyada bulunan kanıt ve belgelere göre davalı-karşı davacılar tarafından 3869 parsel sayılı taşınmaza kamulaştırmasız el atıldığından bahisle davacı-karşı davalı ... aleyhine açılan tazminat davası nedeniyle İstanbul Anadolu 6.Asliye Hukuk Mahkemesinin 2011/871 esas 2012/835 sayılı dava dosyasında yapılan yargılama sonucunda; davacı-karşı davalı idare tarafından taşınmaza toprak dökülmek suretiyle fiilen el atıldığından 1.635.000,00 TL.nin davalı idareden tahsili ile davacıya ait tapu kaydının iptaline ve davalı İstanbul Büyükşehir Belediyesi adına tesciline karar verildiği, kararın Dairemizin denetiminden de geçerek kesinleştiği anlaşılmıştır. Asıl davanın davacısı idare tarafından bu aşamada tazminata karar verilen taşınmazla ilgili olarak bir imar uygulaması yapılmışsa da, bu uygulama idari yargıca iptal edilmiş, ardından idarece yeni bir uygulama yapılarak, tazminat davasında davaya konu taşınmazın bu imar uygulaması ile başka bir yere gittiği ve bu nedenle artık kamulaştırmasız el atma bedelinin tahsil edilmesinin istenemeyeceği gerekçesiyle eldeki menfi tespit davası açılmıştır. Hal böyle olunca, kesinleşen bedelin tahsilinin engellenmesi amacıyla açıldığı anlaşılan asıl davanın reddine karar verilmesi gerekirken davanın konusuz kaldığından bahisle karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi hatalı olmuştur.

Bu nedenle davacı-karşı davalı idare vekilinin temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davalı-karşı davacı vekilinin temyizine gelince;

Davacı-karşı davalı ...nın açtığı menfi tespit davasının, yukarıda açıklanan nedenlerle kötüniyetli olarak açıldığı anlaşıldığından, davalı-karşı davacının davasının kötü niyet tazminatı yönünden kabulüne, diğer talep-

lerin ise sübut bulmadığından reddine karar verilmesi gerektiği düşünülmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması,

Doğru görülmemiştir.

Davalı-karşı davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan hükmün açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, davalı-karşı davacıdan peşin alınan temyiz harcının istenildiğinde iadesine, davacı-karşı davalı idarenden peşin alınan temyiz harcının Hazineye irad kaydedilmesine, temyiz eden davalı-karşı davacı yararına yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca takdir olunan 1.100,00-TL. vekalet ücretinin karşı tarafa yükletilmesine, 01/03/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İMAR UYGULAMASI

ÖZET: Taşınmaz payı tespitinde dava tarihi itibarıyla güncellemeye gidilir. *

Y. 5. HD., E. 2016/22922, K. 2017/15161, T. 06.06.2017

Dava, imar uygulaması sırasında davacı payına takdir edilen karşılığın artırılması istemine ilişkindir.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı idare vekilince temyiz edilmiş ve davacı tarafça istenen tavih isteminin reddine dair karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.=

20.08.2016 tarihinde kabul edilerek 07.09.2016 gün ve 29824 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6745 sayılı Kanunun 35. maddesi ile 2942 sayılı Yasaya eklenen geçici 12. maddesinde;

“24.12.1984 tarihli ve 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılan imar uygulamalarından doğan idarelerin taraf olduğu her türlü alacak ve bedel artırım davalarında taşınmazın değeri; uygulamanın tapuda tescil edildiği tarih değerlendirme tarihi olarak esas alınmak ve o tarihteki nitelikleri gözetilmek suretiyle tespit edilir. Tespit edilen bu bedel, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan Yurt İçi Üretici Fiyat Endeksi tablosu esas alınmak suretiyle dava tarihi itibarıyla güncellenir ve ortaya çıkan gerçek bedel hak sahibine ödenir” hükmü getirilmiştir.

* Gönderen: Av. Necati Ceyhan

Bu durumda yukarıda açıklanan hususta rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinden,

Hükmün yukarıda açıklanan nedenle **BOZULMASINA**, bozma nede-
nine göre sair hususların şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin
alınan temyiz harçlarının istenildiğinde iadesine ve temyize başvurma
harçlarının Hazineye irad kaydedilmesine, 06/06/2017 gününde oybirli-
ğiyle karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

İZİN ÜCRETİ

İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME KOŞULU

ZAMANAŞIMI

ÖZET: Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi şarttır. Hizmet sözleşmesi devam ederken kullanılmamış izinlerin ücretleri talep edilemez.

Bu nedenle izin ücretinin zamanaşımı süresi iş sözleşmesinin sona erme tarihinden itibaren başlar.

Y. 7. HD., E. 2013/15465, K. 2014/506, T. 16.1.2014

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüldü:

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 bendlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2-Davacı vekili , 1990 yılından itibaren E.. B..'nda çalışmakta iken 6111 sayılı Kanun'un 166/6 maddesine istinaden 02.11.2011 tarihinde Sinop İl Emniyet Müdürlüğüne geçiş yaptığını, 6111 sayılı Kanununun 166/6 maddesindeki "Devre konu işçiler bakımından devir tarihinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devralan kurum sorumlu tutulamaz. Kıdem tazminatına ilişkin hükümler saklıdır." hükmüne göre müvekkiline kullandırılmayan 40 iş günü karşılığı olan yıllık izin ücreti ile taraflar arasındaki TİS hükümlerine göre verilmeyen 4 ton yakacak bedeli ve öğrenim yardımının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili , 1990 yılından itibaren talep edilen izin ve odun bedeli talebinin zamanaşımına uğradığını,davacının kullanamadığı yıllık izni geçiş yaptığı kurumda kullanabileceğini, yakacak yardımının zamanaş-

mına uğrayan kısmı hariç olmak üzere geri kalan kısmını aynen vermek istediklerini ve davacının öğrenim yardımı ile ilgili talebine ilişkin olarak kuruma belge sunulmadığından muacceliyet kazanamayacağını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasında davacının yıllık izin ücretine hak kazanıp kazanmadığı konusunda ihtilaf bulunmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 59'uncu maddesinde, iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, işçiye kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ait ücretlerin son ücret üzerinden ödeneceği hükme bağlanmıştır. Yıllık izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin feshi şarttır. Bu noktada, sözleşmenin sona erme şeklinin ve haklı nedene dayanıp dayanmadığının önemi bulunmaktadır.

Aktin feshi halinde kullanılmayan yıllık izin sürelerine ait ücret, işçinin kendisine veya hak sahiplerine ödenir. Böylece, iş sözleşmesinin feshinde kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı izin alacağına dönüşür. Bu nedenle zamanaşımı da iş sözleşmesinin feshinden itibaren işlemeye başlar.

Mahkemece davacının 464 gün yıllık izin alacağına hak kazandığı kabul edilerek yıllık izin alacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak davacının iş akdinin feshedilmediği ve çalışmasına 6111 sayılı Yasa hükümleri uyarınca geçiş yaptığı Sinop İl Emniyet Müdürlüğü'nde devam ettiği anlaşılmaktadır. Aktin feshi halinde kullanılmayan yıllık ücretli izin hakkı izin alacağına dönüşür. Hal böyle olunca davacının yıllık izin alacağı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalı olmuştur.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenlerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 16.01.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ • İŞÇİNİN ÜCRETSİZ İZİNE GÖNDERİLMESİ

ÖZET: İş sözleşmesinin feshedildiği karşı tarafa uygulanan davranışlarından doğan irade açıklamalarıyla da bildirilebilir. Bu noktada mutlaka bir fesih bildirim mevcut olması şart değildir.

İşçinin rızası olmaksızın ücretsiz izine gönderilmesi haksız fesih anlamındadır.

Y. 7. HD., E. 2013/15874, K. 2014/310, T.15.1.2014

Davacı vekili, müvekkilinin 01.02.2008 tarihinde mesai için işyerine gittiğinde davalı işverence toplu olarak diğer işçilerle birlikte ücretsiz izne çıkarıldığını öğrendiğini, 01.03.2008 tarihinde işe başlatılacağı söylenmesine rağmen işe başlatılmadığını, taraflarınca çekilen ihtarnameye davalı tarafça cevap verilmediğini beyanla kıdem ve ihbar tazminatının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili, iş aktinin halen devam ettiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, işverence davacının içinde bulunduğu bir kısım işçilerin toplu olarak ücretsiz izne çıkarıldığı, davacının da buna muvafakat ettiği ancak işverence ücretsiz izin süresinin uzatıldığı bu durumun davacı tarafça kabul edilmediği, davacının işe başlatılması için 06.03.2008 tarihinde çektiği ihtarnameye cevap verilmediği, uzun süreli ücretsiz izine davacı tarafından izin verilmemesi ve askı süresinin uzun tutulmasının haksız bir fesih olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasında iş akdinin feshedilip, feshedilmediği hususunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

İş sözleşmesi taraflara sürekli olarak borç yükleyen bir özel hukuk sözleşmesi olsa da, taraflardan herhangi birinin iş sözleşmesini bozmak için karşı tarafa yönelttiği irade açıklamasıyla ilişkiyi sona erdirmesi mümkündür.

Fesih hakkı iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesiyle ortadan kaldırılabilecek yetkisi veren bozucu yenilik doğuran ve karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir haktır.

Maddede düzenlenen bildirimli fesih, belirsiz süreli iş sözleşmeleri için söz konusudur. Başka bir anlatımla belirli süreli iş sözleşmelerinde fesheden tarafın karşı tarafa bildirimde bulunarak önel tanınması gerekmez.

Fesih bildirimini bir yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığından ve karşı tarafın hukukî alanını etkilediğinden, açık ve belirgin biçimde yapılmalıdır. Yine aynı nedenle kural olarak şarta bağlı fesih bildirimini geçerli değildir.

Fesih bildiriminde “fesih” sözcüğünün bulunması gerekmez. Fesih iradesini ortaya koyan ifadelerle eylemli olarak işe devam etmeme hali birleşirse bunun fesih anlamına geldiği kabul edilmelidir. Bazen fesih işverenin olumsuz bir eylemi şeklinde de ortaya çıkabilir. İşçinin işe alınmaması, otomatik geçiş kartına el konulması buna örnek olarak verilebilir. Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden “işverenin feshi” olarak değerlendirilmektedir.

Fesih bildirimini karşı tarafa ulaştığı anda sonuçlarını doğurur. Ulaşma, muhatabın hâkimiyet alanına girdiği andır.

Somut olayda; işverenin 01.02.2008 tarihinde işçileri ücretsiz izine göndermekle iş aktini haksız olarak feshettiği açıktır. Dosyadaki delillerden, davacının 06.03.2008 tarihinde ihtarname çekerek davayı 13.04.2009 tarihinde açtığı ancak davalı işverence sigortaya bildirim 30.06.2008 tarihe kadar yapıldığı anlaşılmaktadır. Yapılacak iş, davacının çalışmasının devam ettiği şeklindeki işverenin iddiası doğrultusunda, işyerine gidilip çalışıp çalışılmadığını araştırmak, yeniden işe başlandığının anlaşılması halinde bunu yeni bir iş akti olarak kabul etmek ve davacının iş aktininin 01.02.2008 tarihinde son bulduğunun kabulüyle tüm alacaklarını bu tarihe kadar hesaplayıp sonuca göre karar vermektir. Mahkemece, iş aktininin 01.02.2008 tarihinde sona erdiğinin kabulüne rağmen; bilirkişice 30.06.2008 tarihi esas alınarak yapılan hesaplama göre karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Kabule göre de; her dava açıldığı tarih gözetilerek sonuçlandırılacağı ve davada 13.04.2009 tarihinde açıldığı halde iş aktininin 30.06.2008 tarihinde sonlandığının kabulüyle dava tarihinden sonraki dömen yönünden hesaplama yapan bilirkişi raporu esas alınarak hüküm kurulması da ayrıca doğru olmamıştır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 15.01.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

**TIR ŞOFÖRÜ • SEFER PRİMİ • BİR AYLIK ÜCRET
•
GENEL TATİL ÜCRETİ**

ÖZET: Uluslararası çalışan tır şoförlerinin aylık ücretleri genelde “asgari ücret + sefer primi” şeklinde belirlenir. İşçinin son bir yıllık dönemde yaptığı sefer sayısına göre aldığı toplam primin 365’e bölünüp 30 sayısı ile çarpılmasıyla bir aylık ücrete isabet eden prim miktarı belirlenir.

Polis kayıtları getirilerek işçinin son bir yılda yaptığı sefer sayısı belirlenmelidir.

Polis kayıtlarına göre işçinin yurt dışında bulunduğu süreler kapsamında genel tatil ücreti hesaplanmalıdır.

Y. 7 HD., E. 2013/18261, K. 2014/1037, T. 27.1.2014

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtay’ca incelenmesi davacı tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşılmakla, dosya incelendi, gereği görüldü:

1-Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayandığı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine.

2-Davacı vekili, davacının 09.04.2008-31.08.2010 tarihleri arasında çalıştığını, sözleşmenin haksız feshedildiğini iddia ederek kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin, fazla mesai ile ulusal bayram ve genel tatil ile hafta tatili alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Davalı davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davacı işçi tır şoförü olup, ücreti yönünden taraflar arasında uyumsuzluk bulunmaktadır.

Tır şoförleri yurt içinde veya yurt dışına sefer yapmak olmak üzere iki şekilde çalışabilirler. Ülke içinde taşımacılık işinde çalışan tır şoförlerinin ücretleri taraflar arasında temel ücret olarak karşılaştırılabileceği gibi,

sabit ücrete ilave olarak sefer sayısına ya da katedilen kilometre başına ödenen prim şeklinde gerçekleşebilmektedir.

Uluslararası alanda çalışan tır şoförlerinin ücretleri genelde asgari ücret ve sefere bağlı prim esasına göre belirlenmektedir. Bazı işveren uygulamalarında ise garanti ücret olarak adlandırılan asgari ücret ödenmeyip, sadece sefere bağlı prim ödemesi yapılmaktadır. Bu ihtimalde de tır şoförünün ücreti salt sefer primlerinden oluşur.

Sefer primi, uygulamada harcırah olarak adlandırılmakta ve gidilen ülkeye göre değişkenlik gösterebilmektedir. Sözü edilen sefer primi, yol geçiş ücretleri ve diğer masraflar için verilen, Türkiye'ye dönüşte belge karşılığı kapatılan avanstan farklı olup, tamamen işçiye ödenen ücret niteliğindedir. Yerleşik Yargıtay kararlarında da uluslararası alanda faaliyet gösteren tır şoförlerinin yasal asgari ücretle çalışmayacağı kabul edilmiştir.

Uluslararası taşımacılık işinde çalışan tır şoförünün aylık ücretinin tartışmalı olması durumunda, tarafların ikame ettikleri delillerle kesin bir sonuca ulaşamaması halinde ilgili işçi ve işveren meslek kuruluşları ile gerektiğinde sendikalardan ücret araştırması yapılmalıdır. İşçinin çalıştığı süre içinde taşıma işini gerçekleştirdiği ülkeler belirtilerek sefer başına ne kadar ücret alabileceği belirlenmeli ve dosya kapsamındaki diğer delillerle birlikte değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmelidir.

Sefer primi hesabı yönünden işçinin aylık veya yıllık sefer sayılarının tartışmalı olması ve bu konunun diğer delillerle kesin olarak kanıtlanamaması durumunda işçinin yurda giriş ve çıkış kayıtları emniyet birimlerinden getirilmeli ve buna göre değerlendirme yapılmalıdır.

Yurt dışı sefer primi, ücretin eki olmayıp ücret niteliğinde olmakla tazminata esas ücrette doğrudan dikkate alınır. Ücretin asgari (garanti) ücret ve sefer primi toplamından oluşması durumunda, işçinin ayda kaç sefer yaptığı belirlenerek aylık sefer primi ile asgari ücretin toplamı üzerinden tazminata esas ücret tespit olunur. Yurt dışına çıkış periyodunun değişkenlik göstermesi ve gidilen ülkeye göre sefer priminin değişmesi halinde, işçinin bir yılda yapmış olduğu seferlere göre aldığı prim tutarları toplamının bir güne bölünmesi suretiyle günlük tazminata esas ücret belirlenir.

Yurt dışına sefer yapan tır şoförlerinin fazla çalışma yaptıklarını ve hafta tatillerinde çalıştıklarını yazılı delille ispatlamaları gerekir.

Tır şoförünün yurt dışında olduğu sırada bayram ve genel tatil günlerinde çalıştığı yazılı delil veya tanık beyanları ile ispatı mümkündür. Tanık beyanları ile kanıtlanan bu tür çalışmalarda pasaport ve benzeri yurda giriş çıkış kayıtları üzerinden inceleme yapılmalı ve işçinin yurt dışında olduğu süreye rastlayan bayram ve genel tatil günleri için hesaplamaya gidilmelidir.

Somut olayda, davacı ücretinin asgari ücret ve sefer primi 350,00 TL den ibaret olduğunu ayda 3 sefer yaptığını iddia etmiştir. Davalı ise davacının asgari ücretle çalıştığını iddia etmiştir.

Davacı tanığı Murat davacının asgari ücret verildiğinin gösterildiği ancak 900 TL ücret aldıklarını ayrıca sefer primi aldığını beyan etmiştir. Davalı tanıklarından Zafer davacının Kıbrıs'a ayda ortalama iki sefer yaptığını, sefer başına 200,00 TL aldığını, İstanbul'a gittiğinde ise 300,00-400,00 TL sefer primi ödendiğini, diğer davalı tanığı İbrahim ise asgari ücretin bankadan ödendiğini, ayrıca günlük sefer karşılığı 40,00 TL ödendiğini, ayda ortalama 3 sefer Kıbrıs'a gittiğini, bir seferin 10 gün sürdüğünü beyan etmiştir.

Taraflar arasında ücretin miktarı tartışmalıdır. Mahkemece emsal ücret araştırması yapılmamış ise de, davalı tanıklarının beyanları ve davacı iddialarından sefer priminin günlük karşılığının 40,00 TL olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, davacının yaptığı sefer sayısı konusunda tam bir birlik yoktur. Bilirkişi raporunda davacının ayda bir sefer yaptığını kabul etmişse de, davalı tanıklarından Zafer ortalama iki İbrahim ise 3 sefer yaptığını beyan ettiklerinden bilirkişi hesaplamasının dosya kapsamına uygun olmadığı anlaşılmaktadır.

Sefer sayısının tartışmalı olduğu, ücretin hatalı tespit edildiği anlaşılacakla davacının son 1 yılda Kıbrıs'a yaptığı seferlerin emniyet giriş çıkış kayıtları getirilerek sefer sayısından belirlenmesinden sonra ücretin tespiti ve hesaplamaların bu ücret üzerinden yapılması gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır.

3-Davacının emniyet kayıtlarından yurtdışında olduğu sürelerde genel tatillerde çalıştığı tespit edilmesi halinde bu alacağın hüküm altına alınması gerekirken, eksik inceleme ile reddi de hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine 27.01.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞE İADE DAVASI • FESHE BAĞLI İŞÇİLİK ALACAKLARI

ÖZET: İşe iade davası kabul edilip de, başvuru üzerine tekrar işe başlatılmayan işçinin işe iade davası kesinleşmeden önce açtığı davayla talep ettiği “kıdem ve ihbar tazminatı ve izin ücreti” alacaklarının reddi gerekir.

Zira, bu alacaklar feshe bağlı işçilik alacakları olup, fesih işçinin tekrar işe başlatılmadığı tarihte gerçekleşmiştir. Bu tarih itibarıyla yeni bir dava açılarak, ihbar ve kıdem tazminatı ve izin alacağı talep edilebilecektir.

Y. 7 HD., E. 2016/33770, K. 2016/21128, T. 13.12.2016

Mahkemece, verilen kararın davalılar ... İth. İhr. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti ile.... Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi vekili Av.... tarafından aynı dilekçe ile tek harç yatırılarak temyiz edildiği, vekilin iki davalı adına temyiz yoluna başvurduğu, herbirinden ayrı ayrı temyiz harcı alınması gerekirken Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi adına tek harçla temyiz yoluna başvurulmak suretiyle eksik harç yatırıldığı, temyiz posta giderinin ve eksik harcın tamamlanması konusunda Davalı..... Hiz. İth. İhr. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti. vekiline tebliğ olunan muhtıraya rağmen yasal süre içerisinde eksiklik tamamlanmadığından, HMK'nın 434/3 maddesi gereğince davalı tarafın temyiz isteminden vazgeçmiş sayılmasına karar verilmiştir. Ek karar davalı vekilince, davalı şirketlerin davada adi ortaklık olarak yer aldıkları, müvekkili şirketler açısından tek bir iş yeri olduğu ve davanın aynı işten kaynaklandığı, aralarında mecburi dava arkadaşlığı bulunduğu, temyiz harcının her iki davalı şirket için yatırılmış olduğu ileri sürülerek yasal süresinde temyiz edilmiştir. Davalı şirketler ... İth. İhr. Taah. San. ve Tic. Ltd. Şti ile Tekstil Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ortak girişim olarak davada yer almakta olup temyiz harcı ve gideri bakımından tek davalı olarak kabulü gerekir. Buna göre davalılarca eksik temyiz harcı yatırılması durumu söz konusu olmadığından mahkemenin 03/08/2016 tarihli temyiz reddi ek kararı bozularak ortadan kaldırılmalı ve mahkemenin 26/05/2016 tarihli kararına yönelik temyiz itirazları incelenmelidir.

Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayandığı maddi delillere ve özellikle bu

delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, davalıların aşığıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

Davacı vekili, müvekkilinin iş akdinin son alt işveren olan davalı şirketler ortak girişimi tarafından haksız ve bildirimsiz olarak feshedildiğini, müvekkiline hak ettiği tazminatlarının ödenmediğini, müvekkilinin uzun yıllar gerek Şanlıurfa Belediyesi'nde gerekse davalı ...'ye ait işyerlerinde kadrolu işçilerle beraber çalıştığını, fazla mesai ücretleri ile çalışılan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günlerine ait ücretlerinin ödenmediğini, yıllık ücretli izinlerinin kullandırılmadığını ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık izin, hafta tatili ve genel tatil alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı ... vekili, davacı ile müvekkili arasında herhangi bir iş akdinin bulunmadığını, davacının dava dışı Şanlıurfa Belediyesi tarafından yapılan Personel Hizmet Alımı kapsamında diğer davalılar ortak girişimi nezdinde çalıştığını ve 31.12.2014 tarihinde ihale süresinin dolması ile davacının iş akdinin sona erdiğini, davacının alacaklarından müvekkilinin sorumlu olmadığını, davacı taleplerinin zamanaşımına uğradığını, davacının fazla çalışma, bayram ve genel tatil günleri ile hafta tatili yönünden çalışma iddialarının hayatın olağan akışına aykırı olduğunu savunarak davanın reddine ve yargılama giderleri ile vekâlet ücretinin davacıya yükletilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı şirketler vekili, zamanaşımı itirazında bulduklarını, davacının müvekkili ortaklık nezdinde 01.01.2014-31.12.2014 tarihleri arasında belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştığını, müvekkili ile asıl işveren diğer davalı arasında imzalanan hizmet alım sözleşmesinin "Personel Destek Hizmet Alımı" olduğunu, işin yaptırılmasından ziyade işin yapılması için personel temin edildiğini, belirtilen sebeplerden dolayı, kıdem ve ihbar tazminatından müvekkilinin sorumlu olmadığını, çalıştığı süre içerisinde davacının ihtirazı kayıt ileri sürmeden ücretini aldığını savunarak davanın reddine ve yargılama giderleri ile vekâlet ücretinin davacıya yükletilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davacının hafta tatili ile genel tatil alacak taleplerinden başka feshe bağlı alacaklar olan kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti alacağı talepleri de bulunmakta olup, Mahkemece bilirkişi raporu doğrultusunda taleplerin kabulüne karar verilmiş, hüküm davalılarca temyiz edilmiştir. Dosya içeriğinden; iş sözleşmesinin 31.12.2014 tarihinde feshedildiği, davacının 1 aylık yasal süre içerisinde işe iade davası açtığı, işe iade davasına ilişkin yargılamanın devamı sırasında iş bu alacak davasının da açıldığı, yargılama esnasında işe iade davasının davacı taraf lehine sonuçlandığı

ve temyiz incelemesinden aynı yönde geçerek kesinleştiği anlaşılmaktadır. İşe iade davasının kesinleşmesi sonrasında davacı vekilince, davacı tarafın işe başlama başvurusuna ilişkin noter evrakı ile davalı şirketlerce bu talebe verilen cevap örneği dosyaya sunulmuştur. Mahkemece, sunulan kayıtlara göre yapılan değerlendirme sonucunda, işçinin kesinleşmiş işe iade kararı gereği süresinde işe başlama talebini işverene iletmediği, buna rağmen işverence davacının işe başlatılmadığı sonucuna ulaşılmış, işverenin işe başlatmama iradesini açıkladığı tarih fesih tarihi kabul edilerek feshe bağlı alacaklar olan kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti alacakları hüküm altına almıştır.

İşe iade davasının sonucunun, feshe bağlı alacaklar olan kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin alacağı talepli davanın sonucunu etkileyeceği kuşkusuzdur. Somut olayda olduğu gibi, işe iade davasının kabul edilerek kesinleşmesi ve davacının işe başlamak için müracaat etmesi ve işverence işe başlatılmaması halinde artık yeni bir fesih söz konusudur. Bu durumda feshe bağlı alacakların yeni bir davaya konu olması gerektiğinden daha öncesinde ileri sürülen taleplerin usulden reddine karar verilmesi gerekir. Bu itibarla işe iade davası kesinleşmeden açılan bu davada, feshe bağlı alacaklardan olan kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücretinin hüküm altına alınması mümkün olmadığından bu taleplerin usulden reddi yerine kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davalılara iadesine, 13/12/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

TÜZEL KİŞİLİK • İBRA

ÖZET: Tüzel kişiliklerin genel kurullarında oylama sonucu yapılan ibra yargıyı bağlayıcı nitelikte değildir. Defterler ve diğer deliller incelenmelidir.*

Y. 8.HD E:2017/1039 K: 2017/6332 T: 26/04/2017

Davacı vekili dava dilekçesinde İ. Derneği'nde 2010-2012 yılları arasında görev yapan davalıların Derneğin fotoğraf işleri için fotoğrafçı ile yaptıkları 01.10.2010 tarihli sözleşmede tahrifat yapılarak sözleşmenin süresinin 8 ay uzatılması sonucu Derneğin 140.000 TL gelirden mahrum bırakıldığını ileri sürerek bu miktarın zarar tarihinden itibaren yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini istemiş; Mahkemece davalıların ibra edildiği ve sözleşmedeki tahrifatın davalılar tarafından yapıldığının tespit edilemediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinde; davaya konu sözleşmenin Dernek adına davalılar ve fotoğrafçı SA. arasında dernek üyelerinin eş ve çocuklarının, konukların, sporcuların fotoğraflarının videolarının çekilmesi ve benzeri işler için 01.10.2010 tarihinde düzenlendiği, sözleşmenin 2. sayfasında süresinin 31.12.2010-31-12-2012 tarihleri arasında ve ödeme şeklinin 01.02.2011-01.07.2011 tarihleri için 190.000 TL 01.02.2012-01.07.2012 tarihleri arası 200.000 TL bedel üzerinde anlaşma sağlandığı, sözleşmenin 10. yürürlük maddesinin bulunduğu 3. sayfasında 31.12.2010 tarihinden 31.06.2013 tarihine kadar devam edeceğinin belirtildiği, ancak 6 rakamının el yazısı ile başka bir rakamın üzerine yazıldığı anlaşılmaktadır. Davalıların da imzasının bulunduğu 14.01.2014 noter onaylı ihtarda ise, isim ve imzaları bulunan 2010-2012 dönemi İ. Kulübü Yönetim Kurulu üyeleri olarak, dönemimizde ramazan ayının yaz mevsimine gelmesinden dolayı faaliyetlerin toplantı ve düğün gibi davetlerin azalması ve boş geçen bir dönem olması sebebiyle kulüp fotoğrafçısının süre uzatma talebinin yönetim kurulunda görüşülerek uzatma isteğinin kabulü yolunda alınan kararın defterinde yazılmamasının bir unutulmadan kaynaklandığı şeklinde bildirimde buldukları anla-

* Gönderen Av. İsmail Altay

şılmaktadır. Derneğe ait karar defterinin incelenmesinde ise, 18.10.2010 tarihinde fotoğrafçı ile 01.10.2010-01.11.2012 arası sözleşme yapılmasına ve verilecek ücretin kararlaştırıldığı, 26.02.2012 tarihli genel kurulda ise yönetimin oy çokluğu ile ibra edildiği görülmektedir.

Tüzel kişiliklerde kurullarında oylama sonucu yapılan ibra yargıyı bağlayıcı nitelikte değildir. Ayrıca derneğe ait karar defterinin incelenmesinde sözleşmenin uzatıldığına dair derneğin yetkili organınca alınmış karar olmadığı, davalıların da aralarında bulunduğu yönetim tarafından 14.01.2014 tarihli noter ihtarında yetkili kuruldan karar alındığı bildirilmiş ise de söz konusu kararın resmi karar defterine işlenmediği ve hukuki açıdan bir geçerliliği bulunmadığı göz önüne alınarak, davacı derneğin uğradığını iddia ettiği zarar açıkça belirlenip toplanan delillere göre bir karar verilmesi gerekirken, yerinde bulunmayan gerekçe ve eksik inceleme ile davanın reddi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, taraflarca HUMK'un 440/I maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve peşin harcın temyiz edene iadesine, 26.04.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İSTİHKAK DAVASINDA YETKİLİ MAHKEME
•
İLK İTİRAZ

ÖZET: İstihkak davalarında davanın icra takibinin yapıldığı yer mahkemesinde veya davalının ikametgah mahkemesinde açılması gerekir. İstihkak davalarında kesin yetki öngörülmediğinden yetki itirazı ilk itiraz olarak ileri sürebilir. Dava dilekçesi davalı tarafa tebliğ edilmeden mahkemenin re'sen yetkisizlik kararı vermesi mümkün değildir.

Y. 8. HD. E.2016/19005, K.2017/7948, T.30.5.2017

KARAR

Davacı 3.kişi vekili, ... 16. İcra Müdürlüğü'nün 2014/602 Talimat sayılı dosyası üzerinden müvekkiline ait adreste haciz yapıldığını, müvekkili tarafından vergi levhası, kira sözleşmesi ve faturalar sunularak istihkak iddiasında bulunulduğunu, kira sözleşmesinin gerçek bir sözleşme olduğunu, işyerinde bulunan menkullerin müvekkiline ait olduğunu iddia ederek istihkak iddiasının kabulü ile satış işleminin iptaline takibin durdurulmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece dosya üzerinden yapılan inceleme sonucu, 27.06.2014 tarihinde talimata uygun olarak haciz yapıldığı, haciz sırasında herhangi bir istihkak iddası olmadığı gibi esas icra müdürlüğünün bağlı olduğu görevli icra mahkemesine açılmış herhangi bir istihkak davasının olduğuna dair bilgi ve belge sunulmadığı, davacı 3.kişinin icra dosyasının tarafı olmadığından satışın durdurulmasını istemede aktif taraf ehliyetinin bulunmadığı, istihkak davasına bakmakla yetkili mahkemenin esas takibin yapıldığı yerdeki mahkeme olduğu gerekçesiyle satışın durdurulma talebinin kesin olarak reddine, istihkak talebinin reddine karar verilmiş; hüküm davalı alacaklı ve davacı 3. kişi vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1- Davalı alacaklı vekilinin, 24/06/2016 havale tarihli ve kararın düzeltilerek onanması talepli dilekçesi, temyiz dilekçesi niteliğindedir. Ancak gerekli temyiz harcı yatırılmadığından, davalı alacaklı vekilinin usulünce yapılmış bir temyiz istemi bulunmadığı anlaşılmakla, davalı alacaklı vekilinin temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmiştir.

2- a)Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı 3. kişinin aşağıdaki bendin dışında kalan sair temyiz itirazlarının REDDİNE,

2-b)Dava, 6100 sayılı HMK yürürlüğe girdikten sonra açılmış olup bu Kanun'da 1086 sayılı HUMK'un 512. maddesine paralel bir düzenleme getirilmemiştir.Bu durumda İİK'nin yetkiye ilişkin 4, 50. maddeleri ve 6100 sayılı HMK'nın 5, 6. maddeleri uyarınca genel yetki kuralının uygulanması gerekir. Buna göre istihkak davalarının asıl icra takibinin yapıldığı yer mahkemesi ile davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılması mümkündür. HMK'nın 7/1. maddesi gereğince davalının birden fazla olması halinde davanın,bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılması mümkündür. Basit yargılama usulüne uygun yürütülen taşınır mala ilişkin istihkak davalarında Yasa'da kesin yetki kuralı öngörülmediğinden, yetki itirazı ancak ilk itiraz olarak ileri sürülebilir.

HMK'nın 19/4. madde hükmüne göre de yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hale gelir. Hakim kendiliğinden (re'sen)yetkisizlik kararı veremez.

Somut olayda, hüküm, dava dilekçesi davalıya tebliğ edilmeden dosya üzerinden verilmiş olup, bu sebeple davalı tarafından yetki ilk itirazında bulunulması da mümkün olamamıştır. Bu durumda Mahkemece, re'sen yetki hususu değerlendirilerek yetkisizlik kararı verilmesi hatalı olmuş, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz isteminin REDDİNE, (2-a) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı 3. kişinin sair temyiz itirazlarının REDDİNE, (2-b) nolu bentte açıklanan nedenlerle, hükmün İİK'nin 366. ve HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, Yargıtay duruşmasının yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümleri uyarınca 1.480,00 TL Avukatlık Ücreti'nin davalıdan alınarak Yargıtay duruşmasında avukat marifetiyle temsil olunan davacı 3.kişiye verilmesine, taraflarca İİK'nin 366/3. maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve peşin harcın istek halinde davacıya iadesine, 31,40 TL onama harcının da davalı alacaklıdan alınmasına 30.05.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKAT VEKALETNAMESİ • AHZU KABZ YETKİSİ

ÖZET: Avukatın vekaletnamesine ahzu kabz yetkisi yazılmamış olsa da, avukata ahzu kabz yetkisi verildiği kabul edilmeli ve icra dosyasında bulunan para avukata ödenmelidir.

Y. 8. HD E. 2015/6701, K. 2017/7684, T.24.5.2017

KARAR

Borçlu aleyhine başlatılan ilamlı takip dosyasında alacaklı vekili dosyadaki paranın tamamının hesaplarına gönderilmesi yönünde talep açtıklarını, İcra Müdürlüğü'nce alacaklı vekili olan Av. ...'ın takip dosyasında mevcut 03.05.2013 tarihli vekaletnamesinde ahzu kabz yetkisi olmadığından bahisle paranın ödenmesi talebinin reddine karar verilmiş olup, alacaklı vekili Av. ... İcra Mahkemesi'ne başvurusunda; 2012 yılında yürürlüğe giren HMK ile vekaletnamede ahzu kabz yetkisinin özel yetki olmaktan çıkarıldığını, genel vekaletname ile ahzu kabz yetkisi olmadan tahsilatın yapılabileceğini, dolayısı ile İcra Müdürlüğü işleminin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece; 03.05.2013 tarihli Tekirdağ Noterliği'nce düzenlenen vekaletnameye dayalı olarak başlatılan takibe ilişkin vekaletname incelendiğinde Av. ...'a sadece adına açılmış veya açılacak tüm davaları takip yetkisi verildiği ancak ahzu kabza yetkili olmadığı bu sebeple İcra Müdürlüğü işlemi yerinde bulunduğundan şikayetin reddine karar verilmiş, hüküm alacaklı vekilince temyiz edilmiştir.

“Davaya vekalette özel yetki verilmesini gerektiren haller” başlıklı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 74 üncü maddesinde ahzu kabz yetkisine yer verilmemiş olmasının, avukatın bu yetkiye sahip olmadığı anlamına gelmediği, tam aksine bu yetki vekaletname ile birlikte vekile tanınan yetkiler arasında yer aldığından, aksi açıkça belirtilmedikçe, avukatın ahzu kabz yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01/10/2011 tarihinden önce düzenlenmiş ve “ahzu kabz” yetkisi içermeyen vekaletnelere dayanılarak 01/10/2011 tarihinde ve sonrasında vekaletnamede bulunmayan bir yetkinin, dolayısıyla “ahzu kabz” yetkisinin vekalet verenin iradesine aykırı bir şekilde kullanılamıyacağı da kuşkusuzdur.

Somut olayda, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01/10/2011 tarihinden sonra düzenlenmiş 03.05.2013 tarihli vekaletnamesinde ahzu kabz yetkisi olmadığından bahisle dosyada bulunan paranın ödenmesi talebinin reddine dair İcra Müdürlüğü kararının Yasaya aykırı olduğu anlaşılmalı, şikayetin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile şikayetin reddine karar verilmesi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366/3. maddesi ve 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesinin yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA**, taraflarca İİK'nin 366/3. maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 24.05.2017 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

DERNEKLER HUKUKU • KESİN YETKİ KURALI

ÖZET: Kesin nitelikteki yetki kuralı mahkemece re'sen dikkate alınmalıdır.

Derneklerle ilgili mevzuatta düzenlenen dernek ile üyeler arasındaki davaların dernek merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede bakılacağına dair yetki kuralı kesin nitelikte olup kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemece re'sen gözönüne alınması gerekir.

Y.8. HD. E. 2017/3992, K. 2017/6909, T.11.5.2017

Dava dilekçesinde, davalının dernek üyelik aidatlarını ödememesi sebebi ile aleyhine yapılan icra takibine vaki itirazın iptali ile %20 oranında icra inkar tazminatı istenmiş, mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmesi üzerine; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 67. maddesi kapsamında itirazın iptali davasıdır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 6. maddesinde; genel yetkili mahkemenin, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi olduğu, yerleşim yerinin, Türk Medeni

Kanunu hükümlerine göre belirleneceği, 14/2. maddesinde, dernek ile üyeler arasındaki davaların dernek merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede bakılacağı, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 51. maddesinde; tüzel kişinin yerleşim yerinin, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yer olduğu, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 2. maddesinde ise; bu Kanunun uygulanmasında, derneğin yerleşim yerinin, derneğin yönetim faaliyetlerinin yürütüldüğü yeri, dernek merkezinin ise derneğin yerleşim yerinin bulunduğu il veya ilçeyi ifade ettiği hükme bağlanmıştır.

Somut olayda, davalının, dernek üyelik aidatlarını ödememesi sebebi ile aleyhine yapılan icra takibine vaki itirazın iptali için ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açıldığı, davalı derneğin tüzüğünde merkezinin ... (Adliyesi yargı çevresinde) olarak belirtildiği anlaşılmaktadır. Derneklerle ilgili mevzuatta düzenlenen dernek ile üyeler arasındaki davaların dernek merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede bakılacağına dair yetki kuralı kesin nitelikte olup kamu düzenine ilişkin olduğundan mahkemece re'sen gözönüne alınması gerekir. Bu durumda mahkemece kesin yetki kuralı gereği derneğin merkezinin bulunduğu ... Asliye Hukuk Mahkemesinin yetkili olduğu gözetilerek dava dilekçesinin yetkisizlik nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle 6100 sayılı HMK'nın Geçici 3. maddesi ve 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, Yargıtay duruşmasının yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümleri uyarınca 1.480,00 TL Avukatlık Ücreti'nin davalıdan alınarak Yargıtay duruşmasında avukat marifetiyle temsil olunan davacıya verilmesine, 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, 11.05.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

FAZLA ÇALIŞMA • ÜST DÜZEY YÖNETİCİ

ÖZET: Şantiye şefinin üzerinde olan, yüksek ücret alan ve üst düzey yönetici pozisyonunda bulunan davacının fazla çalışma ücreti istemesi mümkün değildir.

Y. 9, HD., E. 2015/6532, K. 2015/17420, T. 12.5.2015

Taraflar arasındaki, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ile ücret alacağı, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti ve genel tatil ücreti alacaklarının ödenmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde temyizden incelenmesi taraflar avukatlarıncaya istenilmesi ve davalı avukatı tarafından duruşma talep edilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 28/04/2015 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davalı adına Avukat . . . ile karşı taraf adına Avukat . . . Akdeniz geldiler. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek bırakılan günde Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı işverenin Yemen'de bulunan otoyol inşaat projesi kapsamında yer alan tünel açma işinde harita mühendisi olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin işverence haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatları ile ücret, fazla çalışma, hafta ve genel tatil alacaklarını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının belirli süreli iş sözleşmesi ile üst düzey yönetici olarak çalıştığını, iş sözleşmesinin iş bitimi nedeniyle sona erdiğini, işçilik alacaklarının ödendiğini, taleplerinin zamanaşımına uğradığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini feshetmekte haksız olduğu, ödenmemiş ücret alacağı bulunduğu, fazla çalışma, hafta ve genel tatil çalışması yaptığı halde karşılığının ödenmediği, davalı tarafça iş için verilen bilgisayar iade edilmediğinden bunun işçilik alacaklarından mahsubu gerektiği 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, davacının tüm davalının ise 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 çalışmalacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla

çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde üst düzey yönetici konumunda çalışan işçi, görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda, ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir başka yönetici ya da şirket ortağı bulunması halinde, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden, yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti talep hakkı doğar. O halde üst düzey yönetici bakımından şirketin yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla çalışma yapması yönünde bir talimatın verilip verilmediğinin de araştırılması gerekir. İşyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla çalışma yapması yönünde açık bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği çalışma saatleri sebebiyle fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği kabul edilmelidir.

Somut olayda davacının işyerinde harita mühendisi olması yanında şantiyenin kamp hizmetlerine, yemekhaneye ve teknik ofise baktığı anlaşılmaktadır. Yine davacı tanıkları da davacının bu görevleri yaptığını açıkça beyan etmiştir. Davalı işveren tarafından dosyaya sunulan Yemen şantiyesi personel listesinde davacının görevi etüd proje müdürü olarak şantiye şefinin üzerinde belirtilmiştir. Davacının aylık net ücreti de 4.000 USD'dir. Davacının aldığı ücret miktarı ile yaptığı iş nazara alındığında üst düzey yönetici olduğu ve kendi mesaisini ayarlayabilecek konumda olduğu sabittir. Mahkemece davacının fazla çalışma alacağının reddi gerekirken kabulü isabetsizdir.

3- Davacı dava dilekçesinde çalıştığı süre boyunca 105.333,33 USD ücrete hak kazandığını ve bunun 103.467.00 USD kısmının ödendiğini, bakiye 1.866,33 USD ücret alacağı bulunduğunu açıkça belirterek kendisini sınırlamıştır. Davacı tarafın bu sınırlamasına rağmen mahkemece 3.527,46 USD ücret alacağına hükmedilmesi taleple bağlılık kuralı olan 6100 HMK'nın 26. Maddesine aykırıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 1.100.00 TL.duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 12/05/2015 gününde oybirliği ile karar verildi.

**BAHŞİŞLE ÇALIŞAN İŞÇİ • ALACAK HESABI
İHTARNAME GİDERİ**

ÖZET: “Ücret+Bahşış” olarak çalışan işçinin fazla çalışma ücreti çalışılan saat üreti dikkate alınmadan sadece %10 zam oranına göre hesaplanmalıdır.

Brüt olarak hesaplanan alacaktan vergiler yanında SGK primleri de düşülerek net miktar belirlenmelidir.

İhtarname gideri HMK kapsamında yargılama gideri olup, işçi alacağı olarak hesaplanamaz.

Y. 9 HD., E. 2014/32708, K. 2016/4201, T. 29.2.2016

DAVA : Davacı, kıdem tazminatı ile fazla mesai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatil ücreti, asgari geçim indirimi alacağı, ihtarname masrafı alacağı, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının ödenilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle, müvekkil davacı işçinin iş akdini haklı nedenle feshettiğini, yıllık izinleri kullandırılmadığı gibi karşılığı olan ücretlerin de ödenmediğini, fazla çalışmasına, ulusal bayram genel tatiller ile hafta tatillerinde çalışmasına rağmen karşılığı olan ücretlerin ödenmediğini, asgari geçim indirimi alacaklarının ödenmediğini iddia ederek kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, asgari geçim indirimi, fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücreti alacakları ile ihtarname masrafının tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, alacakların kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı yasal süresi içerisinde temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Fazla çalışma ücretlerinin hesabı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Otel, lokanta, eğlence yerleri gibi işyerlerinde müşterilerin hesap pusulalarına belirli bir yüzde olarak eklenen paraların, işverence toplanarak işçilerin katkılarına göre belli bir oranda dağıtımı şeklinde uygulanan ücret sistemine “yüzde usulü ücret” denilmektedir. Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde fazla çalışma ücreti, 4857 sayılı Kanun’un 51’inci maddesinde öngörülen yönetmelik hükümlerine göre ödenir. İşveren, yüzde usulü toplanan paraları işyerinde çalışan işçiler arasında, Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre eksiksiz olarak dağıtmak zorundadır. Fazla çalışma yapan işçilerin fazla çalışma saatlerine ait puanları normal çalışma puanlarına eklenir (Yönetmelik Md. 4/1.). Yüzdelerden ödenen fazla saatlerde, çalışmanın zamsız karşılığı ile zamlı olarak ödenmesi gereken ücret arasındaki fark ödenir. Zira yüzde usulü ödenen ücret içinde fazla çalışmaların zamsız tutarı ödenmiş olmaktadır. Yapılan bu açıklamalara göre; yüzde usulü ya da parça başı ücret ödemesinin öngörüldüğü çalışma biçiminde fazla çalışmalar, saat ücretinin % 150 zamlı miktarına göre değil, sadece % 50 zam nispetine göre hesaplanmalıdır.

Dosya kapsamına göre; davacı işçinin davalıya ait işyerinde garson olarak ücret ve bahşiş karşılığı çalıştığı anlaşılmaktadır. Fazla çalışma hesabının, saat ücretinin % 150 zamlı miktarına göre değil, sadece % 50 zam nispetine göre belirlenmesi gerekirken % 150 zamlı miktara göre hesaplama yapan bilirkişi raporuna itibarla hüküm altına alınması hatalıdır.

3- Fazla çalışma ulusal bayram genel tatil alacaklarının net miktarının hesaplanmasında gelir vergisi ve damga vergisinin yanında sigorta priminin ve işsizlik priminin de düşülmesi gerektiğinin düşünülmemesi de hatalı olup ayrı bir bozma nedenidir.

4- Davacının ihtarname masrafının yargılama gideri içinde değerlendirilmesi yerine ayrı bir alacak kalemi olarak değerlendirilerek tahsiline karar verilmesi de hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 29.02.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

**EMSAL ÜCRET • SENDİKALI İŞÇİ
•
ÖZELLEŞTİRME • İLAVE TEDİYE**

ÖZET: Sendika üyesi olan ve toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçi sendika üyesi olmayan işçiye emsal olamaz.

İşçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başladığı tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinde belirlenen artışlar uygulanarak alabileceği ücret tespit edilmelidir.

İşveren şirket özelleştirmeye kamu kurumu niteliğini yitirmiştir. Bu nedenle özelleştirme tarihine kadar olan sürenin ilave tediye alacakları hesaplanmalıdır.

Y. 9 HD., E. 2015/22713, K. 2015/27047, T. 1.10.2015

Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ile izin ücreti, ücret alacağı, genel tatil ücreti, ilave tediye alacağı, iş riski alacağı, ikramiye alacağı, sosyal yardım alacağı, elektrik yardımı alacağı, gıda yardımı alacağı ve vardiya alacaklarının ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davalı ve ihbar olunanlardan avukatları tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı işçi, muvazaalı alt işverenlik sözleşmeleri kapsamında ve gerçekte davalı şirket işçisi olarak çalıştığını ve iş sözleşmesinin işverence haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, kıdem, ihbar, izin, ücret, genel tatil ücreti, ilave tediye, iş riski alacağı, ikramiye, sosyal yardım, elektrik yardımı, gıda yardımı ve vardiya alacaklarının ödetilmesi istekleriyle dava açmıştır.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, husumet itirazında bulunmuş, davacının yüklenici işçisi olarak çalıştığını ve asıl işveren alt işveren ilişkisi ile muvazaanın bulunmadığını savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, kesinleşen karar sebebiyle baştan itibaren davalının işçisi olduğunun ortaya çıktığı ve üyeliğin bildirildiği tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yaralanması gerektiği belirtilerek davaya konu isteklerin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı yasal süresi içinde davalı vekili ile ihbar olunan vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- İhbar olunan hakkında karar verilmediğinden ve ihbar olunanın temyiz hakkı bulunmaması nedeniyle vekilinin temyiz isteğinin RED-DİNE karar verildi.

2- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

3- Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının ücreti emsal işçinin ücreti esas alınarak belirlenmiş ve buna göre hesaplama yapılarak davaya konu işçilik alacakları kabul edilmiştir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayanması sebebiyle davacı işçi baştan itibaren asıl işverenin işçisi sayılsa da davacının toplu iş sözleşmesinden yararlanması sendikaya üyeliğinin işverene bildirildiği tarihten geçerlidir. Bu nedenle davalının işçisi olarak çalışan ve daha önceki sendikaya üyeliği sebebiyle önceki toplu iş sözleşmelerinde de yaralanan işçi ücretinin emsal alınma-

sı doğru olmaz. Davacının sendikaya üye olduğu tarihte almakta olduğu ücretine, toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başladığı tarihte yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi hükümleri uygulanmak suretiyle artışlar yapılmalı ve tespit edilen ücretlerine göre davaya konu işçilik alacakları hesaplanmalıdır. Davacı işçinin sendikaya üye olmadığı dönemlerdeki toplu iş sözleşmelerinde de yararlanma sonucunu doğuracak şekilde ücret tespiti ile hüküm kurulması hatalıdır.

4- Davacı işçi ilave tediye alacağı isteğinde bulunmuş, mahkemece fesih tarihi olan 31.08.2013 tarihine kadar hesaplanan alacağın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı işyerinin Özelleştirme Yüksek Kurulunun 2013/20 sayılı kararı ile özelleştirme kapsamına alındığı ve daha sonra hisselerinin tamamı satılarak özel sektöre devredildiği dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Ancak özelleştirme işlemi sonucu işyerinin fiilen devredildiği tarih dosyadan belirlenememektedir. İşyerinin hisselerinin tamamını satın alan iş ortaklığına fiilen devredildiği tarih araştırılmalı ve 31.08.2013 tarihinden önceye ait ise ilave tediye yönünden hesaplama devir tarihine kadar yapılmalıdır. Hisse devri işlemi davacının iş sözleşmesinin feshedildiği tarihten sonraya ait ise şimdiki gibi isteğin kabulüne karar verilmelidir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 01/10/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EMSAL ÜCRET • SENDİKA ÜYELİĞİ • TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ

**ÖZET: İşçinin sendika üyeliğinin işveren bildir-
diği tarihten öncesinde toplu iş sözleşmesinden
yaralanması mümkün değildir.**

**İşçinin sendika üyesi olmadığı dönemdeki ücret-
leri sendika üyesi olmayan emsal işçi ücreti esas
alınarak belirlenmelidir.**

**İşçinin sendika üyeliği öncesinde aldığı ücretine,
toplu iş sözleşmesinden yaralanmaya başladığı
tarih sonrası için sözleşme hükümleri gereği ar-
tışlar uygulamak suretiyle hesaba esas ücret be-
lirlenmelidir.**

Y.9. HD. E.2015/28971 K.2015/34370 T.03.12.2015

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı işçi davalı işveren ait işyerinde muvazaalı alt işveren ilişkileri kapsamında çalıştırıldığını, muvazaa durumunun kesinleştiğini, sendika üyesi olduğunu belirterek, açmış olduğu bu davada, kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin, ücret farkı, ikramiye, ilave tediye, iş güclüğü zammı, vardiya tazminatı, giyinim yardımı, sosyal yardım ve elektrik yardımı alacaklarının ödetilmesi isteklerinde bulunmuştur.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı işveren, husumet itirazında bulunarak davacının kendi işçisi olmadığını ve ihale makamı durumunda olup bu sebeple bir sorumluluğunun ve sıl işverenlik durumunun da bulunmadığını ve olayda zamanaşımının bulunduğunu bildirerek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, muvazaalı alt işverenlik ilişkisi sebebiyle davacının baştan itibaren davalının gerçek işçisi olduğunu kabul edilerek kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı yasal süresi içinde 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- Davaya konu tazminatlarla işçilik alacakları hesabında hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının emsali olduğu bildirilen bir işçinin aldığı ücretler esas alınmıştır. Davacı işçi kesinleşen muvazaa kararı gereği baştan itibaren davalı işveren işçisi olsa da, sendikaya üyeliğin işverene bildirildiği tarih öncesinde toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına imkan bulunmamaktadır. Bu durum bilirkişi raporunda açıklanmış olmakla birlikte, emsal olarak hesaplamalarda dikkate alınan işçi, öncesinde de davalı işyerinde sendika üyesi olarak çalışmış olup daha önceki toplu iş sözleşmelerinden yararlanmıştır. Bu şekilde emsal olduğu bildirilen işçinin ücreti uygulama gelen toplu iş sözleşmesi sebebiyle artırılmış durumdadır. Davacının önceki toplu iş sözleşmelerinden yararlanmasına imkan olmadığına göre davacının ücretinin de önceki toplu iş sözleşmeleri ile artırılmış ücrete yükseltilerek hesaplamaya gidilmesi hatalıdır. Davacı işçinin sendikaya üyeliğin bildirildiği tarih öncesinde ücreti, varsa aynı işyerinde çalışan ve sendika üyesi olmayan emsali işçinin ücreti esas alınarak belirlenmelidir. Davacının toplu iş sözleşmesinden yararlanmadığı dönemde sendika üyesi olmayan emsali bir işçinin bulunmaması halinde, sendikaya üyelik öncesinde almakta olduğu ücretine, toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başlatıldığı tarih sonrası için sözleşme hükümleri gereği artışlar uygulanmak suretiyle hesaplamaya esas alınacak ücretler belirlenmelidir.

3- İlave tediye hesabında da davacının sendikaya üyeliğinin bildirildiği dönem öncesi için de emsal olduğu bildirilen ve eskiden beri toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçinin ücretlerinin esas alınması hatalıdır. Davacının sendika üyesi olmadığı dönem ücretlerinin üye işçi üreti ile eşit olması mümkün değildir. Bu durumda, davacının toplu iş sözleşmesinden yararlanmadığı dönem için ilave tediye ücretleri de, sendika üyesi olmayan bir emsali işçinin olması durumunda emsal işçi ücretine göre, emsal işçi yoksa davacı işçinin sendikaya üyeliği öncesinde almakta olduğu ücretleri üzerinden hesaplanmalıdır.

4- Davacının talep ettiği ikramiye alacağının dayanağı toplu iş sözleşmesi olup, ikramiye alacağı bakımından talebe uygun olarak en yüksek işletme kredisi faizi yerine yasal faize hükmedilmesi hatalıdır.

F) **Sonuç:**

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 03/12/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

SENDİKALI OLMAYAN İŞÇİ • EMSAL ÜCRET
•
SENDİKALI İŞÇİ

ÖZET: Sendika üyesi olmayan işçinin ücretinin sendikali işçi ile mukayese edilmek tespiti mümkün değildir.

İşçinin sendika üyesi olduğu tarihte aldığı ücretine toplu iş sözleşmesinde belirlenen artışlar uygulanmak suretiyle alabileceği ücret tespit edilmelidir.

Y. 9 HD., E. 2015/29252, K. 2015/36729, T. 24.12.2015

Davacı işçi davalı işveren ait işyerinde muvazaalı alt işveren ilişkileri kapsamında çalıştırıldığını, muvazaa durumunun kesinleştiğini, sendikaya üye olduğunu belirterek, açmış olduğu bu davada, kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin, ücret farkı, ikramiye, ilave tediye, iş güclüğü zammı, vardiya tazminatı, giyinim yardımı, sosyal yardım ve elektrik yardımını alacaklarının ödetilmesi isteklerinde bulunmuştur.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı işveren, husumet itirazında bulunarak davacının kendi işçisi olmadığını ve ihale makamı durumunda olup bu sebeple bir sorumluluğunun ve sıl işverenlik durumunun da bulunmadığını ve olayda zamanaşımının bulunduğunu bildirerek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, muvazaalı alt işverenlik ilişkisi sebebiyle davacının baştan itibaren davalının gerçek işçisi olduğunu kabul edilerek kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı yasal süresi içinde davalı, davacı ile ihbar olunanlardan Ç.İnş. Tur.Tic.San.Ltd.Şti. vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı, davacı ile ihbar olunanlardan Ç.İnş.Tur. Tic.San.Ltd.Şti.'nin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davaya konu tazminatlarla işçilik alacakları hesabında hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının emsali olduğu bildirilen bir işçinin aldığı ücretler esas alınmıştır. Davacı işçi kesinleşen muvazaa kararı gereği baştan itibaren davalı işverenin işçisi olsa da sendikaya üyeliğinin işverene bildirildiği tarih öncesinde toplu iş sözleşmesinden yararlanmasına imkan bulunmamaktadır. Bu durum bilirkişi raporunda açıklanmış olmakla birlikte, emsal olarak hesaplamalarda dikkate alınan işçi öncesinde de davalı işyerinde sendika üyesi olarak çalışmış olup daha önceki toplu iş sözleşmelerinden yararlanmıştır. Bu şekilde emsal olduğu bildirilen işçinin ücreti uygulanan gelen toplu iş sözleşmesi sebebiyle artmış durumdadır. Davacının önceki toplu iş sözleşmelerinden yararlanmasına imkan olmadığına göre davacının ücretinin de önceki toplu iş sözleşmeleri ile artırılmış ücrete yükseltilerek seplanmaya gidilmesi hatalıdır. Davacı işçinin sendikaya üyeliğinin bildirildiği tarih öncesindeki ücreti, varsa aynı işyerinde çalışan ve sendika üyesi olmayan emsali işçinin ücreti esas alınarak belirlenmelidir. Davacının toplu iş sözleşmesinden yararlanmadığı dönemde sendika üyesi olmayan emsali bir işçinin bulunmaması halinde, sendikaya üyelik öncesinde almakta olduğu ücretine, toplu iş sözleşmesinden yararlanmaya başladığı tarih sonrası için sözleşme hükümleri gereği artışlar uygulanmak hesaplamaya esas alınacak ücretler belirlenmelidir.

3- İlave tediye hesabında davacının sendikaya üyeliğinin bildirildiği dönem öncesi için de emsal olduğu bildirilen ve eskiden beri toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçinin ücretlerinin esas alınması hatalıdır. Davacının sendika üyesi olmadığı dönem ücretlerinin üye işçi ücreti ile eşit olması mümkün değildir. Bu durumda, davacının toplu iş sözleşmesinden yararlanmadığı dönem için ilave tediye ücretleri de, sendika üyesi olmayan bir emsali işçinin olması durumunda emsal işçi ücretine göre, emsal işçi yoksa davacı işçinin sendikaya üyeliği öncesinde almakta olduğu ücretleri üzerinden hesaplanmalıdır.

4- Davacının talep ettiği ikramiye alacağının dayanağı toplu iş sözleşmesi olup, ikramiye alacağı bakımından talebe uygun olarak en yüksek işletme kredisi faizi yerine yasal faize hükmedilmesi hatalıdır.

Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerle BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 24/12/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ SÖZLEŞMESİ • FAZLA ÇALIŞMALAR

PRİMLE ÇALIŞAN İŞÇİ

ÖZET: İşçinin ücretinin asgari ücret ya da asgari ücretten az farkının bulunması halinde, aylık ücrete fazla çalışma ücretinin de dahil olduğuna ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir.

Primle çalışan işçinin fazla çalışma ücreti saat ücreti dikkate alınmadan sadece %50 oranıyla hesaplanmalıdır.

Y. 9 HD., E. 2015/1380, K. 2016/12509, T. 26.5.2016

A) Davacı isteminin özeti:

Davacı vekili, davacının haftanın 6 günü günde 9 saat çalışmasına yönelik çalışma süresine hiçbir zaman riayet edilmediğini, günlük en az 2 saat bu çalışma şeklinin dışında çalışma yaptığını, resmi tatillerin, dini bayramların ve arefe günlerinin tamamında çalıştığını ama karşılığının eksik ödendiğini, çalıştığı dönemde aylık 120,00 TL yol ücreti olduğunu, 2013 yılı Mart ayı dahil, 2013 yılındaki yol ücretlerinin ödenmediğini, davacının yol paralarının ödenmemesi, fazla mesai ve genel tatil ücretlerinin eksik ödenmesi, hafta tatillerinde işyerine çağırılması, iş güvenliği ile ilgili tedbirlerin alınması talepleri nedeni ile iş aktinin davalı tarafından haksız olarak feshedildiğini, bir kısım işçilik alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, bakiye hafta tatili ücreti, bakiye genel tatil ücreti ve yol ücreti alacaklarını istemiştir.

B) Davalı cevabının özeti:

Davalı vekili, Mahkemenin yetkili olmadığını, davacının iş aktinin devamsızlıktan haklı nedenle feshedildiğini, fazla mesainin iş aktine göre ücrete dahil olduğunu, davacının işe başladığı tarihte ödenmekte olan yol parasının 01/01/2013 tarihi itibarıyla kaldırılarak tüm çalışanların brüt maaşlarına eklenerek ödenmeye başladığını, iddia ve taleplerin yersiz olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme kararının özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna göre, kayıtlarına göre davacının 19.02.2013 - 04.12.2013 tarihleri arasında davalıya ait iş yerinde ücret bordroları da göz önünde bulundurulduğunda aylık en son brüt 1.130,00 TL ücret ile çalıştığı, ayrıca her ay prim ücreti aldığı, davacı tanığı ... davacının fazla mesai ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle iş akdini kendisinin sona erdirdiğini, davacı tanığı ... davacının motorcu takımı olmadığını belirterek servise çıkmayacağını söylediğini, bunun üzerine iş akdinin davalı tarafından 5 gün işe gelmediğine yönelik tutanak tutulduktan sonra feshedildiğini belirttikleri, davacının iş akdinin iş yerinde tutulan 04.12.2013 ve 05.12.2013 tarihli devamsızlık tutanaklarına binaen davalı işveren tarafından 4857 sayılı yasanın 25/II-g bendi uyarınca devamsızlık yapması sebebiyle haklı nedene dayanılarak feshedildiği ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağı, taraflar arasındaki iş sözleşmesine göre yıllık 270 saate kadar olan fazla mesailerin aylık maktu ücrete dahil olduğu ve davacının sözleşme gereği haftalık 5,20 saat olan çalışma süresini 3,8 saat aşacak şekilde genel tatil günleri de dahil olmak üzere haftanın 6 günü çalıştığı, ancak bordrolarda davacıya ödenen primler fazla mesai ücreti alacaklarından mahsup edildiğinde davacının fazla mesai ücreti alacağı bulunmadığı, haftanın 6 günü çalışan işçinin hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı, yol ücreti alacağına ilişkin iddiasının davacı tarafından ispat edilemediği, 31.07.2014 tarihli bilirkişi raporuna göre davacının alması gereken genel tatil ücreti alacağı miktarının 363,53 TL olduğunun tespit edildiği, hesaplanan genel tatil ücreti alacağından çalışılan süre ve alacağın miktarı göz önünde bulundurularak takdiren hakkaniyet indirimi yapılmasına yer olmadığı gerekçesi ile genel tatil ücreti haricindeki taleplerin reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E)Gerekçe:

Mahkeme, davacı vekilinin temyize konu ettiği miktarın kesinlik sınırı altında kaldığından bahisle davacı vekilinin temyiz talebinin reddine ilişkin ek karar vermiştir.

