İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

MART - NİSAN 2020

CİLT: 94 • SAYI: 2020/2 ISSN 1304-737X

1878
İSTANBUL BAROSU

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

MART - NİSAN 2020

CİLT: 94 SAYI: 2020/2 ISSN 1304-737X

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

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

ABONELİK KOŞULLARI

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

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

İSTANBUL BAROSU DERGİSİ

Yerel Süreli Yayın
İki Ayda Bir Yayımlanır.

•

Sahibi
İstanbul Barosu Adına Baro Başkanı
Av. Mehmet DURAKOĞLU

•

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Av. Cengiz YAKA

•

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

•

YAYIN KURULU
Başkan
Av. İsmail GÖMLEKLİ

•

Genel Yazman
Av. A. Coşkun ONĞUN

•

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

•

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

•

Yayıncı Sertifika No: 12457

•

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

İÇERİK DİZİNİ

YAYIN KURULU'NDAN 11

CEZA HUKUKU AÇISINDAN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINDA "KİŞİSEL VERİ" ve "HUKUKA AYKIRILIK" KAVRAMLARI
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL 15

KONKORDATO SÜRECİNDE BULUNAN SERMAYE ŞİRKETLERİNDE ÖZKAYNAK İŞLEMLERİ (YEDEK AKÇE AYRILMASI ve KAR DAĞITIMI)
Prof. Dr. Hanifi AYBOĞA 24

BASIN İŞÇİLERİNE İLİŞKİN YENİ UYGULAMALAR
Av. Yörük KABALAK 40

YOKSULLUK NAFAKASINDA SÜRE SORUNU
Av. Büşra ODABAŞI 44

ZEKİ YILDAM
Av. A. Coşkun ONĞUN 83

TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ 'BEDEL'E DÖNÜŞMESİNİN UYGULAMADA YARATTIĞI SORUNLAR
Av. Talih UYAR & Av. Cüneyt UYAR 87

ULUSLARARASI TİCARİ TERİMLER (INCOTERMS) 2020 ÇERÇEVESİNDE YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ BEKLENEN YENİLİKLER
Av. Selin HAYAT 122

SİBER ZORBALIK
Stj. Av. Atay CİBOOĞLU 145

SERMAYE PİYASASI KANUNUNDA DÜZENLENEN BİLGİ BELGE VERMEME ve DENETİMİN ENGELLENMESİ SUÇU
Av. Ahmet Mücahit SELÇUK 160

SERMAYE PİYASASI KANUNU VE İKİNCİL MEVZUAT IŞIĞINDA HALKA AÇIK ORTAKLIKLARIN BİRLEŞMESİ
Av. Aylin BELİR 180

5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU'NUN 155. ve 156. MADDELERİNDE YER ALAN SUÇLARIN ve BU SUÇLARIN KOVUŞTURMA USULLERİNİN İNCELENMESİ
Stj. Av. Caner BİRDAL 203

İNANÇ SÖZLEŞMESİNE DAYALI TAPU İPTAL VE TESCİL DAVASI
Av. Cihangir ÇAKIR 228

ANA HATLARIYLA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASININ TARİHSEL SÜRECİ İLE AMACI ve KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKI
Kadir Can ÖZEL 241

FUTBOLDA ARTAN IRKÇILIK VE NEFRET SÖYLEMLERİ GÖLGESİNDE BİR PARILTI: ŠİMUNİĆ'İN TEZAHÜRATINA İLİŞKİN YARGISAL SÜREÇ VE AİHM KARARI
Av. Ozan Can ÖZBALÇIK 256

ANAYASA MADDE 26 ve İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ MADDE 10 KARŞILAŞTIRMALI DÜŞÜNCE VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMLARI İLE BARIŞ İÇİN AKADEMİSYENLER BİLDİRİSİ HAKKINDA ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ İNCELENMESİ
Elif Aycan TÜRKKAN 260

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay Hukuk Dairesi Kararları 275
Yargıtay 1. Hukuk Dairesi 361
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 368
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 371
Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 373
Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 391
Yargıtay 7. Hukuk Dairesi 392
Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 403
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 434
Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 502
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 518
Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 526
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 532
Yargıtay 14. Hukuk Dairesi 541
Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 550
Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 561
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 578
Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 585
Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 592
Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 607
Yargıtay 23. Hukuk Dairesi 622
Yargıtay Ceza Dairesi Kararları 623

YARARLI BİLGİLER

Tablo ve Çizelgeler 631

YİTİRDİKLERİMİZ, NAKİLLER ve AYRILMALAR

Yitirdiklerimiz 641
Nakiller 644
Ayrılmalar 647
Kavram Dizini 649

YAYIN KURULU'NDAN

5 NİSAN AVUKATLAR GÜNÜ

5 Nisan 1878 günü kurulan İstanbul Barosu'nun kuruluş yıldönümü zamanla evrilerek Avukatlar Günü olarak da kutlanmaya başlanmıştır.

Avukatlık bağımsız bir meslek olmasının yanı sıra hem müvekkile hem kamu düzenine hem de kendine karşı sorumlulukları olan ve kutsal adalet düşüncesinin etrafında kenetlenmiş toplum için vazgeçilmez nitelikte bir kamu hizmetidir.

En gencinden en kıdemlisine bir avukat çalışma bürosundan çıkıp adliyeye doğru adımladığında adalet için de yürümüş olmaktadır.

Avukatların adliyelerde gerçekleştirdikleri faaliyetler öyle ya da böyle adaletin tesisinde rol oynar.

Sav, Savunma, Karar yargılamanın üçlü sac ayağıdır…

Avukatlar savunma görevini özveriyle yerine getirirler.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde Avukatların görevlerini mesleklerine yakışır şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmeleri gerektiği belirtilmiş ayrıca meslek kurallarına uymakla yükümlü oldukları da açık biçimde vurgulanmıştır.

Ulusal ve uluslararası Meslek kurallarında ve Yasamızda avukatın bağımsızlığını koruyarak mesleki çalışmasını Kamuoyunun hukuka olan inancını ve mesleğe olan güvenini sağlayacak biçimde ve işini tam bir sadakatle yürütmesi gerektiğinin altı çizilmiştir.

Avukatların meslek kuruluşu olan Baroların da bu çerçevede önemli sorumluluklarının bulunduğuna kuşku yoktur.

Bir avukatın karşılaştığı bir olayı ya da sorunu tek başına aşamadığı durumda bağlı olduğu mesleki kuruluşun sorumluluk almasından daha doğal bir şey olamaz.

Baroların kuruluş ve nitelikleri başlıklı Madde 76 bu durumu açık biçimde ortaya koymuştur: *Barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlâkını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır.*

Yargı Bağımsızlığı ve Hukuk Devleti mücadelesinde **Baroların** da bu yönde öncü görevi olduğu kabul edilmelidir.

***

Avukatlar günü kutlu olsun.

Yeni yayınlarda buluşmak umuduyla.

Yayın Kurulu

YAZILAR

CEZA HUKUKU AÇISINDAN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINDA "KİŞİSEL VERİ" VE "HUKUKA AYKIRILIK" KAVRAMLARI

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

1- Anayasa'mızın 20. maddesine 2010 değişikliği ile eklenen 3. Ek fıkraya göre, "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzenlenmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızası ile işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.* ". Böylece, kişisel veriler Anayasanın güvencesi kapsamına alınmıştır.