Dosya kapsamına göre davacının ıslah talebi ile birlikte talep edilen toplam miktar 3609,76 TL. olup kabul edilen kısmı 363,53 TL.'dir. Bu durumda reddedilen 3246,23 TL. hüküm tarihindeki kesinlik sınırı 1.890 TL.'ndan yüksek olup, davacının temyiz ettiği tutar kesinlik sınırının üzerinde kalmaktadır.

Açıklanan nedenler ile Mahkeme'nin, davacı vekilinin temyiz talebinin kesinlik sınırından reddine ilişkin ek kararı kaldırılarak işin esasına geçildi.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde, fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça veya iş tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen hallerde, her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret esas alınarak fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti hesaplanır. Bu usulün uygulanmasında zorluk çekilen durumlarda, parça başına veya yapılan iş tutarına ait ödeme döneminde meydana getirilen parça veya iş tutarları, o dönem içinde çalışılmış olan normal ve fazla çalışma saatleri sayısına bölünerek bir saate düşen parça veya iş tutarı bulunur. Bu şekilde bulunan bir saatlik parça veya iş tutarına düşecek bir saatlik normal ücretin yüzde elli fazlası fazla çalışma ücreti, yüzde yirmibeş fazlası ise fazla sürelerle çalışma ücretidir. İşçinin parça başı ücreti içinde zamsız kısmı ödenmiş olmakla, fazla çalışma ücreti sadece yüzde elli zam miktarına göre belirlenmelidir.

Otel, lokanta, eğlence yerleri gibi işyerlerinde müşterilerin hesap pusulalarına belirli bir yüzde olarak eklenen paraların, işverence toplanarak işçilerin katkılarına göre belli bir oranda dağıtımı şeklinde uygulanan ücret sistemine "yüzde usulü ücret" denilmektedir. Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde fazla çalışma ücreti, 4857 sayılı Kanunun 51 inci maddesinde öngörülen yönetmelik hükümlerine göre ödenir. İşveren, yüzde usulü toplanan paraları işyerinde çalışan işçiler arasında, Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre eksiksiz olarak dağıtmak zorundadır. Fazla çalışma yapan işçilerin fazla çalışma saatlerine ait puanları normal çalışma puanlarına ekle-

nir (Yönetmelik Md. 4/1.). Yüzdelerden ödenen fazla saatlerde, çalışmanın zamsız karşılığı ile zamlı olarak ödenmesi gereken ücret arasındaki fark ödenir. Zira yüzde usulü ödenen ücret içinde fazla çalışmaların zamsız tutarı ödenmiş olmaktadır. Yapılan bu açıklamalara göre; yüzde usulü ya da parça başı ücret ödemesinin öngörüldüğü çalışma biçiminde fazla çalışmalar, saat ücretinin % 150 zamlı miktarına göre değil, sadece % 50 zam nispetine göre hesaplanmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, fazla mesai ücretinin hesaplanması açısından, davacının yaptığı hizmete göre prim de aldığı anlaşılmaktadır.

Ancak, bu primlerin fazla mesai ücretinden düşülerek sonuca gidilmesi hatalıdır.

Yapılacak iş, davacının fazla mesai ücretinin normal saat ücretinin prim olarak ödendiğinin kabulü ile fazla mesaisinin sadece %50 zamlı kısmının hesaplanarak hüküm altına almaktır.

3-Fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiğinin öngörülmesi ve buna uygun ödeme yapılması halinde, yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresinin ispatlanan fazla çalışmalardan indirilmesi gerekir.

Somut uyuşmazlıkta, davacının iş aktine göre yıllık 270 saat fazla mesainin ücretine dahil olduğu kabul edilmiş ise de fesih tarihi olan 2013 yılının 2. yarısında asgari ücret brüt 1021,50 TL.'dir. Mahkeme tarafından davacının aldığı kabul edilen en son ücreti brüt 1130,64 TL.'dir. Son bordrodaki ücreti ise 1143 TL. olup, asgari ücretin çok az üstünde olan bu ücret durumuna göre iş aktindeki 270 saat yıllık fazla mesai süresinin ücrete dahil olduğu hükmünün uygulanması imkanı yoktur. Bu hükmün uygulanması için, işçinin aylık ücret miktarı bu hükmün uygulanmasına imkan verecek kadar yüksek olmalıdır. Açıklanan nedenle fazla mesai ücretinin hesaplanmasında yıllık 270 saatin fazla mesai süresinden indirilmesi hatalıdır.

4-Davacının yol ücreti talebi açısından, iş aktinde davacının aylık brüt ücretinin 1130 TL. olduğu, fazla çalışma ücretinin de bu ücrete dahil olduğu belirtilmekle birlikte bu aylık maktu ücretin içinde yol ücreti olduğu yer almamıştır.

Davacının bordrolarındaki ücret miktarı ile iş aktindeki ücret miktarı uyuşmaktadır.

Davalı vekili cevap dilekçesinde, davacının işe başladığı tarihte ödenmekte olan yol parasının 01/01/2013 tarihi itibarıyla kaldırılarak tüm çalışanların brüt maaşlarına eklenerek ödenmeye başladığını savunmuştur.

Davacının brüt ücreti ile brüt asgari ücret arasındaki farkın az oluşu ve yukarıda sayılan diğer hususlar da nazara alındığında, davacıya yol ücretinin ödenmesi gerektiği, fakat yol ücreti ödendiğinin davalı tarafından yazılı belge ile ispatlanamadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle tanıklar gerekirse yeniden dinlenerek aylık yol ücretinin miktarı tespit edilerek yol ücretinin hüküm altına alınması gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26/05/2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İŞYERİ KAYITLARI • MAHKEMEYE İBRAZ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

ÖZET: Tarafların kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan bütün belgeleri mahkemeye ibraz etmeleri yasadan doğan zorunluluktur.

İş kanunu işverenlere kayıt tutma yükümlülüğünü getirmiştir. Bu kayıtları tutma zorunluluğu olan işverenin bu belgeleri mahkemeye ibraz etme zorunluluğu bulunmaktadır.

Y. 9 HD., E. 2015/3170, K. 2016/13472, T. 09.06.2016

Davacı, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, ücret alacağı, satış ve jestiyon primialacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı işyerinde doğu-güneydoğu illerinden sorumlu bölge şefi olarak 1.7.2004-15.06.2006 tarihleri arasında çalıştığını, son olarak ayda net 2.400 TL ücret aldığını, 2006 Mayıs ayına ait primi olan 450 TL ile 2006 Haziran ayına ait olan maaş + prim alacağı

2400 TL'nin ödenmediğini, 2005 yılı satışları nedeniyle şirketten 10.000 \$ prim alacağı da bulunduğunu, 1.3.2005-2.5.2005 ve 2.5.2005 tarihli yazılarda belirtilen tüm yıllık kotaların davacı tarafından doldurulduğu halde 10.000 Dolar prim alacağının halen ödenmediğini ileri sürerek, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, ücret, satış ve jestiyon primi alacaklarının davalıdan tahsilini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 17.4.2004'de işe başladığını, satış temsilcisi olarak görev yaptığını, istifa ettiği 15.6.2006'ya kadar çalıştığını, şirkette satış şefi olarak bir unvan bulunmadığını, ücrete ilişkin beyanları imzalı ücret bordrolarında görüldüğü üzere gerçeği yansıtmadığını, davacının 850 TL net ücret aldığını, her türlü işçilik alacağı tam ve eksiksiz olarak ödendiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının fazla çalışma alacaklarının ödenmediği ve davacının fazla çalışma alacağının bulunduğu, hafta tatilinde çalıştığının ispat edilemediği, davacının satış temsilcisi sıfatıyla çalıştığı ve jestiyon primine hak kazanamadığı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasında işçiye ödenen aylık ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Çalışma yaşamında daha az vergi ya da sigorta primi ödenmesi amacıyla zaman zaman, iş sözleşmesi veya ücret bordrolarında gösterilen ücretlerin gerçeği yansıtmadığı görülmektedir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır. İşçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri ve emsal işçilere ödenen ücretler gibi hususlar dikkate alındığında imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, bu konuda tanık beyanları gözetilmeli ve işçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş bildirilerek sendikalarla, ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından

emsal ücretin ne olabileceği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta, davacı işçi bölge satış şefi olarak çalıştığını ve son ücretinin net 2.400,00 TL ücret olduğunu iddia etmiş, davalı ise davacının satış temsilcisi olarak en son 850,00 TL net ücretle çalıştığını savunmuştur. Mahkemece emsal ücret araştırması kapsamında bir kısım yazılar yazılmış ise de, dosyaya bildirilen bir emsal ücret bulunmamaktadır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, ücret bordrolarına itibar edilerek 1.256,10 TL brüt ücret üzerinden hesaplamaya gidilmiştir.

Mahkemece yapılacak iş; öncelikle davacının davalı işyerindeki görev tanımını kesin olarak tespit etmek, ardından davacının meslekte geçirdiği süre, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş ve çalışma süresi de belirtilmek suretiyle yukarıdaki ilkeler doğrultusunda, ilgili sendika ve meslek kuruluşlarından emsal ücret araştırılarak, tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildikten sonra ücret seviyesini belirlemek ve bu ücrete göre alacakları bilirkişiye hesaplatıp hüküm altına almaktır. Eksik inceleme ve araştırma ile karar verilmesi hatalıdır.

3-Davacının jestiyon primi alacağına hak kazanıp kazanmadığı taraflar arasındaki diğer bir uyuşmazlık noktasıdır.

Davacı, Malatya bölge satış şefi olarak çalıştığı davalı işyerinde 2005 yılına ait satış kotalarını doldurduğu iddiasıyla 10.000,00 ... jestiyon primi isteğinde bulunmuş, 01.03.2005 ve 02.05.2005 tarihli şirket iç yazışmalarını sunmuş ve jestiyon prim alacağına ilişkin davalı işveren kayıtlarına dayanmıştır.

Dosyaya sunulan davalı şirketin iç yazışmalarında 01.05.2005-31.01.2006 döneminde tüm ürünlerde kotalarını dolduran bölge satış temsilcilerine de 5.000,00 ... özel jestiyon primi ödeneceği belirtilmiştir. Buna göre, Mahkemenin davacının satış temsilcisi olduğu ve jestiyon priminden yararlanamayacağına yönelik gerekçesi yerinde değildir.

Diğer taraftan, davacı jestiyon primi konusunda delilleri arasında işveren kayıtlarına dayanmıştır. Mahkemece 6100 sayılı HMK'nın 218. maddesi uyarınca işlem yapılmış, davacının sunduğu şirket iç yazışmaları davalı tarafından kabul edilmesine karşın, jestiyon primine dair işyeri kayıtları sunulmamıştır.

6100 sayılı HMK'nın 219. maddesi taraflara kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmeleri zorunluluğunu getirmiştir. Aynı maddeyi takip eden

220. maddesinde ise belgeyi ibraz etmeme halinde ne tür bir işlem yapılacağı belirtilmiştir. Buna göre;

“(1) İbrazı istenen belgenin, ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu ve bu isteğin kanuna uygun olduğuna mahkemece kanaat getirildiği ve karşı taraf da bu belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükût ettiği yahut belgenin var olduğu resmî bir kayıtle anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkeme bu belgenin ibrazı için kesin bir süre verir.

(2) Mahkemece, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkâr eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı hâlde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif edilir.

(3) Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir”. hükümlerine yer verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu’nda kayıt tutma yükümlülüğü genellikle işverene verilmiştir. İşçi alacakları konusunda işveren kayıtlarına dayanıldığında, bu kayıtları tutma zorunluluğu olan işverenin bu belgeleri mahkemeye ibraz etme zorunluluğu vardır. İşverenin ibraz etmemesi halinde ise 6100 sayılı HMK’nın 220. maddesi uyarınca işlem yapılması gerekir.

Somut uyuşmazlıkta, davacının davalı işyerinde tartışmalı olan görevinin açık bir şekilde belirlenmesinden sonra davacının jestiyon primi alacağının belirlenmesi gerekir. Mahkemece ilgili usul hükümleri yerine getirilmeden eksik inceleme ve araştırma ile taleplerin reddi isabetsizdir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 09.06.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

AYLIK ÜCRET • 225 SAAT • GİYDIRİLMİŞ ÜCRET

AYNI YARDIMLAR

ÖZET: Aylık ücret saat ücretinin 225 saatlik tutarındır.

İşçiye fiilen sağlanan sosyal yardım olan “barınma ve ısınma” yardımı bedelleri Gelir Vergisi’nden ve SGK priminden muaftır. Bu nedenle bu sosyal yardımların net miktarları giydirilmiş ücretlere ilave edilmelidir.

Y. 9 HD., E. 2016/19333, K. 2016/14689, T. 20.6.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkili davacı işçinin iş akdinin davalı tarafça haksız ve bildirimsiz olarak feshedildiğini, yıllık izinleri kullandırılmadığı gibi karşılığı olan ücretlerin de ödenmediğini, fazla çalışma yapmasına, hafta tatilleri ile ulusal bayram genel tatillerde çalışmasına rağmen karşılığı olan ücretlerin ödenmediğini iddia ederek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti, fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı özetle; davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, bilirkişi raporu doğrultusunda yıllık izin ücreti, fazla çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil ücreti alacak taleplerinin reddine, kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı ile ücret alacağı taleplerinin kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı yasal süresi içerisinde 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 davacı işçinin hesaplamaya esas ücretinin hesabı konusunda uyuşmazlık söz konusudur.

Aylık ücret, saat ücretinin 225 saate denk gelen karşılığıdır. Davacı davalı işyerinde net 1.900 Amerikan Doları ücret karşılığı çalıştığını iddia etmiştir. Davalı ise davacı işçinin saat ücretinin 4,50 Amerikan Doları olduğunu savunmuştur. Hükme dayanak kılınan bilirkişi raporunda davacının saat ücretinin 4,50 Amerikan Doları olduğu kabul edilmiş, davacı taraf buna itiraz etmemiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının son ücretinin hesabında saat ücreti olan 4,50 Amerikan Doları'nın 240 ile çarpılma sebebi anlaşılammıştır. Dosyada mevcut bordroların incelenmesinden davacının günlük çalışmasının 7,5 saat olarak belirtildiği, bordrolardaki ücretin saat ile gün sayısının çarpımı ile elde edildiği anlaşılmaktadır. Örneğin 30 gün çalışıldığında 225 saat, 31 gün çalışıldığında 232,50 saat, 15 gün çalışıldığında 112,50 saat üzerinden normal ücret hesabı yapıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre davacının normal çalışma ücreti net 1.012,50 Amerikan Doları'dır. Davalı vekilinin bilirkişi raporuna itiraz dilekçesindeki 225 saat üzerinden hesaplama yapılmasına yönelik açıklaması da dikkate alındığında $4,50 \times 225 = 1.012,50$ Amerikan Doları olarak belirlenmelidir. Ayrıca hükme esas alınan bilirkişi raporunda giydirilmiş brüt ücret, aylık barınma, ısınma yardımı brüte çevrilerek hesaplanmıştır. Davalı işverence işçiye verilen barınma, ısınma yardımı sosyal yardım niteliğinde olup bunlar gelir vergisi ve SGK priminden muaftır. Buna göre davacının barınma, ısınma yardımının brüte çevrilmeden davacının aylık brüt ücretine eklenerek giydirilmiş brüt ücreti tespit edilerek davacının alacakları yeniden hesaplatılarak hüküm altına alınmalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 20.06.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

PRİM ALACAĞI • PERFORMANS

İŞE İADE DAVASI TESPİTİ

ÖZET: Davacının iş sözleşmesi performans düşüklüğü sebebi ile feshedilmiş, ancak işe iade davasında davacının performansının yetersiz olmadığı kanıtlanmıştır. Davacının performans düşüklüğü kanıtlanmadığına göre davalının da kabulünde olan prim alacağı davacıya ödenmelidir.*

Y. 9 HD., E. 2015/4801, K. 2016/18028, T. 17.10.2016

Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, işe başlatmama tazminatı ile boşta geçen süre ücreti farkı, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, genel tatil ücreti ve prim alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili ,davacının 12.03.2001 – 13.10.2011 tarihleri arasında davalı bankada çalıştığını, iş akdinin davalı tarafından feshedilmesi üzerine açılan davada ... İş Mahkemesinin 21.05.2012 Tarih 2011/415 E – 2012/527 K sayılı kararı ile feshin geçersizliğine hükmedildiğini,iş bu kararın temyiz incelemesi üzerine onandığını,yasal süresi içerisinde davacının işe başlatılması için davalı şirkete başvurulmasına rağmen işe başlatılmadığı ve işçilik alacaklarının eksik ödendiğini iddia ederek fark işe başlatmama tazminatı,boşta geçen süre ücreti ve diğer haklar,kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai,hafta tatili,genel tatil ile jestiyon primi, birleşme(migration) priminin davalıdan tahsilini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, işe iade kararının kesinleşmesi üzerine davacı alacaklarının banka hesabına yatırılmak suretiyle ödendiğini, eksik ödemenin

* Legalbank Hukuk Sitesinden alınmıştır.

söz konusu olmadığını, fazla çalışmasının bulunmadığını davacı yeterli performansı gösterememiş olduğundan jestiyon ve migration primine hak kazanmadığını,alacak taleplerinin zamanaşımına uğradığını savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraf vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre tarafların aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacının migration primine hak kazanıp kazanmadığı taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden, davalı bankanın ...'ı devralma sürecinde görev alan çalışanlara 2012 yılı Ocak ayında migration(-birleşme) bonusu adı altında ödeme yaptığı anlaşılmaktadır.Davacının 01.11.2010 tarihinde başlayıp 31.08.2011 tarihine kadar süren birleşme döneminde görev aldığı açıktır.Mahkemece davacının talep konusu alacağına ilişkin olarak, emsal işçiye 2012 Ocak ayında başarı primi adı altında ödeme yapılmış ise de yapılan ödemenin hangi koşulları yerine getirenlere yapıldığını gösteren herhangi bir delilin bulunmaması nedeni ile ispatlanamayan prim alacağının reddine karar verilmiştir.Ancak davalı tarafından sunulu cevap dilekçesinde açıkca "migration priminin hem projede birebir çalışmış hem de iyi performans göstermiş kişilere verildiğini davacının da performansı iyi olmadığı için bu prime hak kazanmadığını" bildirmiştir.

Davacının iş sözleşmesi 13.10.2011 tarihinde performans düşüklüğü nedeniyle feshedilmiş ancak işe iade davası sonucunda performans yetersizliğinin bulunmadığı kanıtlanmıştır.Davalı cevap dilekçesinde birleşme döneminde görev alanlara bu primin ödendiğini davacıya ise performans düşüklüğü nedeniyle ödeme yapılmadığını kabul etmiştir. Davacının performans düşüklüğü kanıtlanamadığına göre söz konusu prim alacağının hesaplanıp hüküm altına alınması gerekirken yerinde olmayan gerekçe ile reddine karar verilmesi hatalıdır.

3-Davacının hüküm altına alınan fazla mesai alacağının çalışmanın gerçekleştiği dönem ücretine göre hesaplanması gerekirken, hükme esas alınan raporda tüm dönem için son ücret üzerinden hesaplama yapıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece bu husus dikkate alınmaksızın hesaplama yapılan rapora itibarla sonuca gidilmesi de hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

BELİRSİZ ALACAK DAVASI • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Belirsiz alacak davasında yargılama sırasında arttırılan taleplere karşı zamanaşımı defileri sürülemez.

Y. 9 HD., E. 2015/5101, K. 2016/19654, T. 10.11.2016

Davacı, kıdem tazminatı ile fazla mesai ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, izin ücreti, ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının 01.06.1995 tarihinde davalı iş yerinde çalışmaya başladığını, 1475 sayılı Kanun'un 14/5. maddesi uyarınca davacının iş sözleşmesini feshetmek istediğini davalı işverene 18.03.2013 tarihinde bildirdiğini, bunun üzerine davalının, davacının iş yerinde çalışan evli bir bayanla ilişkisinin tespit edildiğini ve bu nedenle 15.03.2013 tarihinde davacının iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği yönündeki yanıtı verdiğini, bu tarihte davacının raporlu olduğunu, davacının bu iddialarının doğru olmadığını bu nedenle feshin haksız olduğunu ileri sürerek, kıdem tazminatı, ücret, fazla mesai ücreti, ulusal bayram-genel tatil ücreti ve yıllık izin ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 01.06.1995-15.03.2013 tarihleri arasında da-

valı iş yerinde çalıştığını, davacının iş yerinde çalışan evli bir bayanla evlilik dışı ilişki yaşaması ve bu durumun iş yerinin huzur ve güvenliğini etkilediğini, ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranış gerçekleştirdiği gerekçesiyle davacının iş akdinin haklı nedenle 15.03.2013 tarihli ihtarname ile feshedildiğini, bu nedenle davacının kıdem tazminatı alacağına hak kazanamayacağını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davaya konu işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı noktasında taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Belirsiz alacak davası 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile öngörülen ve alacaklıya bazı avantajlar sağlayan yeni bir dava türüdür. Sözü edilen hükme göre “Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir”. Şu hale göre davanın açıldığı tarihte alacak miktarının belirlenmesi imkansız ise belirsiz alacak davası açılabilir. Öte yandan alacaklı tarafından alacağın miktar veya değerinin tam olarak belirlenmesi beklenemez ise yine belirsiz alacak davası açılabilir.

Belirsiz alacak davasını öngören hükümde biri sübjektif, diğer objektif iki unsur karşımıza çıkmaktadır. Alacağın veya dava değerinin belirlenmesini objektif olarak imkansız olması halinde belirsiz alacak davası açılacaktır. Örneğin iş kazası geçiren işçinin açacağı davada işveren ve işçinin karşılıklı kusur oranları, kusursuz sorumluluk olup olmadığı ve varsa kaçınılmazlık durumu ve maluliyet oranlarının dava açma aşamasında belirlenmesi imkansızdır.

Sübjektif unsur ise alacaklının talep konusu miktarı belirlemesinin alacaklıdan beklenememesidir. İşçinin yasal hakları ödenmeksizin işten çıkarıldığı bir durumda yukarıda belirtilen masraflara ek olarak uzman hesap raporu aldirarak olası işçilik alacaklarını belirlemesi de hak arama özgürlüğü önünde engel olarak değerlendirilebilir.

Talep sonucunun rakam olarak ifadesinin imkansızlığı, davacının tam olarak miktarını bilmediği ve bu bilgisizliğini davalının sahasında bulunan vakialardan kaynaklandığı durumlarda söz konusudur.

Dairemizin kısmi dava ile ilgili verdiği bu ölçütleri kabul eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.10.2012 gün ve 2012/9-838 E, 2012/715 K sayılı kararında “İşçilik alacaklarının özelliği de dikkate alınarak, bu alacaklarda, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi, aksinin kabulü de doğru olmayacağını, talep konusu işçilik alacakları belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesinin daha doğru olacağını” açıkça belirlemiştir.

Aynı dava dilekçesinde birden fazla işçilik alacaklarının talep edildiği durumlarda davaların yığılmasından söz edilir ki, alacağın belirli olup olmadığı her bir alacak kalemi bakımından somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.10.2012 gün, 2012/ 9-838 E, 2012/ 715 K sayılı kararı da bu yöndedir.

Davaya konu işçilik alacaklarının bir kısmının ya da bazılarının belirsiz alacak davasına konu olamayacağı belirlendiği taktirde, hakim hemen davayı reddetmemeli, HMK'nun 115/2 maddesi uyarınca eksikliği tamamlaması yani alacağın belirleyerek buna göre talepte bulunması için davacıya kesin süre vermeli, gereğinin yerine getirilmemesi halinde dava şartı eksikliğinden dava reddedilmelidir. Dairemiz kararları ile Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin kararları bu yöndedir(Yargıtay 9.HD. 26.01.2014 gün, 2014/1962 E, 2014/6034 K. ; Yargıtay 9.HD. 27.02.2012 gün ve 2012/1757 E, 2012/5742 K. ; Yargıtay 19. HD. 16.01.2014 gün, 2013/ 17491 E, 2014/ 1332 K. Yargıtay 19. HD, 16.01.2014 gün, 2013/ 17366 E, 2014/ 1329 K.).

Alacağın belirsiz olması halinde alacaklı, belirsiz alacak davası açabileceği gibi kısmi dava olarak da alacağın tahsilini talep edebilir.

Dava dilekçesinde alacağın belirsiz olduğundan söz edilmiş olsa da, kısmi dava açıldığının ifade edilmesi halinde davanın türünün kısmi dava olarak kabulü gerekir. Zira alacak belirsiz ise kısmi dava yoluyla alacağın istenmesine engel bir durum yoktur. Bu ihtimalde kısmi dava ancak

talep edilen kısım itibarıyla zamanaşımını keser. Yargılama ile alacağın belirlenen kalan kısmı ıslah veya ek dava ile talep edildiğinde arttırılan miktarlar bakımından faiz başlangıcı -kural olarak- talep tarihidir. Bu nedenle davanın türünün belirsiz alacak davası veya kısmi dava oluşunun sonuçları farklı olup, tereddüt halinde hakim tarafından bu husus davacıya açıklatılmalı ve davanın türü ön inceleme tutanağına yazılarak tahkikat aşamasına geçilmelidir.

Belirsiz alacak davası ise mevcut yasal düzenleme çerçevesinde üç değişik şekilde açılabilir. Eda (tahsil talebi ile) davası niteliğinde belirsiz alacak davasının açılabilmesi HMK'nın 107. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında öngörülmüştür. Tespit niteliğinde belirsiz alacağı tespit davası ise aynı maddenin 3. fıkrasına dayanmaktadır. Maddenin gerekçesine göre ise alacaklı kısmi eda külli tespit davası da açılabilir. Her bir dava türünün farklı özellikleri bulunmaktadır.

Tahsil talepli belirsiz alacak davasında, alacaklı belirleyebildiği miktarı davaya konu etmelidir. Bu konuda rastgele bir miktarı talep etmesi doğru olmaz. Örneğin, işveren ve ... kayıtlarında 10 yıl ve asgari ücretten hizmeti görünen bir işçi, çalışma süresini 12 yıl ve ücretini net 2.000,00 TL olarak açıklamak suretiyle kıdem tazminatıyla ilgili belirsiz alacak tahsil davası açılabilir. Bu davada, kayıtlarda geçen süre ve asgari ücrete göre belirlenebilen miktar talep edilmelidir. Başka bir anlatımla tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında alacaklı belirleyebildiği kadarıyla bir hesaplama yapmalı ve bu miktarı talep etmelidir. Dava dilekçesinde şimdilik kaydıyla farazi bir miktar (100,00 TL) gösterilmesi halinde, davanın, tahsil amaçlı belirsiz alacak davası olarak kabulü doğru olmaz.

Tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında, işverenin vereceği cevap, ön inceleme aşamasında bu yönde uzlaşma veya tahkikat aşamasında belirsizlik ortadan kalktığında, 107/2. maddeye göre davacı miktarı arttırabilir ve alacağın tümünün tahsilini talep edebilir. Bu aşamada iddianın genişletilmesi yasağı devreye girmez.

HMK'nın 107. maddesinin gerekçesine göre, alacak belirli hale geldiğinde artırım, sadece bir kez yapılabilir. İkinci kez artırım yapılmak istenirse, iddianın genişletilmesi yasağı ile karşı karşıya kalınır.

Tahsil talepli belirsiz alacak davasında, dava tarihinde alacağın tamamı için zamanaşımı kesilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 157. maddesi uyarınca, dava süresince tarafların yargılamaya ilişkin her işleminden veya hâkimin her kararından sonra zamanaşımı yeniden işlemeye başlar. Bu nedenle yargılama sırasında alacağın zamanaşımına uğradığın-

dan söz edilemeyeceğinden, davacının talep artırımı dilekçesi üzerine ileri sürülen zamanaşımı definin de sonuca bir etkisi olmaz.

Tahsil talepli belirsiz alacak davasında faiz başlangıcı, davadan önce temerrüt söz konusu değilse dava tarihi olmalıdır. Alacak belirlendikten sonra arttırılan kısım için faiz başlangıcı temerrüt ya da dava tarihidir. Belirtmek gerekir ki, belirsiz alacak davasının alacaklıya sağladığı bütün imkanlar bir tek tahsil amaçlı belirsiz alacak davasında ortaya çıkar.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılabileceği HMK'nın 107/3. maddesinde kabul edilmiş olmakla, davanın miktar belirtmeden açılması da imkan dahilindedir. Bu halde hukuki yarar yokluğu ile ilgili tartışmalara mahal vermemek için, 107. maddenin son cümlesinde, belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılmasında hukuki yararın bulunduğu ifade edilmiştir.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılabilmesinin en önemli sonucu, belirsiz alacak tespit davasının da alacağın tamamı için zamanaşımını kesmesidir. Bu husus, 107. maddenin gerekçesinde açıklanmıştır.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılmasının ardından, alacağın yargılama sırasında belirlenmesi üzerine HMK'nın 107/2. maddesine göre miktarın arttırılması mümkün değildir. Zira sözü edilen hüküm, belirsiz alacak davasının miktar belirtilmesi yoluyla eda davası biçiminde açılması halinde uygulama alanı bulabilir. Ancak belirsiz alacak tespit davasında yapılan yargılama ile alacak belirlendikten sonra, davanın tamamen ıslahı suretiyle alacağın tahsili talep edilebilir.

Belirsiz alacak davasının tespit davası olarak açılması ve ardından ıslahla eda davasına dönüştürülmesinin, davanın belirli bir miktar üzerinden açılmasından farkı, faiz başlangıcı noktasında kendisini gösterir. Belirsiz alacak davası tespit davası olarak açıldığında faiz başlangıcı, alacakların rakam olarak talep edildiği ıslah tarihi olmalıdır. Belirsiz alacak davası ile kesilmiş olan zamanaşımı yargılama sırasındaki işlemler ve hakimnin her kararı ile kesileceğinden ıslaha karşı ileri sürülen zamanaşımı defii sonuca etkili değildir.

HMK 107. maddesinin gerekçesine göre belirsiz alacak davasının, kısmen eda davasıyla birlikte külli tespit davası olarak da açılabilmesi imkan dahilindedir. O halde belirsiz alacak davasında bir miktarın tahsili yanında, kalan tutarın tespiti istenebilecek ve yargılama sırasında belirlendiğinde kalan miktar da talep edilebilecektir.

Bunun tam eda davasından farkı, belirlenebilen miktarın talebi yerine, kısmi bir miktarın istenebilmesidir. Örneğin belirsiz bir alacak için alacaklı tarafından belirsiz alacak davası açıldığında ve 100,00 TL için tahsil, kalan miktarı için ise alacağın tespiti istendiğinde kısmi eda külli tespit davasından söz edilir. Zira alacaklı işveren veya resmi kurum kayıtlarında geçen belirleyebildiği miktarı davaya konu etmek yerine, farazi bir miktar için talepte bulunmuştur. Sözü edilen davanın kısmi davadan farkı ise, alacaklının kısmi dava açtığını belirtmeksizin belirsiz alacak davasından söz ederek taleplerde bulunmasına dayanır. Yukarıda açıklandığı üzere belirsiz bir alacak için alacaklının açıkça kısmi dava açtığını belirterek talepte bulunması veya belirsiz alacaktan söz edilmeksizin kısmi taleplerde bulunulması halinde davanın kısmi dava olarak açıldığı kabul edilir.

Kısmi eda külli tespit davasının açıldığı anda alacağın tamamı için zamanaşımı kesilir. Yargılama sırasındaki işleminden veya hâkimin her kararından sonra yeniden işlemeye başlayacağından yargılama sırasında alacağın zamanaşımına uğradığından söz edilemez. Bu nedenle yargılama sırasında arttırılan taleplere karşı yapılan zamanaşımı defii sonuca etkili değildir. Ancak faiz başlangıcı açısından tahsil amaçlı belirsiz alacak davasından farklı bir durum vardır. Davaya konu edilen miktar bakımından faiz başlangıcı olarak dava tarihi kabul edilmelidir. Alacağın kalan kısmın sadece tespiti istenmiş olmakla, belirlenen bakiye alacak miktarının ileride talep edildiği tarihten itibaren faize karar verilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta, davacı vekili kısmi eda külli tespit istemli belirsiz alacak davası açmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere yargılama sırasında arttırılan taleplere karşı yapılan zamanaşımı definin hukuki sonucu olmadığından davacı vekilinin talep artırımı dilekçesi üzerine davalı vekili tarafından ileri sürülen zamanaşımı definin dikkate alınarak sonuca gidilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 10.11.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • ŞANTIYE ŞEFİ

ÖZET: Çalışma koşullarını düzenleyen amirinin bulunmadığı ve çalışma düzenini belirleyen şantiye şefinin fazla çalışma ücreti istemesi mümkün değildir.

Y. 9 HD., E. 2015/493, K. 2016/6714, T. 21.03.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı şirkete ait şantiyede proje sorumlusu olarak 01.01.2009 tarihinde işe başladığını, 29.02.2012 tarihinde kendisinin taşeron olarak çalıştırılacağı ve tüm tazminat ve işçilik alacaklarının ödeneceği vaat edilerek sigortalı çalışmasına son verildiğini, davacının işten çıkartıldıktan sonra kendisine kıdem tazminatına karşılık 9.000,00 TL ödeme yapıldığını iddia ederek, kıdem tazminatı, fazla mesai ücreti, ulusal bayram-genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti, yıllık izin ücreti, ücret alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının davalı şirketteki maaşının net 3.300,00 TL olduğunu, hak ettiği kıdem tazminatının ödendiğini, davacının davalı şirketten hiçbir hak ve alacağının bulunmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalı işveren tarafından iş akdinin kıdem tazminatı ödenmek sureti ile feshedildiği gerekçesi ile fark kıdem tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti taleplerinin kabulüne, ulusal bayram – genel tatil ücreti ile ücret alacağı taleplerinin reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili yasal süresi içinde temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerekçeleri sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin 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 çalışmaalacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde üst düzey yönetici konumunda çalışan işçi, görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda, ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir başka yönetici ya da şirket ortağı bulunması halinde, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden, yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti talep hakkı doğar. O halde üst düzey yönetici bakımından şirketin yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla çalışma yapması yönünde bir talimatın verilip verilmediğinin de araştırılması gerekir. İşyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla çalışma yapması yönünde açık bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği çalışma saatleri sebebiyle fazla çalışmaücreti talep edemeyeceği kabul edilmelidir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda taktiri indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 11.2.2010 gün 2008/17722 E, 2010/3192 K; Yargıtay, 9.HD. 18.7.2008 gün 2007/25857 E, 2008/20636 K.). Ancak fazla çalışmanın tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirime gidilmemektedir. Yapılacak indirim, işçinin çalışma şekline ve işin düzenlenmesine ve hesaplanan fazla çalışma miktarına göre taktir edilmelidir. Hakkın özünü ortadan kaldıracak oranda bir indirime gidilmemelidir(-Yargıtay 9.HD. 21.03.2012 gün, 2009/48913 E, 2012/9400 K .).

Dairemizin önceki kararlarında; fazla çalışma ücretlerinden yapılan indirim, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davalı tarafın kendisini avukatla temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği kabul edilmekteydi (Yargıtay 9.HD. 11.02.2010 gün 2008/17722 E, 2010/3192 K.). Ancak, işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusunu arttırdığı aşamada, mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı işçi tarafından bilinemeyeceğinden, Dairemizce maktu ve nispi vekâlet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş, bu tür indirimden kaynaklanan ret sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsizliğe yol açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman zaman işçinin alacak miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödetilmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda, yukarıda değinildiği üzere fazla çalışma alacağından yapılan indirim sebebiyle ret vekâlet ücretine hükmedilmekle birlikte, Borçlar Kanununun 161/son, 325/son, 43 ve 44 üncü maddelerine göre, yine 5953 sayılı Yasada öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemektedir. Bu durum uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olduğundan ve konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde de herhangi bir kurala yer verilmediğinden, Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve fazla çalışma alacağından yapılan indirim nedeniyle reddine karar verilen miktar bakımından, kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta, davacının, davalıya ait iş yerinde şantiye şefi olarak görev yaptığı dava dilekçesindeki açıklamalardan ve dosya kapsamındaki bilgi- belgelerden görülmekte olup, şantiye şefinin çalışma düzenini kendisinin belirlemesi, üzerinde çalışma koşullarını düzenleyen amirinin

olmaması, projeyi sevk ve idare eden kişi olması nedeniyle yukarıda yazılı ilke kararı uyarınca fazla mesai ücreti talep edemeyeceği Dairemizin yerleşik uygulaması olup, fazla mesai ücreti talebinin reddi gerekirken mahkemece kabulü hatalıdır.

3- Davacı vekilince ıslah dilekçesinde faiz talep edilmemesine rağmen mahkemece ıslah tarihinden itibaren hüküm altına alınan alacak kalemlerine faiz işletilmesi 6100 sayılı HMK. 26. maddesi kapsamında talep aşımı niteliğinde olup, hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 21.03.2016 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

ŞANTIYE ŞEFİ • FAZLA ÇALIŞMA

ÖZET: Üzerinde çalışma koşullarını düzenleyen amiri olmayan ve çalışma düzenini kendisi belirleyen “Şantiye Şefi” fazla çalışma ücreti talep edemez.

Y. HD 9., E. 2016/1287, K. 2016/20471, T. 23.11.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, 16/02/2011 tarihinde maden mühendisi olarak işe başladığını, 25/07/2012 tarihine kadar aralıksız olarak çalıştığını, son aylarda ücretlerinin ödenmemesi üzerine işten ayrıldığını, aylık maaşının 4.000,00 TL. olduğunu, bu maaşın 1.300,00 TL.sinin bordroda gösterilip banka hesabına yatırıldığını, kalan 2.700,00 TL. ise müvekkiline elden imza karşılığında ya da başka hesaplardan ödendiğini, işe başladığı ilk yıllarda maaşının düzenli olarak ödendiğini, ancak son aylarda aksatıldığını, bankaya yatırılması gereken 1.300,00 TL. 2012 yılı Ocak, Şubat, Mart, Nisan, Mayıs, Haziran, Temmuz ayları ücretlerin tamamının ödenmediğini ileri sürerek kıdem tazminatı, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, ücret alacağını talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı ... vekili, davacının müvekkil kurumun işçisi olmadığını, davacı-

nın asıl işverenin yüklenici firma olan diğer davalı ... olduğunu, müvekkil kurum ile diğer davalı arasında 12/11/2010 tarihli dekapaj yapım işi sözleşmesinin imzalandığını, bu şirket çalışan işçilerinin puantaj listesi, bordroları ve ödeme makbuzlarının şirket tarafından tutulduğunu, davanın husumet yönünden reddine karar verilmesini talep ettiğini, ücret alacağı olan işçilerin her hakediş dönemi için olan ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında idarelere bir sorumluluk düşmediğini, aradan bir yıldan fazla bir zamandan sonra davacının alacak iddiasıyla dava açmasının kötü niyetli olduğunu gösterdiğini, davacının 2012 yılı ocak ayında 9 gün çalıştığını, 2012 Şubat, Mart, Nisan aylarında bir çalışmasının olmadığı, 2012 Mayıs Haziran aylarında firmada çalıştığını, diğer davalı şirketin yönetim kurulu kararıyla 11/03/2011 tarihinde işinin durdurulduğu ve 05/04/2011 tarihinde işe tekrar başlatıldığını, yani 2012 Ocak, Şubat ve Mart aylarında firmanın çalışmadığını, davacının da bu aylara ait ücret alacağını isteyemeyeceğini, yine 2012 yılı Nisan ayında da firmanın çalışmadığını, dolayısıyla davacının da çalışmayıp ücretini isteyemeyeceğini, davacının alacağının bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı vekili, davacının davaya konu ettiği alacakların belirsiz alacak olduğunu ve alacak miktarını tam ve kesin olarak belirlemediğini, davanın kısmi dava olarak açılmasına itiraz ettiklerini ve davanın usulden reddilmesi gerektiğini, işçilerin arazide çalıştığını ve havanın yağışlı olması durumunda çalışmanın olmadığını, yine diğer davalı ... ile imzalanan sözleşmede Ocak Şubat Mart aylarında ESAS NO : 2016/1287

çalışılmayacağını belirtildiğini, davacının ücretinin bir kısmının bankaya yatırıldığını, bir kısmının ise elden ödendiğini beyan etmiş ise de bunun doğru olmadığını, davacının alacağının bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti ve Yargılama Süreci:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının şantiye şefi olması ve şantiye şefinin çalışma düzenini kendisinin belirlenmesi, üzerinde çalışma koşullarını düzenleyen amirinin olmaması nedeniyle fazla mesai ücreti talep edemeyeceği gerekçesiyle fazla mesai ücreti talebinin reddine, diğer işçilik alacaklarının kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı avukatı ve davalılardan ... avukatı tarafından temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğundan her iki davalının da sorumluluğuna karar verildiğinde gerekçede ayrıca ...'nün ihale makamı olarak son üç aylık ücretten sorumlu olduğunun belirtilmesi hatalı ise de, sonuç itibarıyla sorumluluk doğru tespit edildiğinden bozma nedeni yapılmamıştır.

2-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalıların tüm ve davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

3-Mahkemece davalıların hüküm altına alınan alacaklardan müteselsilen sorumlu olmaları, red gerekçesinin tek ve aynı olması nedeniyle karar tarihinde yürürlükte bulunan A.A.Ü.T.nin 3. maddesinin ikinci fıkrasına göre davalılar lehine tek vekalet ücretine karar verilmesi gerekirken, davalılar lehine ayrı ayrı vekalet ücretine hükmedilmesi hatalı olup bozma sebebi ise de; bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün HMK'nın geçici 3/2. maddesi yollaması ile HUMK'un 438/7. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.

F) SONUÇ:

Hüküm fıkrasının 5 ve 6 numaralı bentlerinin çıkartılarak, yerine;

“ 5-Davalılar ve ... vekille temsil edildiğinden 6100 sayılı HMK'nun 323/1.ğ ve 326. maddesi gereğince ve karar tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 2.332,11 TL. vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalılara verilmesine” bendinin yazılmasına, hükmün bu şekilde **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz eden davacı ve davalı ...'ne yükletilmesine, 23.11.2016 gününde oybirliği ile karar verildi.

ASGARI SÜRELİ SÖZLEŞME • BAKİYE SÖZLEŞME ÜCRETİ

ÖZET: Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce haklı bir sebep olmadan işveren tarafından feshedilmesi ya da işçi tarafından haklı nedenle feshedilmesi halinde işçiye bakiye sözleşme süresi ücreti bir tazminat olarak işçiye ödenir.

Ancak, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi sebebiyle işçinin tasarruf ettiği değer ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı miktar tazminattan mahsup edilir.

Belirsiz süreli olup da, asgari sözleşme süresi içeren sözleşmelerde de bu ilke uygulanır.

Y. 9 HD., E. 2015/8446, K. 2017/723, T. 24.1.2017

DAVA :Taraflar arasındaki, bakiye süre ücreti alacağının ödetilmesi davasının yapılan yargılaması sonunda; ilamda yazılı nedenlerle gerçekleşen miktarın faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin hüküm süresi içinde duruşmalı olarak temyizen incelenmesi davalı avukatınca istenilmesi üzerine dosya incelenerek işin duruşmaya tabi olduğu anlaşılmış ve duruşma için 24/01/2017 Salı günü tayin edilerek taraflara çağrı kağıdı gönderilmişti. Duruşma günü davacı adına kimse gelmedi. Karşı taraf adına Avukat ... geldi. Duruşmaya başlanarak hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlendikten sonra duruşmaya son verilerek Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor sunuldu, dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalıya ait ... Sağ. Mes. Lisesi'nde öğretmenlik yapmak üzere aylık net 3.000,00 TL ücret ile 01.09.2013 tarihinden başlayıp 01.07.2015 tarihinde sona erecek şekilde davalı şirket ile aralarında belirli süreli sözleşme imzaladıklarını, davalının 25.12.2013 tarihinde asılsız iddialara dayalı olarak sözleşmesini haksız şekilde feshettiğini, sözleşme gereği bakiye süre ücretlerini ödemesi gerektiğini iddia ederek 57.000,00 TL bakiye süre ücretinin tahsilini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının yasal zorunluluk nedeniyle müvekkiline ait Sağlık Meslek Lisesi'nde meslek dersi öğretmeni olarak istihdam edilmek üzere 01.09.2013 başlangıç tarihli iş sözleşmesinin imzalandığını, yapılacak sözleşmenin 1 yıl süreli yapılmasının mümkün iken meslek dersleri öğretmenlerinin henüz yeterli sayıda olmaması, okulda eğitimin devamı ve meslek dersi öğretmenin zorunlu olması nedenleri ile davacı ile daha uzun süreli sözleşme yapıldığını, davacının başından beri bu durumu istismar ettiğini, başta aylık 2.000,00 TL ücret belirlenmesine rağmen davacının 3.000,00 TL.'ye iş bulduğunu belirterek ücretin değiştirilmesini aksi halde işten ayrılacağını belirttiğini, belirttikleri zorunluluklar nedeniyle müvekkilinin bunu da kabul ettiğini, davacının işe başladığı andan itibaren girdiği derslerle ilgili öğrencilerden çok ciddi şikayetler gelmeye başladığını, sürekli sorunlar yaşandığını, davacının sınıfta hakimiyeti sağlayamadığını, öğrencilere karşı olumsuz davranışları, hakarete varan söz ve tutumları nedeni ile müvekkilinin çok ciddi baskılara maruz kaldığını, yoğun tepkiler nedeniyle davacıdan anatomi ve fizyoloji derslerinin alındığını, girmesi gereken ders saatinin 44 olması gerekirken 12'ye düşürüldüğünü, tüm sözlü ve yazılı uyarılara rağmen davacıda herhangi bir düzelmeye görülmediğini, davacıya tebliğ edilen yeni görevleri yerine getirmediğini, tüm bu nedenlerle davacının sözleşmesinin müvekkili tarafından 25.12.2013 tarihli ihtarname ile zorunlu olarak haklı sebeple feshedildiğini, feshin haksız olduğunun kabulü halinde dahi bakiye süre ücretinin tamamının talep edilemeyeceğini, davacının işi gereği kısa sürede iş bulabileceğini, haksız fesih olması halinde davacının, ancak 2013-2014 eğitim-öğretim yılının 2. döneminde başlamasına kadar kazanç kaybından bahsedileceğini, davacının yapmaktan kurtulduğu masraflarının da mahsup edilmesi gerektiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkeme, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanarak davanın 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-Taraflar arasındaki hizmet akdinin niteliği ve buna göre davacı işçinin bakiye süreye ait ücrete hak kazanıp kazanmayacağı hususunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki eğitim ve öğretimin süreklilik arzemesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11. Maddesinde belirli süreli iş sözleşmesinin gerek ilk kurulmasında ve gerekse yenilenmesinde esaslı unsur aranması karşısında 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'na göre çalışan yöneticiler ile öğretmenlerin, kısaca eğitim personelinin sözleşmelerinin belirli veya asgari süreli olup olmadıklarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bir eğitim personeli bu kapsamda eğitim faaliyeti devam ettiği sürece çalıştırılmakta ve emekli olsa da iş sözleşmesi devam etmektedir. Bu çalışma 10 yılı aşan bir süreyi de kapsamaktadır.

Gerçekten eğitim personeli ile ilgili yazılı sözleşme yapılması hükmü değerlendirildiğinde bu sözleşmenin belirli süreli olmaktan çok asgari süreli iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira kanunun 9. maddesine göre "Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile özel öğretim kurumunu temsil eden kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli (Eğitim ve Öğretim yılı) olmak üzere yönetmelikteki esaslara göre yazılı olarak yapılmalıdır". Buradaki en az bir takvim yılı ibaresinden açıkça bir asgari süre öngörüldüğü açıktır. Eğitim ve öğretim devam eden bir faaliyet olduğuna göre asgari süre iki yılda, üç yılda olabilir. O halde eğitim personeli ile yapılan sözleşmenin yasadan kaynaklanan asgari süreli iş sözleşmesi olduğunun kabulü gerekir.

5580 sayılı Özel Öğretim Kanunu'ndan önce yürürlükte olan 625 sayılı kanunun 32/son maddesindeki hüküm olan "Süresi öğretim yılı içinde sona, eren sözleşmeler öğretim yılı sonuna kadar kendiliğinden yenilenmiş sayılır" hükmü 5580 sayılı kanununda yer almamıştır. Bu hüküm 5580 sayılı yasa döneminde eğitim elemanı ile yapılacak iş sözleşmesinin asgari süreli olduğunu ve ilk asgari süreli sözleşme düzenlenmesinden sonra, yeniden yapılmasının belirli süreli sayılmasını gerektirmediği gibi tekrar asgari sürenin kabul edilmediğini göstermektedir.

Asgari süreli sözleşmeler, tarafların bildirimli fesih haklarını asgari bir süre için ortadan kaldırdıkları belirsiz süreli sözleşmelerdir. Tarafların öngördükleri asgari sürenin bitimi ile sözleşme kendiliğinden sona ermemekte, sözleşme belirsiz süreli olarak devam etmektedir. Bu özelliği nedeniyle asgari süreli sözleşmeler belirli süreli olarak kabul edilmektedir. Belirsiz süreli olarak kabul edilmelerinin nedeni tarafların sözleşmenin sona erme zamanını belirlememiş olmalarıdır. Belirsiz süreli

kabul edildikleri için asgari süreli sözleşmenin işveren tarafından sona erdirilmesi halinde işçi şartları varsa iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilecektir(..., H; İş Hukuku, 3.Bası, ..., 2008, s.318).

5580 sayılı yasa kapsamındaki eğitim personeli için en az bir takvim yılı içi yazılı sözleşme imzalanmaktadır. Eğitim yılı devam ettiğinde eğitim personeli ile yasadan kaynaklanan yeni bir asgari süreli sözleşme imzalanmaktadır. Eğitim ve öğretim devam ederken, takvim yılı içinde ayrılan öğretmen yerine kalan süre için belirli süreli iş sözleşme yapılması olanağı vardır. Bu bir objektif neden kabul edilebilir. Ancak eğitim ve öğretim başına asgari süreli sözleşme yapıldıktan sonra eğitim ve öğretim devam ettiği için belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için esaslı ve yenilenmesi içinde objektif neden olmadığı sürece eğitim personeli ile yapılan ilk sözleşmenin asgari süreli olarak kabulü gerekir.

Diğer taraftan asgari süreli hizmet sözleşmelerinde tarafların gerçek iradesi sözleşmenin sona erme anını belirlemek olmayıp, belirli bir süre olağan fesih hakkını ortadan kaldırmak olduğundan bu tür sürelendirmeler gerçek olmayan sürelendirme olarak da nitelendirilmektedir. Asgari sürenin tarafların olağan fesih hakkını ortadan kaldırma niteliği, bu süre zarfında hukuki ilişkiye belirli süreli hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirir. Bunu dışında asgari süreli hizmet sözleşmeleri hukuki yapısı gereği, varlığı asgari bir süre ile emniyet altına alınmış belirsiz süreli sözleşmelerdir. (OĞUZMAN, Fesih, 13; M. EKONOMİ, “Zincirleme hizmet Akitlerinin Belirsiz Süreli Hizmet Akdine Dönüşmeyeceği Haller ve Sonuçları”, İHU, İşK. 9 (No:4); ..., İş Hukuku, 172; D.ULUCAN, “Belirli Süreli Hizmet Akdinin Sona Ermesi”, M. REHBINDER / M. EKONOMİ, Türk İsviçre Hukukunda Belirli Süreli Hizmet Akitlerinin Hukuki Sorunları, İstanbul 1979,104.).

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin karakteristik özelliği sözleşmesinin feshe gerek olmaksızın, kendiliğinden sona ermesidir. Bu bağlamda, asgari süreli sözleşmelerde sürelendirme sadece görünüşte olup, sürenin sonunda tarafların fesih beyanında bulunmamaları durumunda, sözleşme belirsiz süreli olarak devam eder(OĞUZMAN, Fesih, 14).

Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce işveren tarafından halinde ise 6098 sayılı TBK.’un 438/2 maddesi uyarınca “işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilmesi gerekir”. Bu madde asgari süreli iş sözleşmesinin feshi halinde hüküm altına alınacak bakiye süre ücretinin hesaplanmasında da dikkate alınmalıdır. Bu nedenle asgari sürenin bitimine kadar işçinin sözleşme-

nin feshinden sonraki dönem içinde başka bir işten gelir elde edip etmediği ya da iş arayıp aramadığı araştırılarak indirim yapılmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, taraflar arasındaki sözleşme niteliği itibariyle ilk kez yapılp 01.09.2013-01.07.2015 arası için imzalanmış, ancak 25.12.2013 tarihinde bu süre dolmadan feshedilmiştir.

Mahkemece davacının iş akdinin belirli süreli olmamakla birlikte asgari süreli olup, işverenin feshin haklılığı ispatlayamaması karşısında bakiye süre ücret alacağına hükmedilmesi ve asgari süreli olması nedeni ile sürenin dolmasına kadar bakiye süre ücreti hak kazanacağına karar verilmesi yerinde ise de; davacının 6098 sayılı Türk Borçlar Kanun'un 438 inci maddesine göre tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilmesi yönünde araştırma yapılmaması hatalıdır.

3-Mahkemece hükmedilen miktarın brüt mü yoksa net mi olduğunun ve faiz başlangıç tarihinin kararda açıkça yazılmamasının 6100 sayılı HMK'nın 297 nci maddesine aykırı olup, infazda tereddüde yol açacağı düşünülmemesi de isabetsizdir.

F)SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden **BOZULMASINA**, davalı yararına takdir edilen 1.450.00 TL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesi ile peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 24/01/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • BORDROLAR • BANKA ÖDEMELERİ
•
GECE ÇALIŞMALARI

ÖZET: İçerdikleri ücretlerin işçiye banka kanalıyla ödendiği tespit edilen bordrolar imzalı bordro hükmünde olup, bu bordrolarda tahakkuk ettirilen fazla çalışmalardan daha fazla çalışma yapıldığı yazılı delil ile ispatlanmalıdır.

İşyerinde iki gün gece, iki gün gündüz, iki gün dinlenme şeklinde çalışan işçinin haftalık 45 saati aşan çalışması bulunmasa da gece çalışmalarındaki 7,5 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılmalıdır.

Y. 9 HD., E. 2015/9628, K. 2017/1010, T. 31.1.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin, 16/01/2008 tarihinden itibaren asıl işveren ... Gayrimenkul Yatırım A.Ş. ve alt işveren ... Savunma ve Güvenlik Sistemleri San. A.Ş.'de vardiya amiri olarak çalışmaya başladığını, aylık net ücretinin 1.400,00 TL olduğunu, 310,00 TL yemek ve yol yardımı aldığını, ... AVM Yönetimi'nce elden ödenen 100,00 TL olmak üzere ücretinin toplam 1.810,00 TL olduğunu, sigorta primlerinin eksik bildirildiğini, çalışma saatlerinin iki gece, iki gündüz ve iki off olarak 12 saat üzerinden 5 gün çalışıldığını, diğer güvenlik görevlilerinin durumuna göre bazen 6 bazen 7 gün çalıştığını, davacının yıllık izinde ve raporlu olduğu dönemlerde ücretlerinin kesildiğini, 2014 Şubat ayında davacı ve arkadaşlarına ... ile sözleşmenin sona ereceğini bu nedenle istifa etmelerinin gerektiğini aksi halde uzak yerlerde görevlendirileceklerini, maaşlarının düşeceğini, yol ve yemek yardımlarının kesileceğinin bildirildiğini bu nedenle müvekkilinin iş akdini 27/02/2014 tarihinde haklı nedenle feshettiğini ileri sürerek; kıdem tazminatı, ücret, genel tatil yıllık izin ve fazla çalışma ücretlerinin davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalılar Vekilleri Cevaplarında Özetle:

Davalı ...'nin vekili cevap dilekçesinde özetle; davacının alacaklarının zamanaşımı def-i nedeniyle reddinin gerektiğini, müvekkili şirketin asıl işverenlik vasfının 28/02/2014 tarihinde sona erdiğini, müvekkili şirketin

davada taraf olmadığını, davacı ile müvekkili şirket arasında iş sözleşmesinin var olmadığını, davacının yeni projede görevlendirildiğini ancak davacının kabul etmediğini, hakkında yerine gitmediğinden bahisle tutanak tutulduğunu, davacıya tüm alacaklarının ödendiğini savunmuştur.

Davalı ... vekili cevap dilekçesinde özetle; davacının alacaklarına yönelik zamanaşımı definde bulduklarını, davacının davalı işyerinde ... AVM ... projesinde 16/01/2008-28/02/2014 tarihleri arasında güvenlik görevlisi, vardiya amiri olarak çalıştığını, davacıya hak ettiği tüm işçilik alacaklarının ödendiğini, ... AVM ... projesinin sonlanması nedeniyle davacıya özlük hakları saklı kalmak şartı ile yeni projede görevlendirildiğini ve davacının kabul ettiğini, davacının 09, 10. 11/03/2014 tarihlerinde mazeretsiz olarak işe gelmediğini, bu nedenle davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağını, işyerinde fazla mesai yaptırılmadığını, tüm alacaklarının ödendiğini savunarak; davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresinde davalılar vekillerince temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmasına göre davalıların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

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 alacağına daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünen den daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta tanık anlatımları dikkate alınarak, davacının fazla çalışma yaptığı ve ücretinin de ödenmediğinin kabulü ile alacak hüküm altına alınmıştır.

Dosya içerisinde davacı işçiye ait ücret hesap pusulaları bulunmakta olup, bu hesap pusulaları incelendiğinde fazla mesai ücreti tahakkukları yapıldığı saptanmıştır. Hesap pusulalarında davacının imzasının bulunmadığı dikkate alındığında, davacı işçinin maaşını aldığı bankaya müzekkere yazılarak banka hesap hareketlerinin celbi ile hesap pusulalarındaki miktarların davacıya ödenip ödenmediği araştırılmalıdır. Ödeme yapıldığının tespiti halinde, ödeme yapılan bu dönemlerde davacının daha fazla sürelerde çalışma yapıldığını yazılı delil ile ispatlayamadığı da gözetilerek, bu dönemlerin dışlanması gerekmektedir.

Davalı ... Şirketi tarafından dosyaya sunulan hesap pusulaları incelendiğinde; 2011, 2012 ve 2013 yıllarına ait Şubat, Nisan, Haziran, Eylül, Ekim ve Aralık ayları ile 2010 yılı Aralık aylarına ait hesap pusulalarının bulunmadığı, 2009 yılı Nisan ayı ile 2010 yılı Temmuz aylarına ait hesap pusulalarında da fazla mesai ücreti tahakkukunun olmadığı saptanmıştır.

Davacı 2 gün gündüz, 2 gün gece ve 2 gün dinlenme şeklinde çalışmakta olup, haftalık 45 saati aşan bir çalışması bulunmasa da gece çalışması yaptığı günlerde 7,5 saati geçen sürelerde fazla mesai ücretine hak kazandığı dikkate alınarak; hesap pusulası sunulmayan dönemler ile sunulupta fazla mesai ücreti tahakkuku olamayan dönemlerde buna göre hesaplama yapılarak alacak hüküm altına alınmalıdır.

Eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi hatalıdır.

3- Ayrıca hükme esas alınan bilirkişi raporunda, genel tatil ve fazla

çalışma ücreti alacakları hesaplanırken; çıplak brüt ücret yerine, giydirmiş brüt ücret üzerinden hesaplamaların yapılması da hatalı olup, ayrı bir bozma nedenidir.

F)SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, davalı ...'nin yararına takdir edilen 1.450,00 TL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 31.01.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMALAR • PRİMLE ÇALIŞAN İŞÇİ

ÖZET: Pazarlamacılık işinde sabit ücret yanında belli miktarlarda prim alarak çalışan işçinin fazla çalışma ücreti; fazla çalışılan saat sayısı dikkate alınmayarak, sadece yasada belirlenen %50 artış oranına göre hesaplanır.

Y. 9 HD., E. 2015/10833, K. 2017/1221, T. 7.2.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı işyerinde satış destek elemanı olarak çalıştığını, iş sözleşmesini fazla mesai yapmasına rağmen karşılığının ödenmemesi nedeniyle haklı nedenle feshettiğini iddia ederek, kıdem tazminatı, fazla çalışma ve yıllık ücretli izin alacaklarını istemiştir.

B) Davalılar Cevabının Özeti:

Davalı, ... Ltd Şirketi vekili, diğer davalı ile asıl-alt işveren ilişkisinin bulunmadığını, davacının işçisi olmadığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Diğer davalı ... Satış ve Pazarlama A.Ş. vekili, davacının iş sözleşmesini haksız feshettiğini, hiçbir alacağının bulunmadığını savunarak, davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkeme, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanarak davanın kısmen kabulüne karar vermiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalılardan... Dağıtım Ltd. Şirket vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı... Dağıtım Ltd. Şirket vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının fazla çalışma alacağıının hesabı noktasında toplanmaktadır.

Prim, çalışanı özendirici ve ödüllendirici bir ücret ödemesi olup işverence işçiye garanti edilmiş bir temel ücretin üzerine belirli bir usule bağlı olarak ödenen ek bir ücrettir. İşverenin istek ve değerlendirmesine bağlı olabileceği gibi, sözleşme gereği olarak da verilebilir. Genel olarak pazarlamacılık sureti ile satışlarda çalışanların ücret yanında satış bedelinden belirli oranda prim(komisyon) aldıkları bilinen bir olgudur.

4857 sayılı İş Kanununun 41inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, fazla çalışma saat ücreti, normal çalışma saat ücretinin yüzde elli fazlasıdır. İşçiye fazla çalışma yaptığı saatler için normal çalışma ücreti ödenmişse, sadece kalan yüzde elli kısmı ödenir.

Fazla mesai ise 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. Bu nedenle de ödenen prim alacağının fazla mesai ücretinden mahsubuna gidilemez.

Ancak ister gezerek, isterse işyerinde çalışsın satış temsilcisi mesaisi artıkça prim alacağı artacağından, bir anlamda yüzde usulü ile çalışması sözkonusu olduğundan fazla çalışma ücretinin yüzde usulünde olduğu gibi sadece zamlı kısmının (% 50) hesaplanması gerekir.

Somut uyuşmazlıkta, davacının değişen oranlarda prim alarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, fazla çalışma alacağının sadece %50 zamlı kısmının hesaplanıp hüküm altına alınması gerekir. Mahkemece bu husus dikkate alınmadan fazla mesai ücretinin % 150 hesaplanması hatalıdır.

3- Davacının fazla çalışma ücret alacağının hesabında Sosyal Güvenlik Kurumu ve işsizlik sigortası primlerinin düşülüp, düşülmeyeceği hususunun açıklığa kavuşturulması gereklidir.

Dosya içeriğine göre davacının fazla çalışma alacağı nete çevrilirken bilirkişi tarafından SGK ve işsizlik primlerinin düşülmediği, Mahkemece bu rapora itibar edilerek hüküm kurulduğu, mahkeme kararında da bu kesintilerle ilgili bir açıklamaya yer verilmediği anlaşılmaktadır. Karar bu yönüyle infazda tereddüde ve davalı işverenin mükerrer sorumluluğuna yol açabilecek nitelikte olup hatalıdır.

4-Hükmedilen miktarların brüt mü yoksa net mi olduğunun, ayrıca faiz başlangıç tarihlerinin kararda açıkça gösterilmemesinin 6100 sayılı HMK'nın 297/2. maddesine aykırı olacağı hususlarının gözetilmemesi de isabetsizdir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, davalılardan ...Limited Şirketi'nin yararına takdir edilen 1.450.00 TL duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 07/02/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

**FAZLA ÇALIŞMA • GÜNLÜK ARA VERME SÜRELERİ
•
NET ALACAĞIN TESPİTİ**

ÖZET: İşçinin günlük çalışma süresi içerisinde hiç ara vermeden kesintisiz çalışacağı kabul edilemez.

Yasanın ve Yargıtay'ın kabul ettiği sisteme göre ara verme süreleri: Dört saate kadar on dakika, dört saat ile yedibuçuk saat arası yarım saat, yedi buçuk saat ile onbir saat arası bir saat, onbir saat üzeri için birbuçuk saattir.

Ondört saatlik günlük çalışma süresinden iki saat dinlenme arası düşülmelidir.

Net alacağın tespitinde brüt miktardan vergi ile birlikte SGK primleri de düşülmelidir.

Y. 9 HD., E. 2017/14562, K. 2017/3274, T. 6.3.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin davalılara ait işyerinde 14/05/2005 tarihinden işten haklı nedenle ayrıldığı 15/09/2009 tarihine kadar aralıksız çalıştığını, ücretin net 600.00 TL olduğunu, 2 öğün yemek verildiğini, çalışmanın haftanın 6 günü 08.00 – 22.00 / 23:00 saatleri arasında olduğunu, dini ve resmi bayramlarda çalışıldığını ileri sürerek, kıdem tazminatı, yıllık izin, genel tatil ücreti, fazla çalışma ücreti ve ücret alacağının davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı Ö. Mobilya Dekorasyon ... davacının 17/01/2009 – 31/07/2009 tarihleri arasında asgari ücretle çalıştığını, çalışma süresine göre yıllık izin ve kıdem tazminatı hakkı bulunmadığını, diğer davalılarla aralarında devir sözleşmesi olmadığı gibi hiçbir bağ bulunmadığını, ücret alacağının da bulunmadığını, dini ve resmi bayramlarda izin kullanıldığını, işyerinde fazla çalışma yapılmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Diğer davalılar usulüne uygun davetiye tebliğine rağmen duruşmaya gelmemiş ve cevap vermemişlerdir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece davanın kısmen kabulü ile kıdem tazminatı ile genel tatil ve fazla çalışma alacaklarının davalılardan tahsiline, yıllık izin ücreti isteminin ise davalı Ö. Mobilya Dekorasyon ...dışındaki davalılardan tahsiline hükmedilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı Ö. Mobilya Dekorasyon ...temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı Özak Mobilya Dekorasyon İnş. San.Tic. Ltd. Şti.nin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-İşçiye verilen ara dinlenme süresi konusunda taraflar arasında uyumsuzluk bulunmaktadır.

İşçinin günlük iş süresi içinde kesintisiz olarak hiç ara vermeden çalışması beklenemez. Gün içinde işçinin yemek, çay, sigara gibi ihtiyaçlar sebebiyle ya da dinlenmek için belli bir zamana ihtiyacı vardır.

Ara dinlenme 4857 sayılı İş Kanununun 68 inci maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükümde ara dinlenme süresi, günlük çalışma süresine göre kademeli bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre dört saat veya daha kısa süreli günlük çalışmalarda ara dinlenmesi en az onbeş dakika, dört saatten fazla ve yedibuçuk saatten az çalışmalar için en az yarım saat ve günlük yedibuçuk saati aşan çalışmalar bakımından ise en az bir saat ara dinlenmesi verilmelidir. Uygulamada yedibuçuk saatlik çalışma süresinin çok fazla aşıldığı günlük çalışma sürelerine de rastlanılmaktadır. İş Kanununun 63 üncü maddesi hükmüne göre, günlük çalışma süresi onbir saati aşamayacağından, 68 inci maddenin belirlediği yedibuçuk saati aşan çalışmalar yönünden en az bir saatlik ara dinlenmesi süresinin, günlük en çok onbir saate kadar olan çalışmalarla ilgili olduğu kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla günde onbir saate kadar olan (onbir saat dahil) çalışmalar için ara dinlenmesi en az bir saat, onbir saatten fazla çalışmalarda ise en az birbuçuk saat olarak verilmelidir.

İşçi, ara dinlenme saatinde tamamen serbesttir. Bu süreyi işyeri içinde ya da dışında geçirebilir. İşyerinde geçirmesi ve bu süre içinde çalışmaya devam etmesi durumunda ara dinlenmesi verilmemiş sayılır. Ancak işçi işyerinde kalsa bile, ara dinlenmesi süresini serbestçe kullanabilir, bu süre içinde çalışmaya zorlanamaz.

Ara dinlenmesi için ücret ödenmesi gerekmez. Ancak, bu süre işçiye dinlenme zamanı olarak tanınmamışsa, işçinin normal ücretinin ödenmesi gerekir. Bu sürenin haftalık 45 saati aşan kısmını oluşturması halinde ise, zamlı ücret ödenmelidir.

Ara dinlenme süreleri kural olarak aralıksız olarak kullanılır. Ara dinlenmesinin kullanılması zorunlu ise de, bunun kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkıyla ilgilidir. İşçilerin tamamı aynı anda ara dinlenme zamanını kullanılabileceği gibi, belli bir plan dahilinde sırayla kullanmaları da mümkündür. Ancak ara dinlenme süresinin, işe, ara dinlenme süresi kadar geç başlama veya aynı süreyle erken bırakma şeklinde kullanılması doğru olmaz. Ara dinlenme süresinin günlük çalışma içinde belli bir zamanda amaca uygun şekilde kullanılması gerekir (Yargıtay 9.HD. 17.11.2008 gün 2007/35281 E, 2008/30985 K.).

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, ara dinlenmelerinin iklim, mevsim, yöredeki gelenekler ve işin niteliğine göre yirmidört saat içinde kesintisiz oniki saat dinlenme süresi dikkate alınarak verileceği hükme bağlanmıştır. Değini- len maddenin birinci fıkrasında ise, ara dinlenme süresinin çalışma süresinden sayılmayacağı açıklanmıştır.

Somut uyuşmazlıkta, tanık beyanlarına itibarla günlük 14 saat olarak belirlenen çalışma süresinden 2 saat ara dinlenme süresi yerine 1,5 saat düşülerek yapılan fazla çalışma hesabı hatalıdır.

3-Gerek 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun mülga 77. maddesi, gerekse 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 80. maddesi uygulaması açısından fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri prime esas kazançlar içerisinde değerlendirilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, brüt ücret üzerinden hesaplanan fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarından, damga ve gelir vergisi kesintilerinin yapılmasıyla yetinilerek, alacakların net miktarı tespit edilmiştir. Mahkemece, bilirkişi raporunda belirtilen net tutarlar hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere, anılan ücretler prime esas kazançlar içerisinde olup, %14 SSK, %1 işsizlik sigortası prim kesintileri düşülmeksizin alacağın net tutarının belirlenmesi hatalıdır.

4-Ayrıca mahkemece yargılama giderleri hakkında HMK'nın 332. maddesinde belirtildiği şekilde döküm yapılmadan karar verilmesi, davalı Ö. Mobilya Dekorasyon... hakkında kısmen red kararı verilmesine rağmen

yargılama giderlerinin kabul ve red miktarına göre oranlanmaması ve hüküm altına alınan miktarların net mi yoksa brüt mü olduğunun hükümde belirtilmemesinin infazda tereddüde yol açacağı düşünülmemesi de isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgisine iadesine, 06/03/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • HAFTA TATİLİ • HESAP YÖNTEMİ

ÖZET: Fazla çalışma ve hafta tatili çalışması her türlü delil ile ispatlanabilir.

Tanık delilinde, tanıkların aynı dönemde davacı işçi ile aynı işyerinde çalışmış olmaları gerekir.

Hafta tatili ücretiyle fazla çalışma ücreti iç içe giderek mükerrerlik oluşturacak şekilde hesaplanmamalıdır.

Y. 9 HD., E. 2015/8536, K. 2017/4114, T. 16.3.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının 01.04.2006-09.05.2013 tarihleri arasında aylık en son net 2.500,00 TL ücret ile kepçe operatörü olarak haftanın 7 günü sabah 07:30 akşam 21:00-22:00 saatleri arasında milli bayramlar da dahil olmak üzere çalıştığı, iş akdinin iş bitimi sebebiyle sona erdirildiğini, 2008, 2009 ve 2010 yıllarına ait ücretli izinlerinin kullandırılmadığını, hak ettiği tazminatların ve alacakların tam olarak ödenmediğini ileri sürerek, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, genel tatil ücreti, asgari geçim indirimi alacağını talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının tüm alacak ve tazminatları ödenerek iş akdinin sonlandırıldığını, aldığı gerçek ücretin sigortaya bildirildiğini, 09.05.2013 tarihli ibranameden de anlaşılacağı üzere başkaca alacağı bulunmadığını, iş yerinde haftalık 45 saati aşan çalışma yapılmadığını, fazla mesai yapıldığında ve genel tatil günlerinde çalışıldığında karşılığının ödendiğini,

yıllık ücretli izinlerinin kullandırıldığını, dava konusu alacakların zamanlaşımına uğradığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti ve Yargılama Süreci:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacının fazla mesai ile hafta tatili ücretine hakedip, etmediği taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

Fazla çalışma yaptığını, hafta tatilinde çalıştığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma ve hafta tatili alacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışma ve hafta tatili çalışmasının ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmaların 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.

Öte yandan çalışma saatlerini ve günlerini belirleme işverenin yönetim yetkisi kapsamında olup bu bağlamda işyerinde fazla çalışma yapılıp yapılmayacağı, hafta tatilinde çalışılıp çalışmayacağı, şayet yapılacaksa hangi günlerde ve hangi saatler arasında yapılacağı işveren tarafından belirlenecektir. Bu belirlemenin de işçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğu, işyeri politikası v.b gibi sebeplerden dolayı zaman içerisinde değişiklik gösterebileceği kuşkusuzdur.

Dolayısıyla fazla çalışmaya ve hafta tatili çalışmasına ilişkin ispat külfeti altında olan davacının talep ettiği döneme ilişkin fazla mesai ve hafta tatili çalışma ücretini, tanık deliline dayanarak ispat etmek istemesi ha-

linde ancak bu dönemde aynı işyerinde çalışan tanık anlatımları ile ispat külfetini gerçekleştirebileceğinin kabulü gerekir.

Somut uyuşmazlıkta davacı fazla mesai ücreti talebinin yanında hafta tatili alacağı da talep etmiştir.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının haftanın 7 günü günde ara dinlenme hariç 9 saat çalıştığı ve haftalık 18 saat fazla mesai yaptığı kabul edilmiştir. Bu hesaplama biçiminde hafta tatili de fazla mesai ücreti içinde hesaplandığından ve ayrıca hafta tatili ücreti alacağı da hesaplanarak hüküm altına alındığından mükerrer alacağına karar verilmiştir.

Diğer taraftan tanık anlatımları ve emsal geçen dosyalardan, işyerinde bazı haftalar 6 gün bazı haftalar ise 7 gün çalışma yapıldığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenle 6 gün çalışılan haftalar için 6 gün, 7 gün çalışan haftalar için ise 7 gün üzerinden ve 7.gün için 7,5 saatlik hafta tatili çalışması mahsup edildikten sonra davacının haftalık fazla çalışma süresi hesaplanmalıdır. Hatalı değerlendirme ve mükerrer ödemeye yol açacak şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 16/03/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İBRANAME • BANKADAN ÖDEME YAPILMASI KOŞULU

ÖZET: İbranamede ödendiği belirtilen miktarların işçiye banka kanalıyla ödenmiş olması mutlak yasa koşuludur.

İşçiye banka kanalıyla ödeme yapılmamış ise, ibranamenin geçerli olduğundan söz edilemez.*

Y. 9 HD., E. 2015/17421, K. 2017/6818, T. 18.4.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin iş akdinin haklı bir neden olmaksızın ve ihbar öneli de kullandırılmaksızın feshedildiğini, ayrıca işçilik alacakla-

* Gönderen: Av. Semra KABAKÇI

rının da ödenmediğini, davalı işverence söz konusu alacaklar için yürütülen icra takibine kötünietli olarak itiraz edildiği ileri sürülerek; itirazın iptali ile takibin devamına ve davalı aleyhine % 20 icra inkar tazminatına hükmedilmesi talep ve dava olunmuştur.

B) Davalı Vekilinin Cevabının Özeti:

Davalı vekili; zamanaşımı itirazında bulunarak işyerinde küçülmeye gitmek zorunda kaldıklarını, bu nedenle bazı işçilerin işten çıkartıldığını, ancak işten çıkartılan işçilere tüm hakların ödendiğini, bu kapsamda davacının da alacaklarının ödendiğini, davacının çalışma saatlerini kendisini belirlediğini, fazla mesai ücretlerini ödendiğini, yine davacının tüm yıllık izinlerini kullandığını, davalı işyerinde hafta tatilinde bayram tatillerinde ve genel tatil günlerinde çalışma yapılmadığını, davacıya ücretlerinin de ödendiğini savunarak; davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti: Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz: Karar süresinde davacı vekilince temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2- Taraflar arasında düzenlenen ibranamenin geçerliliği konusunda uyumsuzluk bulunmaktadır.

Türk Hukukunda ibra sözleşmesi 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, kabul edilen Yasanın 132 inci maddesinde "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 kaldırılabılır" şeklinde kurala yer verilmiştir.

İş ilişkisinde borcun ibra yoluyla sona ermesi ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. 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 noksan 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.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420 inci maddesinde, iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde yapılan ibra sözleşmelerine geçerlilik tanınmayacağı bildirilmiştir. Aynı maddede, alacağın bir kısmının ödenmesi şartına bağlı ibra sözleşmelerinin (ivazlı ibra), ancak ödemenin banka kanalıyla yapılmış olması halinde geçerli olacağı öngörülmüştür.

Somut uyuşmazlıkta; davacı işçi tarafından 6098 sayılı Borçlar Kanunu döneminde imzalanan ibranamede sadece kıdem ve ihbar tazminatı alacakları yönünden miktar belirtildiği, davacının bu miktarları tahsil ettiği ve başkaca bir alacağının bulunmadığının ifade edildiği görülmektedir.

İbranamenin 08.02.2013 tarihinde davacı işçi tarafından imzalandığı, aynı tarihli makbuz başlıklı diğer bir imzalı belgede de ibranamedeki tutarlara aynen yer verilerek, davacının bu bedeli tahsil ettiği ifade edilmiştir.

İbraname ile aynı tarihte davacı işçi tarafından imzalanan ve ibranamedeki miktarların birebir aynen yer aldığı makbuz başlıklı belgenin ibranamenin eki mahiyetinde olduğu ortadadır.

Her ne kadar mahkemece; ibranameye değer verilerek söz konusu tutarların mahsubu ile sonuca gidilmiş ise de, yukarıda ayrıntılı bir biçimde ifade edildiği üzere, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 420. maddesine aykırı olarak söz konusu ödemelerin banka aracılığı ile yapılmadığı ve bu durumun ibranamayı hükümsüz kıldığı gözetilmeksizin karar verilmiştir.

İbraname ve ibranamenin eki mahiyetindeki makbuz başlıklı belgedeki tutarlar mahsup edilmeksizin alacağın hüküm altına alınması için kararın bozulması gerekmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, davacı yararına takdir edilen 1.480.00 TL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18/04/2017 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

PRİM UYGULAMASI • İŞ YARTI • FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ

ÖZET: Prim uygulaması bireysel ya da toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılabilir. İş sözleşmesi olmasa da işverence düzenli şekilde yapılan prim ödemesi “iş şartı” niteliğindedir.

Mevcut prim ödemesi işçinin yazılı onayı olmadıkça kaldırılamaz ve işçi aleyhine değiştirilemez.

Primle çalışan işçinin fazla çalışma ücreti saat ücreti dikkate alınmadan sadece %50 zamlı kısma göre hesaplanır.

Y. 9 HD., E. 2015/9286, K. 2017/7837, T. 4.5.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı işyerinde 26.07.2011-18.02.2013 tarihleri arasında satış temsilcisi olarak çalıştığını, davacının iş akdinin hiçbir gerekçe gösterilmeksizin sona erdirildiğini, davacının haftada 6 gün 3 er saatten az olmamak üzere fazla mesai yaptığını, davacının Şubat 2013 ayından 13 günlük ücretinin, yapılan satışlar üzerinden %0,5 ve tahsilatlar üzerinden %1 hak kazandığı primlerin, toplam 20 günlük yıllık izin ücretinin ve çalışmış olduğu en az 15 günlük resmi tatil ücretinin ödenmediğini ileri sürerek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, Şubat 2013 ayı ücreti, fazla mesai ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, prim alacağı, yıllık izin ücreti alacağını talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 25.07.2011 tarihinde işe alındığını, davacının iş akdinin 19-20-21 Şubat 2013 günlerinde mazeretsiz işe gelmemesi nedeni ile 4857 sayılı yasanın 25/II-g bendine göre feshedildiğini, feshin Kartal 16. Noterliğinin 21.02.2013 tarih 4553 sayılı ihtarnamesi ile davacıya bildirildiğini, davacıya yapılan tüm ödemelerin bankadan yapıldığını, davacının sahada çalıştığından çoğu zaman kanun gereği çalışması gereken süre kadar dahi çalışmadığını, davacının 2012 ve 2013 de izin kullandığını, davalı işyerinin dini bayramlarda çalışmadığını, milli bayramlardan ise sadece 23 nisan da çalışıldığını ve buna ait çalışmanın ayrıca ödendiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti ve Yargılama Süreci:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kısmen kabulü ile davacının kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti alacağı, prim alacağı ve yıllık izin ücreti alacağı talebinin reddine, Şubat ayı ücret alacağı ve genel tatil ücreti alacağının % 30 indirim ile kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-İş sözleşmesinin, işçinin devamsızlıkta bulunması nedeniyle işverence haklı olarak feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanununun 25 inci maddesinin (II) numaralı bendinin (g) alt bendinde, “işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi” halinde, işverenin haklı fesih imkanının bulunduğu kurala bağlanmıştır.

İşverenin ücretli ya da ücretsiz olarak izin verdiği bir işçinin, izin süresince işyerine gitmesi beklenemeyeceğinden, bu durumda bir devamsızlıktan söz edilemez. Ancak yıllık izin zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğundan, işçinin kendiliğinden ayrılması söz konusu olamaz. İşçinin yıllık iznini kullandığını belirterek işyerine gelmemesi, işverence izinli sayılmadığı sürece devamsızlık halini oluşturur (Yargıtay 9.HD. 1.7.2008 gün 2007/21656 E, 2008/18647 K.).

İşçinin işe devamsızlığı, her durumda işverene haklı fesih imkanı vermez. Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde, işverenin derhal ve haklı nedenle fesih imkanı bulunmamaktadır (Yargıtay 9.HD. 9.5.2008 gün, 2007/16956 E, 2008/11983 K). İşçinin hastalığı, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması gibi haller, işe devamsızlığı haklı kılan nedenlerdir. Mazeretin ispatı noktasında, sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece özel sağlık kuruluşlarından alınan raporlara da değer verilmelidir.

Devamsızlık süresi, ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü ya da bir ayda üç işgünü olmadıkça, işverenin haklı fesih imkanı yoktur. Belirtilen işgünlerinde hiç çalışmamış olunması gerekir. Devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılmasıyla işverenin haklı fesih imkanı doğmaz.

Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamayan bir işçi devamsızlıkta bulunmuş sayılmamalıdır. İşçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ayrı bir fesih nedeni olup, bu durumda 4857 sayılı Yasanın 25/II-h maddesi uyarınca değerlendirme yapılmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, davacı vekili, davacının sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini belirterek işçilik alacaklarının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacının 19.02.2013, 20.02.2013 ve 21.02.2013'de izinsiz ve mazeretsiz olarak işe gelmediğini, akdin haklı nedenle feshedildiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davacı tarafın iş akdinin haklı sebep olmadan sona erdirildiğini iddia etse de buna dair dosya kapsamında delil bulunmadığı, davalı tarafından sunulan devamsızlık tutanaklarının tanık beyanları ile doğrulandığı, davacının iddiasını ispatlayamadığı, davacının iş sözleşmesinin davalı işverenlikçe devamsızlık nedeniyle haklı sebeplerle feshedildiği ve davacının kıdem ve ihbar tazminatı talep hakkının bulunmadığı kanaatine varılarak, davacının kıdem ve ihbar tazminatı talebi reddedilmiştir.

Dosya içeriğinde bulunan araç zimmet formunda aracın 18.02.2013 tarihinde teslim alındığı, bilgisayarın da 18/02/2013 tarihinde teslim alındığı görülmüştür.

Davalı tanığı ...; "davacı bana gelerek işten ayrılmak istediğini söyledi. Durumu genel müdüre ilettim. Genel müdür son kararımıymış diye sordu bende evet diyince davacıyı idari işlere yönelterek ne hakedişi varsa ödeyin diye talimat verdi. Bundan sonrasında ne olduğunu bilemiyorum. Yalnız davacıdan zimmetli olan şirkete ait araç ve bilgisayar bulunmakta idi. Kendisine teslim için çağrı yapıldığı halde davacı gelmedi. Devamsızlık tutanağı tutuldu ve noter kanalı ile kendisine bildirim yapıldı." şeklinde, davalı tanığı ... ise; "Şirket tarafından verilen aracı kullanıyordu. Davacı son dönemlerde prim alamadığı ve müşterileri ile şirket alacağını tahsil edemediği için mahkemelik olduğundan, işten çıkartılması düşünülüp işten çıkış işlemleri yapılırken davacı işi kendisi bıraktı. Hakkında devamsızlık tutanakları tutuldu. Devamsızlık nedeni ile işten çıkartıldı." şeklinde beyanda bulunmuştur.

Davacı 20/02/2013 tarihinde dava açmış olup, davalı ihtarnamesi ise 21.02.2013 tarihlidir.

Davalı tanıklarının beyanlarından ve teslim belgelerinden davacının iş sözleşmesinin 18.02.2013 tarihinde işveren tarafından feshedildiği anlaşılmaktadır.

Davacı işçinin iş sözleşmesi feshedildikten sonra düzenlenen devamsızlık tutanaklarının ve dava açıldıktan sonra gönderilen davalı ihtarnamesinin geçerliliği yoktur. Böyle olunca ispat yükü kendisinde olan davalı işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini yada işyerini davacının terk ettiğini kanıtlayamadığından davacının kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalıdır.

3-Davacının prim alacağı olup olmadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 32 nci maddesinin ilk fıkrasına göre, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. Yasada ücretin eklerinin neler olduğu müstakilen düzenlenmemiş olmakla birlikte, değinilen maddenin ikinci fıkrasındaki "...banka hesabına yatırılacak ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakının.." ibaresi gereğince, ücretin yanı sıra prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü ödemelerin banka hesabına yatırılması öngörüldüğünden, "prim" ve "ikramiye" ücretin eki olarak İş Kanununda ifadesini bulmuştur.

Prim, işçinin mal veya hizmet üretiminde daha istekli hale gelmesi ve başarısının artması için işverence ödül niteliğinde verilen ek ödemeler şeklinde tanımlanabilir. Prim ödemesinden amaç, işçinin dava verimli bir şekilde çalışmaya özendirilmesidir. Pirimin kişiye özgü olması sebebiyle ikramiyeden farklı olarak prim ödemelerinin genel bir nitelik taşıması gerekmez. Bununla birlikte, işveren tarafından ayrımı haklı kılan geçerli nedenler olmadığı sürece pirim uygulaması yönünden de işverenin eşit davranma borcu söz konusudur.

İşçinin prime hak kazanması için işyerinde pirim ödemesini gerektiren dönemin sonuna kadar çalışmış olması gerekmez. İşyerinde çalışılan süreyle sınırlı olmak üzere işçinin prim talep hakkı vardır.

Prim uygulaması, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile de kararlaştırılabilir. İş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa dahi, işverence tek taraflı olarak düzenli şekilde yapılan prim ödemesi "işyeri şartı" niteliğindedir. Her durumda uygulamanın tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması doğru değildir. Prim uygulaması yönünden

işçi aleyhine çalışma koşullarında değişiklik, 4857 sayılı Yasanın 22 nci maddesi kapsamında gerçekleştirilmelidir (Yargıtay 9. HD. 22.1.2009 gün 2007/34717 E, 2009/638 K.). Toplu iş sözleşmesi ile öngörülen primler yönünden değişiklik ise, işçinin bireysel feragati ile dahi geçerli değildir. Toplu iş sözleşmesini imzalamaya yetkili olan kişilerce bu yönde yapılabilecek değişiklik, ancak ileriye dönük olarak hüküm ifade eder.

Primlerin ödendiğini ispat yükü işverene aittir. 4857 sayılı Kanunun 5754 sayılı Yasayla değişik 32 nci maddesine göre, belli bazı işyerleri bakımından prim ödemeleri işçi adına açılan banka hesabına yatırarak gerçekleştirilmelidir (Yargıtay 9. HD. 5.2.2009 gün 2007/34175 E, 2009/1681 K.).

Somut uyuşmazlıkta davacıya prim ödendiği davalı tanık anlatımları ile sabittir. Kaldı ki, davacının fazla mesai ücreti alacağı prim ödendiği için reddedilmiştir. Mahkemece prim alacağı hakkında hatalı ve çelişkili olan bilirkişi raporu esas alınarak reddine karar verilmesi isabetsizdir.

4-Davacının fazla mesai ücreti alacağı bulunup bulunmadığı konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 63 üncü maddesinde çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiştir. Ancak tarafların anlaşması ile bu normal çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilceği ilkesi benimsenmiştir. Yasanın 41 inci maddesine göre fazla çalışma, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalar olup, 63 üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

4857 sayılı İş Kanununun 41 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, fazla çalışma saat ücreti, normal çalışma saat ücretinin yüzde elli fazlasıdır. İşçiye fazla çalışma yaptığı saatler için normal çalışma ücreti ödenmişse, sadece kalan yüzde elli kısmı ödenir.

Kanunda öngörülen yüzde elli fazlasıyla ödeme kuralı nispi emredici niteliktedir. Tarafların sözleşmeyle bunun altında bir oran belirlemeleri mümkün değilse de, daha yüksek bir oran tespiti olanaklıdır.

Fazla çalışma ücretinin son ücrete göre hesaplanması doğru olmayıp, ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanması gerekir. Yargıtay kararları da bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 16.2.2006 gün 2006/20318 E, 2006/3820 K.). Bu durumda fazla çalışma ücretlerinin hesabı için işçinin son ücre-

tinin bilinmesi yeterli olmaz. İstek konusu dönemler açısından da ücret miktarlarının tespit edilmesi gerekir. İşçinin geçmiş dönemlere ait ücretinin belirlenememesi halinde, bilinen ücretin asgari ücrete oranı yapılarak buna göre tespiti gerekir. Ancak işçinin işyerinde çalıştığı süre içinde terfi ederek çeşitli unvanlar alması veya son dönemlerde toplu iş sözleşmesinden yararlanılması gibi durumlarda, meslek kuruluşundan bilinmeyen dönemler için ücret araştırması yapılmalı ve dosyadaki diğer delillerle birlikte değerlendirmeye tabi tutularak bir karar verilmelidir.

Parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde, fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça veya iş tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen hallerde, her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret esas alınarak fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti hesaplanır. Bu usulün uygulanmasında zorluk çekilen durumlarda, parça başına veya yapılan iş tutarına ait ödeme döneminde meydana getirilen parça veya iş tutarları, o dönem içinde çalışılmış olan normal ve fazla çalışma saatleri sayısına bölünerek bir saate düşen parça veya iş tutarı bulunur. Bu şekilde bulunan bir saatlik parça veya iş tutarına düşecek bir saatlik normal ücretin yüzde elli fazlası fazla çalışma ücreti, yüzde yirmibeş fazlası ise fazla sürelerle çalışma ücretidir. İşçinin parça başı ücreti içinde zamsız kısmı ödenmiş olmakla, fazla çalışma ücreti sadece yüzde elli zam miktarına göre belirlenmelidir.

Otel, lokanta, eğlence yerleri gibi işyerlerinde müşterilerin hesap pusulalarına belirli bir yüzde olarak eklenen paraların, işverence toplanarak işçilerin katkılarına göre belli bir oranda dağıtımı şeklinde uygulanan ücret sistemine “yüzde usulü ücret” denilmektedir. Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde fazla çalışma ücreti, 4857 sayılı Kanununun 51 inci maddesinde öngörülen yönetmelik hükümlerine göre ödenir. İşveren, yüzde usulü toplanan paraları işyerinde çalışan işçiler arasında, Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre eksiksiz olarak dağıtmak zorundadır. Fazla çalışma yapan işçilerin fazla çalışma saatlerine ait puanları normal çalışma puanlarına eklenir (Yönetmelik Md. 4/1.). Yüzdelerden ödenen fazla saatlerde, çalışmanın zamsız karşılığı ile zamlı olarak ödenmesi gereken ücret arasındaki fark ödenir. Zira yüzde usulü ödenen ücret içinde fazla çalışmaların zamsız tutarı ödenmiş olmaktadır. Yapılan bu açıklamalara göre; yüzde usulü ya da parça başı ücret ödemesinin öngörüldüğü çalışma biçiminde fazla çalışmalar, saat ücretinin % 150 zamlı miktarına göre değil, sadece % 50 zam nispetine göre hesaplanmalıdır.

Hasılataya bağılı günlük yevmiyeli olarak çalışan işçilerin yevmiyelerinin miktarı günlük çalışma süresine bağılı 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 çalışma ücretinin sadece %50 zamlı kısmı hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının aldığı prim tutarının aylık fazla mesai tutarının üzerinde olduğu gerekçeyle hesaplama yapılmamış ve Mahkemece davacının fazla mesai talebi reddedilmiştir.

Davacının satış temsilcisi olarak işyeri dışına çıkarak pazarlama yaptığı, bu şekilde mesaisini ayarladığı, primin ise mesai artıka arttığı anlaşılmaktadır. Komisyon niteliğindeki prim usulü, satış bedelinin belirli oranına denk gelmekte, bir anlamda davacı yüzde usulü çalışmaktadır. Bu durumda ise davacının fazla mesai ücretinin sadece % 50 zamlı kısmının hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir.

Mahkemece yapılacak iş davacının fazla mesaisinin zamsız kısmının ödenip sadece % 50 zamlı ödenmesi gereken kısmının ödenmediğinin kabulü bilirkişiden yeni bir rapor alarak fazla mesai ücreti alacağını kabul etmektir. Hatalı değerlendirmeye dayalı bilirkişi raporu esas alınarak verilen kararın bozulması gerekmektedir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 04/05/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

ASIL – ALT İŞVEREN • İŞ KAZASINDA KUSUR

ÖZET: Mahkemece öncelikle, davalılar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, bir başka ifade ile asıl işveren-taşeron, geçici iş ilişkisi, işveren veya işveren vekili ilişkisi olup olmadığı, tarafların sunacağı delillerle birlikte değerlendirilip belirlenmeli, bu belirleme yapıldıktan sonra, olayın oluşu, sigortalının tam olarak hangi işi/işleri yaptığı, çalışmaya başladığı tarihten itibaren ve özellikle olay günü ne sürelerde hangi işlerde hangi işyerinde çalıştırıldığı netleştirilmeli, işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman bilirkişi kurulundan iş güvenliği mevzuatına göre rapor alınması

Y. 10. HD. E: 2017/1349 K: 2017/3412 T:18/04/2017

Dava, rücu tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, hükümde belirtilen gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, tarafların vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra, işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacı Kurum, 14.04.2006 tarihli iş kazası sonucu yaralanan sigortalıya bağlanan gelir ve masrafların rücu tahsili istemine ilişkin olup, Mahkemece, tazminat davasında alınan kusur raporu doğrultusunda davalı işveren müessesenin %70, sigortalının %30 kusurlu olduğundan bahisle açılan davanın kabulüne karar verilmiş ise de, yapılan araştırma ve inceleme hüküm kurmaya yeterli ve elverişli değildir.

Eldeki davada öncelikle halledilmesi gereken sorun, davalılar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin, bir başka ifade ile asıl işveren-taşeron, geçici iş ilişkisi, işveren veya işveren vekili ilişkisi olup olmadığının, bu kapsamda davalıların kusurunun bulunup bulunmadığının saptanmasıdır.

506 sayılı Kanununun 87. maddesi hükmüne göre aracı, bir işte veya bir işin bölümü veya eklentisinde işveren den iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran 3. kişidir.

Asıl işveren taşeron ilişkisinin varlığı için öncelikle, işin başka bir işverenden alınmış olması, bir başka ifade ile asıl işverenin işverenlik sıfatına devredilen iş dolayısıyla sahip olması, asıl işyeri ya da işyerinden sayılan yerlerde kendi adına işçi çalıştırıyor olması gerekir.

İşin belirli bir bölümünde değil de, tamamının bir bütün halinde, ya da bölümlere ayrılarak başkalarına devredildiği, işten bu yolla tamamen el çekildiği, sigortalı çalıştırılmadığı için işveren sıfatının haiz olunmadığı durumda ise, bunları devralan kişiler alt işveren, devredenler de asıl işveren olarak nitelendirilemeyecektir.

Aracı sıfatının kazanılmasında diğer koşullar ise, asıl işverenden istenilen işin, asıl iş, ya da işyeriyle ilgili işin bir bölümünde veya işyeri eklentilerinde alınmış olması ve bu işte iş alanın kendi işçilerinin çalıştırılması ve bu nedenle de işveren sıfatına sahip olunmasıdır.

Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan sözleşme ile iş kazası veya meslek hastalığına bağlı sorumluluğun alt işverene ait olduğunun kararlaştırılması ya da anahtar teslim iş olduğu ibaresinin konulmuş olması; bu sözleşmenin tarafı olmayan Kurumu bağlamaz.

İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, madde anlamında bir alt işverenlik, dolayısıyla dayanışmalı sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Benzer şekilde, işveren kendisi sigortalı çalıştırmaksızın işi bölerek, ihale suretiyle farklı kişilere vermişse, iş sahibi (ihale makamı), asıl işveren olmayacağından, alt - asıl işveren ilişkisi de bulunmayacaktır. Burada önemli olan yön "devir" olgusudur. Devirden amaçlanan, yapılmakta olan işin, bölüm ve eklentilerinden tamamen bağımsız bir sonuç elde etmeye yönelik, işi alana bağımsız bir işveren kimliği kazandıracak bir işin devridir. Diğer iş yerlerinde sigortalı çalıştırması nedeniyle "işveren" sıfatına sahip olan kişi, devredilen iş dolayısıyla işverenlik sıfatına sahip olmadığı için asıl işveren olarak sorumlu tutulamayacaktır. Aynı şekilde, iş alan kişinin de işverenlik sıfatını, alınan işte ve o iş nedeniyle sigortalı çalıştırması sonucunda kazanmış olması aranacaktır. Alınan işte sigortalı çalıştırmayıp, tek başına işi yürüten kişi alt işveren olarak nitelendirilemeyecektir. Bu kimsenin diğer bir takım iş yerlerinde çalıştığı sigortalılar nedeniyle kazandığı işverenlik sıfatının sonuca etkisi ise bulunmamaktadır.

Alınan iş, işverenin asıl işinin bölüm ve eklentilerindeki işin bir kesimi veya yardımcı işler kapsamında bulunmalıdır. Diğer bir anlatımla, bir işverene ait iş yerindeki üretim sürecine, başka bir işverenin dahil olması durumunda “aracıdan” söz edilebilecektir. Asıl işverenden alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işveren sayılacaktır. Bu noktada belirleyici yön; yapılan işin, diğerinin yardımcı parçası olup olmadığıdır. İş yerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi durumunda aracıdan söz etme olanağı kalmayacak ve ortada iki bağımsız işveren bulunacaktır.

İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, iş anahtar teslimi verildiğinde veya işveren kendi iştiğal konusu olmayan bir işi kendisi sigortalı çalıştırmaksızın bölerek ihale suretiyle farklı kişilere vermişse, iş sahibi (ihale makamı) Yasanın tanımladığı anlamda asıl işveren olmayacağından, bir alt-üst işveren ilişkisi bulunmayacaktır.

506 sayılı Kanun 4. maddesinde, “Bu kanunun uygulanmasında 2 nci maddede belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler “İşveren” dir. İşveren nam ve hesabına işin yönetimi görevini yapan kimseler “İşveren vekili” dir. Bu kanunda geçen işveren deyi mi işveren vekilini de kapsar. İşveren vekili bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı aynen işveren gibi sorumlu” olduğu şeklinde düzenlendiği aynı şekilde 5510 sayılı Kanununun 12. maddesi, “4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işverendir. İşveren adına ve hesabına, işin veya görülen hizmetin bütününe yönetim görevini yapan kimse, işveren vekilidir. Bu Kanunda geçen işveren deyi mi, işveren vekilini de kapsar. İşveren vekili ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlanan geçici iş ilişkisi kurulan işveren, bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur” hükmüne amirdir.

506 sayılı Kanununun kusur sorumluluğunu esas alan 26. maddesine dayanan rücu davalarında kusurun belirlenmesinde zararlandırıcı sigorta olayının ne şekilde oluştuğunun dosya içeriğindeki tüm deliller takdir olunarak belirlenmesi ve kabul edilen maddi olgular doğrultusunda işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuatı açısından uzman sayılacak kişilerden oluşturulacak bilirkişi heyetinden kusur oran ve aidiyeti konusunda rapor alınması gereklidir.

Dosya kapsamına göre, sigortalının hizmet bildiriminin davalı ... Mak. San. ve Tic.Ltd.Şti. tarafından yapıldığı, ... Teks. Tela ve Elyaf Ür.San.

Tic.Ltd.Şti. aleyhine açılan tazminat davasında alınan ve eldeki davada da hükme esas kılınan kusur raporunda, davalı işveren müessese ... Teks. Tela ve Elyaf Ür.San.Tic.Ltd.Şti.'nin %70, sigortalının ise %30 kusurlu olduğu kanaatinin bildirildiği, diğer davalılara ilişkin değerlendirme yapılmadığı anlaşılmaktadır.

O halde, Mahkemece öncelikle, davalılar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, bir başka ifade ile asıl işveren-taşeron, geçici iş ilişkisi, işveren veya işveren vekili ilişkisi olup olmadığı yukarıda yapılan açıklamalar ışığında araştırılıp, tarafların sunacağı delillerle birlikte değerlendirilip belirlenmeli, bu belirleme yapıldıktan sonra, olayın oluşu, sigortalının tam olarak hangi işi/işleri yaptığı, çalışmaya başladığı tarihten itibaren ve özellikle olay günü ne sürelerde hangi işlerde hangi işyerinde çalıştırıldığı netleştirilmeli, işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman bilirkişi kurulundan iş güvenliği mevzuatına göre hangi önlemlerin alınması gerekeceği, bu önlemlerin işverence alınıp, alınmadığı ve alınmış önlemlere sigortalının uyup uymadığı ve dayanağı mevzuat hükümleri ayrıntılarıyla irdeleyen rapor alındıktan sonra, varsa çelişki de giderilerek, yapılacak değerlendirme sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Kabule göre de; davalılar ...Mak.San. ve Tic.Ltd.Şti., İsmet ve ... hakkında alınan kusur raporu olmadan sorumluluklarına karar verilmiş olması, isabetsiz bulunmuştur.

O hâlde, tarafların vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalılara iadesine, 18.04.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YERSİZ ÖDEME • MAHSUP YÖNTEMİ

ÖZET: 5510 sayılı Yasanın 96'ncı maddesindeki mahsubun usulüne göre "Alacakların yersiz ödemelere mahsubu, en eski borçtan başlanarak borç aslına yapılır, kanunî faiz kalan borca uygulanır." hükmü kapsamında denetlenebilir ve ilk bozma kararımız çerçevesinde dava tarihini de dikkate alacak şekilde bir hesap raporu ile davacı ve davalı alacağının belirlenmesi gerekir.

Y.10.HD. E: 2016/17558 K: 2017/3397 T:18/04/2017

Dava, 01.01.2002 tarihinden itibaren hak edilen aylık ve işlemiş faiz toplamının dava tarihinden yasal faiziyle birlikte tahsili istemine ilişkindir.

Mahkemece, bozma ilamına uyularak yazılı biçimde davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, taraf avukatları tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteklerinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hâkimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Eldeki davada mahkemece ilk kez verilen 21.03.2013 tarihli karar Dairemizin bozma ilamı ile "5510 sayılı Yasanın 96. maddesi, "Kurumca işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara gelir veya aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere, fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen bu Kanun kapsamındaki her türlü ödemeler;

a) Kasıtlı veya kusurlu davranışlarından doğmuşsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla on yıllık sürede yapılan ödemeler, bu ödemelerin yapıldığı tarihlerden,

b) Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklanmışsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemeler toplamı, ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içinde yapılacak ödemelerde faizsiz, üç aylık sürenin dolduğu tarihten sonra yapılacak ödemelerde ise bu süre sonundan, itibaren hesaplanacak olan kanunî faizi ile birlikte, ilgililerin Kurumdan alacağı varsa bu alacaklarından mahsup

edilir, alacakları yoksa genel hükümlere göre geri alınır...” hükmü kapsamında davacı sigortalının söz konusu aylıklardan kaynaklanan yersiz ödemeleri iade yükümü 5510 sayılı Yasanın 96. maddesi hükmü uyarınca belirlenmeli ve davacının faiz talebini de değerlendirecek biçimde bilirkişi raporu alınıp denetlendikten sonra iadesi gereken ve hak edilen aylık miktarları belirlenip sonucuna göre bir karar verilmesi” gereğine işaret edilerek bozulmuştur.

Mahkemenin, Yargıtay Dairesince verilen bozma kararına uyması sonunda, kendisi için o kararda gösterilen şekilde inceleme ve araştırma yaparak, yine, o kararda belirtilen hukuki esaslar gereğince hüküm verme yükümlülüğü doğar. “Usuli kazanılmış hak” olarak tanımlayacağımız bu olgu; mahkemeye, hükmüne uyduğu Yargıtay bozma kararında belirtilen çerçevede işlem yapma ve hüküm kurma zorunluluğu getirdiği gibi, mahkemenin kararını bozmuş olan Yargıtay Hukuk Dairesince; sonradan, ilk bozma kararı ile benimsemiş olduğu esaslara usuli kazanılmış hakka aykırı bir şekilde, ikinci bir bozma kararı verilememektedir (09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, Hukuk Genel Kurulu’nun 12.07.2006 gün, 2006/9-508 E., 2006/521 sayılı kararı).

Mahkemenin, Yargıtay’ın bozma kararına uyması ile bozma kararı lehine olan taraf yararına bir usuli kazanılmış hak doğabileceği gibi, bazı konuların bozma kararı kapsamı dışında kalması yolu ile de usuli kazanılmış hak gerçekleşebilir. (Prof. Dr. ..., Usuli Müktesep Hak (Usule İlişkin Kazanılmış Hak) Dr. A... Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 351 Ankara, 1974, sayfa 395 vd.)

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)

Eldeki davada da Mahkemece Dairemizce verilen bozma kararlarına uyulmuş olmasına rağmen, bozma gereklerinin tam olarak yerine getirildiğinden bahsedilmesi mümkün olmayıp, özellikle davalı kurumca mahfuz tutulan aylıklar bakımından 5510 sayılı Yasanın 96’ncı maddesindeki mahsubun usulüne göre “Alacakların yersiz ödemelere mahsubu, en eski borçtan başlanarak borç aslına yapılır, kanunî faiz kalan borca uygulanır.” hükmü kapsamında denetlenebilir ve ilk bozma kararımız çerçevesinde dava tarihini de dikkate alacak şekilde bir hesap raporu ile davacı ve davalı ... alacağının belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde karar tesisi isabetsizdir.

O halde, taraf avukatlarının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları nazara alınmalı ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 18.04.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi

PRİME ESAS KAZANÇ

ÖZET: Davalı işveren tarafından bordrolaştırılan ödemelerin hangi kalemlerden kaynaklandığı ayrıntılı olarak belirlenerek, prime esas kazançta tabi tutulan kalemlerden hangilerinin prime esas kazançta tabi tutulup, hangilerinin tutulmayacağına araştırma yapılarak belirlenmesi gerekir.

Y. 10.HD. E: 2016/14853 K: 2017/4069 T:11/05/2017

Dava, prime esas fark kazanç tutarlarının tespiti istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne dair yazılı şekilde hüküm tesis edilmiştir. Hükmün, ihbar olunan davalı ... Başkanlığı ve davalı ... vekilleri 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.

Davanın yasal dayanakları, sigortalı ve işverenin Sosyal Güvenlik Kurumuna ödeyecekleri primlerin matrahını teşkil eden sigortalı kazançlarının nelerden ibaret olduğu ve istisnalarını gösteren (mülga) 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 77/I. maddesi ile 5510 sayılı Kanunun 80. maddesidir.

a-)Mülga 506 sayılı Yasa dönemi açısından;

Mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 4958 sayılı Kanunun 36. maddesi ile değişik 77. maddesi olup, anılan maddede; "Sigortalılarla işverenlerin bir ay için ödeyecekleri primlerin hesabında:

a)Sigortalıların o ay için hakettikleri ücretlerin,

b)Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan sigortalılara o ay içinde ödenenlerin,

c) İdare veya kaza mercilerince verilen karar gereğince (a) ve (b) fıkralarında yazılı kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin, brüt toplamı esas alınır.

Şu kadar ki, ölüm, doğum ve evlenme yardımları, yolluklar, kıdem, ihbar ve kasa tazminatları, aynî yardımlar ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca miktarları yıllar itibarıyla belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları, sigorta primlerinin hesabına esas tutulacak kazançların aylık tutarının tespitinde nazara alınmaz. Bunların dışında her ne ad altında ödeme yapılırsa yapılsın tüm ödemeler prime tabi tutulur...” denilmektedir. “Bunların dışında her ne ad altında ödeme yapılırsa yapılsın tüm ödemeler prime tabi tutulur” bölümü, 4958 sayılı Kanun ile anılan maddenin ikinci fıkrasına son cümle olarak eklenmiştir.

Görüldüğü gibi, anılan madde hükmünde hangi kazançların prim hesabına esas alınamayacağı sayma yöntemiyle belirlenmiş olup, Türk pozitif hukukunda egemen olan kurala göre, ayrıık hükümler genişletici değil, daraltıcı yoruma tabidirler ve anılan kural, 23.05.1960 tarihli 11/10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da vurgulanmıştır.

Bu kararda sigortalılara ödenen yemek paralarının aynı yardım niteliğinde bulunduğu sonucuna varılmış ve prime esas kazancın belirlenmesinde dikkate alınamayacağı görüşü benimsenmiştir. Bunun dışında Yargıtay uygulamasında bazı kararlarda, teknik personele ödenen şantiye ve arazi zammını, hasta sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneği, toplu iş sözleşmesi gereğince sigortalıya ödenen araç ücreti, çiğden verilen erzak, elbise dikiş ücreti, yakacak ve yakıt parası ve toplu iş sözleşmesi gereğince sigortalıya ödenen yemek parası aynı yardım niteliğinde görülmüştür. Somut bir biçimde belli bir ihtiyaca yönelik, aynı yardım niteliğinde olan giyim yardımı sigorta primlerinin hesabına esas tutulacak kazançlardan değildir.

İkramiye adı atındaki ödemeler yönünden ise; 11.07.1956 tarihli Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 6772 sayılı Kanununun 1. maddesi ile “... belediyeler ve bunlara bağlı teşekküller, 3460 ve 3659 sayılı kanunların şümulüne giren İktisadi Devlet Teşekkülleri ve diğer bilcümle kurum, banka, ortaklık ve müesseselerinde müstahdem olanlardan İş Kanununun şümulüne giren veya girmeyen yerlerde çalışmakta olan ve İş Kanununun muaddel birinci maddesindeki tarife göre işçi vasfında olan kimselere, ücret sistemleri ne olursa olsun, her yıl için birer aylık istihkakları tutarında ilave tediye yapılır.” hükmü getirilmiş, anılan Kanununun 4. maddesinin 2. fıkrasında ise “... Bu tediyelerden çeşitli işçi sigortalılarının icabettirdiği primler kesilmez ve bu paralar borç için haczedilemez.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Yasa gereğince, maddenin 2. fıkrasındaki istisnalara girmemesi koşuluyla hizmet akdi karşılığı elde edilen her türlü gelirden sigorta primi kesilmesi söz konusu olmaktadır.

506 sayılı Kanunda ücretin tanımı yapılmamıştır. Fakat m.77/I-a'da sözü edilen "ücretler" kavramı içine asıl ücretle birlikte, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri gibi ücretlerin de girdiği kabul olunmaktadır. Bu ücretlerin sigortalıya fiilen ödenmesi şart olmayıp, onun adına o ay için tahakkuk ettirilmiş olması prime esas kazanca dahil edilmesi için yeterlidir.

Asıl ücretin eki niteliğinde bulunan prim ve ikramiyeler, prime esas kazançlar olarak brüt tutarları üzerinden ödendikleri aylar itibariyle prime esas tutulur. Bunların tahakkuk etmiş olması prime esas tutulmaları için yeterli olmamakta, ödenmiş olması da aranmaktadır (m.77/I-b).

İdare veya kaza mercileri tarafından verilen karar uyarınca sigortalılara yapılan ödemeler (a) ve (b) bentlerinde öngörülen ücret türlerinden ayrımsızdır. Fark, bunların yönetim ve yargı mercilerince verilmiş kararlardan kaynaklanmalarıdır.

İşveren ile sigortalı işçi arasında "fazla çalışma ücreti" veya "prim, ikramiye" gibi konularda uyuşmazlık çıkar ve mahkemece, bu işçilik haklarının ödenmesine karar verilir ve sigorta primlerinin ödeneceği ay içinde bu paralar sigortalıya verilirse, bu ödemelerde prim matrahına dahil edilerek, prim hesabında göz önünde tutulur. Bu tür kazançlara salt hak kazanmak, bu kazançların prime esas alınması için yeterli bulunmamaktadır (Mustafa Çemberci, Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi, Olgaç Matbaası, 1985 Baskı, s.439).

b-) 5510 sayılı yasa dönemi açısından;

5510 sayılı Kanununun 80/1. maddesinde de;

"4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki sigortalıların prime esas kazançları aşağıdaki şekilde belirlenir.

a) Prime esas kazançların hesabında;

1) Hak edilen ücretlerin,

2) Prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan o ay içinde yapılan ödemelerin ve işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen tutarların,

3) İdare veya yargı mercilerince verilen karar gereğince yukarıdaki (1) ve (2) numaralı alt bentlerde belirtilen kazançlar niteliğinde olmak üzere sigortalılara o ay içinde yapılan ödemelerin, brüt toplamı esas alınır.

b) Aynı yardımlar ve ölüm, doğum ve evlenme yardımları, görev yollukları, seyyar görev tazminatı, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme, keşif ücreti, ihbar ve kasa tazminatları ile Kurumca tutarları yıllar itibarıyla belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları, işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin % 30'unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları tutarları, prime esas kazançta tabi tutulmaz.

c) (b) bendinde belirtilen istisnalar dışında her ne adla yapılırsa yapılsın tüm ödemeler ile aynı yardım yerine geçmek üzere yapılan nakdi ödemeler prime esas kazançta tabi tutulur. Diğer kanunlardaki prime tabi tutulmaması gerektiğine dair muafiyet ve istisnalar bu Kanunun uygulanmasında dikkate alınmaz

d) Ücretler hak edildikleri aya mal edilmek suretiyle prime tabi tutulur. Diğer ödemeler ise öncelikle ödendiği ayın kazancına dahil edilir ve ücret dışındaki bu ödemelerin yapıldığı ayda üst sınırın aşılması nedeniyle prime tabi tutulamayan kısmı, ödemenin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanarak iki ayı geçmemek üzere üst sınırın altında kalan sonraki ayların prime esas kazançlarına ilâve edilir. Toplu iş sözleşmelerine tabi işyerleri işverenlerince veya kamu idareleri veya yargı mercilerince verilen kararlara istinaden, sonradan ödenen ücret dışındaki ödemelerin hizmet akdinin mevcut olmadığı veya askıda olduğu bir tarihte ödenmesi durumunda, 82 nci madde hükmü de nazara alınmak suretiyle prime esas kazancın tabi olduğu en son ayın kazancına dahil edilir. Bu durumlarda sigorta primlerinin, yukarıda belirtilen mercilerin kararlarının kesinleşme tarihini izleyen ayın sonuna kadar ödenmesi halinde, gecikme cezası ve gecikme zammı alınmaz ve 102 nci madde hükümleri uygulanmaz.”

Davacı, davalı belediyede işçi olarak çalıştığını, ikramiye, fazla mesai vs alacaklarının eksik bildirildiğini, eksik bildirilen prime esas kazançlarının tespitini talep ettiği Mahkemece, bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kabulüne dair hüküm kurduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki yasal düzenleme ve açıklamalar ışığında dava değerlendirildiğinde, davalı işveren tarafından bordrolaştırılan ödemelerin hangi kalemlerden kaynaklandığı ayrıntılı olarak belirlenerek, prime esas kazançta tabi tutulan kalemlerden hangilerinin prime esas kazançta tabi tutulup, hangilerinin tutulmayacağına araştırma yapılarak belirlenmesi gereken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

Mahkemenin, yukarıda açıklanan esaslar doğrultusunda araştırma yaparak elde edilecek sonuca göre karar vermesi gerekirken, eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, ihbar olunan davalı Kurum ve davalı ... vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalı ...'na iadesine, 11.05.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KURUM ZARARI

•

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN SUÇ SAYILIR HAREKETİ

ÖZET: Eldeki davada ise mahkemece verilen karar yerinde ise de, gerekçede davanın yasal dayanağının 1479 Sayılı Yasanın 63'üncü maddesi yerine 5510 Sayılı Yasanın 21'inci maddesi olarak kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Y. 10. HD. E: 2016/18444 K: 2016/15556 T: 27/12/2016

24.11.2004 tarihinde meydana gelen olay nedeniyle iştirak halinde kasten adam öldürme suçundan cezalandırılmalarına karar verilen davalılar hakkında, davacı kurumca öldürülen sigortalının hak sahiplerine bağlanan ölüm aylıklarının peşin değerlerinden oluşan zararının tahsili amacıyla açılan eldeki davada, 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun Geçici 7. maddesindeki; "Bu Kanunun yürürlük tarihine kadar 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı, 02.09.1971 tarihli ve 1479 sayılı, 17.10.1983 tarihli ve 2925 sayılı, bu Kanunla mülga 17.10.1983 tarihli ve 2926 sayılı, 08.06.1949 tarihli ve 5434 sayılı kanunlar ile 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı Kanunun geçici 20. maddesine göre sandıklara tâbi sigortalılık başlangıçları ile hizmet süreleri, fiilî hizmet süresi zammı, itibarî hizmet süreleri, borçlandırılan ve ihya edilen süreler ve sigortalılık süreleri tabi oldukları Kanun

hükümlerine göre değerlendirilirler.” düzenlemesi ve genel olarak Kanunların geriye yürümemesi (geçmişe etkili olmaması) kuralı gereği olarak davanın yasal dayanağı 1479 sayılı Kanun’un 63’üncü maddesidir.

1479 sayılı Kanununun 63. maddesine göre; “Üçüncü bir kimsenin suç sayılır hareketi ile bu Kanunda sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir halin doğmasında, Kurum, sigortalı veya hak sahiplerine gerekli bütün yardımları yapar. Ancak, Kurum, yapılan bu yardımların ilk peşin değeri için üçüncü kişilere, istihdam edenlere (...) ve diğer sorumlulara rücu eder...” düzenlemesiyle, üçüncü kişinin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için, “suç sayılır hareketi” ile yardımların yapılmasına neden olma koşulu öngörülmüştür. “Rücu edilebilmesi için üçüncü kişinin suç sayılır hareketinin, 1479 sayılı Kanunda yazılı yardımların yapılmasını gerektirecek nitelikte olması gerekmektedir... Kurumun yapmış olduğu yardımları sorumlulara rücu edebilmesini sağlayan üçüncü kişinin suç sayılır hareketi, Türk Ceza Kanunu kapsamında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla bu kavramın içine hem cürüm hem de kabahat suçları girmektedir... (... , Bağ-Kur Sigorta Yardımları, ... Basım Yayım Dağıtım, ...1996, s.197).

Eldeki davada ise mahkemece verilen karar yerinde ise de, gerekçede davanın yasal dayanağının 1479 Sayılı Yasanın 63’üncü maddesi yerine 5510 Sayılı Yasanın 21’inci maddesi olarak kabulü usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Ne var ki, bu aykırılığın düzeltilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hüküm bozulmamalı, 6217 sayılı Kanununun 30’uncu maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa eklenen geçici 3’üncü madde atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 438’inci maddesi gereğince düzeltilerek onanmalıdır.

SONUÇ

Hükümün gerekçesindeki, “5510 sayılı kanunun 21. Maddesindeki “İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir.”ibaresi silinerek yerine “olayın meydana geldiği 24.11.2004 tarihine göre davanın yasal dayanağı olan 1479 sayılı Kanunun 63. Maddesine göre; “Üçüncü bir kimsenin suç sayılır hareketi ile bu Kanunda sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir halin doğmasında, Kurum, sigortalı veya hak sahiplerine gerekli

bütün yardımları yapar. Ancak, Kurum, yapılan bu yardımların ilk peşin değeri için üçüncü kişilere, istihdam edenlere (...) ve diğer sorumlulara rücu eder...” ibaresi yazılmasına ve kararın bu şekliyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz harcının davalılardan ...’dan alınmasına, 27.12.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

TÜZEL KİŞİ ADINA AÇILAN DAVA • YETKİSİZ TEMSİL

ÖZET: Tüzel kişiyi temsil etme yetkisi bulunmayan kişinin tüzel kişi adına açtığı davanın reddedilmesi gerekir.

Y11 HD E.2016/10275, K.2017/2609 T.03.05.2017

Davacı vekili, müvekkilinin ... D. Makine Emlak İnşaat Nakliyat Sanayi Ticaret Limited Şirketi'nin ortağı olduğunu, müvekkilinin ortağı olduğu şirketin adresinin değiştirildiğini, eski adreste davalı ... D. İmalat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi isimli aynı iş kolunda üretim yapan şirketin açıldığını, şirketin kuruluşu faaliyet alanı kapsamında haksız rekabet içinde olduğunu ileri sürerek davalı şirketin haksız rekabetin önlenmesi bakımından kullandığı araç gereçlere tedbir kararı verilmesini, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 20.000 TL maddi tazminatın ödenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının aktif husumet ehliyetinin olmadığını, davanın husumet yokluğu sebebi ile usulden reddinin gerektiğini, davalının haksız rekabette bulunmadığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, davacının tacir olmadığı, davalı ...Çelik Döküm İmalat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ile dava dışı...Makina Emlak İnşaat Nakliyat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin ayrı tüzel kişiliğe sahip tacir oldukları, davacının ortağı bulunduğu şirketin temsilcisinin ortaklar kurulunun 26.09.2014 tarihli kararıyla ...'in seçildiği, davacının şirketi temsil yetkisinin aynı kararla kaldırıldığı, tüzel kişilerin iradesini organları aracılığıyla kullanılacağına dair TMK'nın 50. maddesi ile dava şartlarını düzenleyen HMK'nın 114. maddesine göre davacının mevcut davayı açmada aktif husumet ehliyetine sahip olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm 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 2,20 TL temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 03.05.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BAŞKASI ADINA BONO TANZİMİ • YETKİSİZ TEMSİL • KİŞİSEL SORUMLULUK

ÖZET: Temsile yetkili olmadığı hâlde bir kişinin temsilcisi sıfatıyla bir bonoya imzasını koyan kişi, o bonodan dolayı şahsen sorumludur.

Y 11. HD. E.2015/15499 K. 2017/2744 T.09.05.2017

Davacı vekili; müvekkili şirketin ... Şirketinden alacağına karşılık keşidecisi ...Yapı Kooperatifi, lehtar İnci... Ltd. Şti. olan 19.06.2013 tanzim ve 30.10.2013 tarihli 25.000,00 TL bedelli senedi ciro ile aldığı, anılan senedin vadesinde ödenmemesi üzerine ... İcra Müdürlüğü'nün 2013/2865 sayılı dosyası ile borçlular alayhine icra takibi başlatıldığını, senedin keşidecisi... Yapı Kooperatifi tarafından ...Hukuk Mahkemesi'nin 2014/65 esas sayılı dosyası ile senetteki imzaların kooperatif yetkililerine ait olmadığı, olan imzanın temsileyetkili kişilerce atılmadığı, kooperatif adına borçlandırma yetkisinin ancak çift imza ile olabileceği gerekçesiyle kooperatif için takibin durdurulduğunu, davalı ...'in tek imza ile dava dışı kooperatifi borç altına sokma hak ve yetkisinin olmadığını, dava dışı kooperatifi borç altına sokma yetkisi olmamasına rağmen bono düzenlediğini, bu nedenle davalının kendisinin sorumlu olduğunu, beyanla senet bedelinin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece tüm dosya kapsamına göre; davalının yetkisiz olarak bonoyu keşide ettiği, temsile yetkili olmadığı hâlde bir kişinin temsilcisi sıfatıyla bir bonoya imzasını koyan kişi, o bonodan dolayı bizzat sorumlu olacağı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerek-

çesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasa-ya aykırı bir yön bulunmamasına ve işbu ilamın İcra Müdürlüğü'nün 2013-2865 esas sayılı icra takibi ile tekerrür oluşturmayacak şekilde infaz edileceğinin tabi bulunmasına göre davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı bakiye 1.280,75 TL temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 09.05.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

EV SİGORTASI • KAT MÜLKİYETİ

ÖZET: Davacının sigortalısı ile davalı arasında kat mülkiyetinden kaynaklandığı ileri sürülerek işbu davanın açıldığı dikkate alınarak, öncelikle hasarın meydana geldiği bağımsız bölümlerin bulunduğu ana binanın Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine tabi olup olmadığı belirlenerek görev hususu dikkate alındıktan sonra uyuşmazlığın esası incelenmesi gerekir.