2- Anayasaya sonradan eklenen bu hükümden önce 5237 sayılı yeni TCK.'nun 135. maddesinde "*Kişisel Verilerin Kaydedilmesi*", 136. maddesinde "*Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme ve Ele Geçirme* " ve 138. maddesinde "*Verileri Yok Etmeme*" suçları düzenlenmiştir. 137. maddesinde ise ilk iki suçun "kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle " veya "belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle" işlenmesi halleri ağırlaştırıcı neden sayılmıştır.

3- TCK.' nun Genel Gerekçesine[1] bakıldığında, suçları oluşturan sözü geçen maddelerin düzenlenmesinde "Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan Türkiye'nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme " nin dikkate alındığı görülmektedir.

4- Kişisel verilerin korunması amacıyla yeni ceza kanununda öngörülen suçlarla ilgili hükümlerin yürürlüğe girmesinden oldukça uzun bir süre sonra, Anayasanın 20. maddesine 2010 değişikliği ile eklenen fıkrada yer alan "*kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir*" direktifinin gereği olarak hazırlanan 6698 sayılı *Kişisel*

1 TBMM, Dönem:22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, Sh. 544 ve son.

Verilerin Korunması Kanunu'nun[2] Genel Gerekçesinde[3] inceleme konumuzla bağlantılı olarak şu önemli açıklamalar bulunmaktadır :

"Ülkemizde kişisel verilerin korunmasını sağlayacak bir kanunun yürürlüğe girmesini gerektiren değişik sebepler bulunmaktadır. Öncelikle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ve devamı maddelerinde, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak elde edilmesi, *kaydedilmesi veya ifşa edilmesi fiilleri suç olarak düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır. Bununla birlikte, kişisel verilerin işlenmesine yönelik özel bir kanunun bulunmaması sebebiyle, bu fiillerin ne zaman hukuka aykırı, ne zaman hukuka uygun olduğunun belirlenmesinde tereddütlerin yaşandığı görülmektedir*. – Öte yandan 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylaması sonucu kabul edilen 5982 sayılı Kanunla Anayasanın 20 nci maddesinde yapılan düzenlemeyle, kişisel verilerin korunması temel bir insan hakkı olarak güvence altına alınmış ve detayların kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. – Yine ülkemizle ilgili olarak devam etmekte olan Avrupa Birliği tam üyelik sürecinde, müzakere fasıllarından dördü, doğrudan kişisel verilerle ilgilidir. Bu fasıllarla ilgili sürecin ilerleyebilmesi için ülkemizde kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel bir kanunun yürürlüğe girmesi gerekmektedir. *Avrupa Birliğinin Türkiye ile ilgili hazırladığı ilerleme raporunda Türkiye'de veri koruma alanındaki kanuni boşluğa işaret edilmektedir*.". Sonuçta, bu yasa hazırlanırken, Avrupa Birliğinin kişisel verilerin korunmasıyla ilgili 95/46 EC sayılı Direktifinin dikkate alındığı anlaşılmaktadır.

5- TCK. 135, 136. ve 138.maddelerinde kişisel veriler ceza hukuku yaptırımları ile şu şekilde korunmaktadır:

Madde 135- (1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.- (2) Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi ve dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Madde 136- (1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Madde 138- (1) Kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine

2 Kabul Tarihi : 24.3.2016, RG. 7.4.2016, Sayı.29667)

3 TBMM, Dönem:26, Yasama Yılı:1, Sıra Sayısı: 117, Sh.541 ve son.

getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar iki yıla kadar hapis cezası verilir.- (2) Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması halinde verilecek ceza bir kat artırılır.

Görüleceği üzere, bu üç suçun da hukuki konusu "*kişisel veri*" olup, bu kavramın öncelikle açıklığa kavuşturulması gerekir. 135 ve 136. maddelerdeki suçlarda ise ayrıca "*hukuka aykırılık*" yapısal unsur olarak büyük önem göstermektedir. Bu kavramlar net bir şekilde belirlenmeden sözü geçen suçlardan hüküm kurulması mümkün değildir. Diğer alanlarda ise önemli bir hukuksal sorunla karşılaşılmaz.

6- TCK.' nun ceza kanunlarının uygulanmasıyla ilgili olarak tanımlar veren 6. maddesi *kişisel veri*' yi tanımlamamıştır. Buna karşılık, 135. maddenin gerekçesinde "*gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi kişisel veri olarak kabul edilmelidir*" açıklaması vardır. *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu* da, 3. maddesinde yer alan *tanımlar* arasında kişisel veriyle ilgili olarak "*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" şeklinde aynı nitelikte bir tanım vermiştir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş bulunan bu tür suçlar temyiz mercii olarak görevli Yargıtay 12. CD. ise 17.02.2014 tarihli kararında (2013/9669 E., 2014/3760 K.), *kişisel veri* kavramını bir dereceye kadar sınırlayarak açıklamıştır :

(Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun maddi konusunu oluşturan "*kişisel veri*" kavramından, kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı nüfus bilgileri (T.C. kimlik numarası, adı, soyadı , doğum yeri ve tarihi, anne ve baba adı gibi), adli sicil kaydı, yerleşim yeri, eğitim durumu, mesleği, banka hesap bilgileri, telefon numarası, elektronik posta adresi, kan grubu, medeni hali, parmak izi, DNA' sı, saç, tükürük, tırnak gibi biyolojik örnekleri, cinsel ve ahlaki eğilimi, sağlık bilgileri, etnik kökeni, siyasi, felsefi ve dini görüşü, sendikal bağlantıları gibi kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilginin anlaşılması gerekir; *ancak herkes tarafından bilinen ve/veya kolaylıkla anlaşılması ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgiler, yasal anlamda "kişisel veri" olarak değerlendirilemez, aksinin kabulü; anılan maddenin uygulama alanının amaçlarından fazla genişletilerek, uygulamada belirsiz ve hemen her eylemin suç oluşturması gibi olumsuz sonuçlar doğurur, bu nedenle, bir kişisel bilginin,*

açıklanan anlamda kişisel veri kabul edilip edilmeyeceğine karar verilirken, somut olayın özellikleri dikkate alınarak titizlikle değerlendirme yapılması, sanığın eylemiyle hukuka aykırı hareket ettiğini bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunun da tespit edilmesi gerekir.).

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kişisel veri kavramını en geniş şekilde kabul eden kararından (17.06.2014, 2012/1510 E. , 2014/331 K.) sonra ise, 12. CD. de görüşünü değiştirerek, herkes tarafından bilinen ve /veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgileri de yasal anlamda "kişisel veri" olarak kabul etmiştir (18.09.2019, 2018/8466 E., 2019/9054 K.) .12. CD.'nin yeni kararının bu konuyla ilgili kısmı şöyledir:

(Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.06.2014 tarihli, 2012/1510 esas, 2014/331 karar sayılı kararında da vurgulandığı üzere; TCK.'nın 135 ve 136. maddelerindeki kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde sadece sır niteliğinde kişisel verilerin korunacağına ilişkin bir hükmün bulunmaması ve aksine 135. maddenin gerekçesinde gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtilmesi karşısında, her türlü kişisel verinin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi fiilleri TCK'nın 136. maddesindeki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturur. *Bu nedenle herkes tarafından bilinen ve /veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgiler de, yasal anlamda kişisel veri olarak kabul edilmektedir*.).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yeni kararlarında 6698 sayılı kanundan önce işlenmiş bulunan bu türden suçlar yönünden *kişisel veri* kavram tanımlanırken mevzuatımızın yeni hükümlerine de değinilmiştir:

(Suçun konusu kişisel verilerdir. Suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan Kanunlarda, suçun konusunu oluşturan kişisel veriden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir tanım yer almayıp TCK'nın 135.maddesinin gerekçesinde; "Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Söz konusu suç tanımında kişisel verilerin bilgisayar ortamında veya kağıt üzerinde kayda alınması arasında bir ayırım gözetilmemiştir." denilmiştir. Suç tarihinden sonra 07.04.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde "Kişisel veri: Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi .....ifade eder." şeklinde tanım yapılmış, maddenin gerekçesinde ise, " Kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir. .....

Kişilerin, sadece insan olması ve toplumdaki yeri, bazı değerleri kişisel veri haline getirmektedir. Örneğin; kişinin adı, adresi, kimlik bilgileri, medeni durumu vb.....Bunun yanında teknolojik gelişmeler nedeniyle gittikçe karmaşıklaşan toplum hayatındaki bir takım bilgiler de kişisel veri haline gelmiştir.Örneğin; vatandaşlık numarası, banka hesap numarası, telefon numarası, elektronik posta adresi ve şifresi vb..." açıklamasına yer vererek kişisel veri konusundaki kapsamlı görüşünü yinelemiştir.) (YCGK.09.05.2019 , 2015/12-708 E., 2019/414 K.).

Kanımızca, Yargıtay'ın 6698 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenmiş bu tür suçlarda *kişisel veri* konusunda verdiği yeni kapsamlı tanım her yönüyle yerinde olup, yasal tanımlamalara ve öğretideki görüşlere[4] de uygunluk göstermektedir. Ancak, kişisel verileri hukuka aykırı olarak kaydetme, verme veya ele geçirme suçları uygulama alanlarının çok genişletilerek, hemen her eylemin suç oluşturması gibi olumsuz sonuçların doğmaması için bu konuda *hukuka aykırılık* unsurunun iyi belirlenmesi ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak "hukuka uygunluk nedenlerinin" özenle araştırılması gerekir. Bu nedenle, aşağıda bu suçlarla ilgili olarak "*hukuka aykırılık*" unsurun özellikleri açıklanacaktır.

Burada ayrıca belirtmemiz gerekir ki, kişisel olmaktan çok kurumsal nitelik gösteren veriler sözü geçen maddelerin kapsamına girmez. Örneğin, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı ile fenni keşif ve buluşlar veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler TCK. 239. maddesinde koruma altına alındıkları için TCK.135 ve son. maddelerindeki suçların konusunu oluşturmazlar[5].

7- Her suçun yapısal unsurunu oluşturan "hukuka aykırılık unsuru" Türk Ceza Kanununda genel olarak belirtilmemesine karşılık bazı suçlarda hukuka aykırılık özel olarak vurgulanmıştır. İnceleme konumuz olan 135 ve 136. maddeler kapsamlarına giren eylemlerin "*hukuka aykırı olarak*" işlenmesi ifadesine yer vererek bu yolu seçen hükümlerdendir. Bu ve buna benzer terim ve deyimlerle, özel biçimde aranan hukuka aykırılığı bütün suçların yapısal unsurunu oluşturan hukuka aykırılıktan ayırmak için, bu gibi hallerde "*hukuka özel aykırılık*" tan söz edilir.

8- Belirtelim ki, bir suçu düzenleyen maddede hukuka aykırılığın ayrıca vurgulanması önemsiz bir ayrıntı olmayıp, bu kanunlaştırma türünün hukuksal bir amacı ve önemi vardır: Diğer hukuka aykırılık hallerinde failin kastının suçun hukuka aykırılık unsurunu da kapsaması aranmaz.

---

4 ÖZBEK,V.Ö. ve diğerleri : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2014, sh.556.; DÜLGER,V.D.: Bilişim Suçları, Ankara 2004, sh.270

5 ÖZBEK ve diğerler, sh.557.

Buna karşılık; *TCK.135 ve 136. maddelerde olduğu gibi, hukuka aykırılık unsurunun konunda ayrıca vurgulandığı durumlarda, failin kastının özel olarak belirtilen hukuka aykırılık hallerini içermesi aranmakta ve somut yargılamada faile bir ceza yaptırımının uygulanabilmesi için bu hususun da kanıtlanması gerekmektedir* [6] .

9-TCK.135 ve 136. maddelerindeki suçlarda hukuka özel aykırılığı ortadan kaldıracak "*hukuka uygunluk nedenleri*" nden ilki *kanun hükmünün yerine getirilmesi*'dir (TCK.24/1.m.). Kanun hükmü, kişiye herhangi bir konuda bir hak veya yetki vermişse, bunun öngörüldüğü şekilde uygulanması durumunda hukuka aykırılık söz konusu olmaz. Buradaki "kanun" terimine "yazılı hukuk kuralı" şeklinde anlam vermek gerekir. Bu bağlamda, dar anlamda kanun niteliğinde olmayan kararnameler ve yönetmeliklerde bulunan hükümler de bu çerçevede değerlendirilmelidir. Bir kimseye bir ödev yükleyen belirli bir hukuk kuralının sadece var olması yeterlidir. Bunun dışında, bu hukuk kuralına dayanılarak faile bir görev yüklenmesi aranmaz. Hukuk kuralı, belirli durumlarda bulunan her kişiye belirli tarzda hareket etme ödevini yüklemişse, bu hukuka uygunluk nedeni herkese uygulanabilir[7].

10- Bu bağlamda önemle vurgulamamız gerekir ki, 6698 sayılı *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*'nun 28. maddesi "**İstisnalar**" başlığı altında 1. fıkrasında bu kanunun uygulanmayacağı halleri gösterirken, aslında bazı hukuka uygunluk nedenlerine işaret etmiştir :

a) Kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklere uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi.

b) Kişisel verilerin resmi istatistik ile anonim hale getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik amaçlarla işlenmesi.

c) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlâl etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi.

d) Kişisel verilerin milli savunmayı, milli güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi.

---

6 İÇEL,K.: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, İstanbul 2018, sh.319.

7 İÇEL, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sh.327.

e) Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi.

28. maddenin 2. fıkrasında ise, "Bu kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10., zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişilerin haklarını düzenleyen 11. ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16. maddeleri aşağıdaki hallerde uygulanmaz." açıklamasından sonra istisna oluşturan hukuka uygunluk durumları şöyle gösterilmiştir :

a) Kişisel veri işlemenin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması.

b) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi.

c) Kişisel veri işlenmesinin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması.

d) Kişisel veri işlemenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve milli çıkarlarının korunması için gerekli olması.