Y. 11. HD. E: 2016/1422 K:2017/934 T:20/02/2017

Davacı vekili, müvekkili şirket nezdinde 206850003/0 poliçe nolu 30.07.2013- 30.07.2014 vadeli sarı panjur sigorta poliçesi ile sigortalı bulunan ...'a ait mahalde, 27.08.2013 tarihinde aynı apartmanda ikamet eden davalı ...'ya ait güneş enerjisinin arızalanarak su taşması neticesinde hasar meydana geldiğini, sigortalının bu durumu müvekkili sigortaya haber ettiğini, eksper faturasında belirtilen 3.427,00 TL hasar bedelinin sigortalıya ödendiğini ve bu zararın rücusu için Gaziantep 13. İcra Müdürlüğü'nün 2013/60254 Esas sayılı dosyasından icra takibi başlattıklarını, davalının suiniyetle itiraz ettiğini iddia ederek davalının Gaziantep 13. İcra Müdürlüğü'nün 2013/60254 Esas sayılı dosyasında yapmış olduğu itirazın iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin enerji deposunda arızanın meydana gelmediğini, söz konusu hasarın depodan sızan su ile oluşabilecek nitelik-

te olmadığını, aşırı yağmurların söz konusu olduğunu, ayrıca giderlerde problem söz konusu olduğunu, bunun için önlem almayan apartman yönetiminin sorumlu olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece tüm dosya kapsamına göre dava konusu su sızıntısı ile ilgili olarak bina görevlisi ve binada oturan şahıslar tarafından düzenlenen tutanak bu tutanağa dayalı olarak tarafından yapılan ekspertiz raporu incelenerek olaydan hemen sonra tutulan tutanakta imzası bulunan şahısların da aralarında bulunduğu tanıkların beyanlarında hasarın oluşmasında davalı ...'ya atfedilecek her hangi bir kusur veya ihmali bir davranış ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava, sarı panjur sigorta poliçesine dayalı rücu tazminat istemine ilişkin olup, mahkemece davanın esastan reddine karar verilmiştir. Ancak 22.03.1944 tarih 37 E.- 9 K. sayılı YİBK'nda da belirtildiği üzere bu dava, sigortalı kimsenin sorumlu kişiye karşı açmış olduğu bir dava gibi değerlendirilerek görevli mahkemenin belirlenmesi gerekir. Davacı ... şirketi halefiyet hakkına dayalı olarak bu davayı açtığına göre, halefi olduğu sigortalı ile davalı arasındaki ilişkinin mahiyetine bakılarak görevli mahkeme tespit edilecektir. Davacının sigortalısı ile davalı arasında kat mülkiyetinden kaynaklandığı ileri sürülerek işbu davanın açıldığı dikkate alınarak, öncelikle hasarın meydana geldiği bağımsız bölümlerin bulunduğu ana binanın Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerine tabi olup olmadığı belirlenerek görev hususu dikkate alındıktan sonra uyuşmazlığın esası incelenmesi gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

2- Bozma sebep ve şekline göre, davacı vekilinin temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle kararın resen **BOZULMASINA**, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz eden davacıya iadesine, 20.02.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

ÇEKTE ZAMANAŞIMI SÜRESİ

ÖZET: Çekte zamanaşımı süresi üç yıldır. Cirantalara karşı müracaat süresinin bir yıl olması, hamilin çek borçlusuna karşı üç yıllık zamanaşımı süresi içinde müracaat etmesine engel değildir.

Y. 12. HD E.2016/16073, K.2017/7096 T.04.05.2017

Alacaklı tarafından çekte dayalı olarak kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takibe başlandığı, borçlunun icra mahkemesine başvurusunda sair itirazları ile birlikte çeklerde zamanaşımın 6 ay olduğu, 6 aylık süreden sonra ödeme emrinin tebliğ edildiği, zamanaşımının dolduğunu ileri sürerek takibin iptalini talep ettiği, mahkemece, alacaklının ibraz bitim tarihinden itibaren 1 yıllık süre içerisinde takibe geçildiğinden alacaklının cirantalara karşı müracaat hakkının düştüğü gerekçesiyle takibin İİK 170/a gereği iptaline karar verdiği anlaşılmıştır.

03.02.2012 tarih ve 28193 (mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6273 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle değişik 6762 sayılı TTK'nın 726. maddesinde; "Hamilin; cirantalarla keşideci ve diğre çek borçlularına karşı haiz olduğu müracaat hakları ibraz müddetinin bitiminden itibaren üç yıl geçmekle müruruzamana uğrar. Çek borçlularından birinin diğrerine karşı haiz olduğu müracaat hakları bu çek borçlusunun çeki ödediği veya çekin dava yolu ile kendisine karşı dermeyan edildiği tarihten itibaren üç yıl geçmekle müruruzamana uğrar" düzenlemesi yer almaktadır.

6273 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile değişik 6762 sayılı TTK'nın 726. maddesinde yapılan değişiklikle çeklerde zamanaşımı süresi üç yıla çıkarılmıştır. Değişiklikle getirilen 3 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi için, çekin ibraz süresinin bitim tarihinin yasa değişikliğinin yürürlüğü girdiği tarihten sonra olması gerekmektedir.

Somut olayda; zamanaşımı şikayetine konu olan takip konusu çekin keşide tarihi 30.09.2012 olup, ibraz müddetinin bitim tarihi 6273 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra olduğundan çek 3 yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

Bu nedenle her ne kadar mahkemece hamilin cirantalara karşı ibraz bitim tarihinden itibaren 1 yıllık süre içerisinde takibe geçilmediğinden müracaat hakkının düştüğünden bahisle takibin iptaline karar verilmiş ise de; anılan düzenlemeler karşısında somut olayda hamilin, borçluya karşı haiz olduğu müracaat hakkı ibraz müddetinin bitiminden itibaren 3 yıl olup, 3 yıllık zamanaşımı süresinin dolmadığı anlaşıldığından bu nedenle zamanaşımın reddi ile sair itirazların incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin kabulü isabetsizdir.

Kabule göre de; mahkemece, takibin kesinleşmesinden önceki dönemde zamanaşımının oluşması halinde İİK'nin 169/a-5. maddesi hükmü uyarınca itirazın kabulü ile takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken, İİK'nin 170/a gereği takibin iptaline karar verilmesi de doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 04.05.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BONODA ŞEKİL ŞARTI • ZAMANAŞIMI SÜRESİ

ÖZET: Bonoda tanzim yerinin anlaşılır şekilde belirtilmesi yeterli olup, ayrıca adres yazılması gerekli değildir. Şekil eksikliği sebebiyle kam-biyo senedi niteliği olmayan senedin zamanaşımı süresi on yıldır.

Y 12. HD E.2016/14087 K. 2017/6541 T. 26.04.2017

Alacaklı tarafından borçlu aleyhine bir adet bonoya dayalı olarak genel haciz yolu ile ilamsız takip başlatıldığı, örnek 7 nolu ödeme emrinin tebliği üzerine borçlular tarafından yasal süre içerisinde icra müdürlüğüne borca itiraz edildiği, takibin itiraz nedeniyle durması üzerine alacaklı tarafından yasal süre içerisinde icra mahkemesine başvurularak itirazın kaldırılmasının talep edildiği, mahkemece, dayanak bono yönünden üç yıllık zamanaşımının oluştuğu gerekçesi ile itirazın kaldırılması talebinin reddine karar verildiği görülmüştür.

Takip dayanağı bononun tanzim tarihi itibarıyla uygulanması gereken 6762 sayılı TTK'nın 688/6. maddesine göre bononun, kambiyo senedi vasfını taşıyabilmesi için, tanzim yeri unsurunu ihtiva etmesi gereklidir. Aynı Kanun'un 689/son maddesine göre ise, tanzim edildiği yer gösterilmeyen bir bononun, tanzim edenin ad ve soyadı yanında yazılı olan yerde tanzim edilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır. H.G.K.'nin 02.10.1996 tarih ve 1996/12-590 sayılı kararında da benimsendiği üzere, tanzim yeri olarak idari birim adının yazılması yeterli ve zorunlu olup, ayrıca adres gösterilmesi mecburiyeti bulunmamaktadır. Senette bulunması zorunlu olan tanzim yeri ve tanzim edenin adresi senet keşidecisi için geçerli olup, TTK'nın 614.maddesi hükmüne göre, kimin için taahhüt altına girmiş ise tıpkı onun gibi senetteki borçtan sorumlu olan avalistlerin adreslerinin senette yazılı olması hali yukarıda açıklanan zorunluluğu gidermez. Öte yandan, icra takibine konu olacak hangi zamanaşımı süresine tabi ise; icra takibinde de aynı zamanaşımı süresi uygulanır. Alacaklı tarafından, genel haciz yolu ya da kambiyo senetlerine mahsus haciz yollarından herhangi birinin tercih edilmiş olması, dayanak belge bono niteliğini taşıdığı sürece sonuca etkili olmayıp, her iki halde de zamanaşımı süresi Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre belirlenir. Yine dayanak belgenin, anılan niteliği haiz olmaması halinde de seçilen takip yoluna bakılmaksızın bu kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinde (mülga 818 sayılı BK'nın 125.maddesi) düzenlenen 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Somut olayda, takibe dayanak bonoda tanzim yerinin belirtilmediği, tanzim edenin isminin yanında ise "Ant." ibaresinin yazılı olduğu görülmektedir. Sözü edilen kısaltma, herhangi bir tereddüte meydan vermeyecek şekilde bir idari birimi göstermediğinden tanzim yeri olarak kabulü mümkün değildir. Bu durumda, takip dayanağı bonoda tanzim yeri unsurunun bulunmadığından anılan belge kambiyo senedi vasfı taşımamaktadır. Dolayısıyla, dayanak belge bono niteliğinde olmayıp, adi senet hükmünde bulunduğundan bu belge, 6098 sayılı TBK'nın 146. maddesinde (mülga 818 sayılı BK'nın 125. maddesi) düzenlenen on yıllık zamanaşımına tâbi olup; sözkonusu senetteki alacak ile ilgili olarak on yıllık zamanaşımı süresinin dolmadığı açıktır.

Öte yandan borçlular icra dairesine yaptıkları itirazlarında zamanaşımı itirazında ya da İİK'nin 63. maddesi uyarınca duruşmada zamanaşımı definde bulunmadıkları halde, zamanaşımı itirazı mahkemece re'sen nazara alınacak itirazlardan olmayıp, bu hususun re'sen incelenmesi de doğru görülmemiştir.

Takibe dayanak yapılan senet üzerindeki imzaya, borçlular tarafından ayrıca ve açıkça itiraz edilmediğinden bu belge, İİK'nin 68/1. maddesinde

yer alan ve alacaklıya genel haciz yolu ile takip yapma imkanı tanıyan mücerret borç ikrarını içeren bir belge niteliğinde olup, buna karşılık borçlular, borcun aslına yönelik itirazlarını aynı nitelikte belgelerle kanıtlanamamıştır.

O halde mahkemece, itirazın kaldırılması isteminin kabulü yerine istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 26.04.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KAMBIYO SENEDİ • ADİ SENET • ZAMANAŞIMI SÜRESİ

ÖZET: Kambiyο senedi vasfını taşımayan adi havale hükmündeki belgeye konu olan borcun zamanaşımı süresi TTK hükümlerine göre belirlenemez.

Bu noktada Borçlar Kanunu hükümleri devreye girer ve zamanaşımı süresinin on yıl olması gerektiği sonucu ortaya çıkar.

Y 12. HD E. 2017/1690, K. 2017/5157, T. 03.04.2017

Alacaklı tarafından çeke dayalı olarak genel haciz yolu ile ilamsız icra takibine başlandığı, borçlunun icra mahkemesine başvurusunda; takibin kesinleşmesinden sonra alacaklı tarafından altı ayı aşkın süre işlem yapılmadığından zamanaşımının dolduğunu ileri sürerek icranın geri bırakılmasını ve takibin iptalini talep ettiği, mahkemece istem kabul edilerek icranın geri bırakılmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

Takep dayanağı çekin ibraz süresinin bitim tarihi itibarıyla uygulanması gereken 6762 sayılı TTK'nın 720/2.maddesi gereğince, çekin süresinde muhatap bankaya ibraz edildiği, ibraz günü de gösterilmek suretiyle çekin üzerine yazılmış olan tarihli bir beyanla tespit edilmelidir. Aksi takdirde,

alacaklı müracaat hakkını kaybeder. Çekin bankaya süresinde ibraz edildiğinin, belge üzerine yazılan şerh ile ispat edilmesi gerekmektedir. Bir başka anlatımla, bilahare bankadan alınan yazıya göre çekin ibraz edilip edilmediğinin ve ibraz tarihinin tespiti mümkün değildir.

Somut olayda, takip dayanağı çekin, muhatap bankaya ibraz edilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, alacaklı çeke dayalı olarak müracaat hakkını kaybetmiş olup, takip dayanağı belge adi havale niteliğindedir. Kambyo senedi vasfını taşımayan adi havale hükmündeki belge ile başlatılıp kesinleşen takipte, İİK'nin 71/2. maddesi gereğince işleyecek zamanaşımı süresi, TTK'nın 726. maddesine göre hesaplanamaz. Genel haciz yolu ile ilamsız icra takibi kesinleştiğine göre, olayda uygulanması gereken 818 sayılı BK'nun 125. maddesi uyarınca, dayanak belge yönünden zamanaşımı süresi on yıl olup, somut olayda bu sürenin dolmadığı belirlenmiştir.

O halde mahkemece, 818 sayılı BK'nun 125. maddesinde öngörülen 10 yıllık zamanaşımı süresi dolmadığından istemin reddine karar verilmesi gerekirken, icranın geri bırakılması yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 03/04/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BONO • ZAMANAŞIMI

ÖZET: Senedin süresi içinde, yani keşide tarihinden itibaren bir yıl içinde ibraz edilmemesi, vadenin geçirilmesi hükmünde olup, bu halde rücu hakkı düşeceğinden cirantalara müracaat edilemez. Fakat zamanaşımı süresi dolmadıkça, senedi tanzim eden borçlunun (keşidecinin) sorumluluğu devam eder

12. HD. E.2016/15210, K.2017/5294 T. 03/04/2017

Alacaklı tarafından bonoya dayalı olarak kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlatılan takipte, keşideci ve aval veren, takibe konu bononun tanzim tarihinin 02.10.2014 iken 02.10.2015 olarak değiştirildiğini,

vadesi bulunmayan bononun tanzim tarihinden itibaren 1 yıl içinde takibe konulmaması nedeniyle alacaklının müracaat hakkının düştüğünü ileri sürerek takibin iptalini talep ettikleri, mahkemece takibin iptaline karar verildiği görülmektedir.

TTK'nın 776. maddesi uyarınca; vade, bononun unsurlarından olsa da, aynı Kanun'un 777/2. maddesi gereğince vadesi gösterilmemiş bir bono, görüldüğünde ödenmesi şart bir bono sayılır. TTK'nın 778. maddesi göndermesi ile bonolarda da uygulanması gereken aynı Kanun'un 704. maddesine göre ise, görüldüğünde ödenecek bononun tanzim tarihinden itibaren bir yıl içinde ödenmek üzere ibrazı zorunludur. Bir başka anlamıyla vade unsurunu taşımayan senedin,

TTK'nın 704. maddesinde belirtildiği üzere, görüldüğünde ödenecek bono olarak düzenlendiğinin kabulü gerekeceğinden, bu eksiklik senedin bono olma vasfını etkilemez. Vadesi gösterilmemiş bononun bir yıl içinde ibraz edilmemiş olması, zamanaşımı müddeti dolmadıkça senet keşidecisini sorumluluktan kurtarmaz. Senedin süresi içinde, yani keşide tarihinden itibaren bir yıl içinde ibraz edilmemesi, vadenin geçirilmesi hükmünde olup, bu halde rücu hakkı düşeceğinden cirantalara müracaat edilemez. Fakat zamanaşımı süresi dolmadıkça, senedi tanzim eden borçlunun (keşidecinin) sorumluluğu devam eder (Poroy/Tekinalp; Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Genişletilmiş 15. bası, s. 121, ... 2001). Öte yandan TTK'nın 702/1. maddesi gereğince, aval veren kişi, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olur.

Somut olayda, mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırıldığı, takibe konu bononun tanzim tarihinin 02.10.2014 iken 02.10.2015 olarak değiştirildiği, alacaklının ise 18.11.2015 tarihinde icra takibini başlattığı anlaşılmıştır. İcra takibinin borçluları, bonoyu tanzim eden (keşideci) ve onun lehine aval veren avalist olup, tanzim tarihinden itibaren 1 yıllık ibraz müddeti ve onun bitiminden itibaren 3 yıllık zamanaşımı süresi içinde takibe geçildiğine göre, borçlular hakkındaki takipte bir usulsüzlük bulunmadığından müracaat hakkının düştüğünden bahsedilemez. O halde mahkemece borçluların istemlerinin reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 03/04/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

BONO • LEHTAR

ÖZET: 6102 sayılı TTK'nın 776/1-e maddesi gereğince, bonoda lehtarın ad ve soyadının yazılı olması zorunludur. Lehtar, gerçek veya tüzel kişi olarak bonoda gösterilmez ise dayanak belge bono olarak kabul edilemeyeceğinden, TTK'nın 776/1-e maddesinde öngörülen koşulları taşımayan bu belge nedeniyle borçlu hakkında kambiyo senetlerine özgü yolla takip yapılması mümkün değildir.

12. HD. E.2017/1434, K.2017/4446 T.23/03/2017

Alacaklı tarafından kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile başlatılan icra takibinde borçlunun mahkemeye başvurusu, senedin sonradan doldurulduğu iddiası ile birlikte alacaklı ile arasında 2008 yılında cari hesap açıldığı ve bu cari hesaptan kaynaklanan borcun tamamını ödediği gerekçesiyle borca itiraza yönelik olup mahkemece, yargılama yapılarak davanın reddine ve borçlu aleyhine %20 icra inkar tazminatına hükmedildiği görülmüştür.

İİK'nin 170/a maddesi gereğince icra mahkemesi, müddetinde yapılan şikayet veya itiraz dolayısıyla, usulü dairesinde kendisine intikal eden işlerde takibin müstenidi olan kambiyo senedinin bu vasfı haiz olmadığı veya alacaklının kambiyo hukuku mucibince takip hakkına sahip bulunmadığı hususlarını re'sen nazara alarak bu fasla göre yapılan takibi iptal edebilir. Buna göre borçlunun İİK'nun 168.maddesinde yazılı yasal 5 günlük sürede borca yada imzaya itiraz etmesi veya **zamanaşımı** itirazında bulunması durumunda, takip konusu belgenin kambiyo senedi vasfını haiz olmadığı ve dolayısıyla alacaklının kambiyo senetlerine özgü yol ile takip hakkının bulunmadığının tespit edilmesi halinde, diğer itiraz nedenleri incelenmeksizin İİK'nin 170/a maddesi uyarınca re'sen takibin iptaline karar verilmesi gerekir.

6102 sayılı TTK'nın 776/1-e maddesi gereğince, bonoda lehtarın ad ve soyadının yazılı olması zorunludur. Lehtar, gerçek veya tüzel kişi olarak bonoda gösterilmez ise dayanak belge bono olarak kabul edilemeyeceğinden, TTK'nın 776/1-e maddesinde öngörülen koşulları taşımayan bu belge nedeniyle borçlu hakkında kambiyo senetlerine özgü yolla takip yapılması mümkün değildir.

Yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre, tüzel kişi olan lehtarın unvanının eksik olarak bonoda ifade edilmesi ve lehtarın hükmi şahsiyetinin bulunduğu ciro şerhinden anlaşılması halinde, yukarıda açıklanan kurallın tamamlanmış olduğunun kabulü gerekir. Bu ilke Hukuk Genel Kurulu'nun 14.03.2001 tarih ve 2001/11-199 E., 2011/244 K. sayılı kararında da vurgulanmıştır.

Somut olayda, takip dayanağı bononun lehtar hanesinde “ ... ve Ortakları” yazılı olduğu takip alacaklısının ... olarak gösterildiği görülmektedir. Bu durumda, takibe konu edilen senette lehtar hanesinde yazılı olan firmanın gerçek ya da tüzel kişiliği olmadığından anılan bono kambiyo senedi vasfını taşımamaktadır. Ayrıca senet üzerindeki sözleşme ve arkasında yer alan cari hesap kayıtları senedin kayıtsız şartsız bir ödeme vaadi unsurunu içermediği bu nedenle de kambiyo vasfı olmadığı görülmektedir.

O halde; mahkemece, İİK'nin 170/a maddesi uyarınca re'sen takibin iptaline karar verilmesi gerekirken bu husus gözardı edilmek suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup, mahkeme kararının bu nedenle bozulması gerekirken Dairemizce onandığı anlaşılacakla borçlunun karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir.

SONUÇ

Borçlunun karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 22.02.2016 tarih ve 2015/28160 E. -2016/4726 K. sayılı onama ilamının kaldırılmasına, ... (...) İcra Hukuk Mahkemesi'nin 25.05.2015 tarih ve 2015/2 E., 2015/15 K. sayılı kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nin 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (**BOZULMASINA**), 23/03/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

DEVRE MÜLK SATIŞ SÖZLEŞMESİ

ÖZET: Uyuşmazlık, taraflar arasında yapılan devremülk satış sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak taraflar arasında düzenlenen devremülk satış sözleşmesi resmi geçerlilik şartına uyulmadan düzenlenmiştir. Bu durumda geçersiz satış sözleşmesi nedeniyle taraflar yalnızca aldıklarını iade ile yükümlüdür. Davacının bedel iadesine ilişkin davalıyı temerrüde düşüren ihtarı söz konusu olmadığından işlemiş faiz talebinde bulunamayacağı gibi yine davacı geçersiz sözleşme ile cezai şart talebinde de bulunamaz.

Y. 13. HD. E:2015/37793 K: 2017/2787 T: 02/03/2017

Davacı, 28/07/2011 tarihli ve 00289 no'lu Sözleşme ile... İli... İlçesi ...Beldesi sınırları içerisinde ... pafta ve ... parsel de ...termal tesislerinde bulunan 12 adet devre mülkü 120.000 TL bedel karşılığında peşin olarak satın aldığını, davalı şirket tarafından düzenlenen Devre-Dönem Hisse- li Gayrimenkul Satış Sözleşmesi'nin 7. maddesinin teslim şekli konulu başlığına göre, şirket satılan daireyi sözleşme tarihinden itibaren 24 ay içerisinde anahtar teslimi, mefruşatı tamamlamış bir şekilde teslim etmeyi taahhüt ettiğini, ancak aradan 2 sene geçmesine rağmen davalı şirketin devremülkleri teslim etmediğini, sözleşme konusu devremülkler teslim edilmemesi üzerine davalıya ödenen 120.000 TL ödenen para ve 10.500 TL cezai şart için davalı aleyhine... 6. İcra Müdürlüğünün 2014/3627 esas sayılı dosya ile icra takibi başlattığını, ancak davalı şirketin haksız ve kötü niyetli olarak takibe itiraz ettiğini, davalı şirket ile dava dışı Maya Şirketi arasındaki organik bağı olduğunu, dolayısıyla her iki şirketin müteselsilen sorumlu olduğunu belirterek... 6. İcra Müdürlüğünün 2014/3627 esas sayılı dosya kapsamında yapılan itirazın iptalini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, Davanın KABULÜ ile davalının... 6. İcra Müdürlüğünün 2014/3627 esas sayılı takip dosyasına yaptığı itirazın İPTALİNE, takibin

kaldığı yerden devamına, Asıl alacağı %20'si oranında tazminatın davalıdan alınarak davacıya verilmesine, karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davacı, davalı aleyhine yürüttüğü... 6. İcra Müdürlüğünün 2014/3627 esas sayılı dosyasına yapılan itirazın iptalini istemiş; mahkemece... 6. İcra Müdürlüğünün 2014/3627 esas sayılı dosyaya yapılan itirazın iptaline ve bu takibin devamına karar verilmiştir. Ancak dava açılırken harca esas değer olarak 156.605,77 TL olarak gösterilmesine rağmen itirazın iptali istenen icra dosyasında ise asıl alacak ve işlemiş faiz ile birlikte 136.970,39 TL alacak için takip yapıldığı anlaşılmaktadır. HUMK 74.md (HMK 26.md) hükmünce hakim tarafların talepleriyle bağlı olup, talep dışına çıkılarak karar veremez. Hal böyle olunca mahkemece, davacının talebi açıklattırılıp taleple bağlılık kuralıda gözetilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usûl ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Uyuşmazlık, taraflar arasında yapılan devremülk satış sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak taraflar arasında düzenlenen devremülk satış sözleşmesi resmi geçerlilik şartına uyulmadan düzenlenmiştir. Bu durumda geçersiz satış sözleşmesi nedeniyle taraflar yalnızca aldıklarını iade ile yükümlüdür. Davacının bedel iadesine ilişkin davalıyı temerrüde düşüren ihtarı söz konusu olmadığından işlemiş faiz talebinde bulunamayacağı gibi yine davacı geçersiz sözleşme ile cezai şart talebinde de bulunamaz. Mahkemece gerektiğinde bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılarak geçersiz olarak yapılan devremülk satış sözleşmesinde davacının ödediği bedelin davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın tümünden kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

3-Bozma nedenine göre davalının diğer temyiz nedenlerinin incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte ve ikinci bentte açıklanan nedenlerle kararın temyiz eden davalı yararına **BOZULMASINA**, üçüncü bentte açıklanan nedenle davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, 1480,00 TL duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak davalıya ödenmesine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'un 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 02/03/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KANUNU KAPSAMI DIŞINDAKİ KİŞİ • YASAL HAKLAR

ÖZET: İş Kanunu kapsamı dışında olan davacı, davalının yanında 1999-2009 seneleri arasındaki çalışmasından dolayı Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre tazminat isteyebilir.

Y.13 HD., E. 2015/10052, K. 2016/17378, T. 28.9.2016

Davacı, davalıya ait işyerinde 1999 ve 2009 yılları arasında hizmet akdi feshedilene kadar her işte çalıştığını, işçilik alacakları ödenmeden haksız olarak sözleşmesinin feshedildiğini, bayramlarda ve tatillerde de çalıştığını ve fazlamesai yaptığını bu nedenlerle fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 250,00 TL ihbar, 250,00 TL kıdem, 250,00 TL genel tatil, 250,00 TL yıllık izin ücreti, 9.000,00 TL fazla çalışma ücreti olmak üzere toplam 10.000,00 TL ücret alacağının davalıdan faizi ile birlikte tahsilini istemiş, yargılama sırasında ibraz ettiği ıslah dilekçesi ile de talebini arttırmıştır.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının davasının kısmen kabulü ile, 5.788,48 TL brüt KıdemTazminatının iş akdinin fesih tarihi olan 02/08/2009 tarihinden itibaren mevduata uygulanacak en yüksek faizi ile birlikte 1.336,72 TL brüt İhbarTazminatının 250,00 TL'sinin dava tarihinden itibaren, bakiyesinin ıslah tarihi olan 11/01/2012 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte 12.958,09 TL brüt Fazla Mesai Ücretinin 9.000,00 TL'sinin dava tarihinden itibaren, bakiyesinin ıslah tarihi olan 11/01/2012 tarihinden itibaren mevduata uygulanan en yüksek faizi ile birlikte, 593,11 TL brüt Genel, Bayram Tatil Ücretinin 150,00 TL'sinin dava tarihinden itibaren, bakiyesinin ıslah tarihi olan 11/01/2012 tarihinden itibaren mevduata uygulanan en yüksek faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin istemin ve Yıllık İzin Ücreti 1.623,16 TL talebinin reddine karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerek-tirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davacı, davalıya ait işyerinde 1999 ve 2009 tarihleri arasında çalıştığını, sözleşmesinin davalı tarafça haksız olarak feshedildiğini, işçilik

ücretlerinin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiş, davalı ise davacının sözleşmesinin devamsızlık yapması neticesinde haklı olarak feshedildiğini ve alacağı olmadığını savunmuş, mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Davacı hakkında İş Kanunu hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Nitekim, İş Mahkemesince görevsizlik kararı verilmesi üzerine dosya Asliye Hukuk Mahkemesine gelmiştir. Kıdem tazminatı ve izin ücreti iş kanununa tabi sözleşmelerde işçinin yasanın 14. maddesi koşulları oluşması halinde isteyebileceği bir tazminat olup, iş bu davada İş Kanunu uygulanamayacağından kıdem tazminatı ve izin ücreti istenemez. Şu halde davacı ancak sözleşmenin işveren tarafından feshi halinde 24.6.1959 günlü E/32-K/26 sayılı içtihadı birleştirme kararında benimsendiği gibi 6098 s. TBK.nın 393 (eski B.K. nun 313) ve devamı maddelerine dayanarak talepte bulunabilir. Davacının iş aktinin feshinden dolayı Borçlar Kanununun bu hükümlerine dayanarak tazminat istemeye hakkı vardır. Hal böyle olunca mahkemece davacının Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan tazminat hakları yönünden gerekli araştırma yapılarak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, İş Mahkemesince alınan bilirkişi raporu esas alınarak yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bentte açıklanan nedenlerle hükmün davalı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan 271,00 TL harcın istek halinde iadesine, 28/09/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DAVANIN USULDEN REDDİ
•
ESASIN İNCELENEMEYECEĞİ

ÖZET: Bir davanın usul yönünden red sebepleri var ise, davanın usulden reddine kaar verilmelidir. O davanın hem usulden hem de esastan reddine karar verilmesi mümkün değildir.

Y. 13 HD., E. 2015/37963, K. 2017/2981, T. 9.3.2017

Davacı, davalının yeminli mali müşavirlik hizmeti veren bir şirket olduğunu, henüz birleşmeden önce dava dışı ... Yeminli Mali Müşavirlik Şirketinde 2000 yılı Mayıs ayında hizmet akdi ile avukat olarak çalışmaya başladığını, 2002 yılı Mayıs ayında dava dışı ... Şirketinin davalı şirket ile birleştiğini ve davalı olarak faaliyetlerine devam ettiklerini, kendisinin de davalı şirket bünyesinde çalışmasını sürdürdüğünü ve davalı şirketçe ücretinin serbest meslek makbuzları karşılığı ödendiğini, 2003 yılı Kasım ayında şirketin genel müdürünün değiştiğini ve yeni müdürün eski personeli tasfiyeye dönük uygulamaya gittiğini, tüm girişimlerine rağmen sözleşmesinin feshedildiğini ancak İş Kanununa aykırı olarak kendisine fesih bildiri yapılmadığını, davalının 11/05/2004'de keşide ettiği ihtarname ile iş nedeni ile kendisine verilen bilgisayarın iadesinin talep edilmesiyle sözleşmesinin feshinin netleştiğini, ancak feshe bağlı haklarının ödenmediğini, son aylık ücretinin 20.000,00 TL olduğunu ileri sürerek ihbar ve kıdem tazminatı ile bakiye ücret alacağı ve yıllık ücretli izin alacağı olmak üzere toplam 196.500,89 TL'nin faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davacı, eldeki dava ile davacı ile aralarındaki iş sözleşmesinin haksız feshi nedeniyle ödenmeyen ihbar ve kıdem tazminatı ile bakiye ücret alacağı ve yıllık ücretli izin alacağının davalıdan tahsilini istemiştir. Mahkemece, kararın gerekçe kısmında Kılıç Hukuk Bürosu bünyesinde davacının davalıya vekillik hizmeti verdiği, haksız azil nedenine dayalı ücreti vekalet alacağı değil, sanki taraflar arasında iş akdi varmış gibi, işçi alacaklarının ödenmesine yönelik işbu dava açıldığı, nihayetinde, davacı ile davalı arasında ne iş ne de hizmet sözleşmesi mevcut olmadığı ve bu

nedenle hizmet sözleşmesine dayalı ücret alacağını da talep edemeyeceği, davacının zaten doğrudan davalı ile vekalet sözleşmesi dahi kurulmadığı, davacının davalıdan herhangi bir ihbar, kıdem sözleşmesi, fazla mesai ücreti, yıllık ücret, kar ortaklığı isteme hakkı olmadığı belirtildikten sonra yerinde olmayan davanın husumet yönünden reddine karar verilmiştir. Mahkemece, bu şekilde kararın gerekçe bölümünde davanın hem esastan hem de usulden red sebepleri açıklanmış, hüküm kısmında ise, sadece davanın reddi denilmiştir. Bir davada usul yönünden red sebepleri var ise, davanın usulden reddine karar verilmekle yetinilmesi gerekir. Davanın hem usulden hem de esastan reddine karar verilmesi mümkün olmadığından, verilen karar usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre davacının sair temyiz itirazlarının incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacının sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, 1480,00 TL duruşma avukatlık parasının davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'un 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 09/03/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VEKALET ÜCRET DAVASI
•
YETKİLİ MAHKEME

ÖZET: Dava konusu olayda davacı, avukatlık vekalet ücret sözleşmesinden kaynaklanan ücret alacağının tahsili istemiyle eldeki davayı açmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 89.maddesinin 1.fıkrasına göre sözleşmeden doğan para borcu,sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, alacaklının ödeme zamanındaki ikametgahında ödenir. Alacaklı, bu para borcunun ödenmesi için kendi ikametgahında takip başlatıp dava açabilir.

Y. 13. HD E: 2014/24185 K: 2015/19162

Davacı avukat olduğunu, davalının kendisini haksız azlettiğini ve vekalet ücretini ödemediğini ileri sürerek, fazlası saklı 527.731,73 TL'nin azıl tarihinden yasal faiziyle tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, Eyüp / İstanbul mahkemeleri'nin yetkili olduğunu savunarak davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davalının ikamet adresinin Eyüp / İSTANBUL olup HMK 6.maddesi uyarınca genel yetkili mahkeme davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi olduğu anlaşıldığından dava dilekçesinin yetki yönünden reddi ile mahkemenin yetkisizliğine, yetkili mahkemenin İstanbul Nöbetçi Asliye Hukuk Mahkemeleri olduğuna karar verilmiş;hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

HMK'nın 6. maddesi gereğince bir davada genel yetkili mahkeme, davalının ikametgahının bulunduğu yer mahkemesidir. Aynı kanunun 10. maddesinde sözleşmeden doğan davalar için, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinin de yetkili olduğu belirtilmiştir ki, buda özel yetkiye ilişkin düzenlemedir. Davacı, davasını özel veya genel yetkili mahkemelerden herhangi birinde açabilir. Dava konusu olayda davacı, avukatlık vekalet ücret sözleşmesinden kaynaklanan ücret alacağının tahsili istemiyle eldeki davayı açmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 89.maddesinin 1.fıkrasına göre sözleşmeden doğan para borcu, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, alacaklının ödeme zamanındaki ikametgahında ödenir. Alacaklı, bu para borcunun ödenmesi için kendi ikametgahında takip başlatıp dava

açabilir. Dava konusu olayda da alacaklı davacı, para alacağıının ödetilmesi için ikametgahı olan Küçükçekmece Asliye Hukuk Mahkemesi'nde alacak davası açmıştır.Bu nedenle mahkemece yapılan yetki itirazının reddiyle işin esasının incelenmesi gerekirken, aksine düşüncelerle davalının ikametgahı mahkemesinin yetkili olduğundan bahisle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması,usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, 10/06/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

EV HİZMETLERİ • KIDEM TAZMİNATI

ÖZET: Ev hizmetlerinde çalışan kişi İş Kanunu kapsamı dışında olup; İş Kanununda yer alan “kıdem tazminatını” isteyemez.

Y. 13 HD., E. 2014/28037, K. 2015/29934, T. 13.10.2015

Taraflar arasındaki alacak davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı S.. Ç.. avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, 01/04/1994 tarihinden itibaren davalıların babalarının evinde aşçı ve hizmetli olarak çalıştığını, davalıların babasının hastalığının ilerlemesi üzerine bakımının uzman hemşire gerektirdiği gerekçesiyle davalılar tarafından işine son verildiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 10.000-TL işçilik alacaklarının faizi ile davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, davacının babalarının yanında aşçı olarak çalıştığını, işçi sıfatının bulunmadığını savunarak, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davanın kabulü ile kıdem tazminatından 38.642.40 TL. İhbar tazminatından 4.335,75 TL. İzin ücretinden 16.566,65 fazla çalışmadan 18.655,15 TL. ' nin davalılardan müştereken ve müteselsilen alınıp davacıya verilmesine, kıdem tazminatının en yüksek banka mevduat faizi ile dava tarihinden itibaren uygulanmasına, diğer alacaklara dava

tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmasına, genel tatil ve hafta tatili ile ilgili talepler bilirkişi tarafından hesaplanmadığı ve ispatlanamadığından reddine karar verilmiş; hüküm, davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalıların babasının evinde aşçı ve hizmetçi olarak çalıştığını, davalıların babasının hastalığının ilerlemesi üzerine bakımının uzman hemşire gerektirdiği gerekçesiyle davalılar tarafından işine son verildiğini ileri sürerek yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti, ihbar tazminatı ve kıdem tazminatı istemi ile eldeki davayı açmıştır. Mahkemece, kıdem ve ihbar tazminatı ile izin ücreti yönünden davanın kabulüne karar verilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının e bendi uyarınca, ev hizmetlerinde çalışan davacı hakkında İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı mahkemenin de kabulündedir. Taraflar arasındaki sözleşme, Borçlar Kanunu hükümlerine tabi bir hizmet sözleşmesidir. Dolayısıyla davacı, İş Kanunu kapsamında düzenlenen kıdem tazminatı adı altında bir tazminat isteyemez. Mahkemece bu yön göz ardı edilerek yanlış değerlendirme ile kıdem tazminatı talebinin de kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalıların temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, 13.10.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ • TARAFLARIN HAKLARI

ÖZET: Ortaklığın giderilmesi davalarında davalı tarafda davacı gibi aynı haklara sahiptir.

Bu nedenle davacının paydaşlığın satış suretiyle giderilmesini istemesine karşı davalıların aynen taksim istemeleri mümkündür.

Davacı davasından feragat etse dahi, davalılardan bir tanesi davanın devam etmesini isteyebilir.

Y. 14 HD., E. 2016/2631, K. 2017/3035, T. 17.4.2017

Dava, ortaklığın giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmü, bir kısım davalılar vekili temyiz etmiştir.

Paydaşlığın (ortaklığın) giderilmesi davaları iki taraflı, taraflar için benzer sonuçlar doğuran davalardır. Bu davalarda davalı da davacı gibi aynı haklara sahiptir. Bu nedenle davacının paydaşlığın satış suretiyle giderilmesini istemesi davalıların aynen paylaşma istemesine engel teşkil etmez.

Davacı davasından feragat etse bile davalılardan birinin davaya devam etmek istemesi halinde mahkemece davaya devam edilerek işin esası hakkında karar verilmelidir. Bu nedenle davacının davadan feragat beyanına karşı hazır bulunan davalılardan diyecekleri sorulmalı, davaya devam etmeyi istemeleri halinde yargılamaya devam edilmelidir. Somut olaya gelince; davacılar vekilinin 14.03.2017 tarihli dilekçesi ile davadan feragat ettikleri, bir kısım davalılar vekilinin 15.03.2017 tarihli dilekçeleriyle temyizden feragat ettikleri anlaşıldığından mahkemece bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün **BOZULMASINA**, peşin yatırılan harcın istek halinde yatırırlara iadesine, 17.04.2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

AYIPLI MAL • KABULE İCBAR

ÖZET: Davacının dairesinin PVC kapı ve pencereleri ile bunların mermer, sineklik ve gizli panjurlarının yapımı konusunda sözlü eser sözleşmesi yapıldığı çekişme konusu değildir. Davacı işin ayıplı yapıldığını, üçüncü kişiye söktürüp yeniden yaptırdığı imalat bedeli ile, davacıya ödeyeceği 5.000,00 TL dahil 14.469,99 TL masraf ettiğini, davacıya ödeyeceği 5.000,00 TL mahsup edilince uğradığı 9.469,99 TL zararının tahsilini istemiştir. Bir işte %50'yi aşan oranda ayıbın bulunması halinde iş sahibi eseri kabule zorlanamayacağından, yapılan işin kabule icbar edilemeyecek kadar ayıplı olması sebebiyle karşı davanın reddi doğrudur. Ancak asıl davada da, iş sahibinin ayıptan doğan zararları ve eksik işlerle ayıbın giderim bedelini talep edebilmesi için işin bedelini ödemiş olması gereklidir.

Y. 15. HD. E. 2016/3019 K: 2017/1675 T: 25/04/2017

Asıl dava, sözleşmeye aykırı ve ayıplı imal edilen eserin sökülmesi, üçüncü şahsa yeniden yaptırılması nedeniyle uğranılan maddi zararın tahsilini, davalı yükleniciye peşin ödenen 2.737,00 euro iş bedelinin de iadesi istemiyle açılmış, karşı davada ise, anlaşmaya göre 5.000,00 TL olan iş bedeline karşılık kesilip ödenmeyen 4.885,00 TL fatura bedelinin tahsilini istenmiştir. Yerel mahkemece karşı davanın reddine, asıl davanın 2.500,00 TL üzerinden kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm süresi içinde taraflarca temyiz edilmiştir.

Taraflar arasında davacının dairesinin PVC kapı ve pencereleri ile bunların mermer, sineklik ve gizli panjurlarının yapımı konusunda sözlü eser sözleşmesi yapıldığı çekişme konusu değildir. Davacı işin ayıplı yapıldığını, üçüncü kişiye söktürüp yeniden yaptırdığı imalat bedeli ile, davacıya ödeyeceği 5.000,00 TL dahil 14.469,99 TL masraf ettiğini, davacıya ödeyeceği 5.000,00 TL mahsup edilince uğradığı 9.469,99 TL zara-

rının tahsilini istemiştir. Bilirkişi raporuna göre ayıpların giderim bedeli 2.500,00 TL olarak hesaplanmış olup, toplam iş bedelinin 4.888,00 TL olduğu anlaşılan bir işte %50'yi aşan oranda ayıbın bulunması halinde iş sahibi eseri kabule zorlanamayacağından, yapılan işin kabule icbar edilemeyecek kadar ayıplı olması sebebiyle karşı davanın reddi doğrudur. Ancak asıl davada da, iş sahibinin ayıptan doğan zararları ve eksik işlerle ayıbın giderim bedelini talep edebilmesi için işin bedelini ödemiş olması gereklidir.

Dosya kapsamı ve mahkemenin kabulüne göre davacı iş bedeline karşılık olarak davalıya her hangi bir ödeme yaptığını yasal delillerle kanıtlayamadığından, eksik ve ayıpların giderim bedelini de isteyemez. Bu nedenle asıl davanın da reddi gerekir. Bu yönden asıl davada, davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, hükmün davalı-karşı davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle; davacı- karşı davalının tüm, davalı-karşı davacının sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bent uyarınca davalı-karşı davacının temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün davalı-karşı davacı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalı-karşı davacıya geri verilmesine, fazla alınan temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacı-karşı davalıya geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 25.04.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İMALAT BEDELİ • PİYASA RAYİÇLERİ
•
KDV ÖDEMESİ

ÖZET: İmalat bedelleri üzerinde uyuşmazlık olması halinde işin yapıldığı yılın rayiçlerine göre piyasa fiyatları dikkate alınarak tespit yapılmalıdır. Ayrıca kararlaştırılmamış ise, KDV'nin götürü bedele dahil olduğu yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.
Y. 15 HD., E.2016/300, K. 2017/2031, T. 11.05.2017

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

Davacı davasında 2010 yılının sonuna doğru davalı ile yaptıkları sözlü anlaşma ile davalıya ait otelde 174 odanın birçok mobilya, ahşap ve sair eşyalarının imali ve temini işini üstlenip yaptıklarını, imalât sırasında davalı tarafından otelin her bir odası için talep edilen 174 adet 120x80 ebatlarında bizotelli çerçeveli makyaj aynası, 174 adet 185x68 ebatlarında bizotelli, çerçeveli boy aynası ve ... ayrı oda için yapılmış olan ... adet modüler gardrobun boyutlarının büyütülmesinin talep edildiğini, bu nedenle ortaya çıkan yaklaşık 60 metrekarelik farkın bedelinin ödemediğini belirterek 60.357,00 TL'nin davalıdan tahsilini talep etmiş, davalı savunmasında davacı tarafından yapılmış olan tüm işlerin karşılığının toplam 225.000,00 TL olarak belirleyip anlaştıklarını, tüm bedeli işin tesliminde ödediklerini açıklayarak davanın reddine karar verilmesini istemiş, mahkemece davacının yaptığı işlere ilişkin parça parça fatura kestiği, bu faturalara ilişkin olarak davalı tarafından 225.852,... TL'lik ödeme yapıldığı, dava konusu imalâta ilişkin olarak davacı tarafından 60.357,00 TL bedelli fatura kesilmiş ise de bu faturaya konu imalâtların bedellerinin 818 sayılı BK'nın 366. maddesi uyarınca yapıldığı yıl mahalli rayiçlerine göre bulunması gerektiği alınan bilirkişi raporuna göre bedelin 46.303,00 TL olarak belirlenmesi nedeniyle davanın bu miktar üzerinden kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasında davalıya ait otelde bazı imalâtların yapımı konusunda akdi ilişkinin kurulduğu, fatura düzenlenip davaya konu edilen imalâtların yapıldığı ihtilâfsız olup bunların bedelleri konusunda anlaşma olmadığı

anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemenin kabulünde olduğu gibi yapılmış bulunan imalâtların bedellerinin yapıldığı yıl mahalli rayiçlerine göre saptanması gerekir. Ancak Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında götürü bedelli işlerde açıkça kararlaştırılmadıkça KDV'nin götürü bedele dahil olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle mahkemece davanın bilirkişi raporunda belirlenen 39.240,00 TL bedel üzerinden kabulüne karar verilmesi gerekirken bu bedele ayrıca KDV uygulanmak suretiyle daha fazla miktar üzerinden kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.

Davacının temyizine gelince;

Mahkemece03.1976 gün ve .../... sayılı ... İçtihatı Birleştirme Kararı ve 6100 sayılı HMK'nın 323/...-ç maddesine göre davacı tarafından yapılp belgelendirilen delil tespiti giderleri ile ihtarname giderleri yargılama giderlerinden olup, müddeabihe eklenemeyeceğinden yargılama giderleri arasında sayılmış ise de bunların kabul edilmesi gereken 39.240,00 TL üzerinden haklılık oranına göre hesaplanıp hüküm altına alınması gerekirken farklı miktarda oranlama yapılarak hüküm altına alınması doğru olmamış, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda bentte açıklanan nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının reddine, bentte açıklanan nedenlerle kararın temyiz eden davalı yararına, bentte açıklanan nedenlerle temyiz eden davacı yararına **BOZULMASINA**, ödedikleri temyiz peşin harçlarının istek halinde temyiz eden taraflara geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren ... gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine11.05.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SÖZLEŞME DIŞI İŞLER • KDV ÖDEMESİ

ÖZET: İmalat bedelinin tanık beyanlarıyla tespiti mümkün olmayıp, işin yapıldığı yılın piyasa rayıçlarına göre belirlenmesi gerekir.

Piyasa fiyatlarının içerisinde KDV'nin de bulunduğu kabul edilmelidir.

Y. 15 HD., E. 2016/2096, K. 2017/2093, T. 17.5.2017

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak ile ilgili yapılan icra takibine itirazın iptâli talebine ilişkin olup mahkemece davanın kısmen kabulüne dair verilen karar, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı davasında aralarında düzenlenen sözlü anlaşmaya göre davaya yaptığı imalâtlar nedeniyle olan alacağının ödenmediğini, yaptığı icra takibine de itiraz ettiğini belirterek davalının takibe itirazının iptâline takibin devamına karar verilmesini istemiş, davalı savunmasında davacı ile aralarında apartman merdivenlerinin mermer yapılması konusunda anlaşma yapıldığını, yapılan pazarlıkta bedelin600,00 TL olarak kararlaştırıldığını, buna rağmen davacının sonradan malzeme fiyatlarının yükseldiğini beyan ederek300,00 TL talep ettiğini, bu rakamı da kabul etmelerine rağmen imalâtı kararlaştırılan şekilde bütün parça mermer yerine parça mermer kullanarak yaptığı gibi merdiven basamaklarını farklı yüksekliklerde yaptığını, sonradan düzenlediği faturayı tebliğ etmeden icra takibine koyduğunu, anlaşmanın KDV dahil300,00 TL iken faturanın900,00 TL + KDV olarak düzenlendiğini, işin tam olarak yapıp teslim edilmediğini belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiş, mahkemece bilirkişi raporu ve tanık beyanlarına göre taraflar arasındaki anlaşmanın bedelinin900 TL + KDV olduğu, 414,70 TL eksik kusurlu imalât bedelinin mahsubu ile davanın600,30 TL üzerinden kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasında akdî ilişkinin kurulduğu ihtilâfsız olup ihtilâf, imalâtın bedeli ile ilgilidir. Mahkemenin kabulünün aksine imalât bedelinin tanık beyanları ile saptanması mümkün olmayıp işin yapıldığı tarih itibarıyla yürürlükte olan 818 sayılı BK'nın 366. maddesine göre yapıldığı yıl piyasa rayıçlarına göre mevcut hali ile yani ayıp ve eksiklerde dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Ayrıca Dairemizin yerleşmiş uygulamalarına göre piyasa fiyatlarının içerisinde KDV'nin de dahil olduğu kabul edilmektedir. Mahkemece bilirkişiden alınacak ek raporla imalâtın bedelinin

yapıldığı yıl piyasa rayicine göre belirlenip kanıtlanacak ödemelerin mahsubu ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken bu konuda bedelin tanık beyanlarına göre saptanıp karar verilmesi doğru olmadığı gibi kısa karar ile gerekçeli kararda çelişki yaratacak şekilde ve HMK'nın 294-297. maddelerine aykırı olarak kısa kararda miktar belirtilmeksizin sadece kısmen kabul kararı verilip gerekçeli kararda miktarın belirtilmiş olması kabul şekli itibarıyla doğru olmamış, bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın davalı yararına **BOZULMASINA**, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere17.05.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

SÖZLEŞME DIŞI İŞLER • GÖTÜRÜ BEDELLİ İŞLER • KDV ÖDEMESİ

ÖZET: İş sahibinin talimatı olmadan ya da talimatıyla yapılan sözleşme dışı işlerin bedeli vekletsiz iş görme hükümleri gereğince yükleniciye ödenecektir.

Ayrıca KDV belirtilmemiş ise, götürü bedelli işlerde KDV bedelin içerisinde.

Y. 15 HD., E. 2016/700, K. 2017/2235, T. 24.5.2017

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmakta olup sözleşme gereği yapılan imalât nedeniyle hakedilen bedelin ödenmeyen kısmı ve sözleşme dışı imalât bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece ... yönünden açılan davanın husumet nedeniyle reddine, ... hakkındaki davanın kısmen kabulüne dair verilen karar, davalı ... vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı ... vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir.

Davacı ile davalı ... arasında08.2005 başlangıç2005 bitiş tarihli inşaat sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşmede inşaatın malzemeli olarak yapılacağı kararlaştırılmış ve nelerin yapılacağı da belirtilmiştir.

Bedel toplam olarak kararlaştırılmış olup 45.000,00 TL'dir. Bu bedele ayrıca KDV ekleneceğine dair sözleşmede hüküm bulunmamaktadır.

Davacı, davasında sözleşme kapsamındaki işleri yaptığı gibi sözleşme dışı imalâtlar yaptığını da ileri sürerek bunların bedelini talep etmektedir. Ancak sözleşme dışı işlerin neler olduğunu açıklamamıştır.

Sözleşme, götürü bedelli olduğundan yapıldığı tarihteki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 365. maddesi hükmünce yüklenici işi kararlaştırılan bedelle tamamlayıp teslim etmek zorunda olup, daha fazla emek ve zaman harcanmasını gerektirse bile bedelin artırılmasını isteyemez. Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında götürü bedelli işlerde hakedilen bedelin; sözleşmedeki işlerden gerçekleştirilen imalâtın sözleşmeye göre işin tamamına göre fiziki oranı tespit ve bu oranın götürü bedele uygulanmak suretiyle hesaplanacağı ve götürü bedelli işlerde sözleşmede ayrıca KDV ödeneceği kararlaştırılmamışsa KDV götürü bedel içerisinde olacağından ayrıca hesaplanacak bedele KDV eklenmeyeceği kabul edilmektedir.

Yine sözleşme dışı imalât; eser sözleşmesi ilişkisinde sözleşme kapsamı dışında iş sahibinin yararına olarak iş sahibinin talimatı ile ya da talimat olmaksızın işin gereği olarak yüklenici tarafından gerçekleştirilen imalât olarak tanımlanmakta ve bedelinin işin yapıldığı ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 413 ve devamı maddelerinde düzenlenen vekâletsiz iş görme hükümleri gereğince yapıldığı yıl mahalli piyasa rayıçlarıyla hesaplanması gerekmektedir. Mahalli piyasa rayıçlarının içerisinde KDV'de bulunacağından bu şekilde bulunacak iş bedeline de ayrıca KDV eklenmeyecektir. Davacı tarafca sözleşme kapsamı ve dışındaki işlerle ilgili davalı iş sahibinin 42.000,00 TL ödediği kabul edilmiş, savunmada belirtilen 49.000,00 TL'lik ödemenin000,00 TL'lik kısmı kabul edilmemiştir. Davalı iş sahibince de kabul edilmeyen bu000,00 TL'lik ödeme yönünden yazılı delil sunulmamış, 02.....2011 tarihli delil listesinin maddesinde "Diğer bilcümle kanuni deliller" denilmek suretiyle ve dava HMK'nın yürürlüğe girdiği 01.....2011 tarihinden önce açıldığından o dönemdeki ...'ın yerleşmiş içtihat ve uygulamalarına göre yemin deliline de dayanmış olduğu kabul edilerek davalı ...'ın ispatlanmayan000,00 TL ödemeye ilgili davacıya yemin yöneltme hakkının bulunduğu hatırlatılmamıştır.

Bu durumda mahkemece davacıya öncelikle sözleşme dışı olduğunu ileri sürdüğü işlerin nelerden ibaret olduğunu sorularak açıklattırılması, bundan sonra hükme esas raporu düzenleyen inşaat bilirkişisinden; yapılan keşif, delil tespit dosyasındaki bulgular ve dosya kapsamına göre sözleşme dışı imalât yapıp yapılmadığını da değerlendirerek sözleşme kap-

samındaki işlerle ilgili gerçekleştirilen imalâtın sözleşmenin tamamına göre fiziki oranı tespit ettirilip bu oranın 45.000,00 TL götürü sözleşme bedeline uygulanarak, sözleşmekapsamında hakedilen imalât bedeli, yapılan inceleme ve değerlendirme ile davacının iddia ettiği sözleşme dışı işleri yaptığı ve bunların davalı iş sahibi yararına olduğundan belirlenmesi halinde yapıldığı 2005 yılı mahalli piyasa rayiçleriyle bedeli hesaplatılarak bu şekilde sözleşme kapsamı ve dışında davacının hakettiği bedel konusunda gerekçeli ve denetime elverişli ek rapor alınmalıdır.

Bu arada az yukarıda değinildiği gibi davalı iş sahibi ...'ın davacı tarafca kabul edilmeyen ve yazılı delille kanıtlayamadığı000,00 TL ödemeye ilgili davacıya yemin yöneltme hakkı olduğu hatırlatılarak sonucuna göre davalı işsahibi ...'ın yaptığı toplam ödeme miktarının ne olduğu belirlenmeli ve davacının hakettiğisözleşme kapsamı ve dışındaki iş bedelinden bu şekilde kanıtlanacak toplam ödeme miktarı düşülerek dava sonuçlandırılmalıdır.

Mahkemece bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür.

SONUÇ

Yukarıda bentte açıklanan nedenlerle davalı ...'ın diğer temyiz itirazlarının reddine, bent uyarınca kabulüyle hükmün davalı ... yararına BOZUMASINA, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalı ...'a geri verilmesine, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren ... gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine 24.05.2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

HIRSIZLIK SİGORTASI • SİGORTACININ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

ÖZET: Evin pencerelerinde zorlama olmadan eve girilmiş olması hırsızlık sigortacısı şirketin tazminat ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Y. 17.HD. E: 2014/1993 K: 2016/3461 T:17/03/2016

Davacı vekili, müvekkiline ait evde hırsızlık olayı neticesi çelik kasanın, değerli ipek halısı ve gümüş çatal-bıçak takımının çalındığını, davacının eve döndüğünde pencerenin açık olduğunu ve mutfak balkon kapısından bir kısım eşyalar ile kasanın götürülmüş olduğunu görerek bildirmesiyle yapılan inceleme sonucu hırsızların 30 cm. civarındaki açık mutfak panjurundan kapalı vaziyetteki mutfak camını bir şekilde açmak suretiyle eve girdiklerini ve bu şekilde hırsızlık olayını gerçekleştirdikleri, müvekkiline ait konutun davalı sigorta şirketinden Evim Paket Poliçesi ile sigortalı olduğunu, poliçenin genel şartları ve gerekse özel şartlarına göre hırsızlığın teminat altına alınan risklerden olan tamamı üzerinde olmasa da %20'sine karşılık gelecek şekilde zararın teminat altına alındığının bildirildiğini, müvekkiline ait evde değerli eşyaların kapalı ve kilitli kasa içerisindeyken çalındığını ayrıca müvekkilinin 2 adet köpeğini, evinin güvenliğini sağlamak üzere ayrıca önlemini almış olmasına rağmen hayvanlara ilaç verildiği hususunun tespit edildiğini belirterek fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kasada bulunan ve kasayla birlikte çalınan altınların toplam değeri 46.750,00-TL'nin %20'si 9.350,00-TL, halıların toplam değeri 140.000,00-TL'nin %20'si 28.000,00-TL ve çalınan gümüş çatal bıçak takımı ve künyeler için 2.650,00-TL ile birlikte toplam 40.000,00-TL'nin riskin gerçekleştiği tarihten itibaren davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili, yapılan araştırma ve incelemelerde sigortalı taşınmazda gündelikçi olarak çalışan de açık kabul ve ikrarında olduğu ve ayrıca tutanağa geçtiği üzere riziko tarihi olan 03/04/2012 tarihinde konutun zemin kat mutfak penceresi önündeki elektrikli panjur yarım olarak açık bırakılmış, ayrıca kolu daha önceden kırık sürme pencerenin kilitsiz durumda olduğunun öğrenildiği, buna göre hırsızlığın kilitsiz durumdaki mutfak sürme PVC doğramanın kolaylıkla sürülerek açılmak ve konut içerisine girilmek suretiyle meydana geldiğini, sigortalı konut bahçesinin

150 cm.yükseklikte bahçe duvarı ve ferforje demir ile çevrili olduğu, hırsızlık hadisenin meydana geldiği sırada bahçe kapısının kilitli olmadığı, yine hırsızın girdiği yer olarak beyan edilen zemin kat mutfak penceresi ve elektrikli panjur üzerinde herhangi bir zorlama izi bulunmadığı, sigortalıyla yapılan görüşmede pencere kolunun hırsızlık hadisesinden önceki bir tarihte kırılmış olduğu bu nedenle kilitlenmeden kullanıldığının öğrenildiğini, ayrıca kasanın mevcudiyetinin net olarak anlaşılamadığını, hırsızlık sigortası genel şartlarının A.1'e göre genel şartlarda belirtilen tariflere uymayan açık olan panjur ve arkasındaki kilitsiz penceresinin kolayca açılarak konut içerisine girilmek suretiyle gerçekleştirilen, hasar talebinin teminat harici olarak değerlendirildiğini, ayrıca hasarı kabul anlamına gelmemek kaydıyla çalındığı beyan edilen kıymetlere ait fatura ve sahiplik belgelerinin de sunulamadığını bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davaya kaynak teşkil eden hırsızlık olayının sigorta poliçesi teminatı dahilinde olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, evim paket sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki çekişme, meydana gelen hırsızlığın sigorta poliçesi teminatı kapsamında olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Rizikonun teminat dışında kaldığına ilişkin iddianın öncelikle sigortacı tarafından kanıtlanması gerekmektedir. Davaya konu evin kapısı ve bahçe kapısının hırsızlık olayından önce kilitlendiği evin hizmetlisi B tarafından beyan edilmekle ve hırsızlık olayı nedeni ile evin kapı ve pencerelerinin zorlanmadığından ve poliçe kapsamında olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, 17/03/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DEĞER KAYBI • ARAÇ HASARI

ÖZET: Dosya kapsamına göre dava konusu aracın 06.05.2009, 27.09.2010 ve 15.12.2011 tarihlerinde karıştığı maddi hasarlı trafik kazası sonucu ön panjur, ön tampon, sol ön çamurluk ve son olarak ön taraflarından hasar gördüğü anlaşılmaktadır. Dava konusu kazada ise arka tarafından hasar görmüştür. Hükme esas alınan 30.11.2015 tarihli bilirkişi raporunda; aracın rayiç bedeli belirlenirken yukarıda sayılan önceki hasarlar göz önünde bulundurulmadan, irdelenmeden aracın olay tarihindeki hasarsız piyasa değerine tespit yapıldığı görülmüştür. Eksik inceleme ile hüküm kurulamaz.

Y.17. HD. E: 2016/3033 K: 2016/6236 T: 23/05/2016

Davacı vekili; davalı ...Ş.'ne ait ve davalı ...'in sevk ve idaresinde iken müvekkiline ait araca çaptığını, ve araçta maddi hasar meydana geldiğini belirterek 1.750,00.-TL araç değer kaybı ile 2.805,00.-TL aracın kullanılmamasından doğan maddi zarar olmak üzere toplam 4.555,00 TL alacağın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı ...Ş. vekili; dava konusu olayda müvekkili şirket adına kayıtlı olan aracın herhangi bir kusurunun olmadığını, davacı tarafından talep edilen alacağın fahiş olduğunu, belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre, davanın kısmen kabulü ile 1.750,00.-TL değer kaybı, 1.275,00.-TL iş gücü kaybı olmak üzere toplam 3.025,00.-TL tazminatın kaza tarihi olan 20.04.2013 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine, davacı tarafın işgücü kaybına ilişkin fazlaya ilişkin taleplerin reddine 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 ve usulsüzlük bulunmamasına göre; davalı ...vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat istemine ilişkindir.

Dosya kapsamına göre dava konusu aracın 06.05.2009, 27.09.2010 ve 15.12.2011 tarihlerinde karıştığı maddi hasarlı trafik kazası sonucu ön panjur, ön tampon, sol ön çamurluk ve son olarak ön taraflarından hasar gördüğü anlaşılmaktadır. Dava konusu kazada ise arka tarafından hasar görmüştür. Hükme esas alınan 30.11.2015 tarihli bilirkişi raporunda; aracın rayiç bedeli belirlenirken yukarıda sayılan önceki hasarlar göz önünde bulundurulmadan, irdelenmeden aracın olay tarihindeki hasarsız piyasa değerine tespit yapıldığı görülmüştür. Eksik inceleme ile hüküm kurulamaz.