11-Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran diğer önemli bir hukuka uygunluk nedeni "**ilgilinin rızası**" dır. TCK. 26/2. maddesi gereğince, "*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez*.".

İlgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olarak etkili olduğu durumlarda kural olarak, kullanılması kişinin şahsına bırakılmış haklardır. Kamusal nitelik gösteren, devletin ve toplumun yararlarını ilgilendiren alanlarda, bireyin rızası aynı etkiyi göstermez[8].

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun kişisel verilerin işlenme koşullarını düzenleyen 5/1. maddesi temel ilke olarak "kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez" hükmünü içermektedir. Aynı şekilde, kişisel verilerin aktarılmasında da açık rıza temel ilkesi uygulanır (8.m.).

8 İÇEL, Ceza Hukuku Genel Hükümler, sh. 393.

Yasanın 3. maddesine göre, "*açık rıza*" belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirmeye dayanan ve özgür iradeyle verilen rızayı ifade etmektedir. *Madde Gerekçesinde* açıklandığı üzere, açık rıza, ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı şeklinde anlaşılmalıdır[9]. Dolayısıyla, ilgilinin bu tür bir rızası ilke olarak hukuka uygunluğu sağlayarak hukuka aykırılığı önleyecektir.

Sözü geçen kanunun 5/2. m. kişinin açık rızası olmaksızın bazı kişisel verilerin işlenmesine imkân vermiştir :

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

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

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

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

e) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

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

g) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.

Kişisel verilerin aktarılmasında da ilgilinin rızasının aranmadığı yukarıdaki hükümler uygulanır (8.m.).

Yasada gösterilen bu ayrık durumlarda ilgilinin rızasının hukuka uygunluğu sağlayıcı bir etkisinin bulunmadığı açıktır. Buna karşılık, bu durumlarda *kanun hükmünün yerine getirilmesi* hukuka uygunluk nedeni devreye girer ve eylemin hukuka uygunluğunu sağlar.

12- 6698 sayılı kanun "*özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartlarını*" ayrıca belirtmiştir (6.m.).

9 Madde gerekçesinde, yasadaki Açık Rıza tanımının Avrupa Birliği tarafından üretilen 95/46 EC sayılı Direktif dikkate alınarak oluşturulduğu ifade edilmiştir.

Yasaya göre, "*kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.*".

İlke olarak, özel nitelikli kişisel verilerin de ilgilinin açık rızası olmadan işlenmesi yasaktır. Ancak, sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanın planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.

Özel nitelikli kişisel veriler yukarıdaki koşulların bulunması halinde ilgilinin açık rızası aranmaksızın aktarılabilir.

Böylece, 6698 sayılı yasa özel nitelikli kişisel verilerin kaydedilmesi veya aktarılması konusunda bir yandan *ilgilinin rızası*, diğer yandan ise *kanun hükmünün yerine getirilmesi* hukuka uygunluk nedenlerini öngörmüştür; Ancak, bu belirlemeleri yaparken diğer yasaların öngördüğü hukuka uygunluk nedenlerini saklı tutmuştur.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kişisel Verilerin caza hukuku yaptırımları ile korunması için TCK.135-138. maddelerindeki suçların düzenlenmesine karşın on yılı aşkın bir süre bu konuyla ilgili özel yasanın çıkarılmamış olması nedeniyle, uygulamada tereddütler ortaya çıkmıştır. Ancak, özellikle Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bir yandan kişisel veri kavramını uluslararası kaynaklara uygun ölçüde geniş kapsamlı bir tanıma yerleştirirken, diğer yandan ise bu alandaki ceza sorumluluğunu hukuka uygunluk nedenleri ile sınırlandırma sürecini işletmiştir. Özellikle, *kanun hükmünü yerine getirme* veya *ilgilinin rızası* hukuka uygunluk nedenleri kişisel verilerin ceza yaptırımları ile korunmasında ceza sorumluluğuna hukuksal sınırlamalar getirmiştir.

Bizce de, kişisel verilerin en geniş kapsamda korunması, ancak hukuka uygunluk nedenlerinin de daima göz önünde bulundurulması, bu tür verilerin ceza hukuku yaptırımlarıyla korunmasının temel ilkeleridir. Kanımızca, Yargıtay'ımız tarafından geliştirilen bu hukuksal süreç bundan sonra da devam edecektir.

KONKORDATO SÜRECİNDE BULUNAN SERMAYE ŞİRKETLERİNDE ÖZKAYNAK İŞLEMLERİ (YEDEK AKÇE AYRILMASI ve KAR DAĞITIMI)

Prof. Dr. Hanifi AYBOĞA[1]

ÖZET

Konkordato düzenlemesi, finansal yönden zorluğa giren şirketlerin iyiniyet çerçevesinde belli bir süre yasal koruma altına girmesini ve kendisini bu süre zarfında iyileştirmesini sağlamayı amaçlamıştır. Bu süreç içerisinde şirketler, borçlarını ileri vadede veya belli bir oranda indirimli olarak ödeme imkanı elde etmişlerdir.

Şirketlerin , TTK, SPK ve esas sözleşmeleri yönünden kar dağıtımı ve yedek akçeler konusunda yükümlülükleri vardır.

Konkordato sürecinde bulunan şirketler, kar dağıtımı ve yedek akçe ayırmaları konusunda belirsizliklerle karşı karşıya kalmaktadırlar.

Konkordato sürecinde bulunan şirketlerin, kar dağıtımı konusu finansal zorluk yaratmaktadır.

Bu makalede, konkordato sürecinde bulunan şirketlerin, kar dağıtımı, yedek akçe ayırmaları konusunda ilgili yasalarda yapılması gereken değişiklikler için önerilerde bulunulmuştur.

GİRİŞ

Sınırları büyüyen ekonomi ve artan nüfusun gereksinmelerini karşılayabilmek için işletmelerin büyümesi ve faaliyet alanlarını genişletmesi zorunluluğu doğmuştur. Bu zorunluluk, ekonomik ve finansal güçlerinin birleştirilerek işletmelerin hukuki yapılarının ortaklık olarak ortaya çıkmasını sağlamıştır.

Emek, Sermaye , Doğa, Müteşebbis ,Deneyim ,Teknolojik Bilgi Seviyesi vb. üretim faktörlerini biraraya getirerek daha verimli ve çağdaş bir çalışma için işletmelerin yapısının ortaklığa dönüşmesi ve kurumsal kimliği , globalleşen dünyada, önem kazanmıştır.

1 Marmara Üniversitesi, SBMYO, İşletme-Muhasebe Öğretim Üyesi

Bireysel işletmelerin ve ortaklıkların kuruluşu, ekonomik faaliyetleri, özkaynak işlemleri, sorunları belli bir hukuki düzen içinde gerçekleştirilmekte ve çözülmektedir.

1-KONKORDATO SÜRECİNİN HUKUKİ VE EKONOMİK AÇIDAN YÖNETİLMESİ

Şirketlerin kuruluşları kadar, yaşamlarını devam ettirmede güçlüğe düşmeleri ve yaşamlarına son vermeleri de doğal bir süreç haline gelmiştir. Son yıllarda yaşanan ekonomik krizler, uluslararası şirketlerinde batışını gündeme getirerek hızlandırmıştır.

Şirketler varlıklarını sürdürebilmek için yoğun bir çaba göstermek zorundadır. Bu çaba başarısız olduğu takdirde şirket iflas durumu ile karşı karşıyadır.

İşletme başarısızlıklarının son aşaması iflasdır. Bir şirketin iflasına karar verildiğinde, ticari hayatı sona erer ve ticari hayattan silinir.

İflasın yani şirketin varlığının sona ermesinin bütün taraflar için olumsuz sonuçlar doğurması nedeniyle, olumsuz durumları ortadan kaldırmaya yönelik konkordato gibi hukuki tedbirlerin alınmasına çeşitli ülkelerde ve ülkemizde de başvurulmaktadır. Ülkemizde; konkordato, sermaye şirketlerinin uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırılması, fevkalade mühletten yararlanma imkanları da bu amaca yönelik kurumlardır.

7101 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte mali yapısı bozulmuş şirketlere çözüm olarak konkordato başvurusu yapılma imkanı tanınmıştır. Borç ödeme dengesi bozulan şirketler faaliyetlerine devam edebilmek ve varlıklarını sürdürübilmek için Kanunun verdiği bu hak ile konkordato isteyebilmektedir. Konkordato müessesesi, finansal açıdan zor duruma düşen iyi niyetli şirketleri rahatlatacak ve iflastan kurtaracak uygulamaları bünyesinde barındırmaktadır. Bunlar kısaca özetlenecek olursa; borçlarına vade veya indirim yapılması, aleyhinde olan ve olabilecek takiplerin durması, tedbir ve haczin uygulanamaması, borçlara faiz işletilememesi vs. gibi sayılabilmektedir. [2]

Konkordato, iflasa nazaran borçlu şirket açısından daha az yıpratıcı ve koruyucu bir yöntemdir.

Pasifi aktifinden fazla olan bir sermaye şirketi borca batık demektir ve normal olarak iflas aşamasına gelmiştir. [3]

---

2 Yaşar Kabataş, "Konkordato İlan Eden Şirketlerde Finansal Raporlama Süreçlerinin Borçların Yönetimine Etkisi", Vergi Sorunları Dergisi, Ankara, Temmuz 2019, s.126

3 Muammer Güngör, İflastan Korunma ve İflas Ertelemenin Yönetilmesi, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ankara 2015, s. 123.

Ekonomik hayattan bir şirketin silinmesi, bir kayıptır. İflas, borçlu bir şirket hakkındaki en son karar olmalı, bu ağır karar verilmeden önce borçlu şirkete kendini toplaması için yasal olarak süre verilmelidir.

Konkordato özünde şu prensibe dayanmaktadır; " Sermaye şirketi nin ekonomik hayat içinde yerini koruması ve ticari faaliyetinin devamını sağlamak ve alacaklıları iflasın olumsuz etkisinden korumak"tır.

Bu bağlamda, konkordato sisteminin iki olumlu sonucu ortaya çıkmaktadır. Birincisi, şirketler mümkün olduğu kadar uzun sürede ekonomik sistemin içinde yerini korumalı, ticari faaliyetini devam ettirerek ülke ekonomisine fayda yaratmalıdır ; ikincisi, borçlu şirketten alacaklı olanlar iflas nedeniyle ciddi kayıplara uğramamalıdır. [4]

Borca batık olduğu hazırladığı bilançoda ortaya çıkan bir şirket, iflasını mahkemeden talep etmeden önce , konkordato talep edebilir.

Konkordato ile geçici mühlet ve kesin mühlet kararı verilmesi durumunda, şirket için yeni bir ekonomik süreç başlayacaktır. Şirketin konkordato ön projesinde yer verdiği iyileştirme tedbirleri uygulanacak ve bunların sonucuna göre : şirket iflastan kurtularak normal ticari hayatına devam edecek ya da iyileştirme tedbirleri olumlu sonuç vermediği takdirde, şirket iflas edecektir. [5]

Konkordato projesinde şirketin ticari kar artışına yönelik tedbirler ve borç yapılandırma ve ödeme planı yer almalıdır.

Borç yapılandırma ve ödeme planında tüm alacaklıların hakları gözetilmelidir.

Bu proje temelde şu unsurları ve bilgileri içermelidir;

- Borçların hangi oranda ve vadede ödeneceği,

- Borçların ödenmesi amacıyla aktifteki varlıklardan hangilerinin satılacağı hangi oranda veya vadede ödeneceği,

- Gerekli mali kaynağın nasıl temin edileceğidir (sermaye arttırımı, kredi ve diğer finansman yöntemleri)

Hem alacaklı hem de borçlunun karşılıklı eşitlik prensibine göre temsil edildiğini ve taraflar arasında menfaatler dengesinin kurulmaya çalışıldığını savunmak mümkündür. Kurumsal yönetim ilkeleri arasında geçen eşitlik ilkesinin bu süreçle birlikte yürütülmesi gerektiği de amaçlandığı düşünülebilir. [6]

4 Muammer Güngör, a.g.e., s.123.

5 Muammer Güngör, a.g.e., s.124.

6 İclal Attila, Aile Şirketlerinde Kurumsallaşma ve Kurumsal Yönetim Uygulamaları, Türkmen Kitabevi . İstanbul 2016, s.73.

Şirkette sermaye kaybına yol açan sebepler çok çeşitli olabildiğinden, başarılı bir iyileşmeye ulaşabilmek için alınabilecek iyileştirme tedbirleri de o oranda çeşitli olabilir. Borca batık bir şirketin bu durumdan kurtulmak için müracaat edebileceği tedbirler çok çeşitlidir. Şirket tedbirlerden birini veya hepsini uygulayabilir.

Bir şirketi iflastan kurtarmak için çeşitli somut tedbirlerin birlikte uygulanması gerekir. Tedbirler; işletmeye, piyasaya ve sermayeye ilişkin veya hukuki bünyeye ilişkin olabilir.

İşletmeye ilişkin tedbirlere örnekler; sabit ve değişken giderleri azaltma, personel sayısını azaltma, stokları hızlı eritme, yönetim şeklinde değişim, kapasite doluluk oranının düşürülmesi, işletmenin katkı payı düşük bölümlerinin tamamen ya da kısmen kapatılmasıdır.

Piyasaya ilişkin tedbirler: yoğun pazar çalışması, yeni pazarlara açılma, ürün arz yelpazesinde değişiklik (ürün çeşitlendirmesi) yapılması, katkı payı düşük ürünlerin üretiminin azaltılması yada sonlandırılması ve katkı payı yüksek ürünlere daha çok ağırlık verilmesi olabilir.

Sermayeye ilişkin (mali durumu) ıslah tedbirleri çeşitlerine örnek olarak, mevcut ortakların dış kaynaklardan sermaye artırımına gitmesi, şirkete yeni ortak alarak dış kaynak girişi yoluyla sermaye artırılması, ortakların şahsi imkanları ile bazı borçların üstlenilmesi yoluna gidilmesi, üçüncü kişiler tarafından şirketin bazı borç ve taahhütlerini üstlenmek, mevcut alacaklılar ile anlaşarak borçların ertelemesi yoluna gidilmesi veya konkordato yoluna başvurmak vb. olarak belirtilebilir.