Bu durumda mahkemece, aynı bilirkişiden, araçtaki hasarlar, aracın modeli, özellikleri, olay tarihindeki yaşı, ve özellikle daha önce birkaç kez hasara uğramış araçta değer kaybı oluşup oluşmayacağı konusunda davacı tarafın iddiaları, davalı tarafın savunmaları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek davacı aracının olay tarihindeki hasarsız emsali ile hasarlı ve onarılmış emsalinin piyasa rayiç değerlerine göre, araçtaki değer kaybı zararının belirlenmesi hususunda ayrıntılı, gerekçeli, denetim elverişli ek rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı ...vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı ...vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı ...ye geri verilmesine 23/05/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DEĞER KAYBI • ARAÇ HASAR BEDELİ

ÖZET: davacının talep ettiği değer kaybı zararı belirlenirken yapılması gereken, aracın kaza tarihi itibarıyla serbest piyasa koşullarına göre hasarsız haldeki 2. el değerinin belirlenmesi ve aracın tamir edilmesinden sonra, aracın yaşı, hasar miktarı ve hasarlı kısımların özelliği dikkate alındığında yine serbest piyasa koşullarında 2. el değerinde ne kadarlık bir azalma olacağını belirlenmesinden ibarettir. Bu durumda mahkemeye, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında araçtaki değer kaybının tespiti hususunda yeniden bilirkişi raporu alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

Y. 17 HD. E: 2016/6839 K: 2016/8361 T: 29/09/2016

Davacı vekili, müvekkiline ait P marka 997911 model 2011 yılı ürettiği aracıyla 27/08/2013 tarihinde seyir halindeyken davalı araç sürücüsü ... tarafından dönüşe yasaklanan bölgede U dönüşü yapılmak istenirken müvekkilinin duramadığını, kazanın davalı sürücünün tam kusuruyla meydana geldiğini, kaza sonucunda müvekkili araçta meydana gelen hasarın davalı ... tarafından giderildiğini, ancak aracın modeli ve yaşına göre kazadan önceki haliyle kazadan sonraki halinin her ne kadar tamir edilmiş olsa da aynı olmadığını, aracın özellikleri ve kaza esnasındaki hasar oranında araçta değer kaybının meydana geldiğini, müvekkiline ait aracın Lüks ve yeni araç kategorisinde olduğunu, kaza nedeniyle uğradığı değer kaybı ve zararının giderilmediğini belirterek fazlaya ilişkin talep ve dava haklarını saklı tutarak 20.000,00 TL'nin davalı sürücü ... den kaza tarihinden itibaren yasal faiziyle, davalı işleten şirketten kaza tarihinden itibaren avans faiziyle birlikte, diğer davalı ... şirketinden de poliçe teminat limitiyle sınırlı olmak üzere temerrüte düştüğü tarihten itibaren işleyecek temerrüt faiziyle birlikte müşterek ve müteselsilen tahsilini talep etmiştir. Davalı ... vekili, 18.658,05 TL hasar bedelinin 24/09/2013 tarihinde onarımı gerçekleştiren ... Otomotive ödendiğini, müvekkilinin kaza nedeniyle poliçe teminat limitinin 22.500,00 TL ile sınırlı olduğunu, kazanın meydana gelmesinde tarafların kusur oranlarının bilirkişi incelemesiyle tespit edilmesi gerektiğini, davacının talep edebileceği hasar bedelinin gerçek

zarar ile sınırlı olduğunu, davacı yanın dilekçesinde belirtmiş bulunduğu ve talep ettiği 20.000,00 TL değer kaybı zararının fahiş olduğunu, sebep-siz zenginleşmeye neden olacak nitelikte olduğunu, şayet kaza nedeniyle değer kaybı söz konusu ise bu durumun uzman bilirkişiler tarafından tespitinin zorunlu olduğunu, davacının kaza tarihinden itibaren faiz talebinin doğru olmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalılar ... Otomatik Kapı Kepenk ve Panjur Sistemleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. ve ... vekili, kazanın meydana gelmesinde davacı sürücü ...'ın asli ve birinci derecede kusurlu olduğunu, müvekkilinin dönüşe yasak bölgede U dönüşü yaptığı iddiasının doğru olmadığını, davacı sürücünün aşırı hızdan kaynaklı, şeridinden çıkarak kazaya kendi kusuruyla sebebiyet verdiğini, zararının giderildiğini, değer kaybı tazminine ilişkin talebin doğru olmadığını, müvekkilinin herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığını, herhangi bir değer kaybının söz konusu olmadığını, şayet böyle bir değerlendirme yapılacaksa aracın bulunduğu İstanbul'un da güncel şartlarının gözönünde bulundurulması ve ikinci el piyasa teammüllerinin araştırılarak bu oranın tespitinin gerektiğini, ayrıca aracın mali sorumluluk poliçesinde zorunlu mali sorumluluğun ...olduğunu, ayrıca ihtiyari mali mesuliyet sigortası poliçesinin de ... Anonim Türk Sigorta Şirketine sigortalı olduğunu, davanın bu sigorta şirketine ihbarına karar verilmesini talep ederek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacı vekili ve davalılar ..., ... Otomatik Kapı Kepenk ve Panjur Sistemleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde ve özellikle, oluşa uygun olarak düzenlenen uzman bilirkişi raporunda belirtilen kusur oranının hükme esas alınmasında bir usulsüzlük bulunmamasına göre, davacı vekili ve davalılar ..., Otomatik Kapı Kepenk Ve Panjur Sistemleri Sanayi Ve Ticaret Ltd. Şti. vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazası nedeniyle araçta meydana gelen değer kaybınının tazmini istemine ilişkindir.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, aracın 2. el piyasa değeri üzerinden oranlama yöntemiyle %3'lük miktarın 13.467,00 TL olduğu, kazada karşı tarafın %65 lik kusur durumuna karşılık gelen araç değer kaybı-

nın $0,65 \times 13.647,00 = 8.753,55$ TL olduğu belirtilmiştir. Oysa, davacının talep ettiği değer kaybı zararı belirlenirken yapılması gereken, aracın kaza tarihi itibarıyla serbest piyasa koşullarına göre hasarsız haldeki 2. el değerinin belirlenmesi ve aracın tamir edilmesinden sonra, aracın yaşı, hasar miktarı ve hasarlı kısımların özelliği dikkate alındığında yine serbest piyasa koşullarında 2. el değerinde ne kadarlık bir azalma olacağını belirlenmesinden ibarettir. Bu durumda mahkemece, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında araçtaki değer kaybının tespiti hususunda yeniden bilirkişi raporu alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yetersiz bilirkişi raporu benimsenerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

3-Davalı ..., zarara neden olan aracın trafik sigortacısıdır. 2918 Sayılı KTK'nin 99/1 maddesi ile Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B.2 maddesi gereğince trafik sigortacısının zarar giderim yükümlülüğünün süresi, rizikonun ihbarı ve gerekli belgelerin sigortacıya ileildiği tarihten itibaren 8 işgünü olarak belirlenmiştir.

Bu durumda mahkemece, davacı vekilinden davalı ... şirketine usulüne uygun olarak başvuru yapıp yapılmadığının sorulması, başvuru mevcutsa başvurunun tebliğine ilişkin belgelerin istenip ibraz edildiğinde tespit edilecek tarihe 8 iş günü eklenmek suretiyle bulunacak tarihten, başvuru yoksa dava tarihinden itibaren davalı ... şirketinin temerrüt faizinden sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması isabetli görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekili ve davalılar ..., ... Otomatik Kapı Kepenk Ve Panjur Sistemleri Sanayi Ve Ticaret Ltd. Şti. vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2)ve (3) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekili ve davalılar ..., ... Otomatik Kapı Kepenk ve Panjur Sistemleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacı ve davalılar ..., ... Otomatik Kapı Kepenk ve Panjur Sistemleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'ne geri verilmesine 29/09/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK KAZASI • TEDAVİ GİDERLERİ

ÖZET: Sigorta şirketi, motorlu aracın işletilmesinden kaynaklanan kaza nedeniyle zarar görenlerin tedavisi için ödenen giderleri zorunlu olarak teminat altına alır. Sigorta şirketinin, işleten ve sürücünün yasadan ve sözleşmeden doğan bu yükümlülüğü, 6111 sayılı yasa ile getirilen düzenleme ile sona erdirilmiş bulunmaktadır. 2918 sayılı Yasa'nın 98. maddesinde belirtilen tedavi giderleri yönünden sorumluluğun dava dışı Sosyal Güvenlik Kurumu'na geçtiğine kuşku yoktur. Buna karşın belgesiz tedavi giderlerinden sigorta şirketinin, işleten ve sürücünün sorumlulukları devam etmektedir.

Y. 17 HD E: 2014/22684 K: 2017/4431 T: 24/04/2017

Davacı vekili; 26.02.2009 günü davalı şirkete zorunlu trafik sigortası ile sigortalı, dava dışı maliki ve velayeti altında bulunan ... sürücüsü olduğu motosiklet ile neden olduğu kazada davacı üniversitede araştırma görevlisi olarak çalışan ... yaralandığını, 27.047,33 TL tutarındaki tedavi giderlerinin kurumlarından tahsil edildiğini, dava konusu tutarın tahsili için Ankara 5. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2010/15 esas sayılı dosyasında davalı işleten ve sürücüye karşı dava açıldığını belirterek bahsi geçen dosya davalıları ile davalı ... şirketi arasında dava arkadaşlığı bulunduğu gözetilerek ile davanın birleştirilmesine ve 27.047,33 TL tutarındaki tedavi giderlerinin birleştirilen dosyalar davalılarından müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili; meydana gelen zararların poliçe limiti dahilinde sigortalı araç sürücüsünün kusuru oranında ve gerçek zararın tazmini ile sınırlı olduğunu, tedavi masrafları bakımından son yasal düzenlemeler çerçevesinde sağlık hizmet bedellerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanması gerektiğini ve sigorta şirketlerinin sorumluluğunun bulunmadığını beyan ederek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, 6111 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle trafik kazası nedeniyle ödenmemiş tedavi giderlerinin Sosyal Güvenlik Kurumunca ödenmesi gerekeceği gerekçesiyle davacının talebi yerinde görül-

meyerek davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava trafik kazası nedeniyle yaralanmadan kaynaklanan tedavi gideri ödemesinin rücuen tahsili istemine ilişkindir.

Yargılama sırasında 25.02.2011 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 13.02.2011 tarihli 6111 Sayılı Yasa'nın 59. maddesi ile 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 98. maddesi değiştirilmiş, buna göre "trafik kazaları nedeniyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer resmi ve özel sağlık kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedellerinin kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal

Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağı", Yasanın geçici 1. maddesi ile de "Bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce meydana gelen trafik kazaları nedeniyle sunulan sağlık hizmet bedellerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağı, sözkonusu sağlık hizmet bedelleri için bu Kanun'un 59. maddesine göre belirlenen tutarın %20'sinden fazla olmak üzere belirlenecek tutarın üç yıl süreyle ayrıca aktarılmasıyla anılan dönem için ilgili sigorta şirketleri ve Güvence Hesabının yükümlülüklerinin sona ereceği," öngörülmüştür.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91. maddesi ve Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları A-1. maddesinde, sigortacı poliçede belirtilen aracın işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre işletene düşen hukuki sorumluluğu zorunlu sigorta limitlerine kadar temin edeceği, düzenlenmiştir. Karayolları Trafik Kanununa göre, zorunlu mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorunludur.

Sigorta şirketi, motorlu aracın işletilmesinden kaynaklanan kaza nedeniyle zarar görenlerin tedavisi için ödenen giderleri zorunlu olarak teminat altına alır. Sigorta şirketinin, işleten ve sürücünün yasadan ve sözleşmeden doğan bu yükümlülüğü, 6111 sayılı yasa ile getirilen düzenleme ile sona erdirilmiş bulunmaktadır. 2918 sayılı Yasa'nın 98. maddesinde belirtilen tedavi giderleri yönünden sorumluluğun dava dışı Sosyal Güvenlik Kurumu'na geçtiğine kuşku yoktur. Buna karşın belgesiz tedavi giderlerinden sigorta şirketinin, işleten ve sürücünün sorumlulukları devam etmektedir.

Yukarıda açıklanan yasal düzenlemelere göre, 2918 sayılı Yasanın 98. maddesinde belirtilen tedavi giderleri yönünden sorumluluk "Sosyal Güvenlik Kurumu'na" geçtiğinden eldeki davada yasal hasımın "Sosyal Güvenlik Kurumu" olması gerekir.

Somut olayda ödeme yapılan tedavi giderlerinin Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sorumluluğuna esas nitelikte olduğu anlaşıldığından, "Sosyal Güvenlik Kurumu"nun davaya dahil edilmesi, davacı tarafından talep edilen 2918 sayılı Yasanın 98. maddesi kapsamında tedavi giderleri yönünden Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sorumluluğunun tespit edilmesi konusunda bilirkişi raporu aldirılıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken davacının yaptığı ödemenin 6111 sayılı yasa kapsamında yanlış değerlendirilerek eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 24/04/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DESTEKLİK TAZMİNATI

KAZANÇ HESAPLAMA YÖNTEMİ

ÖZET: Bir aylık asgari ücretin miktarı ayın kaç gün çektiğine göre değişmemekte olup, 28 gün çeken ayda da 31 gün çeken ayda da çalışana aynı miktarda aylık ödeme yapılmakta, ancak çalışmanın bir ayın altında kalması halinde günlük ücretin bulunması suretiyle hesaplama yapılması gerekmektedir. Hal böyle iken bilirkişi tarafından her yıl için fazladan hesaplama yapılmış olması doğru da görülmemiş, bozma sebebi yapılmıştır. Destek, kaza tarihinde 18 yaşında olup hükme esas alınan hesap bilirkişi raporunda 18 yaşından itibaren davacı anneye destek olacağı kabul edilmiş ise de, adı geçen murisin askerlik çağına geldiğinde askerlik vazifesinin de zorunlu olduğu gözetilerek askere gideceği ve ayrıca askerlik dönüşü belli bir süre sonra iş bularak çalışmaya başlayabileceği, dolayısıyla bu dönemlerde gelir elde edemeyeceği hususlarının göz önünde bulundurulması gerekir.

Y. 17 HD. E: 2014/24286 K: 2017/4299 T:20/04/2017

Davacılar vekili, müvekkillerin oğlu Anın davalıya trafik sigortalı aracı sevk ve idare ederken 12/08/2011 tarihinde meydana gelen çift taraflı ölümlü ve maddi hasarlı trafik kazasında vefat ettiğini, her ne kadar aracın işleteni aynı zamanda müvekkil Emrul olsa da dava ölenin salt mirasçısı sıfatı ile değil destekten yoksun kalan kişi sıfatı açıldığını belirterek fazlaya ilişkin haklarının saklı kalmak kaydıyla şimdilik 500.00 TL davacı ... için 500.00 TL davacı ... için olmak üzere toplam 1.000,00 TL destek tazminatının kaza tarihi olan 12/08/2011 tarihinden itibaren reeskont faizi ile davalıdan tahsilini talep etmiş, ıslahla talebini yükseltmiştir.

Davalı, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre;

davanın kabulü ile; davacı ... için 500.00 TL'nin dava tarihinden 21.501,11 TL'nin ıslah tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, davacı ... için 500.00 TL'nin dava tarihinden 22.503,23 TL'nin ıslah tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-)Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeven sair temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.

2-)Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın "Sigortanın Kapsamı" başlıklı A-1. maddesindeki, "Sigortacı, bu poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermesinden dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre işletene düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder" şeklinde düzenlemesi karşısında, araç işleteni olan (sigortalı) davacı ...'in, kendisinin üçüncü kişilere karşı hukuki sorumluluğunu teminat altına alan davalı ... şirketinden tazminat talep edemeyeceği gözden kaçırılarak yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

3-)Davalı vekilinin davacı ... lehine hükmedilen tazminata dair temyiz itirazlarının incelenmesinde;

a) Hükme esas alınan bilirkişi raporunda bir aylık asgari ücretin 30'a bölünmesi suretiyle asgari ücretin günlük net miktarı bulunmuş, bu rakamın da 365 ile çarpılması suretiyle yıllık gelir bulunmuş ve bu rakam üzerinden hesaplama yapılmıştır. Oysa malum olduğu üzere, bir aylık asgari ücretin miktarı ayın kaç gün çektiğine göre değişmemekte olup, 28 gün çeken ayda da 31 gün çeken ayda da çalışana aynı miktarda aylık ödeme yapılmakta, ancak çalışmanın bir ayın altında kalması halinde günlük ücretin bulunması suretiyle hesaplama yapılması gerekmektedir. Hal böyle iken bilirkişi tarafından her yıl için fazladan hesaplama yapılmış olması doğru da görülmemiş, bozma sebebi yapılmıştır.

b)Muris Abdullah kaza tarihinde 18 yaşında olup hükme esas alınan hesap bilirkişi raporunda 18 yaşından itibaren davacı annesi Hayri'ye ye 23 yıl 4 ay 11 gün süreyle destek olacağı kabul edilmiş ise de, adı geçen

murisin askerlik çağına geldiğinde askerlik vazifesinin de zorunlu olduğu gözetilerek askere gideceği ve ayrıca askerlik dönüşü belli bir süre sonra iş bularak çalışmaya başlayabileceği, dolayısıyla bu dönemlerde gelir elde edemeyeceği hususlarının göz önünde bulundurulması gerekirken, bilirkişi raporunda bu yönde herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Eksik inceleme ile karar verilemez. Bu durumda mahkemece belirtilen hususlarda aynı hesap bilirkişisinden ek rapor aldırılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının REDDİNE, (2), (3) ve (4) numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine 20/04/2017 gününde oybirliği ile karar verildi.

DESTEK KUSURU

DESTEKLİK TAZMİNATI ALACAK YAKINLAR

ÖZET: Şu hale göre; araç sürücüsü murisin, ister kendi kusuru ister bir başkasının kusuru ile olsun salt ölmüş olması, destekten yoksun kalanlar üzerinde doğrudan zarar doğurup; bu zarar gerek Kanun gerek poliçe kapsamıyla teminat dışı bırakılmamış olmakla, davacıların hakkına, desteklerinin kusurunun olması etkili bir unsur olarak kabul edilemez ve destekten yoksunluk zararından kaynaklanan hakkın sigortacıdan talep edilmesi olanaklıdır. Sigortalı araç sürücüsünün yakınlarının uğradıkları destek zararlarının trafik sigortacısının sorumluluğu kapsamı dışında kaldığına ilişkin Kanunda ve buna bağlı olarak poliçede açık bir düzenleme bulunmadığı da uyuşmazlık konusu değildir.

Y. 17. HD. E: 2014/23973 K: 2017/4287 T: 20/04/2017

Davacılar vekili, 25/08/2008 tarihinde davacıların murisi ... sevk ve idaresindeki davalıya trafik sigortalıplakalı aracın şarampole düşmesi sonucunda öldüğünü, müvekkillerinin kaza nedeni ile maddi ve manevi zarara uğradığını, 20.000,00 TL destekten yoksun kalma tazminatının kaza tarihinden itibaren bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz ile birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece yapılan değerlendirme sonucunda, kazanın meydana gelmesinde davacılar desteğinin tamamen kusurlu olduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 91/1. Maddesinde, "İşleten-

lerin, bu kanunun 85/1 maddesine göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur"; 85/1 maddesinde, "Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün ünvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar."; 85/son maddesinde ise, "işleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur." hükümlerine yer verilmiş, Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının A-1. maddesinde de, "Sigortacı bu poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermesinden dolayı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na göre işlete-ne düşen hukuki sorumluluğu, zorunlu sigorta limitlerine kadar temin eder" şeklinde ifade edilmiştir.

Yukarıda açıklanan madde hükümlerinden, Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'nın; motorlu bir aracın karayolunda işletilmesi sırasında, bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına neden olması halinde, o aracı işletenin zarara uğrayan 3. kişilere karşı olan sorumluluğunu belli limitler dahilinde karşılamayı amaçlayan ve yasaca yapılması zorunlu kılınan bir zarar sigortası türü olduğu anlaşılmaktadır.

Motorlu araçların işletilme tehlikesine karşı, zarar gören üçüncü şahısları korumak amacıyla getirilmiş olan bu düzenleme ile öngörülen sorumluluğun bir kusur sorumluluğu olmayıp, sebep sorumluluğu olduğu, böylece araç işletenin sorumluluğunun sebep sorumluluğunun ikinci türü olan tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunduğu öğretide ve yargısal içtihatlarla kabul edilmektedir (Fikret Eren, Borçlar Hukuku, 9. Bası, s. 631 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genişletilmiş 10. Baskı, s. 264 vd).

Kanun koyucu, 2918 sayılı KTK'nın 91. maddesiyle de; işletenin Aynı Kanunun 85. maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası (Karayolları

Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası) yaptırmaz sorumluluğunu getirmiştir. Hemen belirtilmelidir ki, işletenin sorumluluğu hukuki nitelikçe tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunmakla, işletenin hukuki sorumluluğunu üstlenen zorunlu sigortacının 91. maddede düzenlenen sorumluluğu da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Öyle ise, hem işleten hem de sigortacının sorumluluğu, hukuki niteliği itibariyle tehlike sorumluluğuna ilişkin bulunduğundan, uyumsuzluğun bu çerçevede ele alınıp, çözümlenmesi gerekmektedir.

Karayolları Trafik Kanununda zorunlu trafik sigortasına ilişkin olarak, sorumluluğun kapsamı yanında, bu kapsam dışında kalan haller de açıkça düzenlenmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Dışında Kalan Hususlar" başlıklı 92. maddesinde:

"Aşağıdaki hususlar, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadırlar.

a) İşletenin; bu Kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler,

b) İşletenin; eşinin, usul ve furuunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler,

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

d) Bu Kanunun 105 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre zorunlu mali sorumluluk sigortasının teminatı altında yapılacak motorlu araç yarışlarındaki veya yarış denemelerindeki kazalardan doğan talepler,

e) Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar,

f) Manevi tazminata ilişkin talepler. "hükmü ile, zorunlu trafik sigortacısının hangi zararlardan sorumlu olmadığı düzenleme altına alınmış; burada örneğe yoluna gidilmeyip; tek

tek ve tahdidi olarak sorumlu olunmayan haller sıralanmıştır. Bu noktada üzerinde durulması gereken hususlardan birisi de, 2918 sayılı KTK'nın 92/b maddesinde yer alan "İşletenin; eşinin, usul ve furuunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri taleplerin zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında olduğuna" ilişkin hükümdür.

Bu hükümle kanun koyucu; tehlike sorumlusu zorunlu mali sorumluluk sigortacısının sorumluluğu kapsamından sadece, tehlike sorumlusu olan işletenin eşinin, usul ve furuunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararları çıkarmıştır.

Şu haliyle, anılan kişilerin mallarına gelen zararlar dışında kalan ölüm ve yaralanmaya ilişkin cismani zararlar ise sigortacının sorumluluğu kapsamında bırakılmış, böylece tehlike sorumlusunun yakınlarının dahi belirtilen anlamda sigorta kapsamında olduğu benimsenmiştir.

Durum bu olunca, işletenin; eşinin, usul ve furuunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin ölüm veya yaralanmaları halinde bundan kaynaklanan zararlarının zorunlu sigorta kapsamında olduğu kabul edilmelidir.

Araç sürücüsünün veya yakınlarının talepleri ise 92. madde kapsamında yer almamakla birlikte, sigortacının sorumluluğu kapsamında kabul edilmiştir.

Nitekim Hukuk Genel Kurulunun 15.06.2011 gün ve 2011/17-142 E, 2011/411 K sayılı ilamında, mali sorumluluk sigortası ile sigortalı araç sürücüsünün mirasçılarının açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davasında da, Kanunun kapsam dışılığı düzenleyen 92. maddesinde, araç şoförünün desteğinden yoksun kalanların isteyebileceği tazminatların kapsam dışı olduğuna dair bir düzenlemeye yer verilmediği ve sürücünün desteğinden yoksun kalanların üçüncü kişi olduğu kabul edilerek zorunlu mali sorumluluk sigortacısından tazminat talep edebilecekleri kabul edilmiştir.

Destekten yoksun kalma tazminatı, BK'nın45/II. maddesinde düzenlenmiş olup; "Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir." şeklinde hükme bağlanmıştır.

Görülmektedir ki, destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalınan zarardır. Buradaki amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Olaydan sonraki dönemde de, destek olmasa bile, onun zamanındaki gibi aynı şekilde yaşayabilmesi için muhtaç olduğu paranın ödettirilmesidir.

Şu hale göre; araç sürücüsü murisin, ister kendi kusuru ister bir başkasının kusuru ile olsun salt ölmüş olması, destekten yoksun kalanlar üzerinde doğrudan zarar doğurup; bu zarar gerek Kanun gerek poliçe kapsamıyla teminat dışı bırakılmamış olmakla, davacıların hakkına, desteklerinin kusurunun olması etkili bir unsur olarak kabul edilemez ve destekten yoksunluk zararından kaynaklanan hakkın sigortacıdan talep edilmesi olanaklıdır.

Sigortalı araç sürücüsünün yakınlarının uğradıkları destek zararlarının trafik sigortacısının sorumluluğu kapsamı dışında kaldığına ilişkin Kanunda ve buna bağlı olarak poliçede açık bir düzenleme bulunmadığı da uyumsuzluk konusu değildir.

Davacının uğradığı zarara bağlı olarak talep ettiği hak, salt miras yoluyla geçen bir hak olmayıp, bilimsel ve yargısal içtihatlarda kabul edildiği üzere destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan, asli ve bağımsız bir talep hakkıdır.

Davacının ölenin salt mirasçısı sıfatıyla değil, destekten yoksun kalan üçüncü kişi sıfatıyla dava açtığı, ölüm nedeniyle doğrudan davacı üzerinde doğan destekten yoksunluk zararının oluşumundaki kusurun davacıya yansıtılamayacağı, dolayısıyla araç sürücüsünün tam kusurlu olması halinde, desteğinden yoksun kalan davacıyı etkilemeyeceğine, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na göre, aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı davalı ... şirketi, işletenin üçüncü kişilere verdiği zararları teminat altına aldığına ve olayda işleten veya sürücü tam kusurlu olsalar bile, destekten yoksun kalan davacının da zarar gören üçüncü kişi konumunda bulunduğundan, davalı ... şirketinin sorumlu olacağına karar vermek gerekir. (HGK'nın 15.6.2011 gün ve 2011/17-142 esas-411 karar, HGK'nın 22.2.2012 gün 2011/17-787 esas 2012/92 karar, HGK'nun 16.1.2013 gün ve 2013/17-1491 Esas 2013/74 Karar sayılı ilamları uyarınca).

Somut olayda, davacılar desteğinin sürücüsü olduğu aracın zorunlu trafik sigortacısı davalı ... şirketine husumet yöneltmiştir. O halde mahkemece, davacıların kazada hayatını kaybeden araç işleteninin desteğinden yoksun kalıp kalmadıkları değerlendirilerek, destekten yoksun kaldıklarının kabulü halinde davalı ... şirketi karşısında 3. kişi olarak tazminat talebinde bulunabilecekleri kabul edilerek karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 20/04/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TRAFİK KAZASI • HATIR TAŞIMASI İNDİRİMİ

ÖZET: Hatır taşımaları bir menfaat karşılığı olmadığı cihetle, bu gibi taşımalarda BK.nın 43. maddesi uyarınca tazminattan uygun bir indirim yapılması, gerek öğretide gerekse Yargıtay İçtihatlarında benimsenmiş ve yerleşmiş bulunmaktadır. Hâkim, tazminattan mutlaka indirim yapmak zorunda değilse de, bunun dahi gerekçesini kararında tartışması ve nedenlerini göstermesi gerekir. Hatır taşımaları indirimi %20'yi geçemez.

Y. 17. HD. E 2014/21650 K: 2017/4324 T: 20/04/2017

Davacılar vekili, müvekkillerinin murisi içinde bulunduğuplaka sayılı araç ile xxxxxxxxx plakalı sayılı aracın 06/09/2007 tarihinde çarpışması sonucu meydana gelen trafik kazası sonucunda müvekkillerinin murisi ... vefat ettiğini, müvekkillerinin murisinin içinde bulunduğu plaka sayılı aracın Karayolları Motorlu Araçlar Mali Sorumluluk Poliçesinin davalı ...tarafından, xxxxxxxx plaka sayılı aracın Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Poliçesinin ise davalı tarafından düzenlendiğini belirterek, davacı eş Neriman için 2.000,00 TL, davacı çocuklar Kübra için 200,00 TL, davacılar her biri için 1.000,00 TL olmak üzere toplam 4.200,00 TL destekten yoksun kalma tazminatının 06/09/2007 kaza tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalı ... şirketlerinden (sigorta limiti ile sorumlu olmak üzere) müştereken ve müteselsilen tahsilini talep ve dava etmiştir. Davacılar vekili 25/02/2010 tarihli dilekçesinde, bilirkişiler tarafından hatır taşıma indirimi için takdir edilen %25 oranının son derece yüksek olduğunu, %15 oranında hatır taşımaları indirimi yapılması haline göre taleplerini, davacı eş ... için 80.547,26 TL, davacı ... için 6.734,10 TL, davacı Derya Aytas için 17.391,28 TL olmak üzere toplam 104.672,64 TL olarak artırdıklarını belirtmiştir.

Davalı ...vekili, xxxxxxxxx plakalı aracın müvekkili tarafından sigortalandığını, ölüm nedeniyle teminatın kişi başına azami 80.000,00 TL ile sınırlı olduğunu, hatır taşımaları indirimi yapılması gerektiğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Davalı ...Ş vekili, xxxxxxxxx plaka sayılı aracın Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasının müvekkili tarafından yapıldığını, bedeni zararlardan sorumluluğunun azami 80.000,00 TL ile sınırlı olduğunu, yapılacak tazminat

hesabında davacı tarafın müterafik kusuru ile hatır taşımalarının dikkate alınması ve tazminat miktarından tenzilat yapılması gerektiğini, avans faizi talep edilemeyeceğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davanın kısmen kabulü ile davacı ... için 68.068,10 TL, davacı ... için 5.691,79 TL, davacı ... için 14.696,86 TL olmak üzere toplam 88.456,75 TL'nin davalı ... şirketlerinden (Davalı ... yönünden davacı ... için 51.051,08 TL, davacı... için 4.268,09 TL, davac... 11.022,65 TL olmak üzere toplam 66.341,82 TL ile sorumlu olmak üzere ,davalı ...Ş'nin davacı ... için 17.017,02 TL, davacı ... için 1.422,69 TL, davacı ... için 3.674,21 TL olmak üzere toplam 22.113,92 TL kısmından sorumlu olmak ve tahsile tekerrür olmamak üzere) 07.05.2013 dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte müştereken ve müteselsilen alınarak adı geçen davacılaraya ödenmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasa aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacılar vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Hatır taşımaları bir menfaat karşılığı olmadığı cihetle, bu gibi taşımalarda BK.nın 43. maddesi uyarınca tazminattan uygun bir indirim yapılması, gerek öğretide gerekse Yargıtay İçtihatlarında benimsenmiş ve yerleşmiş bulunmaktadır. Hâkim, tazminattan mutlaka indirme yapmak zorunda değilse de, bunun dahi gerekçesini kararında tartışması ve nedenlerini göstermesi gerekir. O halde mahkemece, bu savunma üzerinde durularak, taşımaların hatır için olup olmadığı, tarafların yakınlığı, varsa hatır için taşımaların kimin arzusu ve ne amaçla yapıldığı gibi olayın özel şartları göz önüne alınarak araştırma ve inceleme yapılması gerekmektedir. Somut olayda; davacıların murisi, dava dışı ... sürücüsü olduğu, davalı ...ye ZMMS ile sigortalı otomobil ile seyahat ederken kaza meydana gelmiş olup, davalı tarafça hatır taşımaları olduğu iddiasında bulunmuştur. Davalı ...yönünden hatır taşımaları indirimi yapılması uygun ise de; karşı araç ZMMS'si olan davalı ...'nin de hatır taşımaları indiriminden yararlandırılarak karar verilmesi doğru görülmemiştir.

2-Hatır taşımaları, sigorta teminatı kapsamında ise de, hatır taşımaları

bir menfaat karşılığı olmadığından, bu gibi taşımalarda BK.nun 43. maddesi uyarınca tazminattan uygun bir indirim yapılması, gerek öğretide gerekse Yargıtay İçtihatlarında benimsenmiş ve yerleşmiş bulunmaktadır. Somut olayda, Mahkemece, davacıların murisi ... davalı ... AŞ'ye ZMMS ile sigortalı araçta hatır için taşındığı kabul edilmekle birlikte bilirkişi tarafından yapılan tazminat hesabında davalı ... AŞ lehine %25 oranında hatır taşıması indirimi yapılmış, takdir edilen indirim oranı somut olaya uygun olmadığı gibi yüksek oranda indirim yapılmasının gerekçesi de izah edilmemiştir. Bu itibarla somut olayın özelliğine ve Dairemizin yerleşik uygulamasına göre davalı ...lehine, davacılar aleyhine %20 oranında hatır taşıması indirimi yapılması gerekirken yüksek oranda hatır taşıması indirimi yapılması da doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine; 2 ve 3 nolu bentlerde açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılar geri verilmesine 20/04/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KUSUR İNDİRİMİ • TRAFİK KAZASINDA TAZMİNAT

ÖZET: Somut olayda, davacıların desteğinin sevk ve idaresindeki motosiklet ile seyir halinde iken davalıya zorunlu mali sorumluluk sigortalı aracın sürücüsünün çarpması neticesinde desteğin öldüğü, dosya kapsamında bulunan bilirkişi raporlarında desteğin %25 oranında kusurlu bulunduğu, davalının sürücüsünün ise %75 oranında kusurlu bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı ... şirketi sigortalısının kusuru oranında sorumlu olup hesaplanan tazminattan murisin kusuru oranında indirim yapılması gerekirken hesaplanan tazminatın tamamından davalı ... şirketinin sorumlu tutulması doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.

Y.17. HD. E: 2014/17754 K: 2017/1265 T: 09/02/2017

Davacılar vekili, davalı tarafa ait araç sürücüsünün kusuru ile gerçekleşen kazada müvekkillerinin desteğinin öldüğünü açıklayıp 100.000,00'er

TL manevi tazminat ile ıslah ile artırılan toplam 40.855,40 TL maddi tazminatın tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece toplanan delillere göre davanın kısmen kabulü ile Davacı anne ... için hesaplanan 20.057,28 TL'den kusuru indirimi yapılmaksızın tamamından davalı ... şirketi sorumlu olmak üzere davalılar ... ve ... ise desteğin kusuru oranında indirim yapıldıktan sonra 12.050,15 TL'sinden sorumlu olmak üzere, davacı baba ... için hesaplanan 20.798,12 TL'den kusuru indirimi yapılmaksızın tamamından davalı ... şirketi, davalılar ... ve ... ise desteğin kusuru oranında indirim yapıldıktan sonra 13.069,40 TL sinden sorumlu olmak üzere davalılar ... ve.... Belediye Başkanlığından tahsiline, manevi tazminat talebi yönünden 5.000,00'er TL manevi tazminatın davalılar ... ve Belediye Başkanlığından müştereken ve müteselsilen alınarak davacılara verilmesine karar verilmiş, hüküm davacılar vekili, davalı ... vekili ve davalı ...Ş. vekilince 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 tüm, davacılar vekili ve davalı ...Ş. vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, trafik kazasından kaynaklanan maddi-manevi tazminat istemine ilişkindir.

Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacıca göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, taraf-

ların kusur durumu, olayın ağırlığı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması ve buna göre manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır. (HGK 23/06/2004, 13/291-370)

Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında,

Manevi tazminat zenginleşme aracı olmamakla beraber, bu yöndeki talep hakkındaki hüküm kurulurken olay sebebiyle duyulan acı ve elemin kısmen de olsa giderilmesi amaçlanmalı ve bu sebeple tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte olayın meydana geliş şekli de gözönünde tutularak, hak ve nesafet kuralları çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır. Zira, MK'nın 4.maddesinde, kanunun takdir hakkı verdiği hallerde hakim hak ve nesafete göre hükmedeceği öngörülmüştür.

Yukarıda belirtilen hususlar dikkate alındığında, takdir olunan manevi tazminatların az olduğu görülmüş ve hakkaniyete uygun bir manevi tazminata hükmedilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.

3-Mahkemece hükme esas alınan tazminat raporunda kaza tarihinde 15 yaşında olan desteğin 18 yaşında gelir ede etmeye başlayacağı dönem kadar anne babası tarafından yetiştirme gideri yapılacağı belirtilerek desteğin anne-babası için hesaplanan tazminattan yetiştirme gideri indirilmiştir.

Davacı annenin çalışmadığı, herhangi bir gelirin bulunmadığı, ev hanımı olduğu dosya kapsamından belli olduğu halde, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda hesaplanan tazminattan yetiştirme gideri indirimi yapılması doğru değildir. Esasen bu indirimin yapılabilmesi için davacı annenin çalışan, geliri olan, desteğin yetiştirme giderlerini kısmen de olsa üstlenmiş olan kişilerden olması gerekmektedir. Bu nedenle mahkemece davacı annenin çalışmadığı gözetilerek yetiştirme giderlerinin davacı baba tarafından karşılandığı kabul edilip davacı anne için hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından yetiştirme gideri indirimi yapılmadan karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir.

Davalı ...Ş.'nin temyiz itirazları yönünden yapılan incelemede;

4-2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 91. maddesi ve Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları A-1.maddesinde, sigortacı poliçede belirtilen aracın işletilmesi sırasında bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre işletene düşen hukuki sorumluluğu zorunlu sigorta limitlerine kadar temin edeceği, düzenlenmiştir.

Somut olayda, davacıların desteğinin sevk ve idaresindeki motosiklet ile seyir halinde iken davalıya zorunlu mali sorumluluk sigortalı aracın sürücüsünün çarpması neticesinde desteğin öldüğü, dosya kapsamında bulunan bilirkişi raporlarında desteğin %25 oranında kusurlu bulunduğu, davalının sürücüsünün ise %75 oranında kusurlu bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı ... şirketi sigortalısının kusuru oranında sorumlu olup hesaplanan tazminattan murisin kusuru oranında indirim yapılması gerekirken hesaplanan tazminatın tamamından davalı ... şirketinin sorumlu tutulması doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı ... vekilinin tüm, davacılar vekili ve davalı ...Ş. vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, 2 ve 3 nolu bentlerde açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin, 4 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı ...Ş.'nin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, aşağıda dökümü yazılı 2.093,13 TL kalan onama harcının temyiz eden davalı ...'ndan alınmasına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılar ile davalı ...Ş.'ye geri verilmesine 09/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

İŞ KAZASI • İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

GEMİYE KORSAN SALDIRISI

ÖZET: İş kazaları ve işyeri hastalığı oluşmasına ilişkin rizikolar bakımından işverenler; çağın ve teknolojinin geliştirdiği imkanlara göre her türlü önlemleri almak, bu konuda risk değerlendirmeleri yapmak ve işçilere gereken talimatları vermek zorundadırlar.

İşçiye zarar veren olayda; işçinin yüzdeyüz kusuru ya da üçüncü kişinin yüzdeyüz kusuru halinde işverenin tazminat ödeme yükümlülüğünü doğuran illiyet bağı kesilir.

Gemiye saldıran korsanlar sebebiyle yaralanan işçinin maruz kaldığı bu olayda işverenin kusuru olup olmadığı araştırılmalıdır.

Y. 21 HD., E. 2015/7255, K. 2016/295, T. 19.01.2016

Dava, sigortalının iş kazası sonucu sürekli iş göremezliği nedeniyle maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya kapsamındaki kayıt ve belgelerden; 28.06.2009 tarihli dava konusu zararlandırıcı olayın, davacı sigortalının Nijerya ülkesinde davalı A.Ş. 'nin donatanı, davalı .. A.Ş.'nin işleteni olduğu isimli gemide makinacı olarak çalışırken geminin korsanlar tarafından saldırıya uğraması şeklinde meydana geldiği, SGK Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından olayın iş kazası olduğunun tespit edildiği, hükme esas alınan 25.04.2014 tarihli İTÜ Öğretim Görevlisi tarafından düzenlenen tek kişilik bilirkişi raporunda olayın meydana gelmesinde üçüncü şahıs korsanların % 100 oranında kusurlu olduklarının belirtildiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlık, sigortalının sürekli iş göremezliği ile sonuçlanan olayda işverenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının yöntemince kanıtlanıp kanıtlanmadığı noktalarında toplanmaktadır.

Öncelikle konuya ilişkin yasal mevzuatta meydana gelen değişikliklere kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır.

Bilindiği üzere, insan yaşamının kutsallığı çevresinde işverenin, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksatsız bulundurma ile yükümlü olduğu 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesinin açık buyruğu iken, 4857 sayılı Kanun'un 77. ve devamı bir kısım maddeleri 30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 37. maddesiyle, 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe girmek üzere yürürlükten kaldırılmış olup, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işverenin sağlık ve güvenlik önlemlerini alma yükümünü daha ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir.

Buna göre, 6331 sayılı Kanun'un "İşverenin Genel Yükümlülüğü" kenar başlıklı 4. maddesinde:

"İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede;

a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.

b) İş yerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.

c) Risk değerlendirmesi yapar ve yaptırır.

ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu gözönüne alır.

d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışında ki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır." hükmü düzenlenmiştir.

Aynı Kanun'un 5. maddesinde de risklerden korunma ilkeleri düzenlenmiştir. Buna göre maddede, "İşverenin yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde aşağıdaki ilkeler göz önünde bulundurulur:

a) Risklerden kaçınmak,

b) Kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmek,

c) Risklerle kaynağında mücadele etmek,

ç) İşin kişilere uygun hale getirilmesi için iş yerlerinin tasarımı ile iş

ekipmanı, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçiminde özen göstermek, özellikle tekdüze çalışma ve üretim temposunun sağlık ve güvenliğe olumsuz etkilerini önlemek, önlenemiyor ise en aza indirmek,

d) Teknik gelişmelere uyum sağlamak,

e) Tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmek,

f) Teknoloji, iş organizasyonu çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmek,

g) Toplu korunma tedbirlerine, kişisel korunma tedbirlerine öncelik vermek,

ğ) Çalışanlara uygun talimatlar vermek." hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü üzere, işverenin çalışanlarla ilgili sağlık ve güvenliği sağlama yükümünün genel çerçevesi, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesinde çizilmiştir. Bu çerçevede işverenin, "çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü" olduğu belirtildikten sonra, yapacağı ve uymakla yükümlü bulunacağı birtakım esaslara yer verilmiştir. Bunun gibi 5. maddede, işverenin anılan yükümlülükle gerçekleştireceği korunma sırasında uyacağı ilkeler belirlenmiştir. 10. maddede ise, işyerinde sağlık ve güvenlik sağlanırken, işverenin yapacağı risk değerlendirmesi çalışmasında dikkate almakla yükümlü bulunduğu hususlar belirlenmiştir(Hukuk Genel Kurulu'nun 09.10.2013 tarih 2013/21-102 Esas 2013/1456 sayılı kararı).

Anılan düzenlemeler uyarınca davanın yasal dayanağı; 6331 sayılı Kanun'un 37'nci maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılan ancak zararlandırıcı sigorta olayının meydana geldiği 30.06.2003 tarihinde yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesidir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, 4857 sayılı Kanun'un 77. maddesi uyarınca, işverenler 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 alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya buldukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumluluklar konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar. Anılan madde ile, işverenlere, işçi sağlığı ve iş güvenliği kavramından kapsamlı olarak, her türlü önlemi almak yanında, bir anlamda objektif özen yükümlülüğü de öngörülmektedir. Bu itibarla işverenin, mevzuatın

kendisine yüklediği tedbirleri, işçinin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeyeceği gibi bir düşünce ile almaktan sarfinazar etmesi kabul edilemez.

Diğer taraftan, işçilerin beden ve ruh sağlığının korunmasında önemli olan yön, iş güvenliği tedbirlerinin alınmasının hakkaniyet ölçüleri içinde işverenlerden istenip istenemeyeceği değil, aklın, ilmin, fen ve tekniğin, tedbirlerin alınmasını gerekli görüp görmediği hususlarıdır. Bu itibarla işverenler, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçilerin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeyeceği gibi düşünceler ile almaktan çekinemeyeceklerdir. Çalışma hayatında süre gelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı da, işverenlerin önlem alma ödevini etkilemez. İşverenler, çalıştırdığı sigortalıların bedeni ve ruh bütünlüğünü korumak için yararlı her önlemi, amaca uygun biçimde almak, uygulamak ve uygulamakla yükümlüdürler.

İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği sorunu, öğretide ve uygulamada zaman içerisinde farklı görüş ve uygulamaların ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Yargıtay'ın önceki kararlarında da benimsediği bir görüşe göre, işverenin bu açıdan sorumluluğu kusura dayanmaktadır. Çünkü İsviçre ve Türk Hukuk Sisteminde özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 77. maddesi ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. ve 5. maddeleri ile bunu uygun olarak çıkarılan iş güvenliği yönetmelikleri hükümleri işverenin sorumluluğunu objektifleştiren kriterler olarak değerlendirilmelidir. Bu sebeple mevzuatta yer alan teknik iş güvenliği kurallarına uyulmaması işverenin kusurlu davranışı olarak kabul edilmelidir. Ancak, işveren sadece anılan yazılı kurallara değil, yazılı olmayan ve teknolojinin gerekli kıldığı önlemlere aykırı davranışında da kusurlu görülerek oluşan zararı karşılamalıdır.

Öte yandan, objektifleştirilen kusur, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırır da, onu kusursuz sorumluluk haline dönüştürmez. Çünkü, bu halde dahi işverenin sorumluluğu için kusurun varlığı şarttır. Kusurun objektifleştirilmesi kriterinin yanısıra, Türk Borçlar Kanunu'nun 417/2. maddesinin, Anayasa hükümleri ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesi kapsamında yorumlanması da işverenin sorumluluğunu oldukça genişletecektir.

Yukarıda belirtilen açıklamalar doğrultusunda; işvereni zararlandırıcı olay nedeniyle sorumluluk halinden kurtaracak olan durum iş sağlığı ve güvenliği alanındaki ihmalleri ile oluşan zarar arasındaki uygun nedensel-

lik bağının kesildiğini ispat etmekten ibarettir. Hukuk Genel Kurulu'nun 20.03.2013 tarih 2012/21-1121 E. 2013/386 sayılı kararında da belirtildiği üzere uygun nedensellik bağı üç durumda kesilebilir. Bunlar mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurudur. Bu hallerden birinin varlığı halinde işverenin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir.

Somut olaya gelince; hükme esas alınan bilirkişi kusur raporunda işverenin sorumluluğunun yeterince irdelenmediği ve tarafların itirazlarını da karşılayacak şekilde ayrıntılı rapor düzenlenmediği anlaşılmaktadır.

Yapılacak iş; yukarıda belirtilen açıklamalar dikkate alınarak zararlandırıcı olay tarihinde yürürlükte bulunan İş Kanunu'nun 77. maddesi ve tüzük hükümleri kapsamında uzak yol gemi kaptanlarından oluşan bilirkişi heyetine olayı yeniden inceletmek ve çıkacak sonuca göre, tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir karar vermektir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmadan hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 19.01.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • ZAMANAŞIMI SÜRESİ

ÖZET: İş kazasında zamanaşımı süresi kaza tarihinden itibaren on yıldır.

Bedensel zararın değişerek gelişim gösterdiği olaylarda zamanaşımının başlangıç tarihi hastalığın gelişiminin sona erdiği tarihtir.*

Y. 21 HD., E. 2015/22430, K. 2017/941, T. 14.2.2017

KARAR

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillere, kanuni gerektirici nedenlere göre, davalının aşağıdaki bentlerin 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, maddi tazminat isteminin kabulüne, manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Dosya kapsamından, kaza tarihinin: 04/10/2002, dava tarihinin 20/02/2007 olduğu, davacının dava dilelçesi ile 1.000,00 TL maddi, 40.000,00 TL manevi tazminat talep ettiği, 25/03/2014 tarihinde davacı sigortalının davasını ıslah ederek mahkemeden sonuç olarak 35.103,00 TL maddi tazminat talep ettiği, ıslah dilekçesinin davalı vekiline 09/04/2014 tarihinde tebliğ edildiği, davalı tarafın ıslah talebine karşı 16/04/2014 tarihinde zamanaşımı definde bulunduğu anlaşılmaktadır.

İş kazası sonucu sürekli iş göremezlik nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi amacıyla açılan maddi ve manevi tazminat davalarında; zamanaşımı süresi gerek olay tarihinde yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi ve gerekse yürürlükteki 6098 sayılı yasanın 146. maddesi gereğince haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren 10 yıldır.

Uyuşmazlık bu tür davalarda uygulanmakta olan 10 yıllık zaman aşımı süresinin hangi tarihte başlatılması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Uygulama ve öğretide kabul edildiği üzere, zamanaşımı failin ve zararın öğrenildiği tarihten başlatılmalıdır. Zarar görenin zararı öğrenmesi

* Dergimizin bu sayısında yayımlanan 1.3.2017 tarihi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına bakınız.

demek, zararın varlığı, mahiyeti ve esaslı unsurları hakkında bir dava açma ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli bütün hal ve şartları öğrenmiş olması demektir. Bedensel zararın gelişim, gösterdiği durumlarda zamanaşımına başlangıç olarak hastalık seyrinin yani gelişimin tamamlandığı tarihin esas alınması gerekir.

Dava konusu olayda, davacı bakımından değişen ve gelişen bir durumun söz konusu olmadığı, giderek olayla birlikte zararın öğrenildiği ve zaman aşımının başlangıç tarihinin olay tarihi olduğu ortadadır. Hal böyle olunca, maddi tazminat isteminin artırılmasına ilişkin ıslaha karşı süresi içerisinde ileri sürülen zamanaşımı definin kabul edilerek, maddi tazminatın ıslahla artırılan kısmının zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ıslah konusu maddi tazminat istemini de kapsar biçimde maddi tazminat isteminin kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine 14/02/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MALULİYET ORANI

Özet: Adli Tıp 3. İhtisas Kurulundan alınacak rapor ile Yüksek Sağlık Kurulu Kararı arasında süreli iş göremezlik oranına yönelik görüş ayrılığı bulunduğu takdirde çelişkinin giderilmesi için dosyanın Adli Tıp 2. Üst Kuruluna gönderilerek çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerekir.

Y. 21 HD E.2016/16144 K.2017/4202 T. 22/05/2017

Asıl davada Davacılar, murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemişlerdir.

Birleşen 2011/411 Esas sayılı davada davacı, iş kazası sonucu maluliyetinden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Birleşen 2011/653 Esas sayılı davada davacılar, iş kazası sonucu maluliyetten doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemişlerdir.

Mahkeme ilamında belirtildiği şekilde, asıl ve birleşen davaların kısmen kabulüne karar vermiştir.

Hükmün, asıl ve birleşen davaların davalıları Mobilya Tel. San.Tic. Ltd.Şti. ...Telekomünikasyon Dış Tic.Ltd.Şti. ve ... Telekomünikasyon A.Ş. vekilleri tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tesbit edildi.

KARAR

A-1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçeleri nedenlerle, temyiz kapsamı ve nedenlerine göre, davacılar ... mirasçıları yönünden davalılar ... Telekomünikasyon A.Ş. vekilinin tüm, davalılar Mobilya Tel. San. Tic. Ltd. Şti ve ... Telekomünikasyon Dış Tic Ltd Şti'nin vekillerinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki diğer temyiz itirazlarının reddine,

2- Asıl Dava, sigortalı ...'nın iş kazası sonucu vefatı nedeniyle davacı anne, dede, büyükanne ve çocukların maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davacı anne lehine 26.749,05 TL maddi 20.000 TL manevi, davacı dede ... lehine 5.000 TL manevi, davacı büyükanne... lehine 5.000TL manevi, davacı kardeş Hacer lehine 5.986,23 TL maddi ve 5.000 TL manevi, davacı kardeş ... lehine 4.424 TL maddi ve 5.000 TL manevi, davacı kardeş... lehine 3.382TL maddi ve 5.000 TL manevi, davacı kardeş Halit lehine 2.340 TL maddi ve 5.000 TL manevi, davacı kardeş... lehine 1.298TL maddi ve 5.000TL manevi, davacı kardeş ... lehine 920TL maddi ve 5.000 TL manevi, davacı kardeş Yunus lehine 617 TL maddi ve 5.000TL manevi, davacı kardeşler ... ve ...'nin her biri lehine 5.000 TL manevi tazminatın, maddi tazminatlar için davalı ... AŞ yönünden dava tarihi olan 09/04/2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte ve polişe limitiyle sınırlı olmak üzere; davalılar ... Mobilya Tel. San. Tic. Ltd Şti, ... ve ... Telekomünikasyon Dış. Tic Ltd Şti. Yönünden kaza tarihi olan 25/04/2009 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle , manevi tazminatlar için ise davalılar ... Mobilya Tel. San. Tic. Ltd Şti, ... ve ... Telekomünikasyon Dış Tic Ltd Şti.'den kaza tarihi olan 25/04/2009 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle müteselsilen alınarak davacılar

verilmesine, davalı ... yönünden ise davanın reddine karar verilmiştir.

İş kazası nedeniyle işçinin ölümü halinde anne yararına maddi tazminata karar verilebilmesi için anneye Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kısa vadeli sigorta kolundan ölüm geliri bağlanması gerekmektedir. Kendilerine gelir bağlanan annenin destekten yararlandığı varsayılmaktadır. Bu nedenle mükerrer ödemeyi önlemek için tespit edilen tazminat miktarından bağlanan gelirlerin peşin sermaye değeri düşülmelidir.

Sigortalının iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümü durumunda anne ve babaya ölüm geliri bağlanması koşullarının belirlenmesi ile ilgili yasal düzenlemelere baktığımızda; 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanununun hak sahiplerine gelir bağlanması ile ilgili 20/1. maddesinde, İş kazası veya meslek hastalığına bağlı nedenlerden dolayı ölen sigortalının hak sahiplerine, 17 nci madde gereğince tespit edilecek aylık kazancının % 70'i, 55 inci maddenin ikinci fıkrasına göre güncellenerek 34 üncü madde hükümlerine göre gelir olarak bağlanacağı, 34/d maddesinde ise hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunması halinde her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması şartıyla ana ve babaya toplam % 25'i oranında; ana ve babanın 65 yaşın üstünde olması halinde ise artan hisseye bakılmaksızın yukarıdaki şartlarla toplam % 25'i, oranında aylık bağlanacağı kabul edilmiştir.

Söz konusu değişiklikte, ana ve babaya gelir bağlanabilmesi için birinci olarak hak sahibi eş ve çocuklara bağlanan gelirlerden artan hisse bulunması, ikinci olarak ana ve babanın her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirlerden asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklardan hak kazanılan gelir ve aylıklar dışında gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması koşulu ile toplam % 25 oranında gelir bağlanacağı kabul edilmiştir. Ayrıca ana ve babanın 65 yaşın üstünde olması halinde ise hak sahibi eş ve çocuklardan artan hisse bulunmasa bile ana ve babanın her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirlerden asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklardan hak kazanılan gelir ve aylıklar dışında gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması koşulu ile toplam % 25 oranında gelir bağlanacağı benimsenmiştir.

Somut olayda, zararlandırıcı olayın tahkikat sonucunda Sosyal Güvenlik Kurumunca iş kazası kabul edildiği, ancak davacı anne ...'nın başvurusu olmadığı için iş kazası sigorta kolundan ölüm geliri bağlanmadığı, Mahkemece davacı anneye Kuruma başvuruda bulunarak iş kazası sigorta kolundan gelir bağlanması yönünde önel verilmediği anlaşılmaktadır.

Yapılacak iş, maddi tazminat isteminde bulunan davacı anne ... 'ya gelir bağlanması için Kuruma başvuruda bulunmak üzere süre verilmesi, Kurumdan gelen yanıtı göre gerekirse davacıya SGK Başkanlığını hasım göstererek iş kazası sigorta kolundan kendisine ölüm geliri bağlanması gerektiğinin tespiti davası açmaları için önel vermek, dava açılması halinde 6100 sayılı HMK'nun 165/2. maddesi gereğince bu dava için bekletici mesele yapmak, kesinleşen mahkeme kararı ile dava reddedilmiş ise davacı annenin maddi tazminat istemlerinin reddine karar vermek, dava kabul edilmiş ise davacı annenin maddi zararını hesaplattırarak Kurumca davacılara bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değerinin rücuca tabi kısımlarının maddi tazminat miktarından tenzil ederek, çıkacak sonuca göre bir karar vermektir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

3-Aynı zamanda davacı kardeşler... ve...lehine maddi tazminata hükmedilmiş ise de; yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde müteveffa sigortalı ...'nın kardeşlerine destek olacağı olgusunun kabulü hatalı olmuştur. Bu davacı kardeşler için maddi tazminat istemlerinin reddi gerekirken; kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

B-1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerekçeleri nedenlerle, temyiz kapsamı ve nedenlerine göre, davacılar ... ve ... ile ...'ın anne-babası ve kardeşleri tarafından açılan davalar yönünden davalılar ... Telekomünikasyon A.Ş. vekilinin tüm, davalılar Mobilya Tel. San. Tic. Ltd. Şti ve ... Telekomünikasyon Dış Tic Ltd Şti vekillerinin ise aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada yer olmadığına,

2-Davacı ...'ın maluliyet oranının SGK tarafından % 35 kabul edilmekle beraber dosya kapsamında alınan rapora göre % 36 maluliyet oranı üzerinden hesap yapıldığı, aynı şekilde davacı ...'ın maluliyet oranının SGK tarafından % 87 olarak kabul edildiği ve yardıma muhtaç durumda olmadığı kabul edilmesine karşın dosya kapsamında alınan rapora göre % 100 maluliyet oranı üzerinden hesap yapıldığı ve bakıcı giderinin de hesaplanmış olduğu anlaşılmıştır.

Davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Yasanın 95. maddesidir. Anılan maddeye göre "Bu Kanun gereğince, yurt dışında tedavi için yapılacak sevkler, çalışma gücü kaybı, geçici iş göremezlik ödeneklerinin verilmesine ilişkin raporlar ile iş kazası ve meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücü veya çalışma gücü kaybına esas teşkil edecek sağlık kurulu raporlarının usul ve esaslarını, bu raporları vermeye yetkili sağlık hizmeti sunucularının sahip olması gereken kriterleri belirlemeye, usulüne uygun

olmayan sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgeleri düzenleyen sağlık hizmet sunucusuna iade edecek belirlenen bilgileri içerecek şekilde yeniden düzenlenmesini istemeye Kurum yetkilidir. Usûlüne uygun sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgeler ile gerekli diğer belgelerin incelenmesiyle; yurt dışında tedavi için yapılacak sevklere, vazife malullük derecesini, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu tespit edilen meslekte kazanma gücünün kaybına veya meslekte kazanma gücünün kaybı derecelerine ilişkin usûlüne uygun düzenlenmiş sağlık kurulu raporları ve diğer belgelere istinaden Kurumca verilen karara ilgililerin itirazı halinde, durum Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığı ile Kurumun birlikte çıkaracağı yönetmelikle düzenlenir.

Bu yasal düzenleme gereğince düzenlenen Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşleri Yönetmeliğinin Geçici 1. maddesinde; bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce çalışma gücü kaybı, iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü, harp malullüğü sonucu meslekte kazanma gücü kaybı ile erken yaşlanma durumlarının tespiti talebinde bulunan sigortalılar ve hak sahipleri için, yürürlükten kaldırılan ilgili sosyal güvenlik mevzuatının 5510 sayılı Yasaya aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağı, 5. maddesinde sigortalı ve hak sahiplerinin çalışma gücü oranlarının

a) Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastaneleri,

b) Devlet Üniversitesi,

c) Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlı asker hastaneleri, ç) sigortalıların ikamet ettikleri illerde (a), (b), (c) bentlerinde belirtilen hastanelerin bulunmaması durumunda Sağlık Bakanlığı tam teşekküllü hastanelerin yetkili olduğu, bildirilmiş, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 56. maddesinde ise Kurum Sağlık Kurulunca verilen karara karşı yapılan itirazların Yüksek Sağlık Kurulunca inceleneceği bildirilmiştir.

Kural olarak Yüksek Sağlık Kurulunca verilen karar Sosyal Güvenlik Kurumunu bağlayıcı nitelikte ise de; diğer ilgililer yönünden bir bağlayıcılığı olmadığından Yüksek Sağlık Kurulu Kararına itiraz edilmesi halinde inceleme Adli Tıp Kurumu aracılığıyla yaptırılmalıdır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 28.06.1976 günlü, 1976/6-4 sayılı Kararı da bu yöndedir.

Adli Tıp 3. İhtisas Kurulundan alınacak rapor ile Yüksek Sağlık Kurulu Kararı arasında sürekli iş göremezlik oranına yönelik görüş ayrılığı bulunduğu takdirde çelişkinin giderilmesi için dosyanın Adli Tıp 2. Üst Kuruluna gönderilerek çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerekir.

Somut olayda, davacı ... ile ...'ın maluliyet oranı hakkında yukarıda açıklanan prosedüre göre rapor alınmaksızın haricen alınan raporlar esas alınmak suretiyle hüküm tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Yapılacak iş; davacı sigortalı ... ile ...'ın sürekli iş göremezlik oranının Kurumdan gelen belgeler esas alınmak suretiyle ve devamla söz konusu maluliyet oranlarına itiraz olması halinde Yüksek Sağlık Kurulu, Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu ile Adli Tıp 2. Üst Kurulundan rapor alınmak suretiyle maluliyet oranlarının kesinleştirildikten sonra dosyadaki tüm delilleri bir bütün halinde değerlendirerek ve oluşan usuli kazanılmış hakkı gözeterek bir karar verilmekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözetilmeksizin eksik araştırma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalılardan Mobilya Tel. San. Tic. Ltd. Şti ve ... Telekomünikasyon Dış Tic Ltd Şti'nin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istem halinde temyiz eden davalılardan Mobilya Tel. San. Tic. Ltd. Şti. ve ... Telekomünikasyon Dış Tic Ltd Şti'ye iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının davalılardan ... Telekomünikasyon A.Ş'ye yükletilmesine, 22/05/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ISLAH • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: İslahta dava konusu olmayan bir istemin dava kapsamına alınması mümkün değildir. Bu nedenle “ davacının ayrıca dava açma hakkı saklı kalmak üzere manevi tazminata ilişkin ıslah isteminin reddine” şeklinde karar verilmesi gerekir. *

Y. 21. HD. E. 2014/17116 K: 2014/22405

Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici sebeplere göre, davacının tüm; davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

Dava, iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin olup, yargılama sırasında ıslah yolu ile, dava dilekçesinde yer almayan manevi tazminat isteminde bulunulmuştur.

Mahkemece, manevi tazminata ilişkin açılmış bir dava olmadığı halde, ıslah dilekçesi ile manevi tazminat istemi dikkate alınarak, manevi tazminatın kısmen kabulüne karar verilmesi yanlıştır. HUMK'un 83. ve devam maddelerinde düzenlenmiş olan ıslah müessesesi, mahkemeye yöneltilmesi gereken tek taraflı ve açık bir irade beyanı ile tarafların dilekçelerinde belirttikleri vakıaları, dava konusunu veya istem sonucunun değiştirilmesi imkanını sağlamaktadır. Usule ilişkin işlemlerin tamamen ya da kısmen ıslahı mümkündür. Ancak, her iki durumda da usulüne uygun açılmış bir davanın bulunması şarttır. Başka bir anlatımla ıslah, açılmış bir davada taraflarca yapılmış usule ilişkin işlemlere yönelik olarak yapılmalıdır. Bu bağlamda, yargılaması devam eden bir dava içinde ıslah ile ikinci bir davanın açılması olanağı bulunmamaktadır. Davacı isterse dava dilekçesini tamamen ıslah ederek dava konusunu değiştirebilirse de, yeni dava konusu önceki dava konusunun yerine geçer ve yine tek bir dava söz konusu olur. Öte yandan harca tabi davalarda her dava açılırken davalıdan başvurma harcı ile nispi harca tabi davalarda nispi karar ve ilam harcının dörtte biri peşin olarak alınır. Gerekli harçlar alındıktan sonra dava dilekçesi esas defterine kaydedilir ve dava, dava dilekçesinin esas defterine kayıt edildiği tarihte açılmış sayılır.

İnceleme konusu olan bu olayda manevi tazminata ilişkin dilekçenin nispi harç yatırılmak suretiyle mahkemeye verildiği ve ancak başvurma harcının yatırılmadığı anlaşılmaktadır. Dilekçenin bu haliyle bir ek dava dilekçesi olarak kabulü dahi mümkün değildir.