Hukuki bünyeye ilişkin olarak, devir, birleşme , iştirak ilişkisi, halka açılma olabilir.

Konkordato talebi sahibi şirketin içinde bulunduğu mali güçlük durumundan, sadece ticari faaliyetlerinden elde edilecek gelirlerle ve karla kurtulabilmesi mümkün değildir, kesinlikle bir dış finansman kaynağı bulunmalıdır. Bu kaynak, mevcut ortakların sermaye artırımı olabilir, yerli veya yabancı yeni bir ortak bulunması olabilir, bir ortağın karşılıksız para getirmesi ve benzeri tedbirler olabilir; şirketin faaliyetinden elde edilecek gelir ve kar ; ancak bu finansman kaynaklarından biri eşliğinde bir anlam ifade eder. Yoksa konkordatonun , sadece, devam ettirilecek ticari faaliyetten elde edilecek gelir ve kar ile finanse edilmesi yetersiz kalır.

2-KAR DAĞITIMI

Bir anonim şirketin kar dağıtım politikası hem kendi hem de ülke ekonomisinin gelişmesi üzerinde etkili bir araçtır. Bu politika her işletmede farklı bir biçimde uygulanır. Kimi şirketler gelişme olanaklarını kendi

otofinansman güçlerinde görür ve kar dağıtımını sınırlarlar. Bu sınırlama ile sağlanan karın büyük bir bölümü ve belki de tümü şirket bünyesinde kalır. Sermaye piyasasının yeteri kadar gelişmediği , sermaye piyasasında durgunluk ve daralma halinde ve kredi bulma olanaklarının kısıtlı olduğu ekonomik ortamlarda pek çok şirketin bu yola başvurduğu gözlenmiştir.[7]

Şirketin borçları da şirketin likiditesi üzerinde olumsuzluklar yaratmaktadır. Borca ilişkin faiz yükleri ve ana para ödemeleri sürekli olarak şirket nakdinin azalmasına neden olurlar. Şirket öncelikle üçüncü kişilere karşı olan yükümlülüklerini yerine getireceği için kar dağıtım politikasını bu durumu da dikkate alarak saptamalıdır.

Anonim şirketlerin kar dağıtım politikalarının saptanmasında , şirket tüzel kişiliğinin menfaati ile pay sahiplerinin menfaatlerinin dengelenmesi temel koşul olmalıdır. Bilindiği gibi , anonim şirket tüzel kişiliği, bu tüzel kişiliği oluşturan pay sahiplerinin kişiliğinden farklı bir kişiliktir. Farklı kişilikler arasında menfaat çatışması olabilir. Menfaat çatışmasında bazen şirket yararı ortak yararının önüne geçebilir. Dengenin kurulmasında devletin göstereceği özen yanında, anonim şirket yöneticilerinin ve şirket genel kurulunun konuya yaklaşımı da etkili olacaktır.

Kar dağıtım politikalarının saptanmasında devlete, topluma ve sermaye piyasasına karşı olan sorumluluklar gözönünde tutularak kararlar alınmalı ve tasarruf sahiplerinin çıkarları korunmalıdır.

Sağlıklı ve düzenli bir kar dağıtım politikası şirketi güçlü tutar. Bu nedenle, yatırım isteğini engelleyici uygulamalara yer verilmemelidir. Yeterli kar edilmiş olmasına karşı; bunları yedeklere ayırarak kar dağıtmamak ne kadar hatalıysa, şirketin finansal yapısını sarsacak ve gelişme olanaklarını sınırlayacak veya ortadan kaldıracak bir kar dağıtım politikası da o kadar hatalı ve sakıncalıdır. [8]

Şirketleri ya da şirket yöneticilerini gerek istikrar gerekse de oran olarak kar payı dağıtımında bir çok faktör etkilemektedir. Ayrıca bu faktörler ülkedeki düzenlemelere, şirketin özelliklerine, şirketin beklentilerine, yatırımcıyla ilişkilerine ve birçok faktöre bağlı olarak farklılıklar göstermektedir.

Genel olarak kar payı dağıtım politikasını etkileyen/etkileyebilecek faktörler aşağıda belirtilmiştir.[9]

7 Ömer Lalik, Şirketler Muhasebesi, Gözde Matbaası , Ankara 1985,s.192.

8 Ömer Lalik , a.g.e., s.193.

9 İdil Özlem Koç,. "Şirketlerin Kar Payı Dağıtım Politikasını Belirleyen Faktörler", Şirketlerde Kay Payı Dağıtımı (Editör İdil Özlem Koç) , Nobel Akademik Yayıncılık Ltd. Şti., Ankara 2016, s. 38.

Karlılık, Likidite, Karların İstikrarlı Olması, Borç Seviyesi ve Finansal Kaldıraç, Büyüklük, Büyüme (Yatırım)Fırsatları, Sektör Türü, Faaliyet Riski, Sermaye Piyasalarından Yararlanma Olanağı, Ortaklık Yapısı, Gelecek ile İlgili Belirsizlikler, Sektörde Rekabet, Yöneticilerin Kar Payına, Bakışı, Vergiler

Kar Dağıtılmasıyla İlgili Temel İlkeler

-Net kâr ilkesi

İşletmeler kâr elde etmedikçe veya geçmiş yıllardan devreden kârları bulunmadıkça, ortaklara ya da hissedarlara kâr payı dağıtamazlar.

-Esas sermayenin korunması ilkesi,

Sermaye azaltımını önlemek amacıyla, şirketin ancak elde ettiği kârdan, kâr payı dağıtabileceğini belirtmektedir.

-Şirketin borçlarını ödeme gücüne sahip olması ilkesi

İşletmenin borç ödeme kapasitesi olmadığı halde, kâr payı ödenmesini engellemeyi amaçlamaktadır. Çünkü borçlar niteliği gereği belirli bir süre sonunda ödenmek zorundadır. Aksi takdirde borçlar dururken, kâr payı ödenmesi durumunda, işletmenin varlığını tehlikeye sokabilecek birtakım yasal yaptırımlar söz konusu olabilecektir.[10]

Kar dağıtım ilkeleri ile kar dağıtımında esas alınan diğer düzenlemelere "kar dağıtımına yön veren kurallar" diyebiliriz.

Kar dağıtımına yön veren kuralları aşağıdaki gibi belirtebiliriz.

Anonim şirket yönetim kurulu kar dağıtım politikası önerilerini hazırlarken

- Türk Ticaret Kanunu
- Kurumlar Vergisi Kanunu
- Gelir Vergisi Kanunu
- Sermaye Piyasası Mevzuatı
- Yargı Kararları
- Tekdüzen Muhasebe Sistemi
- İcra İflas Kanunu
- Mahkemenin Konkordato Sürecindeki Durum ile ilgili kararları

10 İSMMMO Kar Dağıtımı Çalışma Grubu, "Kar Dağıtımı Ve Vergilendirilmesi" , İSMMMO Yayını, İstanbul 2014, s.10, www.ismmmo.org.tr., Er. Tarihi: 14.01.2020

- Konkordato Projesinde ki Yükümlülükleri

- Konkordato Komiseri Raporları

- Esas Sözleşme Hükümleri' nin emredici koşullarından sapamaz.

Bu koşullara uyma zorunluluğu vardır.

Yönetim kurulu kar dağıtım önerilerini hazırlarken bu zorlu konkordato sürecinde şirketin İcra İflas Kanunu'nu , Konkordato Projesinde ki yükümlülükleri, Konkordato Komiserinin Raporları, Mahkemenin Kararları gibi **Konkordato durumunu da dikkate almalıdır.**

Anonim şirketlerde kar dağıtımı, diğer şirketlerde ki kar dağıtımına nazaran, özellik göstermekte ve yedek akçe hesaplaması , kar dağıtımının önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Anonim şirketlerde kar dağıtımı geniş uygulama alanı, sorunları olan ve hesaplama özellikleri olan güncel bir konudur.[11]

Öz kaynak yaklaşımına göre Kar dağıtımının kaynağı, vergi mevzuatı da dikkate alınarak dönemin ticari karı veya ticari kardan dağıtılmayarak işletmede bırakılan geçmiş yıllar karları, serbest yedekler ve diğer serbest fonlardan oluşmaktadır.

Dönemin Ticari karından dağıtılmayarak işletmede bırakılan ve kar dağıtımının kaynağını oluşturabilen diğer öz kaynak unsurları ise, Tekdüzen Muhasebe Sistemi' ne göre, 570-GEÇMİŞ YILLAR KARLARI, 542-OLAĞANÜSTÜ YEDEKLER ve 548-DİĞER KAR YEDEKLERİ gibi dağıtımı kısıtlanmamış olan fonlardır. [12]

Tekdüzen Muhasebe Sistemi, kar dağıtımının kaynağını, "ticari kar" ve "yedekler" olarak iki başlık altında belirlemiştir. Buradaki yedekler kavramının geçmiş yıllar karlarını da kapsamına alacak şekilde ve ticari karın dağıtılmayarak işletmede bırakılan kısmının tamamını ifade etmek üzere kullanıldığına dikkat edilmelidir. Diğer taraftan, buradaki yedek akçelerin serbest yedekler, kanuni yedekler dışında kalan ve isteğe bağlı olarak genel kurul kararına göre ayrılmış olan yedekleri , ifade ettiğine de, ayrıca dikkat etmek gerekmektedir.

Özetle belirtmek gerekirse, kar dağıtımının kaynağı sadece dönemin ticari karı değil, bu kardan ayrılan ve dağıtılmayarak işletmede bırakılan ve dağıtımı yasa ve ana sözleşme ile kısıtlanmamış olan isteğe bağlı (serbest) yedekleri ve diğer öz kaynak unsurlarını da kapsamına almaktadır.

11 Remzi Örten, Ortaklıklar Muhasebesi, Gazi Ünv. İİBF Yayınları, 2.Baskı, Ankara 2004, s.166.

12 Remzi Örten, a.g.e., s.167.

Geçmiş yıllara ait zararlar, kar dağıtımının kaynağını olumsuz yönde etkiler. Bunlardan aktarılan zararlar, sadece Kurumlar vergisinin hesaplanmasında 5 yıllık süre kapsamında dikkate alınır.

Aktarılan ticari zararlar ise, ticari kardan işletme payının bir kısmını teşkil eden 1.tertip yasal yedek akçenin, ortaklar ve işletme personeli payını meydana getiren tutarların hesaplanmasında dönemin ticari karından indirilir.

Kar dağıtımında temel kaynak olarak alınan ve Tekdüzen Muhasebe Sistemi'nde yer alan tablo kar dağıtım tablosudur.

Tekdüzen Muhasebe Sistemi'n de kar dağıtımı ile ilgili açıklamalar "Kar Dağıtım Tablosu" başlığı altında incelenmiştir.

Tekdüzen Muhasebe Sistemi' nde (TMS) kar dağıtım tablosu, " işletmenin dönem karının dağıtım biçimini gösteren tablodur" şeklinde tanımlanmış; tablonun amacı "..... dönem karından ödenecek vergilerin, ayrılan yedeklerin ve ortaklara dağıtılacak kar paylarının açıkça gösterilmesi ve şirketlerin hisse başına kar ile hisse başına temettü tutarının hesaplanmasıdır" olarak belirlenmiştir.

Kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kar payı belirlenemez (TTK md. 523)

Anonim şirketde kar dağıtımında kar dağıtımının nasıl yapılacağını yönetim kurulu öneri şeklinde hazırlar. Genel kurula sunulur. Genel kurul bunu kabul eder veya değiştirerek başka şekilde kar dağıtımı kararı alabilir.

Öneri:

Sermaye artışı yoluyla yeni taze para girişinin ekonomik ve finansal açıdan zorunlu olduğu konkordato sürecinde , ortaklara kar dağıtımı yapılması beklenilemez.

Bu nedenle, yasanın verdiği kar dağıtımı hakkı, konkordato süreci içerisinde kullanılmamalı ve ortaklarında bu konuda talepleri olmamalıdır.

3-YEDEK AKÇELER (KARDAN ŞİRKET PAYININ HESAPLANMASI)

Sermaye şirketlerinde Yedek akçe ayırmanın amacı,

- Şirketin sürekliliğini ve gelişmesini sağlamak,
- Mali yapıyı sağlam tutmak,
- Borçların zamanında ödenmesini sağlayarak, alacaklıların haklarını korumak,

- Dönem karının belirlenmesindeki subjektifliği ortadan kaldırmak veya azaltmak,

- Kredi sözleşmelerinden doğan yükümlülükleri yerine getirmek,

- İş hayatındaki belirsizliklerden doğan riski azaltmak, gelecekteki olası zararları karşılamak,

-Varlıklarda olası değer düşüşlerini karşılamak,

- Kar dağıtımında istikrar sağlamak,

- Ortakların haklarını güvence altına almak,

- İş hacminin gelişmesi nedeniyle artacak işletme sermayesi gereksinimini karşılamaktır. [13]

Anonim şirketin öz kaynak yapısının gücünü korumak, şirketin sürekliliğini ve gelişmesini güvence altına almak, ortakları ile şirketten **alacaklı olanların haklarının korunmasını sağlamak** ve gelecekte doğabilecek zararları karşılamak amacı ile yıllık karın dağıtılmayarak şirkette alıkonan kısımları bilançonun yedekler kalemini oluşturmaktadır. [14]

Zararların kapatılması, işsizliğin önlenmesi veya sonuçlarının hafifletilmesi, işletmenin devamlılığının sağlanması amacıyla (TTK madde 519) dönem karının dağıtılmayarak şirkette bırakılan kısmı, kardan şirketin payını ifade etmektedir.

Daha öncede açıklandığı gibi kardan şirketin payı, yedek kavramı dar anlamda kullanıldığında yedek akçeleri, yedek kavramı geniş anlamda kullanıldığında yedek akçelerle, dağıtılmayan (aktarılan) karları kapsamaktadır.

Yedek akçeler, kuramsal açıdan "kanuni" ve "isteğe bağlı" yedek akçeler olmak üzere iki ana başlık altında toplanmaktadır.