* Gönderen Av. Necati Ceyhan

İslahta dava konusu olmayan bir istemin dava kapsamına alınması mümkün değildir. Bu nedenle “ davacının ayrıca dava açma hakkı saklı kalmak üzere manevi tazminata ilişkin ıslah isteminin reddine” şeklinde karar verilmesi gerekirken, “davacının manevi tazminat isteminin kısmen kabulü ile yazılı manevi tazminatın davalıdan alınarak davacıya verilmesine” şeklinde hüküm kurularak söz konusu ıslaha değer verilmesi doğru bulunmamıştır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde temyiz edenlerden davalıya iadesine, aşağıda yazılı temyiz harcının temyiz edenlerden davacıya yükletilmesine, 03/11/2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KURUM PRİM ALACAĞI

•

PRİM ALACAĞINDA ZAMANAŞIMI

ÖZET: Kurumun süresi içerisinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı belirlenirken, zamanaşımının alacağın muaccel olduğu tarihte yürürlükte bulunan kurallara göre belirlenmesi gerektiği ilkesi gözetilmek suretiyle, 2004/5 ve öncesi dönemler bakımından 5 yıllık zamanaşımı süresinin, 2004/6 ve sonrası dönemler bakımından ise 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı belirlenerek sonucuna göre karar verilmelidir.*

Y. 21. H D E: 2016/15835 K: 2017/4160 T: 17.05.2017

Dava, davalı adına düzenlenen 2000/4-2002/9. dönem için toplam 21.772,41 lira borç tahakkukunun zaman aşımı ve herhangi borcun bulunmaması nedeni ile iptaline borçlu olmadığının tespitine, dava sırasında ödeme yapılması halinde istirdatına karar verilmesi istemine ilişkindir.

* Gönderen: Av. Eyüp KATI

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; Bakırköy 11. İş Mahkemesinin 20/07/2010 tarihli ve 2008/87 E. Sayılı dosyası ile dava dışı Bahar Ateş'in 2000/03-2002/09.dönemlerine ilişkin hizmet tespitine karar verildiği ve kararın kesinleştiği, Kurum'ca hizmet tespitine karar verilen prim günlerinin tahsili için davacı şirkete ek aylık sigorta prim bildirgesi ve ek bordro sunması, primlerin gecikme zammı ve kanunların faizi ile birlikte vezneye yatırılması, aksi halde resen işlem yapılacağı ve idari para cezasının tahakkuk ettirileceğine ilişkin tebligat çıkarıldığı, dava devam ederken, davacı tarafından Kurum'a ödeme yapıldığı anlaşılmıştır.

Uyuşmazlık, Kurum alacağına uygulanacak tahsil zamanaşımı süresinin hangi tarihte başlayacağı noktasında toplanmaktadır. Başka bir ifadeyle prim borçlarına ilişkin olarak, zamanaşımı def'i yönünden hangi tarihte yürürlükte bulunan mevzuatın uygulanacağı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümünde öncelikle mevzuatın incelenmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Hemen belirtelim ki, zamanaşımının başlangıcının ve buna bağlı olarak, somut uyuşmazlıkta uygulanacak kanun hükmünün saptanmasında, muacceliyet anının belirlenmesi önem taşımaktadır.

Muacceliyet, bir borç ilişkisinde, alacaklının edimi isteyebileceği ve borçlunun da bu isteme uyararak, edimi ifa etmekle yükümlü olduğu anı belirler. Bir başka deyişle, söz konusu anda borç, ifa kabiliyeti kazanır ve alacaklı yine o anda edimi kabul etmekle yükümlü olur. Bir alacağın ya da borcun muaccel olması, ilke olarak edimin ifası için öngörölmüş bulunan vadenin dolmasıyla gerçekleşir. Borcun ifası için öngörölen vade; kanundan, işin özelliklerinden ya da dürüstlük kuralından çıkarılamıyorsa, bu durumda, 818 sayılı BK m. 74 hükmü gereğince, borcun "hemen ifa ve derhal icrası talep edilebilir" hükmü uygulama bulacaktır. 506 sayılı Kanun'un 80. maddesi, prim borcunun en geç ertesi ayın sonuna kadar Kuruma ödeneceğini hükme bağlamıştır. 506 sayılı Kanun'un 80. maddesi ile, prim borcunun vadesinin belirlenmiş olması karşısında, kurum alacağının anılan tarihte muacceliyet kesbedeceği belirgindir.

Öte yandan, Kurumun prim alacaklarına ilişkin zamanaşımı hükümlerindeki değişikliklerin ve yürürlük tarihlerinin açıklığa kavuşturulmasında zorunluluk bulunmaktadır. Bilindiği üzere, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu (SSK)'nın "Primlerin ödenmesi" başlığını taşıyan 80. maddesinin 08.12.1993 gün ve 3917 sayılı Kanun'la değiştirilmesinden önceki dönemde yerleşik uygulama uyarınca; prim alacağı ve gecikme

zamları yönünden, anılan Kanun'da zamanaşımı süresine ve başlangıcına ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından Kurum alacağının zamanaşımı yönünden genel hükümlere tabi olduğu, buna göre, zamanaşımı süresinin 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca on yıl olduğu ve zamanaşımının başlangıç tarihi aynı kanunun 128. maddesi hükmüne göre, alacağın muaccel olduğu tarih olarak kabul edilmekteydi. 506 sayılı Kanun'un 80. maddesine göre, her aya ait prim borcu ertesi ayın sonuna kadar ödenmesi gerektiğinden, zamanaşımının başlangıcı; her prim ayı bakımından o aya ilişkin ödeme süresinin sona erdiği tarih olup, ay be ay ödenmesi gereken prim borcu ertesi ayın sonunda muaccel hale gelmektedir. Borçlar Kanunu'nun 132 vd maddeleri burada da aynen geçerlidir.

506 sayılı Kanun'un 80. maddesinde 01.12.1993 gün ve 3917 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile anılan madde; "...Kurumun, süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 21.7.1953 tarih ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Kurum, söz konusu Kanunun uygulanmasında Maliye Bakanlığı, diğer kamu kurum ve kuruluşları ve mercilere verilen yetkileri kullanır..." şeklinde düzenlenmiştir. 3917 sayılı Kanun'un yürürlük tarihine kadar olan dönemde, SSK prim alacakları İcra İflas Kanunu hükümlerine göre tahsil edilmek iken, anılan Kanun'la yapılan düzenleme ile 3917 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 08.12.1993 tarihinden itibaren, Kurumun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmasına başlanmıştır.

6183 sayılı Kanun'un "Tahsil zamanaşımı" başlıklı 102. maddesi uyarınca; "Amme alacağı, vadesinin rastladığı takvimi yılını takib eden takvim yılı başından itibaren 5 yıl içinde tahsil edilmezse zamanaşımına uğrar.". Anılan düzenlemeler karşısında, 08.12.1993 tarihinden itibaren Kurumun prim alacaklarının tahsilinde zamanaşımı yönünden 6183 sayılı Kanun'da düzenlenen beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaya başlanmış ve sürenin başlangıcı, alacağın vadesinin rastladığı takvim yılını izleyen yıl başı olarak belirlenmiştir.

Açıklanan düzenleme bu kez 30.09.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4958 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 38. maddesiyle yeniden değiştirilerek; prim alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Kanun'un 51. maddesi hariç, diğer maddelerinin uygulanacağı belirtilmiş, sonrasında bu maddede 06.07.2004 tarihinde yürürlüğe giren 24.06.2004 tarih ve 5198 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile bu konuda yeniden bir düzenleme yapılarak; 506 sayılı Kanun'un 80. maddesinin beşinci fıkrası; "...Kuru-

mun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51 ve 102 nci maddeleri hariç, diğer maddeleri uygulanır. Kurum, söz konusu Kanunun uygulanmasında Maliye Bakanlığı, diğer kamu kurum ve kuruluşları ve mercilere verilen yetkileri kullanır...” şeklinde düzenlenmiştir. Anılan düzenleme uyarınca, 5198 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 06.07.2004 tarihinden itibaren Kurum alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Kanun’un zamanaşımı düzenleyen 102. maddesinin uygulanamayacağı hükme bağlanarak, 3917 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten önceki genel hükümlere ve dolayısıyla on yıllık zamanaşımı dönemine geri dönmüştür.

Yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, zamanaşımı süresi bakımından, 08.12.1993 günü öncesine ve 06.07.2004 sonrasına ilişkin prim ve diğer alacaklar yönünden Kurumun alacak hakkı, Borçlar Kanunu’nun 125. maddesinde öngörülen (10) yıllık zamanaşımı süresine tabi olup, zamanaşımının başlangıç tarihi, anılan Kanun’un 128. maddesi gereğince alacağın muaccel olduğu tarihtir ve zamanaşımının kesilmesi ile durmasına ilişkin 132. ve ardından gelen maddelerindeki düzenlemeler de uygulama alanı bulmaktadır. 08.12.1993 – 05.07.2004 dönemine ait prim ve diğer alacaklar yönünden ise, 6183 sayılı Kanun’un “Tahsil zamanaşımı” başlığını taşıyan 102. ve ardından gelen maddeleri uygulanmakta, anılan madde hükmüne göre (5) yıl olan zamanaşımı süresinin başlangıcı da, alacağın vadesinin rastladığı takvim yılını izleyen yıl başı olarak kabul edilmelidir.

Konu son olarak 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 88 ve 93. maddesi ile düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanun’un “Primlerin ödenmesi” başlığını taşıyan 88. maddesinin on altıncı fıkrasında, Kurumun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Kanun’un 51., 102. ve 106. maddeleri hariç, diğer maddelerinin uygulanacağı bildirildikten sonra, yine 5510 sayılı Kanun’un 17.04.2008 gün ve 5754 sayılı Kanun’un 56 maddesi ile değişik “Devir, temlik, haciz ve Kurum alacaklarında zamanaşımı” başlıklı 93. maddesinin ikinci fıkrası, “...(Değişik ikinci fıkra: 17/4/2008-5754/56 md.) Kurumun prim ve diğer alacakları ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak on yıllık zamanaşımına tâbidir. Kurumun prim ve diğer alacakları; mahkeme kararı sonucunda doğmuş ise mahkeme kararının kesinleşme tarihinden, Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca yapılan tespitlerden doğmuş ise rapor tarihinden, kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden doğmuş ise bu soruşturma, denetim ve inceleme sonuç-

larının Kuruma intikal ettiği tarihten veya bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulmuş kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden doğmuş ise bilgi ve belgenin Kuruma intikal ettiği tarihten itibaren, zamanaşımı on yıl olarak uygulanır...” şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere 5510 sayılı Kanun'un 93. maddesi ile zamanaşımı süresi ile ilgili olarak özel bir düzenleme getirilmiş, Kurumun prim ve diğer alacaklarının on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu, sürenin başlangıcının ödeme süresinin olduğu tarihi takip eden takvim yılı başı olduğu belirtilmiştir. 5510 sayılı Kanun'un 93. maddesi muacceliyet tarihinin belirlenmesinde, dolayısıyla zamanaşımı süresinin başlangıcının tesbitinde, Borçlar Kanunu'nun uygulanmasına son vermiştir. Maddenin yürürlüğe girdiği 01.10.2008 tarihinden sonraki primler için zamanaşımı başlangıcı ödeme dönemini takip eden yılbaşından itibaren başlayacaktır. Genel olan bu tanımlama dışında istisnai olarak 93. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde önceki düzenlemelerden farklı olarak zamanaşımının başlangıç tarihi, özel durumlardan doğan prim ve diğer alacaklar yönünden ayrıca ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre; Kurumun prim ve diğer alacakları, mahkeme kararı sonucunda doğmuş ise, mahkeme kararının kesinleşme tarihinden, Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca yapılan tespitlerden doğmuş ise, rapor tarihinden, kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden doğmuş ise, bu soruşturma, denetim ve inceleme sonuçlarının Kuruma intikal ettiği tarihten veya bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulmuş kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden doğmuş ise bilgi ve belgenin Kuruma intikal ettiği tarihten itibaren, zamanaşımı süresinin başlatılması gerekecektir.

Bu aşamada uyuşmazlığın çözümünde 5510 sayılı Kanun'un 93/2. maddesinde yer alan ve zamanaşımı başlangıcına ilişkin özel düzenlemelerin; 5510 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden öncesine ilişkin prim borçları yönünden esas alınıp alınmayacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki mevzuatta, 506 sayılı Kanun'un 80. maddesinde ve 6183 sayılı Kanun'da prim ve diğer alacakların doğmasındaki farklı durumlara göre zamanaşımı başlangıcı yönünden özel bir düzenlemenin yer almadığı, 5510 sayılı Kanun'un 93. maddesinin ikinci fıkrasıyla, 506 sayılı Kanun'da öngörülme-yen yeni bir düzenleme getirilerek, prim ve diğer ala-

cakların doğmasındaki özel durumlarda zamanaşımının hangi tarihten başlayacağı belirlenmiş bulunmakla, genel olarak kanunların geriye yürümemesi (geçmişe etkili olmaması) kuralı ve zamanaşımına ilişkin olarak 5510 sayılı Kanun'da 93. maddenin geriye yürüyeceğine olanak veren bir düzenlemenin bulunmaması/bulunmadığı gözetildiğinde, zamanaşımı hükmü içeren anılan maddenin geçmişe yönelik uygulanamayacağı benimsenmelidir.

Sonuç olarak belirtilmelidir ki, Kurumun süresi içerisinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsil zamanaşımı, diğer bir ifade ile zamanaşımının süresi ve başlangıç tarihi; alacağın doğduğu, tahakkuk ettirildiği (muaccel olduğu) tarihte yürürlükte bulunan kurallara göre belirlenir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.09.2006 gün ve 2006/21-546 E. 2006/565 K. ile 20.12.2006 gün ve 2006/21-806 E. 2006/814 K. sayılı kararları).

Açıklanan ilkeler, hizmet tespiti davası ile tespitine karar verilen hizmet sürelerine ilişkin Kurumun prim alacaklarının tabi olduğu zamanaşımı süresinin belirlenmesinde de aynen geçerlidir. Buna göre, hizmet tespiti davası sonucunda Kurumca tahakkuk ettirilen prim borçlarının; tespitine karar verilen hizmetin geçtiği tarihte doğmuş olması, mahkeme kararının prim borcunun doğumuna değil varlığının tespitine yönelik olması, prim borcunun tespit kararına konu devrelere tahakkuk ettirilmesi ve gecikme zammının tespitine karar verilen tarihler itibariyle başlatılması ile 5510 sayılı Kanun'un 93/2. maddesinde yer alan zamanaşımı başlangıcının hizmet tespiti davasının kesinleştiği tarih olduğuna ilişkin özel nitelikli düzenlemenin anılan Kanun'un yürürlük tarihinden öncesine uygulanmasının mümkün olmaması hususları da gözetildiğinde, hizmet tespiti davası ile tespitine karar verilen hizmet sürelerine ilişkin Kurumun prim alacaklarının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı hususu, alacağın doğduğu, tahakkuk ettirildiği (muaccel olduğu) tarihte yürürlükte bulunan kurallara göre belirlenmelidir.

İşveren tarafından bildirilmemiş sürelerle ilişkin olarak açılan hizmet tespiti davası neticesinde, hizmetlerin tespitine karar verildiğinde, tespiti yapılan hizmet süresinin primlerini ödeme yükümlülüğü yönünden yukarıda belirtilen kronolojik dönemlere bağlı olarak işverenden bu primleri talep hakkının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı tespit edilebilecektir. Kaldı ki, önceki mevzuata göre başlayan ve işleyen zamanaşımı süresi, hizmet tespiti davası ile kesilmediğine göre, bu davanın sonuçlanması ile, işverenin yeni mevzuatla getirilen yeni bir zamanaşımı süresine yeniden tabi tutulması hak ve nesafet kurallarına da uygun olmayacaktır.

Somut uyuşmazlığın incelenmesinde, hizmet tespiti davası ile 2000/3-2002/9. dönemleri için bildirilmeyen hizmetlerin tespitine karar verildiği, anılan mahkeme kararlarının onanmak suretiyle kesinleştiği, mahkeme kararıyla tespiti yapılan günler bakımından davacıdan sigortalılar için eksik prim ve işsizlik sigortası primi borçları ile ilgili takibe başlanıldığı, davacı işverenin zamanaşımı define dayanarak açtığı eldeki davada, mahkemenin 5510 sayılı Kanun'un 93. maddesi uyarınca kurum alacağı dayanağının mahkeme ilamı olduğu, gerekçesiyle davanın reddedildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında somut uyuşmazlık değerlendirildiğinde, mahkemece tespitine karar verilen ve 01.10.2008 tarihinden önceki dönemlere ait hizmet sürelerine ilişkin prim alacakları yönünden zamanaşımı süresi ve başlangıcının, primlerin ait oldukları (muaccel oldukları) dönemde yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle mahkemece, Kurumun süresi içerisinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının zamanaşımına uğrayıp uğramadığı belirlenirken, zamanaşımının alacağın muaccel olduğu tarihte yürürlükte bulunan kurallara göre belirlenmesi gerektiği ilkesi gözetilmek suretiyle, 2004/5 ve öncesi dönemler bakımından 5 yıllık zamanaşımı süresinin, 2004/6 ve sonrası dönemler bakımından ise 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı belirlenerek sonucuna göre karar verilmelidir.

Mahkemece, zamanaşımı süresinin "borcun muaccel olduğu tarih" yerine, hizmet tespiti kararının kesinleştiği tarihten başlatılması suretiyle eksik ve yanlış değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O halde, davacı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine 17.05.2017 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

FAZLA ÇALIŞMA • ŞANTIYE ŞEFİ

ÖZET: Şantiye şefi olarak çalışan, görev ve pozisyonu gereği günlük çalışma saatlerini kendisi belirleyen davacı fazla çalışma ücreti isteyemez.

Y. 22. HD., E. 2015/10687, K. 2016/15156, T. 26.05.2016

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiğini ileri sürerek, ücret, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti ve ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-4857 sayılı İş Kanunu'nun 37. maddesine göre, işçiye ücretinin elden ya da banka kanalıyla ödenmesi durumunda, ücret hesabını gösteren imzalı ve işyerinin özel işaretini taşıyan "ücret hesap pusulası" verilmesi zorunludur.

Uygulamada çoğunlukla "ücret bordrosu" adı altında belgeler düzenlenmekte ve periyodik ödemelerde işçinin imzası alınmaktadır. Banka aracılığı ile yapılan ödemelerde banka kayıtları da ödemeyi gösteren belge niteliğindedir.

Ücretin ödendiğinin ispatı işverene aittir. Bu konuda işçinin imzasını taşıyan bir ödeme belgesi yeterli ise de, para borcu olan ücretin ödendiğinin tanıkla ispatı mümkün değildir.

Somut olayda, mahkemece, davacının ücret alacağına dair talebinin kabulüne karar verilmiş ise de, yapılan araştırma eksik ve hüküm kurmaya yeterli bulunmamaktadır.

Dosya içeriğinde bulunan tediye makbuzlarından davacı adına 20.01.2012, 01.03.2012 ve 06.05.2012 tarihlerinde maaş avansı adı altında ödemeler yapıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre, yapılan ödemeler davacı asilden sorularak, ücret alacağına ilişkin olup olmadığının duraksamaya yer vermeyecek şekilde tespiti ile oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

3-Fazla çalışma isteğinde bulunan işçi bu iddialarını ispatla yükümlüdür. 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 ödenmediği varsayılır.

İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar. O halde üst düzey yönetici bakımından şirketin yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla çalışma yapılması yönünde bir talimatın verilip verilmediğinin de araştırılması gerekir. İşyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla çalışma yapılması yönünde açık bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği çalışma saatleri sebebiyle fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği kabul edilmelidir.

Somut olayda, dosya içeriğinden, davacının şantiye şefi olarak çalıştığı, davacının, görev ve pozisyonu gereği günlük çalışma saatlerini kendisi belirlediği anlaşılmakla, fazla mesai alacağı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.05.2016 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMA • SAHA MÜHENDİSİ

ÖZET: Şantiye şefi olmayan, saha mühendisi olarak çalışan, esnek çalışma saatlerine tabi olmayan ve amirinden aldığı emir ve talimatlara göre çalışan davacı fazla çalışma ücreti talep edebilecektir.

Y. 22 HD., E. 2017/10492, K. 2017/6249, T. 27.3.2017

Davacı, davalı işyerinde 09.03.2007 yılında çalışmaya başladığını 01.01.2010 yılından iş akdinin feshedildiği 04.....2011 tarihine kadar saha mühendisi olarak çalıştığını belirterek fazla mesai, hafta tatili ile genel tatil alacaklarının tahsilini talep etmiştir.

Davalı, davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne dair verilen karar, taraflar vekillerince temyiz edilmesi üzerine Dairemizin ...04.2016 tarihli ve 2015/5282 esas, 2016/10480 karar sayılı kararı ile bozulmuştur.

Dairemizin belirtilen bozma ilamına Mahkemece, davacının bozma ilamında belirtildiği gibi şantiye şefi olmadığı, saha mühendisi olduğu, davalı yanın bu konuda dosyaya hiçbir delil sunmadığı, tanık anlatımlarından da davacının saha mühendisi olduğunun belirtildiği, saha mühendisinin esnek çalışmaya tabi olmadığı, çalışma saatlerini kendisinin belirlemediği, şantiye şefinin görev ve sorumluluklarının Resmi Gazetenin 05.02.2008 tarih 26778 sayılı nüshasında yayınlanan Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliğinde belirtildiğini, şantiye şeflerinin esnek çalışma saatine tabi olduğu ancak saha mühendislerinin esnek çalışma saatine sahip olmadığı, davacının tüm emir ve talimatları'dan aldığı, davacının şantiye şefi olduğunun belirtilmesinin maddi hataya dayandığı gerekçesi ile direnilmiştir.

Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiş olup, Dairemizin 6352 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile eklenen 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun geçici maddesi uyarınca öncelikle inceleme yetkisi olduğu anlaşılmakla, Mahkemece dayanılan gerekçelerin dosya kapsamına uygun düştüğü, bu sebeple direnmenin doğru olduğu anlaşıldığından, Dairemizin ...04.2016 tarihli ve 2015/5282 esas, 2016/10480 karar sayılı bozma ilamı ortadan kaldırılarak, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun geçici ek maddesi uyarınca **ONANMASINA**, aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edene yükletilmesine, 27.03.2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ

ALT İŞVEREN • RÜCU DAVASI • SON ALT İŞVEREN

ÖZET: Asıl işverenin alt işverene karşı açmış olduğu rücu davasında, işyerini en son çalıştıran ve son işveren konumundaki alt işveren rücu davasında iş davasında olduğu gibi üçüncü kişi olan işçiye ödenmiş olan işçilik alacaklarının tamamından değil, kendi işverenlik süresine ve o sürede işçiye ödenen ücrete göre hesaplanacak miktar kadar asıl işverene karşı sorumlu olacaktır.

Y. 23 HD., E. 2013/8379, K. 2014/3068, T. 18.04.2014

Davacı vekili, taraflar arasında yapılan sözleşme uyarınca, Atatürk Havalimanı'nın 21.01.2000-31.03.2001 tarihleri arası temizlik hizmetlerinin davalı tarafından yapıldığını, davalı bünyesinde bu havalimanında çalışmaktayken iş akitleri davalı tarafından sonlandırıldığı iddiasıyla A. İ., ve A.Ş. tarafından kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının tahsili amacıyla müvekkili aleyhine açılan davalar neticesinde müvekkilinin icra dosyalarına toplam 11.642,35 TL ödemede bulunduğunu, ancak ödenen bu miktardan davalının sorumlu olduğunu ileri sürerek, 11.642,35 TL'nin ödeme tarihinden itibaren avans faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının talebinin zamanaşımına uğradığını, davacı şirketin müvekkili şirketten önce doğmuş işçilik alacakları için önceki taşeronlara başvurması gerektiğini tüm işçilik döneminde doğmuş bulunan işçilik hak ve alacaklarının müvekkiline rücu edilemeyeceğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia savunma ve tüm dosya kapsamına göre; davacının A.İ. ve A.Ş., adındaki işçiler için, İş Mahkemesi'ndeki davalar sonucunda 13.01.2011 tarihinde 3.747,55 TL ve 10.05.2011 tarihinde 7.984,80 TL ödemede bulunduğu, ödediği bu miktarlardan dolayı taraflar arasındaki sözleşmenin 4, 9 ve 11. maddeleri uyarınca davalıya rücuen başvurulabileceği gerekçesiyle, davanın kabulü ile 11.642,35 TL'nin 3.747,55 TL'sinin 13.01.2011 tarihinden, 7.894,80 TL'sinin 10.05.2011 tarihinden itibaren avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazları yerinde değildir.

2) Kıdem tazminatına yönelik temyiz itirazına gelince;

Dava, taraflar arasında imzalanan hizmet alım akdine dayalı olarak dava dışı işçiye ödenen işçilik alacaklarının rücuen tahsili istemine ilişkindir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesinde "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur." hükmüne yer verilmiştir. Davacı asıl işveren, anılan madde hükmüne dayalı sorumluluğu nedeniyle dava dışı işçiye ihbar ve kıdem tazminatı vs. ödemiş ise de, davacının bu tazminatlardan sorumluluğu, anılan Yasa maddesine göre işçilere karşı olan bir sorumluluk olup, taşeron ile asıl işveren arasındaki birbirlerine karşı olan sorumluluğu içermeyen anılan düzenlemenin dava konusu olaya uygulanması mümkün değildir.

Bu durumda uyumsuzluğun, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir. Dava dışı işçilerin İş Mahkemesinde görülen davada kıdem tazminatı alacakları başka alt işverenler yanında çalıştığı süreler de dikkate alınarak hesaplanmış ise, son alt işveren olan davalının kıdem tazminatı alacağı ile ilgili olarak davacıya karşı olan sorumluluğu sözleşmede farklı bir düzenleme yok ise kural olarak kendi dönemi ile sınırlı bulunduğundan, davalının kıdem tazminatına ilişkin sorumluluğunun buna göre belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu kısım alacakla ilgili olarak davacının dava dışı işçiye ödeme yapmış olduğu ve bu ödemeye dayanan iş bu davanın rücuen alacak davası olduğu gözden kaçırılarak, yanlış gerekçe ile işçi-işveren arasındaki iş hukuku hükümlerine göre dava ele alınarak, davalının kıdem tazminatının tamamından sorumlu tutulması doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, davalı yararına BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 18.04.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ASIL İŞVEREN • ALT İŞVEREN • RÜCU DAVASI

ÖZET: Asıl işverenin alt işveren taşeronu karşı açtığı rücu davasında, alt işveren işçiyi çalıştırdığı süreyle ve o sürede işçiye ödenen ücretle sınırlı olarak asıl işverene karşı sorumlu olacaktır.

Y. 23 HD., E. 2013/9046, K. 2014/3628, T. 9.5.2014

Davacı vekili, davalının Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile müvekkiline devredilen S., İşletme Müdürlüğü'nde muhtelif tarihlerde taşeron sıfatıyla iş yaptığını, üstlenmiş olduğu işlerde çalıştırdığı işçilerin kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin ücreti gibi işçilik haklarını ödemediğini, bu işçilerin müvekkili aleyhine açtıkları dava sonucunda hüküm altına alınan meblağların icra yoluyla müvekkilinden tahsil edildiğini, hizmet alımı ihale şartnamelerinde iş mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerin yükleniciye ait olduğunun düzenlendiğini, bu nedenle müvekkili tarafından ödenen tazminattan davalının sorumlu olduğunu ileri sürerek, 34.562,29 TL'nin ödeme tarihinden itibaren ticari faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 31.799,81 TL'nin ödemenin yapıldığı tarihlerden itibaren yasal faiziyle tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine ilişkin kararın, taraf vekillerince temyizi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 13.03.2012 tarih ve 2010/14462 E., 2012/3755 K. sayılı ilamıyla, davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle, alt işverenlerin işçi alacaklarından olan kıdem tazminatından işçinin kendi sözleşme sürelerine isabet eden çalışma süresi ile sınırlı olarak sorumlu oldukları, somut olayda da, davalı, karar gerekçesinde isimleri belirtilen işçilerin son işvereni olmamakla birlikte bu işçilerin bir süre ait işveren olan davalı nezdinde çalıştıklarının sabit olduğu, mahkemece davalının kendi sözleş-

me süresine isabet eden çalışma süresi ile sınırlı olarak davacı tarafından anılan işçiler için ödenen kıdem tazminatından sorumlu kabul edilerek, oluşacak sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda delillerin değerlendirilmesi ve tüm dosya kapsamına göre; bozma ilamında belirtilen işçiler olan M.Ş., K.C. ve S.Ç. için davacı tarafından ödenen ve davalıdan tahsil edilmesi gereken miktarın, bu işçilerin davalı yanında çalıştıkları süre ve ücretle sınırlı olan kısmının 739,60 TL olduğu, sonuç itibarıyla davacının davalıdan olan alacağına 32.439,41 TL olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile 32.439,41 TL'nin ödeme yapıldığı tarihlerden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 120. maddesi ile yürürlükte bulunan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14/3. maddesi "İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12/07/1975 tarihinden, itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır". hükmünü içermektedir. Mahkemece, bozma ilamındaki ilkenin dayanağı olan anılan hüküm uyarınca davalının işçileri çalıştırdığı süre ve devir esnasındaki ücretle sınırlı olarak davacının kıdem tazminatından kaynaklanan rücu alacağını belirleyen bilirkişi raporunun hükme esas alınması doğru olmuştur.

Bu açıklamalar ve dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı doğrultusunda inceleme yapıp hüküm verilmiş olmasına, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, bozmanın kapsamı dışında kesinleşmiş olan yönlere ilişkin temyiz itirazları incelenemeyeceğine göre, davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 09.05.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MÜTESELSİL BORÇ • BORÇTAN SORUMLULUK • RÜCU DAVASI

ÖZET: Müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkide sorumluluğun tamamen borçlulardan birine ait olduğu belirlenmiş ise, dış ilişkiye göre borcu ödeyen borçlu iç ilişkide sorumluluğu belirlenen borçluya rücu edebilecektir.

Y. 23 HD., E. 2014/1137, K. 2014/6774, T. 30.10.2014

Asıl ve birleşen davada davacı vekili, müvekkili kurum ile önce davalı ... İnş. ve İnş. Malz. Tic. Taah. Ltd.Şti. daha sonra diğer davalı ...Sos. Hiz.İnş.Day.Tük.Mal.Gıda Tem.Mad.San. ve Tic.Ltd.Şti. arasında içme, atık su abonelerinin sularının kesilmesi, açılması, kaçak su tespiti, su saygıçlarının sökme, takma hizmetine ilişkin sözleşmeler yapıldığını, davalı taşeron şirketler bünyesinde işçi olarak çalışan dava dışı Z.U. iş akdinin feshedilmesi üzerine müvekkili kurum aleyhine kıdem ve ihbar tazminatı alacağı ile yıllık izin ücreti alacağının tahsili için dava açtığını, açılan dava sonucunda hükmedilen işçi alacaklarının müvekkili kurum tarafından ödendiğini, taraflar arasındaki sözleşme uyarınca icra takip dosyalarına ödenen işçilik alacaklarından davalıların sorumlu olduğunu ileri sürerek, asıl davada 8.724,25 TL'nin birleşen davada 468,77 TL'nin ödeme tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalılardan tahsilini talep ve dava etmiştir. Asıl ve birleşen davada ...Sos.Hiz.İnş.Day.Tük.Ma.Gıda Tem.Mad. San.ve Tic.Ltd.Şti. vekili, dava dışı işçi Z.Ü., müvekkili firmadan önce diğer davalı şirket nezdinde ihale sürecinin sona erdiği 29.02.2008 tarihine kadar çalıştığını ve bu tarihte işten çıkarıldığını, iki ay sonra 01.05.2008 tarihinde müvekkili şirkette işe alındığını, buna göre 29.02.2008 tarihinden önceki çalışma döneminin tasfiye edilildiğini, müvekkili yanındaki dönemin yeni bir çalışma dönemi olduğunu, işyeri devri hükümleri doğrultusunda müvekkilinin sorumlu tutulamayacağını, müvekkili yanındaki çalışma süresi 6 ay olduğundan dava dışı işçinin kıdem tazminatı ve yıllık izin ücreti alacağı hakkının doğmadığını, ayrıca sözleşme süreci sonunda işçilerin özlük haklarının ödendiğine ilişkin ibranamelerin davacıya sunulduğunu savunarak, asıl ve birleşen davanın reddini istemiştir.

Asıl ve birleşen davada diğer davalı şirket, davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; davacı

ile davalılar arasında yapılan sözleşmelerin eki olan teknik şartnamenin 7/1. maddesindeki, “Taahhüt süresince işten çıkartılan işçilerin kıdem tazminatı ile diğer yasal haklarından yüklenici sorumludur, bu konuda idarenin yasal ve parasal hiçbir sorumluluğu yoktur, yüklenici bu uygulamadan doğabilecek her türlü yasal ve parasal sorumluluğu kabul etmiştir.” hükmü uyarınca, işçi alacaklarının tamamından, davalıların, işçiyi çalıştırdıkları süre ile sınırlı olarak sorumlu oldukları, dava dışı işçinin davalı İnş.ve İnş. Mal.Tic.Taah.Ltd.Şti. bünyesinde 06.07.2004 tarihinden 29.02.2008 tarihine kadar Sos.Hiz.İnş.Day.Tük.Mal.Gıda Tem. Mad. San. ve Tic.Ltd.Şti. bünyesinde 01.05.2008 tarihinden 07.11.2008 tarihine kadar çalıştığı, bu dönemlerdeki işçilik alacaklarından davalıların sorumlu olduğu gerekçesiyle, asıl ve birleşen davanın kısmen kabulü ile asıl davada 3.445,42 TL'nin 06.04.2012 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalı Sos.Hiz.İnş.Day.Tük.Mal. Gıda Tem. Mad.San.Tic.Ltd.Şti.'nden, 5.048,08 TL'nin 06.04.2013 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalı İnşaat ve İnş.Malz.Tic.Taah.Ltd.Şti.'nden tahsiline, birleşen davada ise, 185,13 TL'nin 03.08.2012 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte Sos.Hiz.İnş.Day.Tük.Mal Gıda Tem.Mad.San. ve Tic.Ltd.Şti.'nden 271,24 TL'nin 03.08.2012 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalı İnşaat ve İnş.Malz.Tic.Taah.Ltd.Şti.'nden tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, asıl ve birleşen davada davalı ... Sos.Hiz.İnş.Day.Tük.Mal.Gıda Tem. Mad.San ve Tic.Ltd.Şti. temyiz etmiştir.

1) Birleşen dava yönünden;

5219 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu HUMK'nın 427. maddesinde öngörülen kesinlik sınırı, 5236 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle HUMK'na eklenen Ek-Madde 4'te öngörülen yeniden değerlendirme oranı da dikkate alındığında 2013 yılı için 1.820,00 TL'dir. Dava dilekçesinde 468,77 TL'nin tahsili istenilmiş, mahkemece 185,13 TL'sinin tahsiline karar verilmiştir. Davalı Sos.Hiz.İnş.Day.Tük.Mal.Gıda Tem. Mad.San ve Tic.Ltd.Şti. aleyhine kabul edilen kısım, yukarıda anılan maddelerin hükmüne göre temyiz sınırının altında kaldığı cihetle kesin niteliktedir. Kesin olan kararların temyiz istemleri hakkında mahkemece bir karar verileceği gibi, 01.06.1990 gün ve 1989/3 Esas, 1990/4 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca Yargıtay tarafından da karar verilebileceğinden, davalı vekilinin temyiz isteminin reddine karar verilmesi gerekmiştir.

2) Asıl dava yönünden;

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesinde, “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya

asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.” hükmü bulunmaktadır. Davak onusu olayda da davacı ile davalı arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi mevcut olup, davacı asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu’ndan kaynaklanan yükümlülükler nedeniyle, alt işverenle birlikte müteselsilen sorumludur. Burada Kanundan kaynaklanan bir teselsül hali söz konusu olup, asıl ve alt işverenler, dış ilişki itibarıyla (dava dışı işçiye karşı) müteselsilen sorumludurlar.

İç ilişkide (alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olan borçlular arasındaki ilişkide ise) bu husustaki nihai sorumluluğun hangi tarafa ait olduğu konusunda taraflar kendi aralarında sözleşme yapabilirler. Nitekim dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu’nun 146. maddesinde düzenlenen, “Borcun mahiyetinden hilafı istidlal olunmadıkça, müteselsil borçlulardan her biri alacaklıya yapılan tediyeden birbirine müsavi birer hisseyi üzerlerine almaya mecburdur. Hissesinden fazla tediyede bulunan, fazla ödeme ile diğerlerine rücu hakkını kazanır.” şeklindeki hükümde de, müselsil sorumlulardan her birinin alacaklıya yapılan ifadan birbirlerine karşı genel olarak eşit paylarla sorumlu oldukları, ancak bunun aksinin kararlaştırılabileceği de açıkça belirtilmiştir.

İşte müteselsilen sorumlu olan borçlular arasındaki iç ilişkide, bu konudaki sorumluluğun tamamen borçlulardan birine ait olacağı yönünde bir sözleşme yapılmış ise, tarafların serbest iradeleri ile düzenlenmiş oldukları sözleşme hükümleri kendilerini bağlayacağından, dış ilişkide kanundan odğan teselsül gereğince borcu ödemiş olan müteselsil borçlunun ödediği miktarın iç ilişkide borcun nihai yükümlüsü olan borçludan rücu tahsilini talep edebileceği kabul edilmelidir. Yargıtay 13 HD.’nin 28.01.2014 tarih ve 2013/22286 E., 2014/2147 K; 25.02.2014 tarih ve 2013/23685 E, 2014/5067 K. sayılı ilamları ile Dairemizin 23.06.2014 tarih ve 3992 E, 4794 K. ilamı bu yöndedir.

Somut olayda, taraflar arasında imzalanmış olan 31.12.2008 tarihli Su Kapama, Açma, Sayaç Değiştirme ve Kaçak Su Tespiti Hizmet Kiralama İşine ilişkin sözleşmenin 23. maddesi “Yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları ilgili mevzuatın

bu konuyu düzenleyen emredici hükümleri ve Genel Şartnamenin altıncı bölümünde belirlenmiş olup, yüklenici bunlara aynen uymakla yükümlüdür.” hükmü mevcuttur. Teknik Şartname'nin 7-1. maddesinde “Taahhüt süresince işten çıkartılan kişilerin kıdem tazminatları ile diğer yasal haklarından yüklenici sorumludur. Bu konuda idarenin yasal ve parasal hi bir sorumluluğu yoktur. Yüklenici bu uygulamadan doğabilecek her türlü yasal ve parasal sorumluluğu kabul etmiştir.” hükmü mevcuttur.

Görüldüğü üzere sözleşmede işçi hak ve alacakları nedeniyle açıkça yüklenicinin sorumlu olacağı belirtilmiş olup, tarafların serbest iradeleri ile düzenlemiş oldukları sözleşme ve şartname hükümleri tarafları bağlayacağından, davacının asıl işveren olarak ödemiş oldukları miktarın tamamını ilgili davalıdan rücuen tahsilini talep edebileceğinin kabulü gerekir.

Bu açıklamalara, dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve temyiz edenin sıfatına göre, asıl davada davalı ... Sos.Hiz.İnş.Day.Tük. Mal.Gıda Tem. Mad.San ve Tic.Ltd.Şti. vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bente açıklanan nedenlerle, birleşen davada davalı vekilinin temyiz isteminin mahkeme hükmünün kesin olması nedeniyle reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, asıl davada davalı ... İnş. vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA**, aşağıda yazılı onama harcının asıl davada kararı temyiz eden davalı ... Ltd.Şti.'den alınmasına, birleşen dava yönünden peşin harç yatırılmadığından iadesine yer olmadığına, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 30.10.2014 tarihinde (1) numaralı bent yönünden oybirliği, (2) numaralı bent yönünden oy çokluğuyla karar verildi.

TAŞERON İŞÇİLERİ • BİRDEN FAZLA TAŞERON RÜCU DAVASI

ÖZET: Davacı asıl işverenin üçüncü kişi olan işçiye ödediği tazminatları rücu yoluyla alt işverenlerden istemesi halinde işçinin peşpeşe birden çok işverenin işçisi olarak çalıştırılmasından doğan alacaklardan her işveren kendi işverenlik süresiyle sınırlı olarak asıl işverene karşı sorumlu olacaktır. Bu kurala son alt işveren de dahildir.

Y. 23 HD., E. 2014/7000, K. 2015/709, T. 9.2.2015

Davacı vekili,,,, işinin 21.06.2007 tarih 15 nolu sözleşme ile davalı şirkete ihale edilidğini, ihale konusu işin ifası sırasında davalı şirket çalışanı ... tarafından müvekkili aleyhine ... İş Mahkemesi'nin 2007/753 Esas sayılı dosyasında iş sözleşmesinin haksız ve bildirimsiz olarak feshedildiğinden bahisle kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, bayram tatili ücretinin tahsili istemi ile alacak davası açıldığını, davanın davalı şirkete ihbar edildiğini, davanın kısmen kabulüne dair kararın Yargıtay tarafından onandığını, takibe kanulan ilam nedeniyle müvekkilinin işçiye 8.445,53 TL ödediğini, işçinin müvekkili kuruluşun personeli olmadığını, yüklenici şirket bünyesinde çalışan işçiler üzerinde müvekkili kuruluşun doğrudan bir tasarrufu bulunmadığını, davalı şirketin işveren sıfatı ile yükümlülüklerine yerine getirmediğini ileri sürerek, 8.448,53 TL'nin ödeme tarihi olan 27.08.2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, işçi tarafından açılan davada müvekkilinin taraf olmadığını, ilamda müvekkili aleyhine mali sorumluluk yüklenmediğini, bu nedenle müvekkiline husumet yöneltilemeyeceğini, taraflar arasında 21.06.2007 tarihinde hizmet alım sözleşmesi imzalandığını, sözleşmede işin yürütülmesi, çalışanların her türlü sevk ve idaresi ve benzeri hususlarda davacı kurumun tek başına yetkili olduğunu, işçilik haklarından doğan sorumluluk asıl işverene ait olduğundan ait işverene yönelik rücu taleplerinin reddi gerektiğini ...'ın müvekkili şirkette 43 gün çalıştığını, sözleşmesinde davacının rücu talebinde bulunabileceğine ilişkin bir hüküm yer almadığını, davacının davasını diğer taşeron şirketi dahil etme-

yerek eksik ve yanlış açtığını, alt işverenlerin skorunmluluğunun bölünebilir nitelikte olduğunu, her iki taşeron şirketin korumluluklarının kendi dönemleri ile sınırlı olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 1.652,28 TL'nın davalıdan tahsiline dair verilen karar, taraf verilerinin temyizi üzerine Dairemizin 03.06.2013 tarih ve 2874 E, 3750 K. sayılı ilamıyla, davalı vekilinin katılma yoluyla temyiz isteminin ve davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddiyle, davanın, asıl işveren sıfatıyla işçiye ödenen kıdem tazminatı, ve bayram tatili alacağı'nın sözleşme uyarınca alt işverenden rücuen tahsili istemine ilişkin olduğu, dava dışı işçinin davacı asıl işveren ile son alt işveren davalı aleyhine açtığı işçilik haklarına ilişkin dava sonucu hüküm altına alınan miktarların davacı asıl işveren tarafından ödendiği, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/b bendinde, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işçe çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludurlar". hükmüne yer verildiği, davacı asıl işverenin anılan madde hükmüne dayalı sorumluluğu nedeniyle dava dışı işçiye ihbar ve kıdem tazminatı vs. ödemiş ise de, davacının bu tazminatlardan sorumluluğu, anılan yasa maddesine göre işçilere karşı olan bir sorumluluk olup, taşeron ile asıl işveren arasındaki birbirlerine karşı olan sorumluluğu içermeyen anılan düzenlemenin dava konusu olaya uygulanmasının mümkün olmadığı, bu durumda uyumsuzluğun, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği, dava dışı işçinin İş Mahkemesi'nde görülen davada kıdem tazminatı alacağı'nın aşka ait işveren yanında çalıştığı süreler de dikkate alınarak hesaplandığı, son alt işveren olan davalının kıdem tazminatı alacağı ile ilgili olarak davacıya karşı olan sorumluluğu kendi dönemi ile sınırlı bulunduğundan davalının kıdem tazminatına ilişkin skorunmluluğunun buna göre belirlenmesi gerektiği, bu kısım alacakla ilgili olarak davacının dava dışı işçiye ödeme yapmış olduğu ve bu ödemeye dayanan işbu davanın rücuen alacak davası olduğu gözden kaçırılarak, yanlışlıklarla gerekçe ile işçi-işveren arasındaki iş hukuku hükümlerine göre dava ele alınarak, kıdem tazminatı alacağı yönünden davalının sorumlu tutulmasının doğru lomadığı belirtilerek, davacı yararına bozulmuştur.

Mahkemece, bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda, dosya kapsamı ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davacı asıl işverenin, davalı alt işverenden, çalıştırdığı işçiye ödemek zorunda kaldığı tazminatları isteme hakkına sahip olduğu, ancak bir işçinin peşpeşe birden çok alt işveren nezdinde çalıştırılması durumunda, herkesin sorumluluğunun işçiyi çalıştırdığı sürece, tarih ve o tarihteki ücretlere göre belirlenmesi gerektiği, davacının, dava dışı işçi ...'a, ... İş Mahkemesi'nin ilamı gereğince ödemek zorunda kaldığı 8.445,53 TL'den bozma ilamı sonrasında yeniden hesap edilen 33 günlük kıdem tazminatı ve genel tatil ücreti de eklendiğinde toplam 1.743,15 TL'sini isteme hakkı bulunduğu kanaatine varıldığı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile 1.743,15 TL'nin ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin ise reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve bozmanın kapsamı dışında kesinleşmiş olan yönlerle ilişkin temyiz itirazları incelenemeyeceğine göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 09.02.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ALT İŞVERENLER • ASIL İŞVERENİN RÜCU DAVASI SON ALT İŞVEREN

ÖZET: Asıl işverenin işyerinde birden fazla alt işveren faaliyet göstermiş ise, asıl işverenin açtığı rücu davasında son alt işveren de kendi işverenli dönemiyle sınırlı olarak sorumludur.

İşçinin açtığı davada son işverenin işçiye karşı tüm hizmet süresine göre sorumlu tutulmuş olması, az yukarıda belirlenen rücu davası uygulamasını etkilemez.

Y. 23 HD., E. 2014/9569, K. 2015/5691, T. 8.9.2015

Davacı vekili, taraflar arasında yapılan sözleşme uyarınca, Atatürk Havalimanı'nın 21.01.2000-31.03.2001 tarihleri arası temizlik hizmetlerinin davalı tarafından yapıldığını, davalı bünyesinde bu havalimanında çalışmaktayken iş akitleri davalı tarafından sonlandırıldığı iddiasıyla A.I. ve A.S. tarafından kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının tahsili amacıyla müvekkili aleyhine açılan davalar neticesinde müvekkilin icra dosyalarına toplam 11.642,35 TL. ödemede bulunduğunu, ancak ödenen bu miktardan davalının sorumlu olduğunu ileri sürerek, 11.642,35 TL'nin ödeme tarihinden itibaren avans faizi il birlikte davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, advacının talebinin zamanaşımına uğradığını, advacı şirketin müvekkili şirketten önce doğmuş işçilik alacakları için önceki taşeronlara başvurması gerektiğini tüm işçilik döneminde doğmuş bulunan işçilik hak ve alacaklarının müvekkiline rücu edilemeyeceğini savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, davanın kabulüne dair verilen karar, davalı vekilinin temyiz istemin üzerine Daikenizin 18.04.2014 tarih ve 2013/8397 E., 2014/3068 K. sayılı ilamıyla, diğer temyiz itirazlarının reddiyle, davacı asıl işveren, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesi hükmüne dayalı sorumluluğu nedeniyle dava dışı işçiye ihbar ve kıdem tazminatı ve kıdem tazminatı vs. ödemiş ise de, davacının bu tazminatlardan korunulduğu, anılan Yasa maddesine göre işçilere karşı olan sorumluluk olup, taşeron ile asıl işveren arasındaki birbirlerine karşı olan sorumluluğu içermeyen anılan düzenlemenin dava konusu olaya uygulanmasının mümkün olmadığı, uyuşmazlığın taraflar arasındaki sözleşme

hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği, dava dışı işçilerin İş Mahkemesi'nde görülen davada kıdem tazminatı alacakları başka ait işverenler yanında çalıştığı süreler de dikkate alınarak hesaplanmış ise de, son alt işveren olan davalının kıdem tazminatı alacağı ile ilgili olarak davacıya karşı olan sorumluluğu sözleşmede farklı bir düzenleme yok ise kural olarak kendi dönemi ile sınırlı bulunduğundan, davalının kıdem tazminatına ilişkin sorumluluğunun buna göre belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, bu kısım alacakla ilgili olarak davacının dava dışı işçiye ödeme yapmış olduğu ve bu ödemeye dayanan işbu davanın rücuen alacak davası olduğu gözden kaçırılarak, yanılığılı gerekçe ile işçi-işveren arasındaki iş hukuku hükümlerine göre dava ele alınarak, davalının kıdem tazminatının tamamından sorumlu tutulmasının doğru olmadığı gerekçesiyle davalı yararına bozulmuştur.

Bu kez, davacı vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

Yargıtay ilamında, belirtilen gerektirici sebeplere göre, HUMK'nın 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisine uymayan karar düzeltme isteminin reddi gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin karar düzeltme isteminin REDDİNE, 5.20 TL harç ve taksidiren 248,00 TL para cezasının karar düzeltme isteyenden alınarak Hazine'ye gelir kaydedilmesine, 08.09.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İFLAS ERTELEME • TAHRİK DİLEKÇESİ

ÖZET: İflas erteleme davası aynı zamanda iflas istemini de içerdiğinden kamu düzenine ilişkin olan bu hususda mahkemece iflas erteleme isteyen şirketin borca batıklık tespiti yapılarak borca batık olduğunun belirlenmesi halinde iflas kararı verilmesi zorunlu olduğundan, takip edilmeme ya da tahrik dilekçesi verilmeme gibi nedenlerle “davanın açılmamış sayılmasına” ilişkin karar verilemez.*

Y. 23 HD., E. 2016/8687, K. 2017/1509, T. 18.05.2017

Davacı vekili, müvekkili şirketin uzun yıllar ticaret hayatında olup, ügüne kadar inşaat, otel, turizm ve enzer birçok alanda faaliyet gösterdiğini, borca batık durumda olan müvekkili şirkete ait olan otelin işletmeye açıldığını ve birçok gün tam kapasite hizmet vermekte olduğunu, şirketin mali durumunda iyileşmeler meydana geldiğini ileri sürerek, iflasın bir yıl süreyle ertelenmesini talep ve dava etmiştir.

Mahkemece, iddia savunma ve tüm dosya kapsamına göre; Ticaret Sicil Gazetesi'nden gelen 18.05.2015 tarihli cevabi yazıya göre şirketin Kızılcahamam/Ankara olan adres değişikliğinin 21.04.2015 tarihinde tescil edilip, 24.04.2015 tarihli Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edildiği, davanın ise 30.03.2015 tarihinde açıldığı, kanuna göre ticaret sicil kayıtları Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edildiği tarihten itibaren hukuki sonuç doğuracağından dava tarihinde Altındağ/Ankara adresi geçerli olup mahkemenin yetkisiz olduğu gerekçesiyle, mahkemenin yetkisizliğine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiş olup, mahkemece, gerekçeli kararın davacı vekiline 21.07.2015 tarihinde tebliğ edildiği ve tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde temyiz edilmemekle olup 05.08.2015 tarihi itibarıyla davacı taraf açısından kesinleştiği, her ne kadar davacı vekilince 27.08.2015 tarihli temyiz dilekçesi verilmiş ise de, iflas erteleme davaları çekişmesiz yargı kapsamında olup basit yargılama usulüne tabi olduğundan adli tatilde bu davalara yönelik sürelerin işleyeceği davacı vekilinin adli tatilde temyiz süresi olan 15 günlük sürenin sonrasında 27.08.2015 tarihinde temyiz dilekçesini biraz ettiği gerekçesiyle, 30.09.2015 tarihli

* Gönderen: Av. Nihat Taner Çatalsakal

ek karar ile davacı vekilinin temyiz isteminin süre yönünden reddine karar verilmiş, ek kararın, davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 28.01.2016 tarih ve 2015/8643 Eb. 2916/474 K., sayılı ilamı ile onanmıştır.

Mahkemece, 14.03.2016 tarihli ek karar ile davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.

Ek kararı, müdahil ... A.Ş. vekili temyiz etmiştir.

İflas erteleme davası aynı zamanda iflas istemini de içerdiğinden kamu düzenine ilişkin olan bu hususta mahkemece iflas erteleme isteyen şirketin borca batıklık tespiti yapılarak borca batık olduğunun belirlenmesi halinde iflas kararı verilmesi zorunluğ olduğundan, takip edilmeme ya da tahrik dilekçesi verilmeme gibi nedenlerle “davanın açılmamış sayılmasına” ilişkin karar verilemeyeceğinden, ayrıca somut olayda süresinde tahrik dilekçesi de verilmiş olduğundan mahkemenin 14.03.2016 tarihli ek kararının bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, müdahil O.San.ve Tic.A.Ş. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile 14.03.2016 tarihli ek kararın **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 18.05.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TARAFLAR ARASINDA İMZALANAN HİZMET ALIM AKDİNE DAYALI DAVA DIŞI İŞÇİYE ÖDENEN İŞÇİLİK ALACAKLARININ RÜCUEN TAHSİLİ İSTEMİ

ÖZETİ: Davalı yaptığı haksız fesih sebebiyle ihbar tazminatının doğmasına neden olmuştur. İhbar tazminatları 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde işçinin iş sözleşmesi süresi itibariyle belirlenmiş ve haksız fesheden işveren sorumlu tutulmuştur. Aynı Kanun'un "işyerinin veya bir bölümünün devri" başlıklı 6. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında da " İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçer. Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işçinin yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür." hükmüne yer verilmiş olup, bu hükümle işveren değişikliği işyeri devri olarak kabul edilmiş ve "iş sözleşmesinin süresi" kavramına, tüm işverenlerin yanında çalışan süreler dahil edilmiştir. Bu durumda sözleşmede başka bir düzenleme yok ise kural olarak davalının ihbar tazminatının dava dışı işçinin diğer işverenler yanında süreler de dahil olmak üzere tüm çalışma dönemi dikkate alınarak belirlenmesi gerekir.*

Y 23. HD E:2014/120, K: 2014/449, T:27.01.2014

KARAR

Davacı vekili, müvekkiliyle davalı arasında içme, atık su abonelerinin sularının kesilmesi, açılması, kaçak su tespiti, su sayaçları sökme takma hizmetlerinin alınması konusunda sözleşme imzalandığını, davalı şirkete bağlı olarak çalışan işçi M. A. E.'nin haksız feshine dayalı işçilik alacakla-

* www.legalbank.net sitesinden alınmıştır.

rına ulaşmak için Adana 2. İş Mahkemesi'nin 2006/317 Esas sayılı dosyasıyla müvekkili ve davalı aleyhine dava açtığını, davanın kabulüne dair verilen kararın icra takibine konulduğunu, müvekkilince icra dosyasına ödeme yapıldığını ileri sürerek, 22.6.2011 tarihinde ödenen 23.206,58 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı tarafça, cevap verilmemiştir.

Mahkemece, iddia, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre; haksız fesih sebebiyle işçiye ödenen tazminattan hangi tarafın ne oranda sorumlu olduğuna dair uyuşmazlığın çözümünde öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümleri, aynı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkla ilgili verilmiş mahkeme kararları ve genel hukuk prensipleri dikkate alınarak bir sonuca gidilmesi gerektiği, sözleşme hükümlerine göre işçiye ödenecek olan tazminatlarından davalı yüklenicilerin, işçiyi çalıştırdıkları kendi dönemleriyle sınırlı olarak sorumlu oldukları, tacir olan tarafların çalıştırdıkları işçilerin fiili işçilik bedeli dışında sair tazminat haklarından da sorumlu olacağını bilebilecek durumda oldukları, somut olayda, davacının asıl işveren durumunu muhafaza etmesi nedeniyle, haksız fesih sebebiyle doğan zararlardan davalıyla birlikte eşit oranda kusurlu ve sorumlu olduğunun kabulü gerektiği belirtilerek, davanın kısmen kabulüyle 9.060,38 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

1-)Dava, taraflar arasında imzalanan hizmet alım akdine dayalı dava dışı işçiye ödenen işçilik alacaklarının rücu tahsiline istemine ilişkindir.

Taraflar arasındaki sözleşme ve ekleri, Dairemizin 4.11.2013 tarihli geri çevirme kararı üzerine dosyaya girmiştir. Mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümleri dikkate alınarak bir sonuca gidilmesi gerektiği isabetli olarak tespit edilmiş olmasına rağmen, sözleşme hükümlerinin tartışılıp değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, gerekçede yer alan "sözleşme hükümlerine göre işçiye ödenecek olan tazminatlarından davalı yüklenicilerin, işçiyi çalıştırdıkları kendi dönemleriyle sınırlı olarak sorumlu oldukları" ve "tacir olan davalılar çalıştırdıkları işçilerin fiili işçilik bedeli dışında sair tazminat haklarından da sorumlu olacağını bilebilecek durumda oldukları" ibareleri çelişkili olup, asıl işveren olmasının davacıya neden sorumluluk yüklediğinin açıklanmaması, gerekçede "uyuşmazlığın çözümünde öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümleri, aynı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkla ilgili verilmiş mahkeme kararları

ve genel hukuk prensipleri dikkate alınarak bir sonuca gidilmesi gerektiği” belirtilmesine rağmen bunların neler olduğunun açıklanmaması ve bunların usulüne uygun bir şekilde ele alınıp, tartışılmaması doğru olmamış, hüküm bu sebeplerle denetlenememiştir.

4857 Sayılı İş Kanunu’nun 2/b bendinde “ Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine dair yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereğiyle teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeriyle ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işverenle birlikte sorumludur.” hükmüne yer verilmiştir. Davacı asıl işveren anılan madde hükmüne dayalı sorumluluğu sebebiyle dava dışı işçiye ihbar ve kıdem tazminatı vs. ödemiş ise de, davacının bu tazminatlardan sorumluluğu, anılan yasa maddesine göre işçilere karşı olan bir sorumluluk olup, taşeronla asıl işveren arasındaki birbirlerine karşı olan sorumluluğu içermeyen anılan düzenlemenin davaya konu olaya uygulanması mümkün değildir. Bu durumda uyumsuzluğun, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir. Dava dışı işçinin İş Mahkemesinde görülen davada kıdem tazminatı alacağı başka alt işveren yanında çalıştığı süreler de dikkate alınarak hesaplanmış ise, son alt işveren olan davalının kıdem tazminatı alacağıyla ilgili olarak davacıya karşı olan sorumluluğu sözleşmede farklı bir düzenleme yok ise kural olarak kendi dönemiyle sınırlı bulunduğundan, davalının kıdem tazminatına dair sorumluluğunun buna göre belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.

Öte yandan, davalı yaptığı haksız fesih sebebiyle ihbar tazminatının doğmasına neden olmuştur. İhbar tazminatları 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 17. maddesinde işçinin iş sözleşmesi süresi itibarıyla belirlenmiş ve haksız fesheden işveren sorumlu tutulmuştur. Aynı Kanun’un “işyerinin veya bir bölümünün devri” başlıklı 6. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında da “ İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçer. Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işçinin yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.” hükmüne yer verilmiş olup, bu hükümle işveren değişikliği işyeri devri olarak kabul edilmiş ve “iş sözleşmesinin süresi” kavramına, tüm işverenlerin yanında çalışan süreler dahil edilmiştir. Bu durumda

sözleşmede başka bir düzenleme yok ise kural olarak davalının ihbar tazminatının dava dışı işçinin diğer işverenler yanında süreler de dahil olmak üzere tüm çalışma dönemi dikkate alınarak belirlenmesi gerekir.

Bu durumda, mahkemece, bu açıklamalar ve ilkeler çerçevesinde dava ele alınıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme-ye, yetersiz ve denetimi yapılamayan gerekçeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.

2-) Bozma nedenine göre, davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün, davacı yararına BOZULMASINA, (2) numaralı bentte açıklanan sebeplerle diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istenmesi halinde iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 27.01.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞÇİ YILLIK İZİNLERİ • KAMU İHALE TEBLİĞİ

ÖZET: Sözleşmede yer almıyorsa ödenen işçi yıllık ücretleri idareden istenemez.*

Y. 23. HD. E:2015/1210, K:2015/7616, K: 26.11.2015

KARAR

Davacı vekili, davalı idare tarafından yapılan 2010/9204 kayıt numaralı ihale neticesinde müvekkili ile davalı arasında 18.04.2010-28.05.2012 dönemi içerisinde "... Atıksu Arıtma Tesisi için İşgücü Temini Hizmet Alımı İşine Ait Sözleşme" imzalandığını, sözleşmenin imzalanması sonrasında ise müvekkil davacıya işyerinde önceden beri ve halen de çalışmakta olan personel ile devam edeceğinin bildirildiğini, her ne kadar sigorta kayıtlarında işveren müvekkil firma görünse de fiili bir işverenlik faaliyetinin bulunmadığını, işverenin gerçekte davalı idare olduğunu, söz konusu işte çalışan işçiler ile müvekkil arasında bağımlılık unsuru içeren bir iş ilişkisi hiç bir zaman kurulmadığını, ihale süresi boyunca işçilerin işe alımları ve işten çıkarılmaları, iş akdi kapsamındaki sevk ve idareleri, yıllık izin kullanmalarının tamamen davalı idare gözetiminde olduğunu, tüm bu sebeplerle işçilerin yıllık izinlerinin kullandırılması konusunda tek yetkili davalı idare olduğundan ve işçilere kanuna dayalı izin hakları kullandırılmayarak müvekkilin yıllık izin ücreti adı altında para ödemesine sebep olduğunu ileri sürerek, 5.641,71 TL'nin ödeme tarihlerinden itibaren faizleriyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının 4857 sayılı Yasa'dan kaynaklanan işçi alacaklarından sorumlu olduğunu, davacının işçilerinin izne çıkacağı tarihlerin idarece belirlenmesinin işçilerin izin ücretlerinden de idarenin sorumlu olduğu anlamına gelmeyeceğini, Kamu İhale Genel Tebliği 78.25. maddesinde belli sayıda personelin idarenin işyerinde bulunması gerektiğine ilişkin düzenleme yapılan ihalelerde 4857 sayılı Yasa'nın 55. maddesi gereğince izne hak kazanan işçilerin izin haklarının idarenin belirleyeceği takvim çerçevesinde kullandırılacağına ilişkin düzenlemenin idarenin söz konusu işin aksamaması için yapılan bir düzenleme olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, deliller, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; taraflar arasında davalı işyerinde işçi temin edilerek ça-

* www.legalbank.net sitesinden alınmıştır.

lıştırılmak üzere sözleşme düzenlendiği, sözleşmenin ihale usulü yapıldığı, sözleşme uyarınca davalının çalışan işçilere karşı davacı şirket ile birlikte müşterek ve müteselsilen sorumluluğu nedeni ile ödemek zorunda kalacağı izin ücretleri için 5.641,71 TL'nin ödenmesini istediği, davacı şirketin bu ödemeyi yaptığı, 31.05.2012 tarihi itibarıyla taraflar arasındaki hizmet alım ihalesinin sona erdiği, sözleşme süreli olduğundan dolayı sözleşmenin bitimi ile akti ilişki sona erdiğinden sözleşmenin feshi hükümlerinin uygulanamayacağı, 31.05.2012 tarihi itibarıyla ihale sona ermiş ise de davacının çalıştırdığı işçilerin iş akitlerinin sonlanmadığı, işin ihalesini alan şirkette 18.06.2012 tarihinde işlerine devam ettikleri, ihalenin sona erdiği tarih itibarıyla işçilerin çıkışının yapılmasının, işçilerin fiilen çıkışının yaptırıldığı anlamında yorumlanamayacağı, çalışmaların kesintiye uğramamasından dolayı işçilerin davacı döneminde izin ücret alacaklarını ödeme sorumluluğu bulunmadığı, davacı firma tarafından ödenen ve muaccel hale gelmeyen 5.641,71 TL'nin davalı tarafça ödenmesi gerektiği gerekçesiyle, davanın kabulü ile 5.641,71 TL'nin yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava, taraflar arasındaki hizmet alım sözleşmesine dayalı olarak davacı tarafça yıllık izin karşılığı ödenen miktarın davalıdan tahsili istemine ilişkindir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6. bendinde, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur." hükmüne yer verilmiştir. Davalı asıl işverenin davacı yüklenicinin işçilerine karşı yıllık izin ücretinden sorumluluğu, anılan Yasa maddesine göre işçilere karşı olan bir sorumluluk olup, davacı taşeron ile davalı asıl işveren arasındaki birbirlerine karşı olan sorumluluğu içermeyen anılan düzenlemenin dava konusu olaya uygulanması mümkün değildir. Bu durumda uyuşmazlığın, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir.

Taraflar arasındaki sözleşmenin 5. maddesinde işin tanımı yapılmış, 7. maddesinde ise sözleşme bedeline dahil olan giderler belirtilmiştir. Hizmet Alım Teknik Şartnamesi'nin 9. maddesinde sözleşme kapsamında çalıştırılacak işçilerin izin kullanımları düzenlenmiştir. İdari Şartname'nin 25. maddesi de benzer düzenlemeler içermektedir. Bu durumda mahkemece, taraflar arasındaki sözleşme ve sözleşmenin ekini oluşturan şartnamelerde yıllık izin ücretinin ihale bedeli kapsamı dışında olduğuna dair, diğer bir deyişle yüklenicinin yıllık izin kullandığı işçileri yönünden de ihale konusu bedele hak kazanacağına dair bir düzenleme bulunmaması nazara alındığında davacının işçilere ödediği yıllık izin ücretini, davalı şirketten isteyemeyeceği anlaşıldığından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanılığılı gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, davalı yararına **BOZULMASINA**, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 26.11.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TİCARİ DAVA

ÖZET: Tarafların tacir olması ve uyuşmazlığında ticari iş olması karşısında davaya ticaret mahkemesinin bakması gerekir *4

Y. 23. HD. E:2015/2894, K:2016/768, T: 15.02.2016

Davacı vekili, dava dışı işçi E.'in işçilik alacaklarının tahsili amacıyla açmış olduğu davanın lehine sonuçlanıp, davalı ile müvekkilinden müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verildiğini, söz konusu ilama dayalı olarak Kadıköy 2. İcra Müdürlüğü'nün 2012/18994 sayılı takip dosyasından müvekkiline icra emri gönderildiğini, müvekkili tarafından ödemenin tamamı olan 6.338,21 TL'nin icra dosyasına yapıldığını, davalı kurum ile aktedilen sözleşme gereği yüklenicinin çalıştırdığı tüm personelin özlük hakları ile ilgili hususların yükleniciye ait olduğunu, söz konusu işçinin de davalı şirket çalışanı olduğunu ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakkı saklı kalarak 6.338,21 TL'nin ödeme tarihinden itibaren işlemiş ve işleyecek

* www.legalbank.net sitesinden alınmıştır.

değişken oranlı avans faizi ile birlikte davalıdan rücuen tahsilen karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, tarafların tacir olması ve yapılan işinde ticari iş olması sebebiyle İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesi'nin görevli ve yetkili olacağından bahisle öncelikle görev itirazında bulunarak, dava dışı işçinin başka taşeronlarla da çalıştığını, davacı kurumun yani asıl işverenin işçisi olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; iş mahkemesinin kesinleşmiş ilamı ile taraflar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin belirlendiği, 4857sayılı İş Kanunu'nun 2/6. maddesine göre davalının işçiye karşı alt-üst işveren ilişkisi kapsamında sorumlu olduğunu ancak kendi aralarında iç ilişkiyi düzenleyen hükümlerin geçerli olup Genel Şartname'nin 38. maddesi uyarınca çalışanların ücretlerinin yüklenici tarafından ödeneceği belirlendiği gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava, taraflar arasındaki hizmet sözleşmesinden kaynaklanan rücuen tazminat istemine ilişkin olup, tarafların tacir olması ve uyumsuzlukta ticari iş olması karşısında davaya ticaret mahkemesinin bakması gerekirken asliye hukuk mahkemesinde bakılması TTK'nın 5. maddesi uyarınca doğru görülmemiştir.

2- Bozma neden ve sebeplerine göre, davalı vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün re'sen BOZULMASINA, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 15.02.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARI

SANIĞA SON SÖZLERİNİN SORULMASI

ÖZET: Ceza Genel Kurulunun duraksamasız uygulamaların da ısrar edilen önceki hüküm beraat dahi olsa sanıktan aleyhe bozmaya karşı diyecekleri sorulmadan direnme kararı verilemeyeceği yönündedir.

Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünün, aleyhe olan bozmaya karşı sanığın beyanı alınmadan yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması isabetsizliğinden sair yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir.

CGK E: 2017/274 K: 2017/245 T: 25/04/2017

Taksirle bir kişinin ölümüne neden olma suçundan sanık ...'in beraatine ilişkin, Ankara 20. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 13.12.2007 gün ve 227-888 sayılı hükmün katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 12. Ceza Dairesince 14.12.2011 gün ve 4230-8261 sayılı; "...Ancak;

1- 19.03.2007 tarihli raporu düzenleyen ve bilirkişi listesinden seçilip seçilmediği anlaşılamayan Hüseyin Tercan'ın kimlik tespiti ve yemini yaptırılmayarak CMK'nun 54, 58/1, 62 ve 64/6. maddelerine muhalefet edilmesi, 2- AŞTİ'den araç çıkış yolu ve minibüs durakları bulunması nedeniyle taşıt ve yaya trafiğinin yoğun olduğu olay yerinde orta refüjden yola inerek karşıya geçmeye çalışan yayayı, orta refüjde gören ve yolu on iki metre geçen yayaya çarpan sanığın, olayda kusurlu bulunduğu, izah edilen oluş şekli itibarıyla 05.09.2007 ve 19.03.2007 tarihli bilirkişi raporlarının oluşa uygun oldukları gözetilmeden ve mevcut raporlar arasındaki çelişki de giderilmeden Adli Tıp Kurumunun raporu esas alınarak yazılı şekilde hüküm tesisi" isabetsizliklerinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda 12.02.2014 gün ve 237-72 sayı ile; sanığın ilk hükümdeki gibi beraatine karar verilmiştir.

Hükmün katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı in-

celeyen Yargıtay 12. Ceza Dairesince 14.01.2015 gün ve 19811-311 sayı ile;

“Dairemizin 14.11.2011 tarih ve 4230-8261 sayılı bozma ilamına uyulmasına karar verilmesine rağmen, 19.03.2007 tarihli raporu düzenleyen bilirkişi ...’ın kimliği tespit edilip yeminin yaptırılmaması ve aynı bozma ilamında olayın oluş şekli itibarıyla 05.09.2007 ve 19.03.2007 tarihli bilirkişi raporlarının oluşa uygun bulunduğu belirtilmesine rağmen, bozma ilamı hükümsüzleştirilerek yeni bilirkişi raporları aldırılmak suretiyle Adli Tıp Kurumunun 26.11.2013 tarihli bilirkişi raporuna dayanılarak sanığın beraatine karar verilmesi” isabetsizliğinden bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkeme ise 25.06.2015 gün ve 140-451 sayı ile;

“Gerek kimlik tespiti yapıp yemini verdirilemeyen ... tarafından düzenlenen raporun yok hükmünde olması nedeniyle hükme dayanak yapılamayacağı, gerekse 05.09.2007 tarihli bilirkişi raporu ile Ankara Adli Tıp Kurumu Grup Başkanlığı Trafik İhtisas Dairesinin raporları arasında çelişki bulunduğu bunlardan hangisinin karara dayanak yapılacağı kararlaştırılmadığından, çelişkinin giderilmesi amacıyla İstanbul Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesinden aldırılan raporlar olaya uygun düşmekle ve yok hükmünde de kabul edilemeyeceğinden bu raporlara itibar edilmiş, sanığın taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan kusurunun olmadığı mahkememizce de kabul edilmiştir” şeklindeki gerekçeyle sanığın önceki hükümdeki gibi beraatine karar vermiştir.

Bu hükmün de katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 07.10.2015 gün ve 306821 sayılı “bozma” istekli tebliğnamesiyle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca 07.12.2016 gün ve 842-865 sayı ile; 6763 sayılı Kanununun 38. maddesi ile 5320 sayılı Kanuna eklenen geçici 10. maddesi uyarınca kararına direnilen daireye gönderilmiş, aynı madde uyarınca inceleme yapan Yargıtay 12. Ceza Dairesince 01.03.2017 gün ve 8-1544 sayı ile, direnme kararının yerinde görülmemesi üzerine Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; bir kişinin ölümü ile sonuçlanan

trafik kazasında sanığın kusurunun bulunup bulunmadığının tespitine ilişkin ise de, Yargıtay İç Yönetmeliğinin 27. maddesi uyarınca öncelikle, aleyhe olan bozma kararına karşı sanığın beyanı alınmadan direnme hükmü verilip verilemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. İncelenen dosya kapsamında;

Yerel mahkemece, bozmadan sonra yapılan yargılamada sanık ve müdafii bozma kararı ve duruşma günü davetiyesinin tebliğ edildiği, sanığın tebliğe rağmen duruşmaya gelmemesi üzerine müdafinin dinlenilmesi ile yetinilip sanıktan aleyhe bozmaya karşı diyecekleri sorulmadan önceki hükümde direnilmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

1412 sayılı CMUK'nun 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 326/2. maddesine göre, hükmün aleyhe bozulması halinde davaya yeniden bakacak mahkemece, sanıktan bozmaya karşı diyeceğinin sorulması zorunlu olup müdafinin dinlenilmesi ile de yetinilemez. Aynı kurala 5271 sayılı CMK'nun 307/2. maddesinde de yer verilmiş olup anılan bu kanun hükümleri uyarınca sanığa, bozmada belirtilen ve aleyhinde sonuç doğurabilecek olan hususlarda beyanda bulunma, kendisini savunma ve bu konudaki delillerini sunma imkânı tanınmalıdır. Bu düzenleme, savunma hakkının sınırlanamayacağı ilkesine dayandığından, uyulmasında zorunluluk bulunan emredici kurallardandır. Bu zorunluluk beraat hükmünde direnilmesi halinde de geçerlidir.

Zira Ceza Genel Kurulunca yapılacak inceleme sonucunda Özel Dairenin aleyhe bozması isabetli bulunup yerel mahkeme hükmünün bozulması mümkündür. 1412 sayılı CMUK'nun 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca karar tarihi itibarıyla uygulanması gereken 326/3. maddesine göre ısrar üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulunca verilen kararlara uyum mecburidir. Bu durumda sanıktan aleyhe bozmaya karşı diyeceği sorulmadan beraat hükmünde direnilebileceğinin kabulü savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurabilecektir. Savunma hakkı sanığın en önemli hakkı olup bu hakkın sınırlanması 1412 sayılı CMUK'nun 308/8. maddesi uyarınca mutlak bozma nedenidir. Nitekim Ceza Genel Kurulunun duraksamasız uygulamaları da ısrar edilen önceki hüküm beraat dahi olsa sanıktan aleyhe bozmaya karşı diyecekleri sorulmadan direnme kararı verilemeyeceği yönündedir.

Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünün, aleyhe olan bozmaya karşı sanığın beyanı alınmadan yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması isabetsizliğinden sair yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle;

1- Ankara 20. Asliye Ceza Mahkemesinin 25.06.2015 gün ve 140-451 sayılı direnme hükmünün, aleyhe olan bozmaya karşı sanığın beyanı alınmadan yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması isabetsizliğinden sair yönleri incelenmeksizin **BOZULMASINA**,

2- Dosyanın, mahalline iadesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 25.04.2017 tarihinde yapılan müzakerede oyçokluğuyla karar verildi.

**YARGITAY 12. CEZA DİRESİ
KURULU KARARI**

**FACEBOOK ÜZERİNDEN RESİM PAYLAŞIMI
•
HUKUKA AYKIRI VERİ SUÇU**

ÖZET: İzinsiz biçimde başkalarının resmini Facebook sayfasında hukuka aykırı bir yöntemle yayımlayan kişinin eylemi TCK'nın 136/1. madde ve fıkrasında tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturur.

Y. 12. CD. E: 2017/13582 K: 2017/3109 T: 12.04.2017

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan sanığın beraatine ilişkin hükümler, mahalli Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Mahalli Cumhuriyet savcısının sair temyiz itirazlarının reddine, ancak;

Sanık ...'ın, öz kızı olan mağdur ... ile diğer mağdur ... evlendikten sonra, her iki mağdurla aralarında başlayan husumetten dolayı mağdurlara tepki olarak, facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde kendi ismini kullanarak açtığı hesap üzerinden, mağdur ...'nin bekarken çektiği ve diğer mağdur ...'in temin ettiği resimlerini, onların uyarılarını dikkate almaksızın, rızalarına aykırı şekilde paylaştığı iddiasına konu olayda,

Mağdurların günlük kıyafetleriyle poz vermiş şekilde çektikleri resimleri, mağdurların başkaları tarafından görülmesini ve bilinmesini istemeyecekleri özel yaşam alanlarına ilişkin görüntüler olarak kabul edilemeyeceğinden, mağdurların kişisel veri niteliğindeki resimlerini, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle facebook hesabı üzerinden yayımlayan sanığın eylemlerinin, TCK'nın 136/1. madde ve fıkrasında tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturacağı gözetilmeden, eylemler salt özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilip, yasal ve yeterli olmayan yazılı gerekçelerle sanık hakkında beraat hükümleri kurulması,

Kanuna aykırı olup, mahalli Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin bu nedenle 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak **BOZULMASINA**, 12.04.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İDARİ YARGI KARARLARI

DANIŞTAY 9. DAİRE

VERGİLENDİRME İŞLEMİ

ÖZET: Vergilendirme işlemi yapılırken Kanuna uygun olarak biçimlendirilen muamelelerin bu biçimselliğinin ötesine geçilerek, muamelenin tarafları arasında oluşan maddi ve hukuki ilişkinin gerçek mahiyetinin araştırılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Kanun, gerçek mahiyetin ortaya çıkarılmasında yemin hariç her türlü delile izin vermiştir. Bu deliller, tarafların ikrarı, vergiyi doğuran olayla ilişkisi doğal ve açık bulunan teknik ifadesi, muamelenin taraflarının ekonomik ve ticari konumları, işyerlerinin durumu, arandığında bulunup bulunamamasına ilişkin tespitlerdir.*

Danıştay 9. D E.2015/1574 K. 2017/1948 T. 21.02.2017

Davacı adına Vergi Dairesi Müdürlüğü'nün 0109507800 vergi numaralı mükellefi M.H.İnş.San.Tic.Ltd.Şti.'nden aldığı faturaların sahte olduğu yolunda düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak 2008/ Aralık dönemi için re'sen tarh edilen katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden İzmir 1. Vergi Mahkemesi'nin 08/02/2014 tarih E: 2014/251, K. 2014/1654 sayılı kararının; dilekçede ileri sürülen sebeplerle bozulması istenilmektedir.

Cevabının ÖzetiO Yasal dayanaktan yoksun olan temyiz isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Tetik Hakimi: Davacıya fatura düzenleyen Tas.Hal.Akçel Metal.Haf. İnş.San.ve Tic.Ltd.Şti. hakkında düzenlenen vergi tekniği raporunda yer alan tespitlerden, düzenlediği faturaların sahte olduğuna ilişkin somut herhangi bir tespit bulunmadağı anlaşıldığından, temyiz isteminin kabulü ile Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık; davacı adına, M.Har.İnş.San.ve Tic.Ltd.Şti.'nden alınan

* Gönderen: Av. Nazlı Gaye Alpaslan

faturaların sahte olduğu yolunda düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak 2008/Aralık dönemi için re'sen tarih edilen katma değer vergisi ile kesilen vergi ziyaı cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden vergi mahkemesi kararının bozulması istemine ilişkindir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesinin 1 (a) bendinde: mükelleflerin, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri belirtilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3. maddesinin (B) bendinde; vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği, ancak vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesinin ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağı, iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin bunu iddia eden tarafa ait olduğu hükümlerine yer verilmiştir.

Vergilendirme işlemi yapılırken Kanun auygun olarak biçimlendirilen muamelelerin bu biçimselliğinin ötesine geçilerek, muamelenin tarafları arasında oluşan maddi ve hukuki ilişkinin gerçek mahiyetinin araştırılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Kanun, gerçek mahiyetin ortaya çıkarılmasında yemin hariç her türlü delile izin vermiştir. Bu deliller, tarafların ikrarı, vergiyi doğuran olayla ilişkisi doğal ve açık bulunan tanık ifadesi, muamelenin taraflarının ekonomik ve ticari konumları, işyerlerinin durumu, arandığında bulunup bulunamamasına ilişkin tespitlerdir.

M.Har.İnş.San.ve Tic.Ltd.Şti. hakkında düzenlenen 23.10.2013 tarih ve VDNR-2013-A-1902/31 sayılı vergi tekniği raporunda; mükellef şirketin 3.1.2008 tarihinde atık ve hurda toptan ticareti ile iştirak etmek üzere mükellefiyet tesis ettirdiği, şirket ortaklarının ortağı oldukları diğer şirketlerden bazıları hakkında sahte belge düzenlemekten dolayı raporlar bulunduğu, bazıların ise sahte fatura düzenleme şüphesiyle özel esaslara tabi olduğu, şirket adresinde 9.1.2008 tarihinde yapılan yoklamada iş yerinin 500 m2 olup 50 m2'lik kısmının büro olarak kullanıldığı, aylık kirasının 400,00 TL olduğu, asgari ücretli 1 çalışanın bulunduğu, emtia bulunmadığı ancak demirbaş olarak bir adet vinç, 2 bilgisayar, telefon ve faks bulunduğu hususunun tespit edildiği, 20.10.2009 tarihli yoklamada şirketin adreste faal olduğu 8 işçi çalıştırdığı ve başka bir şube veya deposunun bulunmadığı, 11.5.2011 tarihli yoklamada adreste faal olup 9

işçinin çalıştığı, aylık kirasının 500,00 TL olduğu deposunun bulunmadığı, aynı adreste P.Saç Tek. Hırd.Yapı El San.ve Tic.Ltd.Şti.'ninde faaliyet gösterdiği, 20.2.2012 tarihli yoklamada arsette 11.10.2011 tarihinden bu yana başka bir mükellefin faaliyette bulunduğu hususlarının tespit edildiği, defter tasdikine ilişkin bilgi bulunmadığı, vadesi geçmiş toplam 488.343,87 TL vergi borcu bulunduğu ancak 14.916,71 TL ödeme yapıldığı, 2010 yılı için 48.777.560,20 TL katma değer vergisi matralına karşılık, indirilecek katma değer vergisi nedeniyle ödenmesi gereken katma değer vergisinin 1.392,43 TL çıktığı, Ba-Bs analizi sonucu, 2010 yılında mal/hizmet alışlarının %99'luk kısmının toplam 3 mükelleften olduğu ve bunlar hakkında ilgili dönemde sahte belge düzenledikleri yönünde tespitler bulunduğu veya özel esaslara tabi olduğu, 2008/Aralık döneminden itibaren beyannamelerini veren muhasebecinin İzmir SMMM Odası ile yapılan yazışma neticesinde oda kaydının bulunmadığı, amortismanlarının artma veya azalma olmadan sürekli 1.000,00 TL olmasına rağmen 2010 yılı cirasunun 48.777.560,020 TL olduğu hususları tespit edildiğinden sahte fatura düzenleyicisi olduğu sonucuna varıldığı anlaşılmıştır.

Olayda, davacıya fatura düzenleyen mükellefin, ihtilafli dönemlerde faaliyet göstermediği ve gerçek bir mal teslimi veya hizmet ifasında bulunmaksızın sahte fatura düzenlediği hususu somut bir şekilde ortaya konulamamış olduğundan, davacının bu mükelleften aldığı faturalar nedeniyle tarh edilen vergi ziyai cezalı katma değer vergisinde ve davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne, İzmir 1. Vergi Mahkemesi'nin 08/12/2014 tarih ve E:2014/251a, K:2014/1654 sayılı kararının bozulmasına, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 gün içinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 21/02/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARI MİLLİ EĞİTİMİN AMACI

ÖZEL ÖĞRETİM KURUMLARINDA “ATATÜRK KÖŞESİ”

ÖZET: Milli eğitim sistemimizin temel amacı, Türk Devletini ve Milletini ebediyete kadar yaşatacak, çağdaş uygarlığın ve medeniyetin ortağı ve öncüsü yapacak Türk Milletinin bütün fertlerinin, Atatürk inkılap ve ilkelerine bağlı olarak yetiştirilmesidir.

Bu amaç doğrultusunda Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinde, Atatürk ilke ve inkılâplarını yansıtabilecek ve anlamlı bir kompozisyon oluşturacak "Atatürk Köşesinin" düzenlenmesi gerekir.*

Danıştay İDDK 02.02.2017 gün ve 2016/1703 YD İtiraz No.

İtiraz Eden (Davacı) : İstanbul Barosu Başkanlığı

Şahkulu Mh. Serdarı Ekrem Sk. No:7,
Beyoğlu - İST.

Vekili : Av. Atilla Özen - Aynı adreste

Karşı Taraf (Davalı) : Milli Eğitim Bakanlığı - ANKARA

Vekili : Hukuk Müşaviri

İstemin Özeti : Danıştay Sekizinci Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin 01/11/2016 günlü, E:2016/11557 sayılı karara, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini istemektedir.

Danıştay Tetkik Hâkimi :

Düşüncesi : İtirazın kabulü ile yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

* Gönderen: Av. Atilla ÖZEN

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca dosya incelendi, gereği görüldü:

20/03/2012 gün ve 28239 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin; özel öğretim kurumu binalarının idari birimlerinde “Atatürk Köşesi”ne yer verilmemesi ve “Atatürk Köşesi”nin nasıl olması gerektiğine ilişkin ayrıntılı düzenlemenin de yapılmamış olması nedeniyle eksik düzenleme içerdiği gerekçesiyle iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılan davada; Danıştay Sekizinci Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin 01/11/2016 günlü, E:2016/11557 sayılı karara, davacı itiraz etmekte ve yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini istemektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının “Başlangıç” kısmında; Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasanın, Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk’ün inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda; Türk Milleti tarafından demokrasiye âşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunacağı; “Eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi” başlığını taşıyan 42. maddesinin 3. fıkrasında; eğitim ve öğretimin, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı; bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerlerinin açılmayacağı, aynı maddenin 6. fıkrasında; özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esasların, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 6. maddesinde; kurumlarda eğitim-öğretim ve yönetimin, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda ifade edilen Türk Milli Eğitiminin genel amaç ve ilkelerine uygun olarak yürütüleceği hüküm altına alınmıştır.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun “Genel Amaçlar” başlığını taşıyan 2. maddesinin 1. fıkrasında; Türk Milletinin bütün fertlerini, Atatürk inkılâp ve ilkelerine bağlı; Türk Milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini benimseyen, koruyan ve geliştiren; insan haklarına ve Anayasanın başlangıcındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış haline getirmiş yurttaşlar olarak yetiştirmek Türk Milli Eğitiminin genel amaçları arasında sayılmıştır.

20/03/2012 gün ve 28239 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren dava konusu Yönetmeliğin “Atatürk Köşesi” başlıklı 8. Maddesinde; “Kurumların girişinde temiz, düzenli ve kolayca görülebilecek en uygun yerde Atatürk köşesi oluşturulur.” kuralına yer verilmiştir. Davaya konu Yönetmelikle yürürlükten kaldırılan 08/03/2008 tarihli ve 26810 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinin 30/10/2009 gün ve 27391 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 3. maddesiyle değiştirilen 8. maddesinde; “(1) Kurum binalarında;

a) Özel okul öncesi eğitim kurumlarında, eğitim etkinliklerinin yapıldığı alanların dışında uygun bulunan bir yerde, Atatürk inkılâp ve ilkelelerini içeren anlamlı bir kompozisyon oluşturacak şekilde Atatürk Köşesi düzenlenir.

b) Özel ilköğretim okullarında Atatürk köşesi, okul binasının girişinde, uygun bir yerde temiz, düzenli, Atatürk’ün hayatını, inkılâplarını yansıtabilecek ve anlamlı bir kompozisyon oluşturacak şekilde düzenlenir.

c) Özel ortaöğretim okulları ile diğer özel öğretim kurumlarında, yönetimin bulunduğu binanın girişinde kolayca görülebilecek en uygun yerde Atatürk köşesi oluşturulur. Atatürk köşesine zeminden yüksekte, Atatürk’ün büstü veya maskı konulur. Atatürk’ün fotoğrafı, Türk Bayrağı, İstiklâl Marşı ve Atatürk’ün Gençliğe Hitabesi uygun biçimde asılır. Atatürk köşesinde madalyon, gravür, fotoğraf, Atatürk’ün eğitimle ilgili sözleri ile kitap, tablo ve levhalara da yer verilebilir.” düzenlemesi yer almıştır.

Aynı şekilde, mülga 14/02/2006 gün ve 26080 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Yaygın Eğitim Kurumları Yönetmeliğinin “Türk Bayrağı ve Atatürk Köşesi” başlığını taşıyan 30. maddesinde; “Kurumlarda, yönetimin bulunduğu binanın girişinde kolayca görülebilecek en uygun yerde Atatürk köşesi oluşturulur. Atatürk köşesine zeminden belli yükseklikte hazırlanan bir kaide üzerine Atatürk’ün büstü konulur. Atatürk’ün fotoğrafı, ayaklı kaidede Türk Bayrağı, İstiklâl Marşı ve Atatürk’ün Gençliğe Hitabesi uygun biçimde asılır. Atatürk köşesinde madalyon, gravür, fotoğraf, Atatürk’ün eğitimle ilgili özdeyişleri ile kitap, tablo ve levhalara da yer verilebilir.” kuralı yer almıştır.

Anayasamızın başlangıç kısmında ve 1739 sayılı Kanunda belirtilen amaçlar doğrultusunda, Türk Devletini ve Milletini ebediyete kadar yaşatacak, çağdaş uygarlığın ve medeniyetin ortağı ve öncüsü yapacak Türk Milletinin bütün fertlerinin, Atatürk inkılap ve ilkelerine bağlı olarak yetiştirilmesi milli eğitim sistemimizin temel amacıdır.

Bu amacın gerçekleştirilmesi bağlamında; özel öğretim faaliyetinin, Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda evrensel hukuka, demokrasi ve insan haklarına uygun ve bir bütünlük içinde yerine getirilmesi ekseninde özel öğretim kurumlarında yer alacak olan “Atatürk Köşesi'nin” bu amaç ile bütünlük taşıyacak nitelik ve içerikte olması gerektiği kabul edilmelidir.

Bu durumda; davaya konu Yönetmelik maddesi ile “Atatürk Köşesinin” Türk Milli Eğitiminin amaçları doğrultusunda Atatürk ilke ve inkılâplarını yansıtacak ve anlamlı bir kompozisyon oluşturacak şekilde düzenlenmemesinin, Anayasaya ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununa dayanan Türk Milli Eğitiminin temel ilke ve kurallarına aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, olayda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen ve yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için gerekli olan koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından, davacı itirazının **KABULÜNE**, dava konusu Yönetmeliğin “Atatürk Köşesi”ne ilişkin eksik düzenleme yönünden yürütülmesinin durdurulmasına, 02/02/2017 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

DANIŞTAY SEKİZİNCİ DAİRESİ KARARI

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'NİN GÖREVLERİ

BİR AVUKATA KARŞI ASİL YADA VEKİL SIFATI İLE TAKİP EDİLECEK DAVANIN, BARO'YA YAZILI BİLDİRİMİ (TBB MESLEK KURALI 27/2)

ÖZET : “Bir avukat, başka bir avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir.” şeklindeki TBB Meslek Kuralı 27/2. maddesi, TBB'nin, Kanunda sayılan görevlerini yerine getirme amacına hizmet edecek nitelikte olmadığı gibi, avukatlığın amacı ile de bağdaşmaz.*

Danıştay 8. Dairesi 17.01.2017 gün ve 2016/12242 E. 2017/31 K.

Davacı : M.T

Vekili : Av..... Şişli/İSTANBUL

Davalılar : **1-**Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Oğuzlar Mahallesi Barış Manço
Cad. Av. Özdemir Özok Sok. No:8
06650 - Balgat/ANKARA

Vekili : Av. S.M-
(Aynı adreste)

2- İstanbul Barosu Başkanlığı
Şahkulu Mahallesi, Serdar-1
Ekrem Sk. No:7 Beyoğlu/İST

Vekili : Av. Atilla ÖZEN - (Aynı adreste)

Davanın Özeti : Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2 maddesinin ve bu kural dayanak alınarak oluşturulan İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun 08/07/2008 günlü, 2008/... sayılı davaya uyarma cezası verilmesine ilişkin işlemi ile bu işleme yapılan itirazın

reddine ilişkin Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun 13/03/2009 günlü, E:2009/ K:2009/... sayılı kararının; söz konusu kuralların fayda sağlamaktan çok zarar verici nitelikte olduğu, bildirim Mahkemece İstanbul barosuna yapıldığı, bildirim yükümlülüğünün davaya girildikten sonra kendisi tarafından yerine getirildiği, karar nisabına uyulmadan karar verildiği, meslek kuralının düzenleniş amacı doğrultusunda hiçbir işlevinin bulunmadığı öne sürülerek iptali istemidir.

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı'nın Savunmasının Özeti :

Avukatlık Kanunu ve Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarında hüküm altına alınan yükümlülükleri yerine getirmek zorunda olan davacı avukat aksi halde sorumlu tutulacak olup, Yasa ve hukuka uygun olan dava konusu meslek kuralı ve bu kural gereğince tesis edilen disiplin cezasında hukuka aykırılık bulunmadığı ve davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

İstanbul Barosu Başkanlığı'nın Savunmasının Özeti : Meslek kurallarının, avukatlar arasındaki mesleki dayanışmayı sağlamak için getirilmiş kurallar olduğu, işlemde ve dayanağı kuralda hukuka aykırılık bulunmadığı ve davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi :

Düşüncesi : İdari Dava Daireleri Kurulu'nun bozma kararında yer alan gerekçelerle, avukat olan davacının uyarma cezası ile tecziyesine ilişkin İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun 08/07/2008 günlü, 2008/... sayılı işlemi ile bu işleme yapılan itirazın reddine ilişkin Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun 13/03/2009 günlü, E:2009/ K:2009/... sayılı kararının iptali ile dayanağı olan Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2. maddesinin iptali gerekeceği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı :

Düşüncesi : Dava, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2 maddesinin ve bu kural dayanak alınarak oluşturulan İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun 08/07/2008 günlü, 2008/... sayılı davacıya uyarma cezası verilmesine ilişkin işlemi ile bu işleme yapılan itirazın reddine ilişkin Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun 13/03/2009 günlü, E:2009/ K:2009/... sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 16/06/2010 günlü, E:2009/5158; K:2010/3546 sayılı kararıyla; "bir avukat başka bir avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir." kuralını içeren Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2.

maddesinde hukuka, meslek onuruna ve kamu yararına aykırılık bulunmadığı; davacının da bu meslek kuralına uymayan davranışı gerçekleştirdiğinin hakkında yürütülen disiplin soruşturması neticesinde sabit olduğu görüldüğünden uyarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddedildiği; temyiz üzerine İdari Dava Daireleri Kurulunun 31.03.2014 tarih ve E:2011/76, K:2014/1397 sayılı kararıyla, Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenen Meslek Kuralları'nın 27/2. maddesinde yer alan, "Bir avukat başka bir avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir." kuralının; 1136 sayılı Yasanın 110. maddesinde Türkiye Barolar Birliği'nin temel görevleri olarak sayılan; baroların çalışmalarını ortak amaca ulaştıracak şekilde tasarlamak, mesleğin gelişmesini sağlamak, mensuplarının genel menfaatlerini ve mesleğin ahlak, düzen ve geleneklerini korumak, mensupları arasındaki meslek bağı kuvvetlendirmek gibi görevleri yerine getirme amacına hizmet edecek nitelik taşımadığı ve bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden avukatlığın amacı ile de bağdaşmadığı sonucuna ulaşıldığından, bu kuralda ve bu kural uyarınca davacıya verilen disiplin cezasında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle "ret" kararının bozulduğu anlaşılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 46. maddesinin 1. fıkrasında; Danıştay dava daireleri kararlarına karşı Danıştayda temyiz yoluna başvurulabileceği, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 38. maddesinde; İdari Dava Daireleri Kurulunca idari dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak verilen kararların temyizen inceleneceği, 2577 sayılı Kanunun 49. maddesinin 4. fıkrasında da; idare mahkemelerinin bozmaya uymayarak eski kararında ısrar edebileceği öngörülürken, aynı maddede, Danıştay dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararların temyizen bozulması halinde ısrar olanağı tanınmamıştır.

Açıklanan nedenle, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun "bozma" kararına uyularak, dava konusu disiplin cezası ile cezanın dayanağı olan Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2. maddesinin iptali gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 27/2 maddesinin ve bu kural dayanak alınarak oluşturulan İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun 08/07/2008 günlü, 2008/... sayılı davacıya uyarma cezası verilmesine ilişkin işlemi ile bu işleme yapılan itirazın reddine ilişkin Türkiye Barolar

Birliği Disiplin Kurulunun 13/03/2009 günlü, E:2009/. K:2009/... sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

Danıştay Sekizinci Dairesinin 16/06/2010 günlü, E:2009/5158 K:2010/3546 sayılı kararıyla; avukat olan davacının, meslektaşı iki avukat hakkında İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesinin E:2006/.. sayılı dosyasında açılan kamu davasına bir davacıya vekaleten katıldığı, bu durumu bağlı olduğu İstanbul Barosuna bildirmediği, aleyhine davaya katıldığı meslektaşının şikayette bulunması üzerine, davacı hakkında soruştırma açıldığı, eyleminin sabit bulunması sonucu İstanbul Barosu Disiplin Kurulu Başkanlığının 08/07/2008 gün ve E:2008/..., sayılı kararı ile Avukatlık Yasasının 134. ve Meslek Kurallarının 27/2. maddeleri uyarınca uyarma cezası ile cezalandırıldığı, davacının bu karara yaptığı itiraz zerine Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun 13/03/2009 günlü, E:2009/..., K:2009/... sayılı kararı ile anılan cezaya ilişkin kararın onandığının anlaşıldığı; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca, baroların çalışmalarını ortak amaca ulaşacak şekilde tasarlamak, mesleğin gelişmesini sağlamak, mensuplarının genel menfaatlerini ve mesleğin ahlak, düzen ve geleneklerini korumak, bunun yanında Türkiye Barolarını ve mensuplarını birbirine tanıtarak aralarındaki meslek bağını kuvvetlendirmek gibi temel görevleri olan Türkiye Barolar Birliği'nin yetkili organlarınca alınan ve yasalarda avukatlara tanıdığı hakların gerçekleşmesini, avukatların yklen-diği görevleri tam ve eksiksiz olarak onurlu bir şekilde yerine getirmesini sağlamak amacıyla konulan meslek kuralları arasında yer alan "bir avukat başka bir avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir." kuralını içeren 27/2 maddesinde hukuka, meslek onuruna ve kamu yararına aykırılık bulunmadığı; davacının da bu meslek kuralına uymayan davranışı gerçekleştirdiğinin hakkında yürütülen disiplin soruşturması neticesinde sabit olduğu grldğinden uyarma cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemde de hukuka aykırılık bulunmadığı, davacının, İstanbul Barosu Disiplin Kurulunun 4 kişi ile toplanıp 2 muhalif oya karşılık 2 üyenin oyu ile karar vermiş olması nedeniyle karar nisabına uyulmadığı yolundaki iddiasına gelince; Avukatlık Yasasının 103. maddesinde; baro disiplin kurulunun avukat sayısı iki yüz elliye kadar olan barolarda 3, iki yüz elliden fazla olan barolarda 5 üyeden kurulacağı ve 106. maddesinde de, disiplin kurulunun üyelerinden en az nn hazır bulunması halinde toplanacağı, kararların ye tam sayısının salt çoğunluğu ile verileceği oylarda eşitlik halinde, başkanın bulunduğu tarafın üstün tutulacağı, başkanın bulunmadığı zamanlarda, meslekte en kıdemli üyenin kurula başkanlık edeceği yolunda yer alan kurallar karşısında İstanbul Barosu Disiplin Kurulunca Başkanın maze-

reti nedeniyle toplantıya katılamaması nedeniyle 4 kişi ile toplanıp oylarda eşitlik olması sonucu başkana vekalet eden kıdemli üyenin görüşü doğrultusunda karar verilmesinde de hukuka aykırı bir yön bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Dairemiz kararının temyiz edilmesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 31.03.2014 tarih ve E:2011/76 K:2014/1397 sayılı bozma kararında, Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenen meslek kurallarının 27/2 maddesinde yer alan, "bir avukat başka bir avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir." kuralının, Türkiye Barolar Birliği'nin kanun maddesinde düzenlenen görevleri yerine getirme amacına hizmet edecek nitelik taşımadığı ve bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden avukatlığın amacını ile de bağdaşmadığı için, bu kural ve bu kural uyarınca davacıya verilen disiplin cezasında hukuka uyarlılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin kararımız bozulmuştur.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesinin 1. fıkrasında; Danıştay dava daireleri kararlarına karşı Danıştay'da temyiz yoluna başvurulabileceği, 2575 sayılı Yasanın 38. maddesinde İdari Dava Daireleri Kurulunca idari dava dairelerinden ilk derece mahkemesi olarak verilen kararların temyizen inceleneceği, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesinin 4. fıkrasında da; İdare mahkemelerinin bozmaya uymayarak eski kararında ısrar edebileceği öngörülürken, Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurulları kararlarına uyulmasının zorunlu olduğu belirtilerek, Danıştay dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararların temyizen bozulması halinde ise ısrar olanağı tanınmamıştır.

Bu nedenle, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun bozma kararı üzerine yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Uyuşmazlık konusu olayda, davacının vekil sıfatıyla bir başka avukata karşı takip ettiği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirmemesi suretiyle gerçekleşen eyleminin Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarınının 27/2. maddesine aykırılık oluşturduğundan bahisle davacı avukata uyarma cezası verilmesi üzerine bakılan dava açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 110. maddesi uyarınca, Türkiye Barolar Birliği'nin; baroların çalışmalarını ortak amaca ulaşacak şekilde tasarlamak, mesleğin gelişmesini sağlamak, mensuplarının genel menfaatlerini ve mesleğin ahlak, düzen ve geleneklerini korumak, mensupları arasındaki meslek bağıni kuvvetlendirmek gibi temel görevleri bulunmaktadır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Disiplin Cezalarının Uygulanacağı Haller" başlıklı 134. maddesinde; avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezalarının uygulanacağı belirtilmiş, "Avukatlık Meslek Kuralları"nın 27/2. maddesinde ise, "Bir avukat başka bir avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir." hükmüne yer verilmiştir.

Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenen meslek kurallarının 27/2 maddesinde yer alan, "bir avukat başka bir avukata karşı asil ya da vekil sıfatıyla takip edeceği davayı kendi barosuna bir yazı ile bildirir." kuralının, yukarıda sayılan görevleri yerine getirme amacına hizmet edecek nitelik taşımadığı ve bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden avukatlığın amacı ile de bağdaşmadığı sonucuna ulaşılmış olup bu düzenlemenin hukuka aykırılığı ortaya konduğundan, söz konusu kurala aykırı davranıldığından bahisle ilgililerin disiplin hukuku açısından her hangi bir sorumluluklarının varlığından da bahsedilemeyeceği açıktır.

Bu itibarla, dava konusu olayda da, şikayetçi avukatın sanık sıfatıyla yargılandığı bir davada katılan vekili olarak davayı takip eden şikayet edilen avukatın, meslektaşı olan şikayetçi avukat hakkında açılan ceza davasını katılan vekili olarak takip etmesi nedeniyle bağlı bulunduğu Baroya bildirimde bulunma zorunluluğunun bulunmaması karşısında, uyarma cezası verilmesine ilişkin işlemde de hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemlerin iptaline, aşağıda dökümü gösterilen 353,10TL ilk derece ve temyiz yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 1.800,00 TL vekalet ücretinin davalı idarelerden alınarak davacıya verilmesine, kullanılmayan posta avansının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 333. maddesi uyarınca kararın kesinleşmesinden sonra davacıya iadesine, karar düzeltme aşamasında davalı idarelerden İstanbul Barosu Başkanlığının yaptığı yargılama giderlerinin üzerinde bırakılmasına, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 30 (otuz) gün içerisinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz yolu açık olmak üzere, 17/01/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HACİZ ÖNCESİ BİLGİLENDİRME YAZILARI

AVUKATIN, BÜROSUNDA ÇALIŞANLARIN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞU

ÖZET: Dosya borcu ödenmesine rağmen, o anki fiili durumla bağdaşmayan bir şekilde yanıtlanmama, baskı kurmaya yönelik “haciz öncesi bilgilendirme ihbarı ve ihtarı” başlıklı yazı gönderilmesi, meslek kurallarını ihlaldir. Avukatın bilgisi ve onayı dışında büro personeline bu yazının sehven gönderildiği savunmasına, avukatın çalıştırdığı kişilerin fiillerinden sorumlu olması nedeniyle itibar edilmez.*

(ANKARA BÖLGE İDARE MAHKEMESİ 4. KURUL 2015/6999 E. 2016/372 K.)

İTİRAZ EDEN (DAVALILAR) : 1-İSTANBUL BAROSU
BAŞKANLIĞI

VEKİLİ : AV. ATILLA ÖZEN - Aynı yerde
2-TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
BAŞKANLIĞI /ANKARA

VEKİLİ : AV. ÖZGECAN YANLI -
Aynı yerde

KARŞI TARAF (DAVACI) : R.A.

VEKİLİ : AV Bakırköy / İSTANBUL

İSTEMİN ÖZETİ : Avukat olan davacının yürüttüğü icra takibi ile ilgili olarak şikayetçinin dosya borcunu ödedikten sonra şikayete konu, “haciz işlemleri öncesi bilgilendirme ihbar ve ihtarı” başlıklı yazıyı göndermesinin meslek etiğine aykırı olduğundan bahisle kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin İstanbul Barosu Disiplin Kurulu Başkanlığı'nın 04.03.2013 gün, E:2012/D...., K:2013/... sayılı kararı ile anılan cezanın onanmasına ilişkin Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun 26.10.2013 günlü E:2013/..., K:2013/... sayılı kararının iptaline

ilişkin olarak verilen Ankara 8. İdare Mahkemesinin 30/09/2014 gün ve E: 2014/166, K: 2014/1393 sayılı kararının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : Avukat olan davacının yürüttüğü icra takibiyle ilgili olarak şikayetçinin eşi olan borçlu dosya borcunu ödedikten sonra şikayete konu, "haciz işlemleri öncesi bilgilendirme ihbar ve ihtarı" başlıklı yazıyı göndermesinin meslek etiğine aykırı olduğundan bahisle kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin İstanbul Barosu Disiplin Kurulu Başkanlığının 04.03.2013 gün, E: 2012/D...., K: 2013/... sayılı kararı ile anılan cezanın onanmasına ilişkin Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Başkanlığının 26.10.2013 gün, E: 2013/..., K: 2013/... sayılı kararının hukuka aykırı olduğu ve dava konusu işlemin iptaline ilişkin Ankara 8. İdare Mahkemesinin 30/09/2014 gün ve E: 2014/166, K: 2014/1393 sayılı kararının hukuka uygun olduğu ileri sürülerek itiraz isteminin reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Kurulunca, dava dosyası incelenerek gereği görüldü:

Dava; davacı tarafından, kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin İstanbul Barosu Disiplin Kurulu Başkanlığının 04.03.2013 gün, E: 2012/D...., K: 2013/... sayılı kararı ile bu karara karşı yaptığı itirazın reddedilerek verilen kınama cezasının onanmasına ilişkin Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Başkanlığının 26.10.2013 gün, E: 2013/..., K: 2013/... sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde, "Avukatlar, yükledikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler." hükmüne, 46. maddesinin birinci fıkrasında, "Avukat işlerini kendi sorumluluğu altındaki stajyeri veya yanında çalışan sekreterleri eliyle de takip ettirebilir." hükmüne, 134. maddesinde de, "Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğü uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır." hükmüne, 135.maddesinin ikinci fıkrasında da, bir disiplin cezası olarak, "Kınama; meslekinde ve davranışında kusurlu sayıldığının avukata bildirilmesidir." hükmüne yer verilmiştir.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 3. maddesinde, "Avukat mesleki çalışmasını ve kamunun inancını ve mesleğe güvenini sağlayacak biçimde ve işine tam bir sadakatle yürütür." kuralı, 4. maddesinde de, "Avukat, mesleğin itibarını zedeleyecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadır." kuralı bulunmaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden; İstanbul Barosuna kayıtlı avukat olan davacının, şikayetçinin eşi olan borçlu (D.K.) aleyhinde Gaziosmanpaşa 2. İcra Müdürlüğü'nün 2009/... sayılı dosyası ile icra takibi başlattığı, borçlu tarafından 13.04.2011 tarihinde icra dosyasına ödeme yapıldığı, ancak ödeme yapıldıktan sonra borçluya gönderilen 18.04.2011 tarihli "haciz işlemleri öncesi bilgilendirme ihbar ve ihtarı" başlıklı yazıda "...tebligatın tebellüğ edildiği günden itibaren 7 gün içinde borcun ödenmemesi halinde haciz talimatı alınacağı, icra memurları vasıtasıyla ev ve işyerinin kapısının çilingir marifetiyle açtırılıp haciz uygulamasına gidilebileceği, maaş haczi yapılabileceği, üçüncü kişilerdeki hak ve alacakların üzerine haciz konabileceği ve borç ödeninceye kadar İİK'nun öngördüğü birçok icra tehdidiyle karşılaşılmasının söz konusu olabileceği bu durumda ise haciz, nakliye, depo kirası, çilingir masrafı vesair birçok masrafın da borca ekleneceği ve borcun katlanarak artmasına vesile olacağı, bu işlemler devam ederken Y.B.B durumunda hapisle tazyik edilebileceği evde ve işyerinde haczedilen malların muhafaza edilmek suretiyle kaldırılmasının ve nihayetinde satılmasının söz konusu olacağı, (Ayrıca 12 Haziran genel seçimlerinde oy kullandığımız sandık başında MBEG, MHSEG, YBB sebepleriyle mağdur olabileceğinizi böyle bir sonuca sebebiyet vermemeniz temennisi" belirtildiğinden bahisle İstanbul Barosu Disiplin Kurulu Başkanlığının 04.03.2013 gün, E: 2012/D...., K: 2013/... sayılı kararı ile kınama cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği; bu cezaya karşı yapılan itirazın Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Başkanlığının 26.10.2013 gün, E: 2013/..., K: 2013/... sayılı kararı ile reddedilerek, verilen kınama cezasının onanması üzerine, bu işlemlerin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı, İdare Mahkemesince davacının kınama cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, şikayetçinin eşi hakkında başlatılan icra takibinde, dosya borcu ödenmiş olduğu halde, yapılan bildirim içeriğinin o anki fiili durumla bağdaşmadığı, yanılmaya, baskı kurmaya yönelik nitelik taşıdığı anlaşıldığından, anılan fiil nedeniyle yukarıda bahsedilen Avukatlık Meslek Kuralları ve Avukatlık Kanunu'nu ihlal eden davacı hakkında tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Öte yandan, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 141. maddesinin ikinci fıkrasında, "Yönetim kurulu, ivedilikle ve her halde ihbar, şikayet veya istek tarihinden itibaren en çok bir yıl içinde disiplin kovuşturması hakkında bir karar vermeye mecburdur." hükmüne yer verildiği; şikayetin 09/05/2011 tarihinde, disiplin kovuşturmasının ise 10/05/2012 tarihinde başlatılarak bir yıllık sürenin aşıldığı görülmekle birlikte, verilen süre içinde disiplin kovuşturmasına başlanmamasının herhangi bir sonuca bağlanmadığı göz önüne alındığında, belirlenen bu bir yıllık sürenin idarenin iç işleyişine ilişkin olduğu, davacının disiplin soruşturmasının usule aykırı olarak başlatıldığı ve bu nedenle dava konusu işlemin iptali gerektiği yönündeki iddiası yerinde görülmemiştir.

Ayrıca; her ne kadar davacı tarafından, dava konusu mektubun kendi bilgisi ve onayı dışında bürosunda çalıştırdığı elemanlarınca sehven gönderildiği ileri sürülmüşse de, Avukatlık Kanununun 46. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, avukatlar işlerinde çalıştırdıkları kişilerin fiillerinden sorumlu olduğundan bu iddiaya da itibar edilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; davalıların itirazının KABULÜNE, Ankara 8. İdare Mahkemesince verilen 30/09/2014 gün ve E: 2014/166, K: 2014/1393 sayılı kararın **BOZULMASINA**; 2577 sayılı Kanununun 45/4 maddesi uyarınca esastan incelenen davanın REDDİNE, aşağıda dökümü yapılan mahkeme safhasına ilişkin toplam 239,90 TL yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına, itiraz safhasında davalı T. Barolar Birliği Başkanlığınca yapılan 180,30-TL ile İstanbul Barosu tarafından yapılan 135,30-TL itiraz giderinin ve karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca takdir olunan 1000,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idarelere verilmesine, fazladan alınan 82,20-TL harcın T. Barolar Birliği Başkanlığına, yine fazladan alınan 82,20-TL harcın ise İstanbul Barosu Başkanlığına kararın kesinleşmesinden sonra iadesine, posta ücreti avansından artan miktarın kararın kesinleşmesinden sonra davalı idarelere iadesine, kararın tebliğini izleyen günden itibaren 15 gün içerisinde Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Kurulunda karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 28/01/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.⁵

5 Davacı tarafından bu karara karşı yapılan karar düzeltme istemi, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 12. İdari Dava Dairesi'nin 15.11.2016 gün ve 2016/337 E. 2016/236 K. no'lu kararı ile reddedilmiştir.

İŞİN REDDİ ZORUNLULUĞU
•
MENFAAT ÇATIŞMASINDA “AYNI İŞ” KAVRAMI

ÖZET: Aynı ayrı davalarda olsa dahi, aynı zaman dilimi içerisinde hem müvekkil vekilliği, hem de müvekkil aleyhine vekillik yapılması, Avukatlık Kanununun 38/b maddesinde yer alan: “Avukat; aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa, teklifi reddetmek zorundadır.” hükmüne aykırılık teşkil eder.*

(ANKARA BÖLGE İDARE MAHKEMESİ 4. KURUL 2015/348 E. 2015/804 K.)

İTİRAZ EDEN (DAVALI) : 1- İSTANBUL BAROSU BAŞKANLIĞI/
İSTANBUL

VEKİLİ : AV. ATILLA ÖZEN
Şahkulu Mah. Serdar-I Ekrem Sk. No 7
Beyoğlu/İSTANBUL
2- TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ / ANKARA
AV.

KARŞI TARAF (DAVACI) : U.Ç.

İSTEMİN ÖZETİ : İstanbul Barosuna kayıtlı avukat olarak görev yapan davacının, kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun 27.06.2011 tarih ve 2011/285 sayılı işlemine karşı yapmış olduğu itirazın reddine dair 20.01.2012 tarih ve 2012/20 sayılı Türkiye Barolar Birliği işleminin iptali istemiyle açılan davada; Avukatlık Kanununun 38. maddesinin (b) bendinde, avukatın aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa teklifi reddetmek zorunluluğunda olduğu kuralı yer aldığı, uyumsuzlukta ise, davacının vekillik görevi üstlendiği iki ayrı dava bulunduğu ve bu davaların konularının farklı olduğu, dolayısıyla anılan kanun hükmünde belirtilen 'aynı iş' şartının somut olayda bulunmadığı bu nedenle davacının fiilinin bu madde kapsamına girmediği açık olduğu, davacının eyleminin 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 38. maddesinin (b) bendinde belirtilen

fiil kapsamında değerlendirilmesi olanaklı bulunmadığından, dava konusu işlemin sebep yönünden hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ilişkin olarak Ankara 13. İdare Mahkemesi'nce verilen 22/02/2013 gün ve E:2012/991, K:2013/254 sayılı kararın, davalı idarelerce hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

SAVUNMANIN ÖZETİ : Savunma verilmemiştir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Kurulunca dava dosyası incelenerek gereği görüldü:

Dava, İstanbul Barosuna kayıtlı avukat olarak görev yapan davacının, kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin İstanbul Barosu Disiplin Kurulu'nun 27.06.2011 tarih ve 2011/285sayılı işlemine karşı yapmış olduğu itirazın reddine dair 20.01.2012 tarih ve 2012/20 sayılı Türkiye Barolar Birliği işleminin iptali istemiyle açılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 38/b maddesinde; avukatın aynı işte zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa işi reddetmek zorunda olduğu, 34. maddesinde; avukatların, 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 yükümlü oldukları, 134. maddesinde ise; avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, mesleki çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Meslek Kurallarının 2. maddesinde; "Mesleki çalışmasında avukat, bağımsızlığını korur; bu bağımsızlığı zedeleyecek iş kabulünden kaçınır." kuralı, 35. Maddesinde; "Avukat aynı davada birinin savunması öbürünün savunmasına zarar verebilecek durumda olan iki kişinin birden vekaletini kabul etmez." kuralı, 36 maddesinde ise "Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat yararları çatışan öbür tarafın vekaletini alamaz, hiçbir hukuki yardımda bulunamaz." kuralı yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının Ankara Yenimahalle 5. Noterliğinin .././2008 tarih ve sayılı vekaletnamesi ile şikayetçi şirket vekili olarak vekil tayin edildiği, şirketin taraf olduğu Ümraniye 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin E:2009/... sayılı "İtirazın iptali" davası ve bunun dayanağı icra takibinde görev aldığı halde, A.E. vekili olarak Kartal 4. İş Mahkemesi'nin 2008/... sayılı dosyasında şikayetçi şirket aleyhine açılan davada,

davacı vekili olarak görev yaptığı iddiasıyla başlatılan disiplin kovuşturması sonucunda; davacının eş zamanlı olarak hasım tarafın vekaletini üstlendiği, böylece bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan tarafla yararı çatışan öteki tarafın vekaletini aldığı anlamış olduğu belirtilerek, davacının bu eylem ve işleminin 1136 sayılı Kanun'un 34., 134. ve 38/b maddeleri ile Türkiye Barolar Birliği Meslek Kurallarının 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılarak, anılan Kanunun 135/2 maddesi uyarınca "kınama cezası" ile cezalandırılmasına karar verildiği, anılan karara yapılan itirazın da Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulunun 20.01.2012 tarih ve 2012/20 sayılı kararı ile onanması üzerine, bu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda; davacının, Ankara Yenimahalle 5. Noterliğinin .././2008 tarih ve sayılı vekaletnamesi ile şikayetçi şirket vekili olarak vekil tayin edildiği, şirketin taraf olduğu Ümraniye 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin E:2009/... sayılı "itirazın iptali" davası ve bunun dayanağı icra takibinde görev aldığı halde, A.E. vekili olarak Kartal 4. İş Mahkemesi'nin 2008/... sayılı dosyasında şikayetçi şirket aleyhine açılan davada, davacı vekili olarak görev yaptığı ve dolayısıyla davacının eş zamanlı olarak hasım tarafın vekaletini üstlendiği görülmektedir.

Bu nedenle, ayrı ayrı davalarda olsa dahi, aynı zaman dilimi içerisinde hem şirket vekili hem de şirket aleyhine vekillik yapılabilmesinin anılan Kanun maddesinin amacına ters düşeceği, davacının eyleminin 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 38. maddesinin (b) bendinde belirtilen fiil kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığından, davacının kınama cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davalı idarenin itirazının **KABULÜNE**, Ankara 13. İdare Mahkemesi'nce verilen 22/02/2013 gün ve E:2012/991, K:2013/254 sayılı kararın **BOZULMASINA**, davanın **REDDİNE**, aşağıda dökümü yapılan mahkeme safhasına ait 391,70-TL yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, itiraz aşamasında davalı idarece yapılan 223,80-TL yargılama gideri ile Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 750,00-TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idarelere yarı yarıya verilmesine, artan posta giderinin istemi halinde davalıya iadesine, kararının tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme isteminde bulunma yolu açık olmak üzere, 25/02/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.⁷

7 Davacı tarafından bu karara karşı yapılan karar düzeltme istemi, AnkaraBölge İdare Mahkemesi 4. Kurul'un 05.11.2015 gün ve 2015/8158 E. 2015/6375 K. no'lu kararı ile reddedilmiştir.

DANIŞTAY 9. DAİRE

ÖZET: davacıya fatura düzenleyen şirketler hakkında davacıya fatura düzenlediği dönemde gerçek ticari faaliyetlerinin olmadığı ve sahte fatura düzenlediğine dair somut herhangi bir tespit yapılmadığı ve davacı şirket hakkında düzenlenen vergi inceleme raporuna ek tutanakta fatura bedellerinin banka kanalıyla ödendiği tespitine yer verilmesine karşın, vergi inceleme elamanınca bu husus hakkında herhangi bir eleştiri ve araştırma yapılmadığı görüldüğünden, davayı reddeden vergi mahkemesi kararında hukuki isabet bulunur.

Danıştay 9. D. E. 2016/9301, K. 2017/3099, T.22.03.2017

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlıkta; davacı adına, bir kısım alış faturalarının sahte olduğu yolunda düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak 2008/Ocak, Mart, Nisan, Temmuz, Eylül ve Ekim dönemleri için re'sen tarh edilen katma değer vergisi ile kesilen bir kat vergi ziyai cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı; davacının faturalarında yer alan katma değer vergilerini indirim konusu yaptığı K.Tic.San.Ltd.Şti. ve tasfiye halinde D.ve Tic.Ltd.Şti.'den aldığı faturaların sahte olduğu sonucuna varıldığı gerekçesiyle reddeden Vergi Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmiştir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesinde, mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri belirtilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3/B maddesinde de, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olacağı açıklanmıştır.

Bu kuralın gereği olarak Katma değer vergisi Kanununun yukarıda sözü edilen 29. madde hükmünden yararlanabilmelerinin ön şartı fatura

ve benzeri vesikaların gerçeği yansıtmasıdır. Bu madde hükümlerine göre mal alışları nedeniyle yüklenilen katma değer vergilerinin indirim ve iade konusu yapılabilmesi için faturaların gerçek bir mal alım satımı karşılığı düzenlenmesi gerekmektedir.

Gerçekleşmemiş teslim ve hizmetler dolayısıyla katma değer vergisi ödenmesi ve bunun sonucu olarak da vergi indirimi söz konusu olamayacağından, vergi indirimine dayanak teşkil eden faturaların gerçeği yansıtıp yansıtmadığının ortaya konulması gerekir.

Dosyanın incelenmesinden, İnş.Nak.Tur.San ve Tic.Ltd.Şti. hakkında düzenlenen 25/12/2012 tarih ve 2012-A-2791/16 sayılı Vergi Tekniği Raporunda; 17.03.2006 tarihinde faaliyetine başladığı, 500.000,00 TL sermaye ile kurulduğu, 06.11.2006 tarihinde adres değişikliği yaptığı, 06/11/2006 tarihinde yeni adresine taşındığı, yapılan yoklamada, bu tarihten sonra faaliyetini yeni adresinde sürdürdüğü, yeni işyerinin mülkiyetinin kendisine ait olduğu, işyerinde sadece bir büroda faaliyet gösterdiği, fiili olarak herhangi bir alım satım imalat yapılmadığı, halen çalışan işçisi olmadığı; 14/08/2012 tarihli yazıya istinaden yapılan yoklamada, adresinde herhangi bir faaliyetinin olmadığı, adreste bulunan imalathanenin 1000 m²'lik kısmında Şti.'nin faaliyet gösterdiği, 1000 m²'lik kısmında K.K.Demir Çelik Ltd.Şti.'nin şube işyeri faaliyetinin bulunduğu belirtilen adreste faaliyetini terk ettiğinin tespit edilemediği; 2010 yılı katma değer vergisi matrahının yaklaşık 3.740.00 TL olduğu şirketin bir takım alışlarının hakkında sahte belge düzenlemek nedeniyle vergi tekniği raporu bulunan firmalardan olduğu hususlarının tespit edildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, İnş.Nak.Tur.San. ve Tic.Ltd.Şti. hakkında davacıya fatura düzenlediği dönemde gerçek bir ticari faaliyetinin bulunmadığı ve sahte fatura düzenlediği konusunda yapılmış somut bir tespit olmadığı, adresinde bulunmadığına ilişkin tespitin davacıya fatura düzenlenen dönemden sonraki döneme ilişkin olduğu görülmüştür.

Davacıya dava konusu dönemde fatura düzenleyen diğer mükellef olan Tasfiye halinde Şti.'nin hakkında düzenlenen 26/12/2012 tarih ve 2012-A-2791/18 sayılı vergi tekniği raporu incelendiğinde; yangın söndürücüler, püskürtme tabancaları, mekaniz cihazların imalatı faaliyeti ile işgal etmek üzere 19.10.2006 tarihinde mükellefiyet tesis ettirdiği, 25.05.2011 tarihinde tasfiyeye girdiği, mükellefin işyerine 03.12.2008 tarihinde yapılan yoklamada, imalathanede 6 kişinin çalıştığı, sanayi yedek parça imali ve yedek parça satışı yapıldığı, mükellefin, 2007-2011 yılları kurumlar vergisi, geçici vergi, katma değer ve muhtasar beyannameleri verdiği, vergi borçlarını ödediği görülmektedir.

Yukarıda yer alan tespitlerin değerlendirilmesinden, davacıya fatura

düzenleyen şirketler hakkında davacıya fatura düzenlediği dönemde gerçek ticari faaliyetlerinin olmadığı ve sahte fatura düzenlediğine dair somut herhangi bir tespit yapılmadığı ve davacı şirket hakkında düzenlenen vergi inceleme raporuna ek tutanakta fatura bedellerinin banka kanalıyla ödendiği tespitine yer verilmesine karşın, vergi inceleme elamanınca bu husus hakkında herhangi bir eleştiri ve araştırma yapılmadığı görüldüğünden, davayı reddeden vergi mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne, İzmir 3. Vergi Mahkemesi'nin 10/04/2014 tarih ve E:2013/2037, K:2014/557 sayılı kararın bozulmasına, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 gün içinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 22/03/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KATMA DEĞER VERGİSİ

ÖZET: Ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi ziyai cezası uygulanması gerekeceğinden, vergi mahkemesi kararının vergi ziyai cezasının bir katı aşan kısmına yönelik hüküm fıkrasında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Danıştay 9.D. E. 2014/9382, K. 2017/3152 T.23.03.2017

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği düşünüldü:

Uyuşmazlıkta davacı adına 2010/Haziran dönemine ilişkin olarak yevmiye defterine herhangi bir kayıt yapmadığı, S.G.'den aldığı faturaların sahte olduğu, 2010/Haziran-Aralık dönemine ilişkin olarak ise defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmediğinden bahisle hakkında düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak re'sen tarh edilen katma değer vergileri ile kesilen bir kat ve üç kat vergi ziyai cezalarının kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının; bozulması istenilmektedir.

Vergi Mahkemesi kararının, davacı adına S.G.'den alınan faturalar ve yevmiye defterine herhangi bir kayıt yapılmaması nedeniyle 2010/Haziran-Aralık dönemlerine ilişkin olarak kesilen üç kat ve bir kat vergi ziyai cezalı katma değer vergilerine ilişkin hüküm fıkralarının dayandığı hukuki nedenler ve gerekçeleri Dairemizce de uygun görüldüğünden temyiz

dilekçesinde ileri sürülen iddialar, Vergi Mahkemesi kararının bu hususlarına ilişkin hüküm fıkralarının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Davacının, defter ve belgelerini ibraz etmediğinden bahisle 2010/Haziran-aralık dönemine ilişkin olarak üç kat kesilen vergi ziyai cezasının bir katı aşan kısma yönelik temyiz istemine gelince;

Defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacı şirket adınay apılan tarhiyata ilişkin matrah farkının, idarece başkaca bir inceleme ve araştırma yapılmaksızın, sadece mükellefin vergi dairesine verdiği beyanemelerinden, indirimlerin tümünün reddedilmesi sonucu tespit edilmesi nedeniyle dava konusu tarhiyata 213 sayılı Kanunun 344. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ziyaa uğratan verginin bir katı tutarında vergi ziyai cezası uygulanması gerekeceğinden, vergi mahkemesi kararının vergi ziyai cezasının bir katı aşan kısmına yönelik hüküm fıkrasında hukuka uyarlık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kısmen kabulüne, kısmen reddine, İzmir 3. Vergi Mahkemesi'nin 19/03/2014 tarih ve E:2013/446, K:2014/436 sayılı kararının, 2010/Ocak-Haziran dönemi için S.G.'den alınan faturalar nedeniyle salınan üç kat vergi ziyai cezalı katma değer vergisine ilişkin hüküm fıkrası, yevmiye defterine herhangi bir kayıt yapılmaması nedeniyle salınan bir kat vergi ziyai cezalı katma değer vergisine ilişkin hüküm fıkrası ile 2010/Haziran-Aralık dönemi için defter ve belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle salınan üç kat vergi ziyai cezalı katma değer vergisine ilişkin hüküm fıkrasının bir kat vergi ziyai cezalı katma değer vergisinin reddine ilişkin kısmının onanmasına, 2010/Haziran-Aralık dönemi için defter ve belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle salınan vergi ziyai cezalı katma değer vergisinin bir katı aşan kısmının bozulmasına, bu kararın tebliğ tarihi izleyen 15 gün içinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 23/03/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

VERGİ USUL KANUNU

ÖZET: Anılan madde hükümlerinin değerlendirilmesinden, vergilendirme işlemi yapılırken, Kanuna uygun olarak biçimlendirilen muamelelerin bu biçimselliğin ötesine geçilerek, muamelenin tarafları arasında oluşan maddi ve hukuki ilişkin gerçek mahiyetinin araştırılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Kanun gerçek, mahiyetin ortaya çıkarılmasında yemin hariç her türlü delille izin vermiştir. Bu deliller, tarafların, ikrarı, vergiyi doğuran olayla ilişkisi doğal ve açık bulunan tanık ifadesi, muamelenin taraflarının ekonomik ve ticari konumları, işyerlerinin durumu, arandığında bulunup bulunamamasına ilişkin tespitler olabilir.

Danıştay 9.D. E. 2014/8155, K. 2017/2067 T.23.02.2017

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Dokuzuncu Dairesince işin gereği görüldü:

Uyuşmazlık, davacı adına, Torbalı Vergi Dairesi Müdürlüğünün 0160479714 vergi numaralı mükellefi A.A.'dan aldığı faturaların sahte

olduğu yolunda düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak 2010/Nisan-Kasım dönemleri için re'sen tarh edilen üç kat vergi ziyayı cezalı katma değer vergisinin kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden İzmir 2. Vergi Mahkemesi'nin 01/04/2014 tarih ve E:2013/1056, K:2014/453 sayılı kararının; dilekçede ileri sürülen sebeplerle bozulması istemine ilişkindir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesinin 1/(a) bendinde; mükelleflerin, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri belirtilmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3. maddesinin (B) bendinde; vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği ancak vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesinin ispatlama vasıtası olarak kullanılamayacağı, iktadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfetinin bunu iddia eden tarafa ait olduğu hükümlerine yer verilmiştir.

Anılan madde hükümlerinin değerlendirilmesinden, vergilendirme işlemi yapılırken, Kanuna uygun olarak biçimlendirilen muamelelerin bu biçimselliğin ötesine geçilerek, muamelenin tarafları arasında oluşan maddi ve hukuki ilişkin gerçek mahiyetinin araştırılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Kanun gerçek, mahiyetin ortaya çıkarılmasında yemin hariç her türlü delille izin vermiştir. Bu deliller, tarafların, ikrarı, vergiyi doğuran olayla ilişkisi doğal ve açık bulunan tanık ifadesi, muamelenin taraflarının ekonomik ve ticari konumları, işyerlerinin durumu, arandığında bulunup bulunamamasına ilişkin tespitler olabilir.

Davacıya fatura düzenleyen A.Ak. hakkında düzenlenen 15/10/2011 tarih ve VDNR-2011-X-063/18 sayılı vergi tekniği raporunda; mükellefin dökümcülük faaliyetinde bulunmak üzere 01.08.2006'da mükellefiyet tesis ettirdiği, 17.08.2006'da merkez işyerine yapılan yoklamada işyerinin 90 m2 olduğu, bir işçi çalıştırdığı, muhasebecisinin olduğu, büro malzemelerinin bulunduğu, bir adet kum karıştırma makinesinin, bir adet ocağının, bir adet asansörünün, bir adet kompresörünün bulunduğu, 04.09.2006'da şube işyerine yapılan yoklamada iki işçinin çalıştığı ve faal olduğu, 06.03.2007'de merkez işyerine yapılan yoklamada işyerinde başka bir mükellefin bulunduğu, mükellefiyetinin bağlı ol-

duğu vergi dairesi müdürlüğüne 31.12.2006'da re'sen terkin edildiği, 07.07.2008'de başka bir vergi dairesinin mükellefi olduğu, 08.07.2008'de yapılan yoklamada mükellefin faal olduğu, motorlu aracının bulunmadığı, muhasebecinin olduğu, 21.08.2009'da yapılan yoklamada mükellefin adresde bulunamadığı, 02.12.2009'da işyerini başka bir adrese taşıdığı, 03.12.2009'da yapılan yoklamada işyerinin 70 m2 olduğu, işçi çalıştırmadığı, döküm kalıplarının bulunduğu, ticari faaliyetine henüz başlamadığı, hazırlıklarının devam tetiği, 23.08.2011'de yapılan yoklamada işyerinin boş ve kapalı olduğu, 2006,2008,2010 yıllarında fatura ve sevk irsaliyesi bastırıldığı, 2006,2008,2010 yıllarında gelir vergisini beyan ettiği, 2006,2008,2009,2010 yıllarında katma değer vergisi ve mutasar beyannamesi verdiği, 2008,2009 yıllarına ilişkin yasal defter ve belgelerini tasdik ettirdiği, 2006,2008,2009,2010 dönemlerine ilişkin Ba, Bs bildiriminde bulunduğu, defter belge isteme yazısının mükellefin işyeri ve ikamet adresinde bulunamadığından tebliğ edilemediği hususları tespit edilerek düzenlediği faturaların tamamının sahte kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden A.A.'un davacıya fatura düzenlediği dönemde faaliyette olup olmadığına ilişkin bir yoklamanın mevcut olması, faturanın düzenlediği dönemde beyannamelerini vermeye devam etmesi ve A.A. tarafından davacıya düzenlenen faturalar yönünden yapılan tespitler, bu faturaların sahte olduğunu ispatlamak için yeterli görülmediğinden ve inceleme raporunda sahte fatura düzenlediği konusunda başkaca bir tespit yapılmadığı anlaşıldığından, Vergi Mahkemesi kararının anılan firmadan alınan faturalar nedeniyle salınan vergi ziyayı cezalı katma değer vergisine ilişkin hüküm fıkrasında yasal isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, İzmir 2. Vergi Mahkemesi'nin 01/04/2014 tarih ve E:2013/1056, K:2014/453 sayılı kararının bozulmasına, bu kararın tebliğ tarihi izleyen 15 gün içinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 23/02/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY VERGİ DAİRELERİ KURULU

RE'SEN MATRAH • GERÇEK MAL TESLİMİ

ÖZET: Re'sen takdiri gerektiren sebepler bulunmadıkça dönem matrahının res'sen belirlenmesi yoluna gidilemeyeceğinden, söz konusu faturaların gerçek bir mal teslimi veya hizmet ifasına dayanıp dayanmadığı hususu değerlendirilerek, buna göre re'sen tarh nedeninin var olup olmadığı ortaya konumadan davayı, yazılı gerekçeyle sonuçlandıran vergi mahkemesi kararında hukuka uygunluk görülmediği.*

E. 2017/145, K. 2017/227 T. 26.04.2016

Davacı adına, hakkında sahte belge düzenlendiği yolunda vergi tekniği raporu bulunan K.U.'ya ait gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturaları kayıtlarına intikal ettirdiğinin tespiti üzerine takdir komisyonu kararına dayanılarak 2010 yılı için re'sen salınan gelir vergisi ile aynı yılın Ekim-Aralık dönemi için salınan geçici vergi ve tekerrür hükümleri dikkate alınarak kesilen bir kat vergi ziyai cezaları davaya konu yapılmıştır.

İzmir 1. Vergi Mahkemesi 9.5.2012 gün ve E:2012/33, K:2012/795 sayılı kararıyla; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3/B, 30, 31, 74, 75 ve 134'üncü maddesi hükümlerine yer verdikten sonra, sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanıldığı hususunda vergi incelemesi yapma yetkisi bulunan takdir komisyonunca; davacının yasal defter ve belgeleri incelenmeden, K.U. hakkında düzenlenen vergi tekniği raporu doğrudan dikkate alınmak suretiyle matrah takdir edildiği, fatura içeriği emtianın, davacının faaliyet konusuyla ilgili olup olmadığı gerçekte işletmeye girip girmediği, ödemelerin ne şekilde yapıldığı ve bu hususlara yönelik davacı beyanları hakkında araştırma yapılmadığı gibi gerek davalı idarece gerekse takdir komisyonunca açık ve net bir tespit ortaya konulmadığı gerekçesiyle, vergilendirmeyi kaldırmıştır.

Davalı idarenin temyiz istemini inceleyen Danıştay Üçüncü Dairesi, 6.10.2015 gün ve E:2012/3348, K:2015/6496 sayılı kararıyla; 213 sayılı

* Gönderen: Av. Nazlı Gaye ALPASLAN

Kanunun 30'uncu maddesine göre, öncelikle defter kayıtları ve bunlarla ilgili vesikaların incelenmesi, bu kayıt ve vesikalarda vergi matrahının doğru ve kesin olarak tespitini engelleyen nokrsanlık, usulsüzlük ve karışıklıklar bulunuyorsa bunların açıkça ortaya konulması gerektiği, sebebi açıkça ortaya konulması gerektiği, sebebi açıkça ortaya konulmadan vergi matrahının re'sen takdiri yoluna gidilemeyeceği, hakkında sahte fatura düzenlemekten dolayı vergi tekniği raporu bulunan K.U.'dan fatura alanlar hakkında ekonomik değer, etkinlik ve verilmik kıstasları gözönünde bulundurularak yapılan değerlendirme sonucunda, davacının da aralarında bulunduğu inceleme yapılmasına gerek görülmeyen kişilerden düzeltme beyanı alınması veya mükellefe ulaşılamaması halinde takdir komisyonu vasıtasıyla konunun sonuçlandırılması gerektiği yönündeki İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı Denetim Grup Müdürlüğü'nün yazısına istinaden 213 sayılı Kanunun 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının 6'ncı bendi uyarınca takdire sevk edilen davacı adına, takdir komisyonu kararı uyarınca tarhiyat yapıldığı, re'sen takdiri gerektiren sebepler bulunmadıkça dönem matrahının res'sen belirlenmesi yoluna gidilemeyeceğinden, söz konusu faturaların gerçek bir mal teslimi veya hizmet ifasına dayanıp dayanmadığı huskusu değerlendirilerek, buna göre re'sen tarh nedeninin var olup olmadığı ortaya konulmadan davayı, yazılı gerekçeyle sonuçlandıran vergi mahkemesi kararında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

İzmir 1. Vergi Mahkemesi 17.11.2016 gün ve E:2016/851, K:2016/1643 sayılı kararıyla; aynı hukuksal nedenler ve gerekçeyle ilk kararında ısrar etmiştir.

Davalı idare tarafından; dava konusu cezalı tarhiyatın hukuka uygun olduğu ileri sürülerek, ısrar kararının bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi: Tuğba KÖKMEN

Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, ısrar kararının dayandığı hukuksal nedenler ve gerekçe karşısında, yerinde ve kararın bozulmasını sağlayacak nitelikte bulunmadığından, istemin reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Davacı adına, hakkında sahte belge düzenlendiği yolunda vergi tekniği raporu bulunan K.U.'ya ait gerçek bir emtia teslimine dayanmayan faturaları kayıtlarına intikal ettirdiğinin tespiti üzerine takdir komisyonu kararına dayanılarak 2010 yılı için re'sen salınan gelir vergisi ile aynı yılın Ekim-Aralık dönemi için salınan geçici vergi ve tekerrür hükümleri dikkate alınarak kesilen bir kat vergi ziyayı cezalarının kaldırılması yolunda verilen ısrar kararı, davalı idare tarafından temyiz edilmiştir.

Danıştay nc Dairesinin yukarıda yer verilen kararının dayandığı aynı hukusal nedenler ve gerekçe uyarınca temyiz isteminin kabulü ile İzmir 1. Vergi Mahkemesinin 17.11.2016 gün veE:2016/851, K:2016/1643 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından, yargılama giderleri hakkında hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 26.4.2017 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

***(B.A.M) BÖLGE ADLİYE
MAHKEMELERİ KARARLARI***

TRAFİK KAZASI SİGORTA • ŞİRKETİNE BAŞVURU

ÖZET: Maluliyet raporu olmaması davanın görülmesine engel olmaz.

E. 2017/645, K: 2017/464, T. 04.05.2017

Davacılar vekili, müvekkilinin oğlu olan E.Y.'ın 31.12.2015 tarihinde davalı İ.Y.'nin kullandığı araçta yolculuk yaptığı sırada meydana gelen trafik kazası sonucu yaralandığını, kazanın meydana gelmesinde davalı İ.'in tam kusurlu olduğunu, müvekkilinin çocuklarının kaza nedeniyle şu anda %81 oranında engelli durumda bulunduğunu, davalı sigorta şirketinin kaza tarihinde diğer davalının kullandığı aracın zorunlu mali sorumluluk sigortacısı olduğunu, davadan önce davalı sigorta şirketine KTK'nın 97. maddesi uyarınca başvuruda bulunduğunu, sigorta şirketinin eksik evrakların tamamlanması halinde taleplerinin değerlendirileceğini bildirerek dolaylı olarak taleplerini reddettiğini, sigorta şirketinin talep ettici kalıcı sağlık raporunu alamıyor olmaları nedeniyle davanın zamanaşımına uğrayabileceğini ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 10.000,00 TL maddi tazminatın davalılardan faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı İ.Y. kazanın meydana gelmesinde kusurunun olmadığını, aracının sigortalı olması nedeniyle öncelikle tüm tazminatların diğer davalı sigorta şirketinden tahsil edilmesi gerektiğini, kusur ve maluliyet oranları konusunda inceleme yapılması gerektiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Davalı sigorta şirketi vekili, davadan önce müvekkili şirkete başvuruda bulunmuş ise de davacının sürekli maluliyetini gösteren asgırlık kurulu raporu ibraz edilmediğinden usulüne uygun başvurudan söz edilemeyeceğini, bu durumda kanunda aranan dava şartının gerçekleşmediğini savunarak, davanın usulden reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece iddia savunma ve tüm dosya kapsamına göre, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. Maddesinde zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı olarak başvuruda bulunması gerektiği, sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması halinde, zarar görenin dava açabileceği veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurur-

bileceğinin düzenlendiği, yapılan incelemede davacı tarafın ilgili kanun maddesi gereği davalı sigorta şirkete başvuru yaptığı, sigorta şirketi tarafından yapılan başvurunun değerlendirilmesi neticesinde zararın tespiti bakımından sigortalının maluliyetine ilişkin sağlık raporunun sunulması halinde başvurunun tekrar değerlendirileceğinin belirtildiği, ilgili kanun maddesinde dava açılmadan önce ilgili sigorta kuruluşuna başvuru yapılmasının dava şartı olarak öngörüldüğü, davalı sigorta şirketinin başvuru neticesinde vermiş olduğu cevap ile henüz talebin değerlendirme aşamasına geçilmediği, başvurunun değerlendirilmesi için sağlık raporunun sunulması gerektiğinin belirtildiği ve bu aşamada ilgili kanun maddesinde verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyumsuzluk olması hususunun oluşmadığı, davanın dava şartı yokluğu nedeniyle reddine dair karar vermek gerektiği sonucuna varılarak, davanın şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmiştir.

Karara karşı davacı vekili tarafından istinaf yoluna başvurulmuştur.

Davacı vekili, yerel mahkemenin sigorta şirketine başvuru yapmalarına ve sigorta şirketince taleplerinin dolaylı olarak kabul edilmemesine rağmen talebe ilişkin uyumsuzluk olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermesinde hukuka uygunluk olmadığını, davanın sigorta şirketi ile birlikte kazanın meydana gelmesinde tam kusurlu olan ve meydana gelen zarardan sigorta şirketi ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olan İ.Y.'ye karşı da yönelttiklerini, gerçek kişi davalı İ.Y. hakkında davanın devam etmesi gerekirken aynı nedenle ona karşı açılan davanın da reddine karar verilmesinde hukuka uygunluk olmadığını, bu nedenler ve resen gözetilecek nedenlerle kararın özülmesini ve her iki davalı yönünden de dava şartının gerçekleşmiş olduğu kabul edilerek davanın görülmesine ve davanın kabulüne karar verilmesini istinaf nedenleri olarak ileri sürmekte kararın kaldırılmasını istemiştir

Dava, trafik kazası sonucu meydana gelen yaralanma nedeniyle uğrılan maddi zararın tazmini istemine ilişkin olup, ilk derece mahkesince yukarıda yazılı gerekçeyle davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmiştir.

Mahkemece KTK'nın 97. Maddesi uyarınca davacı tarafından davalı sigorta şirketine dava açılmadan önce yapılan başvurunun anılan maddede belirtilen hususları karşılamadığı, bu nedenle başvuruya ilişkin dava şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiş ise de davalı sigorta şirketince davacı tarafça yapılan aşvuruya verilen cevai yazıda belirtilen eksik belgelerin tamamlanması istenmiş olup, belirtilen eksik belgelerden kesin ve sürekli maluliyet oranına ilişkin sağlık

kurulu raporunun davacı tarafça kısa sürede tamamlanabilecek bir husus olmadığı, bu durumda davalı sigorta şirketinin isteminin davacının haklarının sürüncemede kalmasına yol açacak nitelikte olduğundan başvurunun sonuçsuz kaldığının kabulü ile anılan maddede düzenlenen dava şartı gerçekleştiğinden uyuşmazlığın esasına girilerek delillerin toplanması gerekirken mahkemece KTK'nın 97. Maddesindeki başvuru şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmadığı gibi KTK'nın 97. Maddesindeki başvuru şartı sadece zorunlu mali sorumluluk sigortacısı için getirilmiş bir düzenleme olup, araç sürücüsü diğer davalı İ.Y. hakkındaki davaya devam edilmesi gerekirken anılan davalı için de davalı sigorta şirketi için getirilen düzenlemeye dayalı olarak davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilmesi doğru olmadığından yazılı şekilde yanılığlı değerlendirmeye dayalı olarak verilen karar yerinde görülmemiştir.

Bu durumda ilk derece mahkemesince, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden yazılı şekilde karar verildiğinden HMK'nun 353/1-a-6. maddesi uyarınca istinaf başvurusunun esasa ilişkin hususlar incelenmeksizin kabulüne ve ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, kaldırma kararının sebep ve şekline göre davacı vekilinin sair istinaf itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmiştir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- Davacı vekilinin istinaf başvurusunun esasa ilişkin sebepler incelenmeksizin kabulüne,

2- Tavşanlı 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 31.01.2017 tarih, 2016/609 Esas-2017/43 Karar sayılı kararının **KALDIRILMASINA**,

3- Dairemizin kararına uygun şekilde yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahal mahkemesine **GÖNDERİLMESİNE**,

4- İstinaf yoluna başvuran tarafından yatırılan istinaf harcının istek halinde istinaf yoluna başvurana iadesine,

Dosya üzerinden yapılan inceleme neticesinde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununu'nun 353/1-a-6 maddesi gereğince kesin olmak üzere, 04.05.2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.



YARARLI BİLGİLER



YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR						
AYLAR	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Ocak	11.11	5.33	5.22	9.59	5.50	4,96
Şubat	10.96	4.72	6.11	8.79	5.61	5,87
Mart	10.79	4.23	6.95	8.03	5.64	6,89
Nisan	10.72	3.74	7.89	7.36	5.47	8,01
Mayıs	10.57	3.27	8.66	6.98	5.19	9,02
Haziran	10.24	3.18	9.03	6.74	4.91	9,98
Temmuz	9.88	3.23	9.26	6.43	4.77	10,91
Ağustos	9.33	3.39	9.55	6.14	4,51	12,05
Eylül	8.60	3.58	9.84	5.92	4.07	
Ekim	7.80	3.93	10.11	5.58	3.83	
Kasım	6.98	4.10	10.32	5.33	3.93	
Aralık	6.09	4.48	10.25	5.28	4.30	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2013	2014	2015	2016	2017	2013	2014	2015	2016	2017
Ocak	0.18	3.32	0.33	0.55	3,98	1.65	1.98	1.10	1.82	2,46
Şubat	0.13	1.38	1.20	-0.20	1,26	0.30	0.43	0.71	-0.02	0,81
Mart	0.81	0.74	1.05	0.40	1,04	0.66	1.13	1.19	-0.04	1,02
Nisan	-0.51	0.09	1.43	0.52	0,76	0.42	1.34	1.63	0.78	1,31
Mayıs	1.00	-0.52	1.11	1.48	0,52	0.15	0.40	0.56	0.58	0,45
Haziran	1.46	0.06	0.25	0.41	0,07	0.76	0.31	-0.51	0.47	-0,27
Temmuz	0.99	0.73	-0.32	0.21	0,72	0.31	0.45	0.09	1.16	0,15
Ağustos	0.04	0.42	0.98	0.08	0,85	-0.10	0.09	0.40	-0,29	0,52
Eylül	0.88	0.85	1.53	0.29		0.77	0.14	0.89	0.18	
Ekim	0.69	0.92	-0.20	0.84		1.80	1.90	1.55	1.44	
Kasım	0.62	-0.97	-1.42	2.00		0.01	0.18	0.67	0.52	
Aralık	1.11	-0.76	-0.33	2.98		0.46	-0.44	0.21	1.64	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2013	2014	2015	2016	2017	2013	2014	2015	2016	2017
Ocak	1.88	3.32	0.33	0.55	3,98	1.65	1.98	1.10	1.82	2,46
Şubat	0.31	4.75	1.53	0.34	5,29	1.95	2.41	1.82	1.80	3,29
Mart	0.50	5.52	2.60	0.75	6,38	2.63	3.57	3.03	1.75	4,34
Nisan	-0.01	5.61	4.06	1.27	7,19	3.06	4.96	4.71	2.55	5,71
Mayıs	0.99	5.06	5.22	2.77	7,74	3.21	5.38	5.30	3.15	6,18
Haziran	2.46	5.12	5.49	3.19	7,82	4.00	5.70	4.76	3.63	5,89
Temmuz	3.48	5.89	5.15	3.41	8,60	4.32	6.18	4.85	4.84	6,05
Ağustos	3.52	6.33	6.19	3.49	9,52	4.21	6.28	5.27	4,53	6,60
Eylül	4.43	7.24	7.81	3.79		5.01	6.43	6.21	4.72	
Ekim	5.15	8.22	7.59	4.66		6.90	8.45	7.86	6.23	
Kasım	5.80	7.18	6.06	6.76		6.91	8.65	8.58	6.78	
Aralık	6.97	6.36	5.71	9.94		7.40	8.17	8.81	8.53	

**Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın
Aynı Ayına Göre Artış Hızı**

AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2013	2014	2015	2016	2017	2013	2014	2015	2016	2017
Ocak	1.88	10.72	3.28	5.94	13,69	7.31	7.75	7.24	9.58	9,22
Şubat	1.84	12.40	3.10	4.47	15,36	7.63	7.89	7.55	8.78	10,13
Mart	2.30	12.31	3.41	3.80	16,09	7.29	8.39	7.61	7.46	11,29
Nisan	1.70	12.98	4.80	2.87	16,37	6.13	9.38	7.91	6.57	11,87
Mayıs	2.17	11.28	6.52	3.25	15,26	6.51	9.66	8.09	6.58	11,72
Haziran	5.23	9.75	6.73	3.41	14,87	8.30	9.16	7.20	7.64	10,90
Temmuz	6.61	9.46	5.62	3.96	15,45	8.88	9.32	6.81	8.79	9,74
Ağustos	6.38	9.88	6.21	3,03	16,34	8.17	9.54	7.14	8,05	1,68
Eylül	6.23	9.84	6.92	1.78		7.88	8.86	7.95	7.28	
Ekim	6.77	10.10	5.74	2.84		7.71	8.96	7.58	7.16	
Kasım	5.67	8.36	5.25	6.41		7.32	9.15	8.10	7.00	
Aralık	6.97	6.36	5.71	9.94		7.40	8.17	8.81	8.53	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2013	2014	2105	2016	2017	2013	2014	2015	2016	2017
Ocak	5.33	5.22	9.59	5.50	4,96	8.62	7.53	8.80	7.87	7,76
Şubat	4.72	6.11	8.79	5.61	5,87	8.33	7.60	8.77	7.97	7,88
Mart	4.23	6.95	8.03	5.64	6,89	8.08	7.70	8.70	7.96	8,21
Nisan	3.74	7.89	7.36	5.47	8,01	7.66	7.97	8.57	7.84	8,66
Mayıs	3.27	8.66	6.98	5.19	9,02	7.51	8.23	8.45	7.71	9,09
Haziran	3.18	9.03	6.74	4.91	9,98	7.47	8.31	8.28	7.74	9,36
Temmuz	3.23	9.26	6.43	4.77	10,94	7.47	8.35	8.07	7.91	9,44
Ağustos	3.39	9.55	6.14	4,51	12,05	7.42	8.46	7.88	7,98	9,66
Eylül	3.58	9.84	5.92	4.07		7.32	8.54	7.80	7.92	
Ekim	3.93	10.11	5.58	3.83		7.32	8.65	7.69	7.89	
Kasım	4.10	10.32	5.33	3.93		7.39	8.80	7.61	7.79	
Aralık	4.48	10.25	5.28	4.30		7.49	8.85	7.67	7.78	



YİTİRDİKLERİMİZ
NAKİLLER / AYRILMALAR





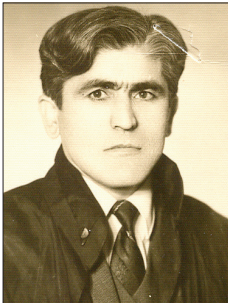
Baromuzun 10607 sicil sayısında kayıtlı
Av. AYATA BEĞENSEL

06/07/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1927 yılında Çubuklu'da doğmuş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1975 yılında mezun olmuş, stajını Baromuz'da yaparak, 1979 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



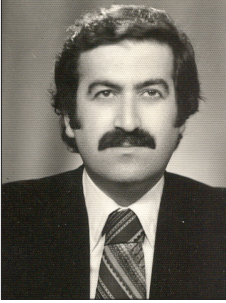
Baromuzun 10863 sicil sayısında kayıtlı
Av. İSMET GÜLEN

03/08/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1930 yılında Edirne'de doğmuş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1955 yılında mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak, 1978 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 6537 sicil sayısında kayıtlı
Av. AHMET ÖZGÜLER

07/07/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1927 yılında Konya'da doğmuş, Ankara Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Ankara Barosu'nda yaparak, 1970 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur. Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 7967 sicil sayısında kayıtlı
Av. HAMİT KADRİ BUTUR

20/07/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1946 yılında Siirt'te doğmuş, İstanbul
Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1971 yılında mezun
olmuş, stajını Baromuz'da yaparak,
1973 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.



Baromuzun 8134 sicil sayısında kayıtlı
Av. ÖZDEMİR PALA

28/07/2017 tarihinde vefat etmiştir.
Merhum 1928 yılında Erzincan'da doğmuş,
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1952 yılında
mezun olmuş, stajını Baromuzda yaparak,
1973 yılında hakimlikten
Baromuz levhasına kaydolmuştur.
Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve
meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER					
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
1	42249	TUĞÇE	ÇALLIOĞLU	22/06/2017	BALIKESİR BAROSU
2	54142	AVZEM	BAYCAN	22/06/2017	AĞRI BAROSU
3	21558	EDA	GİRMEN	22/06/2017	MUĞLA BAROSU
4	57323	EMİN BAŞAR	ÖZDEMİR	22/06/2017	DENİZLİ BAROSU
5	54690	ÖZGEN AYÇA	GENÇ GÜLAKAN	22/06/2017	KOCAELİ BAROSU
6	47952	BERFİN	KIRAN	22/06/2017	ANKARA BAROSU
7	29555	ARMAĞAN	BAYRAKTAR	22/06/2017	GİRESUN BAROSU
8	54918	ELİF	SARI	22/06/2017	SAKARYA BAROSU
9	56984	SÜLEYMAN	ÖZGÜN	22/06/2017	DENİZLİ BAROSU
10	52971	SEMIHA	ARAT	22/06/2017	İZMİR BAROSU
11	51776	EBRU	OKUR	22/06/2017	MERSİN BAROSU
12	50327	MEHMET A.	AKSOY	22/06/2017	ŞANLIURFA BAROSU
13	52470	IRMAK	AKIŞ	22/06/2017	ANTALYA BAROSU
14	43002	SERHAT	ARASAN	22/06/2017	BALIKESİR BAROSU
15	50812	ÖMER	CİRİT	22/06/2017	BİNGÖL BAROSU
16	54554	UĞUR	ERDEM	29/06/2017	BURSA BAROSU
17	57208	BURAK	ÖZİSTANBULLU	06/07/2017	ÇORUM BAROSU
18	55291	HATİCE	AYDIN	06/07/2017	KOCAELİ BAROSU
19	50379	RABİA	HALİLOĞLU	06/07/2017	GİRESUN BAROSU
20	41608	ERDAL	ŞENTÜRK	06/07/2017	MUŞ BAROSU
21	42542	ÇİĞDEM	KADİYORAN	06/07/2017	ELAZIĞ BAROSU
22	51889	ŞEREF	İÇLİ	06/07/2017	KIRIKKALE BAROSU
23	50945	YAĞMUR	EREREN	13/07/2017	ORDU BAROSU
24	22421	BANU	U. KURTULUŞ	13/07/2017	MUĞLA BAROSU
25	47904	BİRİCİK Ş.	ŞAHİN AYHAN	13/07/2017	ANKARA BAROSU
26	47247	SELAHATTİN	YILMAZ	13/07/2017	HAKKARİ BAROSU
27	37525	ELİF	AKBAŞ	13/07/2017	ORDU BAROSU
28	55688	BÜŞRA	BULUT	13/07/2017	BATMAN BAROSU
29	48757	ELİF	SÖNMEZ	13/07/2017	BURSA BAROSU
30	51837	AHMET F.	ALPAY	13/07/2017	KAYSERİ BAROSU
31	54385	SİNEM	ÖZTORUN	13/07/2017	İZMİR BAROSU
32	22627	MERİÇ EMRE	DURAKER	13/07/2017	MUĞLA BAROSU
33	56447	SENA	AÇIL	13/07/2017	TEKİRDAĞ BAROSU
34	55709	TUĞÇE	ARSAL	13/07/2017	ANKARA BAROSU
35	33910	ÖZLEM	ÖZMEN EKİNCİ	13/07/2017	İZMİR BAROSU
36	54981	HAZİME	GÜMÜŞÇÜ	13/07/2017	DİYARBAKIR BAROSU

NAKİLLER					
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
37	49375	TEKİN	TAHTACI	13/07/2017	ADANA BAROSU
38	52523	İHSAN BURAK	ZEYTİNELİ	13/07/2017	MUĞLA BAROSU
39	49221	AYŞE ELİF	ŞENEL	20/07/2017	ESKİŞEHİR BAROSU
40	47592	AYDIN	TÜLEÇİN	20/07/2017	BİTLİS BAROSU
41	32552	ERHAN	BABAN	20/07/2017	ANTALYA BAROSU
42	50366	ÇAĞLA C.	KORAY	20/07/2017	İZMİR BAROSU
43	46534	BEGÜM	VATANSEVER	20/07/2017	KONYA BAROSU
44	51985	HATİCE B.	BENLİ	20/07/2017	KONYA BAROSU
45	49428	CEYHUN	KAYNAK	20/07/2017	İZMİR BAROSU
46	56798	LEVŞA G.	SAĞLAM	20/07/2017	KOCAELİ BAROSU
47	54771	İZZET	DEMİR	20/07/2017	KOCAELİ BAROSU
48	53422	FATMA	ATAMAN	20/07/2017	AĞRI BAROSU
49	56032	GÖRKEM	ÇETİNKAYA	20/07/2017	VAN BAROSU
50	52734	ÖZDEN	SANSAR	27/07/2017	YALOVA BAROSU
51	56092	ÖZGE	BÖLÜCÜ	27/07/2017	HATAY BAROSU
52	56518	KADER	EKREN	27/07/2017	İZMİR BAROSU
53	56538	SERDAN	SÖYLEMEZ	27/07/2017	MERSİN BAROSU
54	47316	YİĞİT	MUSLU	27/07/2017	KOCAELİ BAROSU
55	31812	ARİF	ALIŞ	27/07/2017	ANTALYA BAROSU
56	56653	MEDYA	ÇALLI	27/07/2017	HAKKARİ BAROSU
57	53509	ÇİĞDEM	ULUTAŞ	27/07/2017	İZMİR BAROSU
58	56321	NURULLAH	ATALAN	27/07/2017	MALATYA BAROSU
59	55216	MURAT LATİF	ERGÜL	27/07/2017	TEKİRDAĞ BAROSU
60	54932	ÜMİT G.	KESKİN	27/07/2017	MANİSA BAROSU
61	53092	SELMAN	EKE	03/08/2017	İZMİR BAROSU
62	51295	DENİZ CAN	ERDOĞAN	03/08/2017	AMASYA BAROSU
63	48380	HATİCE	SAYAR	03/08/2017	ANTALYA BAROSU
64	45252	HASAN ALİ	TEMELLİ	03/08/2017	ANKARA BAROSU
65	42082	HALİM EREN	ERALDEMİR	03/08/2017	HATAY BAROSU
66	55607	OZAN CAN	NAFILE	03/08/2017	HATAY BAROSU
67	50584	ERSİN	YAVŞAN	03/08/2017	ANKARA BAROSU
68	42675	MEHMET ALİ	UYUMAZ	03/08/2017	GAZİANTEP BAROSU
69	39214	OĞUZHAN	YAMI	03/08/2017	AĞRI BAROSU
70	37943	NESLİHAN C.	BİLEN	03/08/2017	KONYA BAROSU
71	33242	MÜGE	ÖNAL BAŞER	10/08/2017	ANKARA BAROSU
72	26840	SÜLEYMAN	KANDEMİR	10/08/2017	RİZE BAROSU
73	55651	MESUT	AVCI	10/08/2017	ORDU BAROSU

NAKİLLER					
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi	Nakil Baro
74	51146	GÜNEŞ B.	YILDIZ	10/08/2017	İZMİR BAROSU
75	16841	İRFAN	ODABAŞOĞLU	10/08/2017	TEKİRDAĞ BAROSU
76	37435	ŞAFAK	ERDOĞDU	10/08/2017	İZMİR BAROSU
77	57218	ALİ	ERAD	10/08/2017	BURSA BAROSU
78	51124	SABAHATTİN	EMÇ	10/08/2017	BURSA BAROSU
79	48712	MERVE	DEMİR DOĞAN	10/08/2017	BURSA BAROSU
80	50805	AYSUN	YOĞURTCU	10/08/2017	ANKARA BAROSU
81	50678	ASIM CAN	ALTINTAŞ	10/08/2017	ANTALYA BAROSU
82	48494	GÖRKEM	DOĞAN	10/08/2017	BURSA BAROSU
83	43207	NEJAT A.	TAŞTAN	10/08/2017	ANTALYA BAROSU
84	40647	AYKUT	YAŞAR	10/08/2017	ÇANKIRI BAROSU
85	18022	FUNDA	ÖZVERİ EROL	17/08/2017	KOCAELİ BAROSU
86	22798	SONER NABİL	KILIÇ	17/08/2017	ANTALYA BAROSU
87	55913	HÜSEYİN	NEGİZ	17/08/2017	MARDİN BAROSU
88	19714	NACİYE	AKKUŞ	17/08/2017	KOCAELİ BAROSU
89	47520	MUSTAFA	GÖZ	17/08/2017	MERSİN BAROSU
90	18102	AHMET	AKKUŞ	17/08/2017	KOCAELİ BAROSU

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
1	51229	EMİN	TÜRKYILMAZ	22/06/2017
2	49631	SÜLEYMAN	OKUR	22/06/2017
3	54124	ENES	ATİKALIOĞLU	22/06/2017
4	51583	EBRU	YURLU	22/06/2017
5	52066	HANDE	İRİER	22/06/2017
6	51062	DENİZHAN	TÖRÜN	22/06/2017
7	52332	BUŞRA	EKİNCİ	22/06/2017
8	55057	RAMAZAN	ÇEVİK	22/06/2017
9	26092	NEBAHAT	ŞENTÜRK	22/06/2017
10	55956	SAMET	CEBİROĞLU	22/06/2017
11	54300	GAMZE	SİVRİ	22/06/2017
12	56592	CAN	AYDIN	22/06/2017
13	51384	MEHTAP	KARACA	22/06/2017
14	51964	DOĞUKAN	YİĞİT	22/06/2017
15	46311	DUYGU	TUNCA	22/06/2017
16	51727	SÜMEYYE	KÜÇÜK	22/06/2017
17	55972	AHMET	KALINKAYA	22/06/2017
18	55375	KÜBRA	ARAT	22/06/2017
19	26737	KAMİL	SARIYER	22/06/2017
20	52113	TUBA	AVCI	22/06/2017
21	55211	ASLI	SELVİ	22/06/2017
22	56055	KEREM	BAŞTOKLU	22/06/2017
23	53264	ŞEYDA	KANAK	22/06/2017
24	52196	ELİF	AKIN	22/06/2017
25	50995	OZAN	ÖZ	22/06/2017
26	56361	EDA	EYVAZ	22/06/2017
27	53712	ÖZGE	RABUŞ	22/06/2017
28	54134	HAZEL	BERBER	22/06/2017
29	52155	HUSAMEDDİN	GÖRÜNMEZ	22/06/2017
30	52115	OĞUZHAN	DALKILIÇ	22/06/2017
31	56864	RAMAZAN	ÇÖREKÇİ	22/06/2017
32	51912	HAYRUNİSA	ÇINAR	22/06/2017
33	52092	ERKAN	TUNÇ	22/06/2017
34	48622	FURKAN	KOÇ	22/06/2017
35	48108	FATİH GÜRKAN	TURAN	22/06/2017
36	54445	İLKAY	HALEFİ	22/06/2017

AYRILMALAR				
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
37	51149	SELİN	KÜÇÜK	22/06/2017
38	56932	ABDULKERİM	BUNSUZ	22/06/2017
39	56516	EMRE	DEMİREL	22/06/2017
40	54885	ERKAN	BOLER	22/06/2017
41	46222	AHMET	ÖZÇELİK	22/06/2017
42	56119	TANSU	ERUYUR	22/06/2017
43	51611	AYŞEGÜL	ÖZGEN	22/06/2017
44	49455	MERVE	ÖZGÜL	22/06/2017
45	54517	ŞULE	GÜNEŞ	22/06/2017
46	54049	FERİDE	GÜZELLER	22/06/2017
47	54317	BEYZA	CARLAK	22/06/2017
48	56355	OĞUZHAN SELÇUK	GİŞİ	22/06/2017
49	55363	MUHAMMED G.	KOÇ	22/06/2017
50	54337	HARUN	COŞKUN	29/06/2017
51	52660	BÜŞRA	AYGÜN	29/06/2017
52	55566	İPEK	HAMAMCI	29/06/2017
53	54093	EYÜP	YOLCU	29/06/2017
54	54933	GÜLFEM	ALTINTAŞ	29/06/2017
55	53980	OĞUZHAN	CINDIK	29/06/2017
56	24812	ABDULLAH	ÖZHÖLÇEK	29/06/2017
57	51264	HELİN NEVAL	TEKİN	29/06/2017
58	55170	DOĞUKAN	ÇETİN	29/06/2017
59	56362	CİHAT	ACAR	29/06/2017
60	54805	SEDAT	DEMİR	29/06/2017
61	33047	YASİN	KÖK	29/06/2017
62	56030	FUNDA KÜBRA	AYDEMİR	29/06/2017
63	52091	İREM	ERBUYURUCU	29/06/2017
64	56444	KEREM	KARA	29/06/2017
65	48179	RÜYA	ATEŞ	29/06/2017
66	51877	EDA	ŞEN	29/06/2017
67	48295	HÜLYA	PEKDEMİR	29/06/2017
68	54623	CEMRE	SAYGIN	29/06/2017
69	55266	TUGAY	İNAN	27/06/2017
70	50699	BERNA	HAMZAOĞLU	27/06/2017
71	45794	PINAR	POLAT GÜVEN	27/06/2017
72	26067	ŞERİF	AKKOCA	27/06/2017
73	54565	DAMLA NUR	ONAY	27/06/2017

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
74	56802	ALPEREN	BÜYÜKSÖKMEN	27/06/2017
75	56776	CEMRE NUR	KEÇİCİ	27/06/2017
76	53138	DENİZ ATAKAN	ARSEVEN	27/06/2017
77	57169	DERYA	SÖNMEZ	27/06/2017
78	55188	AHMET BURAK	SAVUT	27/06/2017
79	54857	ELİF CEREN	SAYAR	27/06/2017
80	54819	AHMET CAN	YILDIRAN	27/06/2017
81	56678	ELİF	OKTAY	27/06/2017
82	53306	AYŞE	ÖZKAN KAYNAR	27/06/2017
83	50921	GÖZDE	İKİZ	27/06/2017
84	48717	SÜHEYLÂ	KAHRAMAN	27/06/2017
85	10445	AYŞE	PARS	27/06/2017
86	50948	EDA	ÇAMLİ	27/06/2017
87	52778	OSMAN HİKMET	BALTAOĞLU	27/06/2017
88	27087	TEOMAN	OĞUZHAN	27/06/2017
89	49586	FUNDA ESMA	KARA	27/06/2017
90	57032	İBRAHİM KORAY	EKİCİ	13/07/2017
91	51691	ÇAĞLA	BORAN	13/07/2017
92	51067	AYKUT	KAYA	13/07/2017
93	55989	BEYZA NUR	EKER	13/07/2017
94	55401	ONUR KENAN	ÇINAR	13/07/2017
95	50223	BETÜL ŞÜKRAN	KAVAZ	13/07/2017
96	52831	BURCU	OKTEM	13/07/2017
97	49611	İSMAİL	KIRLI	13/07/2017
98	54262	ENSAR HASAN	EZBER	13/07/2017
99	35754	TARIK	GÜLTEPE	13/07/2017
100	45425	AHMET	AKSU	20/27/2017
101	55591	MÜCAHİT	DAVRAN	20/27/2017
102	48476	MURAT	ÇETİN	20/27/2017
103	49866	TACETTİN	DÜZEN	20/27/2017
104	36028	ALİ RIZA	YILDIRIM	20/27/2017
105	45245	BEKİR EMRE	HAYKIR	20/27/2017
106	13054	GÜRÂY	YURDAKUL	20/27/2017
107	53326	ŞAHİN	GÜNGÖR	20/27/2017
108	51958	EMRE	SELÇUK	20/27/2017
109	48935	MUSTAFA	GÖRMEZ	20/27/2017

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
110	45602	HÜLYA	ÖZDEMİR ARSLAN	20/27/2017
111	57347	ŞEYMA İREM	ZEHİR	20/27/2017
112	35854	FERHAN TUĞÇE	TİMUÇİN	20/27/2017
113	54934	AHMET FURKAN	DİCLE	20/27/2017
114	38503	ŞERİFE	PAMUK	20/27/2017
115	45582	PINAR	UÇAR KARAKULAK	20/27/2017
116	14185	KEMAL	ONUR	20/27/2017
117	54713	OSMAN	DENİZ	20/27/2017
118	53542	FEZA NUR	UĞUZ	27/27/2017
119	56819	SERKAN	ÖZKAN	27/27/2017
120	56504	MÜCAHİT	ÇİÇEK	27/27/2017
121	52448	TURHAN MERT	ŞAHİN	27/27/2017
122	40238	IŞIL	BÜYÜKGEBİZ	27/27/2017
123	13067	YILMAZ	OZAN	27/27/2017
124	52602	MERVE	EROĞLU	27/27/2017
125	55154	GÖZDE	KOÇ	27/27/2017
126	54846	EKİN	ÇANKAL	27/27/2017
127	47675	TEKBİR HAK	HOPA	27/27/2017
128	57493	HALİL ENES	KAVAK	27/27/2017
129	55752	ÖZGE	YÜCEER	27/27/2017
130	54531	HASAN	KÜÇÜKYILDIZ	03/08/2017
131	54322	CENK	GÜRCAN	03/08/2017
132	53370	NURULLAH	BURAL	03/08/2017
133	51557	HİCRAN	AL	03/08/2017
134	22497	METİN	KÖSE	03/08/2017
135	49179	FERHAT	PEHLİVAN	03/08/2017
136	55833	ALİ	DURSUN	03/08/2017
137	55804	HÜSEYİN	ARIK	03/08/2017
138	55388	ABDÜLSAMET	ŞAHİN	03/08/2017
139	54486	RAHMAN	ERGEN	03/08/2017
140	54659	SEMİH SAFA	AZGUR	03/08/2017
141	52437	KÜBRA	YERKAYA	03/08/2017
142	55638	ERVA	KAYIR	03/08/2017
143	55414	MEHMET SİDDİK	SARIBUĞA	03/08/2017
144	49444	BURCU	ÜNAL	03/08/2017
145	56245	GÖZDE	ÇALCI	03/08/2017

AYRILMALAR

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
146	47561	DOĞUKAN	KURAL	03/08/2017
147	46218	İLTER	GÜNDÜZ GEÇER	03/08/2017
148	55324	AYTEN GÖKÇE	VEYİSOĞLU	03/08/2017
149	54488	ERDOĞAN	DEMİR	03/08/2017
150	35582	ASLIHAN	YALÇIN	03/08/2017
151	51425	HİLAL	AKSOY	03/08/2017
152	51186	YASEMİN	ŞENTÜRK	03/08/2017
153	50553	ZEYNEP MİNE	ERYILDIR	03/08/2017
154	48107	EYLEM TUBA	YILMAZ	03/08/2017
155	56823	EMEL	GÖKMEN	03/08/2017
156	55970	ŞEHMUS	SEMO	03/08/2017
157	53483	BETÜL	ŞİMŞEK	03/08/2017
158	49132	EYÜP	YARAY	03/08/2017
159	48742	SELDA	DOĞAN BEKTAŞ	03/08/2017
160	48030	YASEMİN	YILMAZ	03/08/2017
161	47080	YEŞİM	ALPER	03/08/2017
162	45293	EMRE	ÇAVDAR	03/08/2017
163	53982	TUTKU	AKÇAY	03/08/2017
164	46786	VEYSEL	ARAT	03/08/2017
165	57176	UĞUR ZİYA	AKBULUT	03/08/2017
166	56751	ADNAN	DOĞAN	03/08/2017
167	56489	ONUR SADETTİN	BEKTAŞ	03/08/2017
168	56977	İLHAM	YAZ	03/08/2017
169	53578	EZGİ	AKIN	03/08/2017
170	52798	EMRAH	YEKLİ	03/08/2017
171	50193	ZEYNEP	TAŞ	03/08/2017
172	48885	AHMET SAİT	BÜYÜKÇAPAR	03/08/2017
173	31212	İSA İSMAİL	TAŞKIRAN	03/08/2017
174	47938	SİBEL	TANRIVERDİ	03/08/2017
175	47145	GÖZDE GONCA	ÇİFTÇİ	03/08/2017
176	41615	VAHİD	ŞÜKÜR	03/08/2017
177	56739	SERDARHAN	KOÇU	03/08/2017
178	56713	ENEZ	TORUN	03/08/2017
179	56660	ABDULKERİM	BALCI	03/08/2017
180	55213	JÜLİDE	ASLAN	03/08/2017
181	54741	MELİK CAN	IRMAK	03/08/2017

AYRILMALAR				
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Hareket Tarihi
182	54582	MÜGE	YİRÇİ	03/08/2017
183	25197	BÜLENT	SELVİ	03/08/2017
184	52270	SARP DOĞA	TEZONARICI	10/08/2017
185	54324	BETÜL	ERDOĞAN	10/08/2017
186	47493	ERDEM FATİH	ÇOLAK	10/08/2017
187	48546	GÖZDE	AKGÜL	10/08/2017
188	56130	YUNUS İSMET	ERDOĞAN	10/08/2017
189	52369	NUR DENİZ	ARSLAN	10/08/2017
190	52017	DOĞANCAN	KONTAŞ	10/08/2017
191	25630	FATMA ZEHRA	KONUK	10/08/2017
192	50749	ŞEMSİ ZAFER	AYARMAN	10/08/2017
193	50328	MEHMET FATİH	ACEMOĞLU	10/08/2017
194	17123	ÖZLEM	KARADABAN	17/08/2017
195	29447	HÜLYA	KÖKAVCI	17/08/2017



KAVRAM DİZİNİ

KAVRAM DİZİNİ

225 SAAT	528
ADİ SENET	590
AHZU KABZ YETKİSİ	505
AİLE KONUTU ŞERHİ	432
ALACAK HESABI	511
ALT İŞVEREN	661, 663
ALT İŞVERENLER	672
ARAÇ HASAR BEDELİ	617
ARAÇ HASARI	615
ASGARİ SÜRELİ SÖZLEŞME	544
ASIL – ALT İŞVEREN	570
ASIL İŞVEREN	663
ASIL İŞVERENİN RÜCU DAVASI	672
AVUKATIN, BÜROSUNDA ÇALIŞANLARIN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞU	704
AVUKATLIK ÜCRETİ	481, 483
AVUKAT VEKALETNAMESİ	505
AYIP İHBARI	408, 413
AYIPLI MAL	605
AYLIK ÜCRET	528
AYNI YARDIMLAR	528

B

BAHŞİŞLE ÇALIŞAN İŞÇİ	511
BAKİYE SÖZLEŞME ÜCRETİ	544
BANKADAN ÖDEME YAPILMASI KOŞULU	560
BANKA ÖDEMELERİ	549
BASININ ELEŞTİRİ HAKKI	479
BAŞKASI ADINA BONO TANZİMİ	584
BELİRSİZ ALACAK DAVASI	420, 532
BİR AVUKATA KARŞI ASİL YADA VEKİL SIFATI İLE TAKİP EDİLECEK DAVANIN, BARO'YA YAZILI BİLDİRİMİ.....	698
BİR AYLIK ÜCRET	495
BİRBİRİNİ İZLEYEN TEMLİKLER	453

BİRDEN FAZLA DAVALI	483
BİRDEN FAZLA TAŞERON	669
BORÇTAN SORUMLULUK	665
BOŞANMADA EŞİT KUSUR	469
BOŞANMADA KUSUR	468
BOŞANMA KARARI	471
BOŞANMA SEBEPLERİ	463
BÖLGE MÜDÜRLÜĞÜ	374
BONO	591, 593
BONODA ŞEKİL ŞARTI	588
BORDROLAR	549
BOŞANMA	445, 470
BOŞANMA DAVASI	399, 471
BOŞANMA SEBEBİ	464, 465, 466, 467

C

ÇEKTE ZAMANAŞIMI SÜRESİ	587
CEZA ZAMANAŞIMI	484

D

DANIŞTAY İDARİ DAVA DAİRELERİ KURULU KARARI MİLLİ EĞİTİMİN AMACI	694
DANIŞTAY SEKİZİNCİ DAİRESİ KARARI	698
DEĞER KAYBI	617
DEĞER KAYBI	615
DERNEKLER HUKUK	506
DESTEK KUSURU	626
DESTEKLİK TAZMİNATI	623
DESTEKLİK TAZMİNATI ALACAK YAKINLAR	626
DEVRE MÜLK SATIŞ SÖZLEŞMESİ	595
DÖRT AYLIK ÜCRETİN ÖDENMESİ	380

E

EFT İŞLEMİNİN HUKUKİ BOYUTU	402
EHLİYETSİZ KİŞİ 4	51
EHLİYETSİZ KİŞİNİN İŞLEMİ	453
EHLİYETSİZ KİŞİNİN İŞLEMLERİ	448, 456
EMSAL ÜCRET	513, 516, 518

E-POSTA BİLDİRİMİ	408
ERKEĞİN BAŞKA KADINLA YAŞAMASI	465
ERKEĞİN ZİNASI	466
ESASIN İNCELENEMEYECEĞİ	599
EŞİNDEN VE ANA VEYA BABASINDAN BAĞLANAN ÖLÜM AYLIĞI	369
EV HİZMETLERİ	602
EVLİ BİRİYLE BİRLİKTELİK	435
EV SİGORTASI 5	85

F

FACEBOOK ÜZERİNDEN RESİM PAYLAŞIMI	687
FAZLA ÇALIŞMA	49, 508, 538, 541, 549, 555,558, 657
FAZLA ÇALIŞMALAR	520, 552
FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ	563
FESHE BAĞLI İŞÇİLİK ALACAKLARI	498

G

GECE ÇALIŞMALARI	549
GEÇERSİZ VEKALETNAME 451	
GEMİYE KORSAN SALDIRISI	637
GENEL TATİL ÜCRETİ	495
GERÇEK MAL TESLİMİ	718
GİYDİRİLMİŞ ÜCRET	528
GİZLİ AYIPLI OTOMOBİL	413
GÖREVLİ MAHKEME	481
GÖTÜRÜ BEDELLİ İŞLER	610
GÜNLÜK ARA VERME SÜRELERİ	555

H

HACİZ ÖNCESİ BİLGİLENDİRME YAZILARI	704
HAFTA TATİLİ	558
HAKARET	484
HATIR TAŞIMASI İNDİRİMİ	631
HESAP YÖNTEMİ	377, 558
HIRSIZLIK SİGORTASI	613
HUKUKA AYKIRI VERİ SUÇU	687
HUKUKTA KARİNE	464

I

İBRA	501
İBRANAME	560
İHTARNAME GİDERİ	511
İKRAR	402
İLAVE TEDİYE	513
İLK İTİRAZ	503
İMALAT BEDELİ	607
İMAR AYKIRI YENİLİK	473
İMAR UYGULAMASI	489
İPOTEK	432
İSTİHKAK DAVASINDA YETKİLİ MAHKEME	503
İŞÇİNİN ÜCRETSİZ İZİNE GÖNDERİLMESİ	493
İŞÇİ YILLIK İZİNLERİ	680
İŞE İADE DAVASI TESPİTİ	530
İŞİN REDDİ ZORUNLULUĞU	708
İŞ KANUNU KAPSAMI DIŞINDAKİ KİŞİ	597
İŞ KAZASI	377, 637, 642
İŞ KAZASINDA KUSUR	570
İŞÇİLİK ALACAĞI	420
İSLAH	393, 649
İFLAS ERTELEME	674
İMZALI BORDROLAR	349
İŞ SÖZLEŞMESİ	520
İŞE İADE DAVASI	498
İŞ KAZASI	364
İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ	493
İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONAR ERME KOŞULU	491
İŞVERENİN İŞÇİYİ TEKRAR İŞE BAŞLATMAMASI	380
İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	637
İŞ YARTI	563
İŞYERİ KAYITLARI	524
İYİNİYET İDDİASI	456
İZİN ÜCRETİ	491

K

KABULE İCBAR	605
KAMBIYO SENEDİ	590
KAMU GÖREVLİSİ	418
KAMU İHALE TEBLİĞİ	680
KATILMA ALACAĞI	382
KATMA DEĞER VERGİSİ	713
KAT MÜLKİYETİ	585
KAZALIYA YAPILAN ÖDEMELER	77
KAZANÇ HESAPLAMA YÖNTEMİ	623
KDV ÖDEMESİ	607, 609, 610
KESİN YETKİ KURALI	506
KIDEM TAZMİNATI	602
KİŞİSEL İLİŞKİLER	472
KIYMET TAKDİRİ	486
KİRA SÖZLEŞMESİ	473
KİŞİLİK HAKLARI	479
KİŞİSEL KUSURU	418
KİŞİSEL SORUMLULUK	584
KOCANIN UZUN SÜRELİ HAPİS CEZASI ALMASI	467
KÖTÜNİYETLE AÇILAN DAVA	488
KURUM PRİM ALACAĞI	650
KURUM ZARARI	580
KUSUR İNDİRİMİ	633
KÜÇÜK ÇOCUK	472
KUSUR	445

L

LEHTAR	593
--------------	-----

M

MAHKEMEYE İBRAZ YÜKÜMLÜLÜĞÜ	524
MAHSUP YÖNTEMİ	574
MANEVİ TAZMİNAT	435, 649
MENFAAT ÇATIŞMASINDA “AYNI İŞ” KAVRAMI	708
MENFİ TESPİT DAVASI	481
MÜTESELSİL BORÇ	665
MÜTESELSİL BORÇLAR	356

N

NET ALACAĞIN TESPİTİ555

O

ON YILLIK ZAMANAŞIMI SÜRESİ 382, 393

ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİ 604

ÖLÜM AYLIĞI 369

ÖZELLEŞTİRME 513

ÖZEL ÖĞRETİM KURUMLARINDA
“ATATÜRK KÖŞESİ” 694

ÖZEL YETKİ 471

P

PERFORMANS 530

PİYASA RAYIÇLARI 607

PRİM ALACAĞI 530

PRİM ALACAĞINDA ZAMANAŞIMI 650

PRİME ESAS KAZANÇ 576

PRİMLE ÇALIŞAN İŞÇİ 520, 552

PRİM UYGULAMASI 563

R

RAYİÇ DEĞER 486

REDDEDİLEN BOŞANMA DAVASI 463

RE’JEN MATRAH 718

RÜCU DAVASI 356, 661,
663, 665, 669

S

SANIĞA SON SÖZLERİNİN SORULMASI 684

SENDİKALI İŞÇİ 513, 518

SENDİKALI OLMAYAN İŞÇİ 518

SENDİKA ÜYELİĞİ 516

SİGORTACININ YÜKÜMLÜLÜĞÜ 613

SÖZLEŞMEDİŞİ İŞLER 609

ŞANTİYE ŞEFİ 538, 541,
657

SEFER PRİMİ 495

SİGORTA SÖZLEŞMESİ 374

ŞE İADE	380
ŞİDDETLİ GEÇEMSİZLİK	470
ŞİDDETLİ GEÇİMSİZLİK	468, 471
ŞİRKETİNE BAŞVURU	723
SON ALT İŞVEREN	661, 672
SÖZLEŞME DIŞI İŞLER	610

T

TAHRİK DİLEKÇESİ	674
TANIK DİNLENMESİ	399
TARAFLAR ARASINDA İMZALANAN HİZMET ALIM AKDİNE DAYALI DAVA DIŞI İŞÇİYE ÖDENEN İŞÇİLİK ALACAKLARININ ÜCUEN TAHSİLİ İSTEMİ	676
TARAFLARIN HAKLARI	604
TAŞERON İŞÇİLERİ	669
TAZMİNAT	469
TEDAVİ GİDERLERİ	620
TIR ŞOFÖRÜ	495
TİCARİ DAVA	682
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ	516
TRAFİK KAZASINDA TAZMİNAT	633
TRAFİK KAZASI	620, 631
TRAFİK KAZASI SİGORTA	723
TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ'NİN GÖREVLERİ	698
TÜZEL KİŞİ ADINA AÇILAN DAVA	583
TÜZEL KİŞİLİK	501

U

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN SUÇ SAYILIR HAREKETİ	580
ÜST DÜZEY YÖNETİCİ	508

V

VEKALET ÜCRET DAVASI	601
VELAYET	472

Y

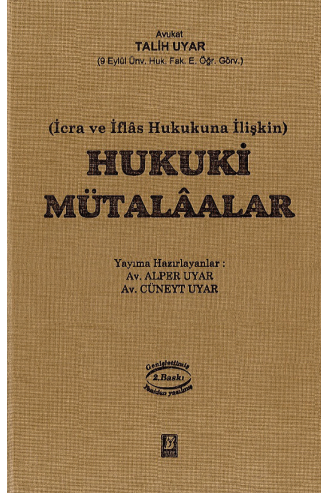
YASAL HAKLAR	597
YERSİZ ÖDEME	574

YETKİLİ MAHKEME	374, 601
YETKİSİZ TEMSİL	584
YETKİSİZ TEMSİL	583
YOLSUZ TESCİLLER	451

Z

ZAMANAŞIMI	491, 532, 591
ZAMANAŞIMI SÜRESİ	590
ZAMANAŞIMI SÜRESİ	588, 642
ZİNANIN VARLIĞI	464





2. baskısı yayımlanan bu eserde, icra ve iflâs hukukuna ilişkin Av. Talih Uyar tarafından yazılmış 109 tane hukuki mütalâaya yer verilmiştir.

Mütalâa isteminde bulunan kişi veya kuruluşun sormuş olduğu sorular, o konuda gerek doktrinde ve gerekse içtihatlarda önerilen çözüm şekilleri, ileri sürülmüş olan görüşler doğrultusunda ele alınıp değerlendirilmiştir. Bunun sonucunda; sorulan soruyu her yönüyle irdelemiş olan, âdeta bir «makale» ortaya çıkmıştır. Bu nedenden dolayı, verilmiş olan mütalâaların bir kısmı «makale» olarak, daha sonra çeşitli Dergilerde yayımlanmıştır. Böylece «mütalâa»da ileri sürülen görüş, objektif biçimde kamuoyu ile de paylaşılmıştır.

Eserden daha kısa sürede, istenen konuya daha kolay ulaşabilmek için, eserin sonunda KAVRAMLARA ve KANUN MADDELERİNE GÖRE birer arama cetveline de yer verilmiştir.

Eserde, özellikle, «tasarrufun iptali davaları», «menfi tespit davaları», «ihalenin feshi davaları», «ihalenin yapılması», «kefalet», «vekalet ücreti», «kambyo senetlerinde imzaya itiraz», «kambyo senetlerinde borca itiraz», «istihkak davaları», «haciz», «ihtiyati haciz», «icra suçları», «sıra cetveli» konularına ilişkin uzman görüşlerine yer verilmiştir.

www.e-uyar.com