Yedek akçelerin ayrılmalarını TTK açısından üçlü bir sınıflandırmaya tabi tutmak mümkündür. Bunlar;

1) YASAL YEDEK AKÇE : Yasa hükümleri nedeniyle ayrılan yedek akçeler (TTK md.519)

2) İSTEĞE BAĞLI YEDEK AKÇE: Şirket ana sözleşmesine dayanılarak ayrılan yedek akçeler (TTK md. 521,522).

---

13 Vasfi Haftacı, Şirketler Muhasebesi, Umuttepe Yayınları, 5.baskı, Kocaeli 2015, s.180. Mustafa Savcı, Şirketler Muhasebesi, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 7. Baskı, Bursa 2019,s.125.

14 Ömer Lalik, a.g.e., s.199.

3)OLAĞANÜSTÜ YEDEK AKÇE: Genel Kurul kararıyla ayrılan yedek akçeler (TTK md.523).

Tekdüzen Muhasebe Sistemi' nde yedek akçeler-kar yedekleri , muhasebe hesaplarında takip edilmeleri açısından ; yasal yedekler (540), statü yedekleri (541), olağanüstü yedekler (542), diğer kar yedekleri (548) , özel fonlar (549) olmak üzere beş bölüme ayrılmıştır.

Sermaye şirketleri kar dağıtımı yapmadan önce yedeklerini hesaplar ve ayırır. Kalan kar ortaklar arasında dağıtılır. Yedekler özelliklerine göre kanuni yedekler, statü yedekleri (isteğe bağlı yedekler) ve genel kurul kararına bağlı yedekler olmak üzere sınıflandırılmaktadır.

Kanuni yedek akçelerin kaynağı Türk Ticaret Kanunu' dur. Bu nedenle, şirketin yıllık karı üzerinden zorunlu olarak ayrılacak yedekleri şirketin esas sözleşmesi veya genel kurul kararı ile kaldırmak ve sınırlandırmak olanaksızdır.

Kanuni yedekler, TTK hükümlerine göre ayrılmış bulunan yedeklerdir. Kanuni Yedek akçeler (TTK md.519) , I. tertip ve II. tertip yedek akçe olmak üzere ikiye ayrılmıştır. I. tertip yedek akçe her yıl, yıllık karın % 5 i olarak hesaplanır.

I. tertip yedek akçenin, ödenmiş sermayenin % 20 sine kadar ayrılması zorunludur. Geri kalan kısım isteğe bağlıdır. II. tertip yedek akçe ayrılması için şirketin kar dağıtımına karar vermiş olması gerekmektedir. Eğer şirket kar dağıtmıyorsa II. tertip yedek akçe ayırmaz .

I.tertip yedek akçe ayrıldıktan sonra ve I. temettü (%5) ödendikten sonra , kardan pay alacak kişilere dağıtılacak tutarın % 10 u II. tertip yedek akçe olarak ayrılır.

Şirket, iktisap ettiği kendi payları için iktisap değerlerini karşılayan tutarda yedek akçe ayırır. Bu yedek akçeler, anılan paylar devredildikleri veya yok edildikleri takdirde iktisap değerlerini karşılayan tutarda çözülebilirler (TTK md. 520)

Statü Yedekleri (isteğe bağlı yedekler) esas sözleşme hükümleri çerçevesinde ayrılan yedekler. İsteğe bağlı olarak yönetim kurulu teklifi ve genel kurul kararı ile hesaplanan yedeklerdir. TTK md. 521 , Yedek akçeye yıllık karın % 5' inden fazla bir tutarın ayrılacağı ve yedek akçenin ödenmiş sermayenin % 20' sini aşabileceği hakkında esas sözleşmeye hüküm konabilir. Esas sözleşme ile başka yedek akçe ayrılması da öngörülebilir ve bunların özgülenme amacıyla, harcanma yolları ve şartları belirlenebilir.

Esas sözleşmede şirketin yöneticileri, çalışanları ve işçileri için yardım kuruluşları kurulması veya bunların sürdürülebilmesi amacıyla veya bu amacı taşıyan kamu tüzel kişilerine verilmek üzere yedek akçe ayrılabilir (TTK md:522)

Genel Kurul Kararına Bağlı Yedekler (TTK md.523) , sermaye şirketinde genel kurul tarafından karar verilen olağanüstü yedek akçeler ile dağıtım dışı kalan karlardan oluşan yedeklerdir.

Kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kar payı belirlenemez (TTK md. 523)

Genel kanuni yedek akçe, sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde

a) Sadece Zararların kapatılmasına,

b) İşlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için

genel kurul kararı ile kullanılabilir (TTK md.519 / 3)

Genel kanuni yedek akçe şirketin kendisini, personelini, pay sahiplerini ve şirket alacaklılarını ilgilendirmektedir. [15]

Genel kanuni yedek akçe ancak yukarıda belirtilen amaçlar için ve genel kurul kararı ile kullanılabilir.

Ancak kullanma bakımından genel kanuni yedek akçe iki kısma ayrılmaktadır.

a) Esas sermayenin yarısını geçmeyen kısım: Asıl, kullanılması yukarda belirtilen olağanüstü hallerin ortaya çıkmasına ve genel kurul kararına bağlı genel kanuni yedek akçe esas sermayenin yarısını geçmeyen kısmıdır.

Dağıtımı kısıtlanmış olan ve kar dağıtımı kapsamı dışında kalan öz kaynak unsurlarına TTK md.519/3 göre ayrılan genel kanuni yedek akçeyi (yasal yedek akçeyi) örnek verebiliriz. TTK md.519/3' de bu yedek akçenin " esas sermayenin yarısını geçmedikçe" sadece zararların kapatılmasına veya işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi idameye, işsizliğin önüne geçmeye veya sonuçlarını hafifletmeye yararlı olacak tedbirlerin alınması için kullanılabileceği hükme bağlanmıştır. Yani, bu maddeye göre, yasal yedek akçelerin tutarı esas sermayenin yarısını geçmedikçe bu yedek akçelerin dağıtımı mümkün değildir (kısıtlanmıştır).

15 Yaşar Karayalçın, Muhasebe Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, No:216 , Ankara 1988 , s.119.

b) Esas sermayenin yarısını geçen kısım: Genel kanuni yedek akçe tutarında yer alıp esas sermayenin yarısını geçen kısım serbestçe kullanılabilir.

Anonim şirket, personel, şirket alacaklıları ve en sonunda pay sahipleri için bir garanti teşkil eden genel kanuni yedek akçenin esas sermayenin yarısını geçmeyen kısmının kullanılması genel kurul tarafından en son başvurulabilecek bir kaynaktır. Bu kısım üzerinde genel kurulun tasarruf edebilmesi için diğer yolların tüketilmiş olması gerekir.

Örneğin, zararı serbest yedek akçeler ile kapatmak mümkün iken zararın genel kanuni yedek akçenin bu kısmından karşılanması hakkındaki genel kurul kararı talep halinde iptal edilmelidir.

Genel kanuni yedek akçenin esas sermayenin yarısını geçmeyen kısmı dönem zararının kapatılması amacıyla ancak genel kurul kararı ile kullanılabilir . [16]

Net dönem karı , esas itibariyle sermayeye yani pay sahiplerine aittir. Kanun hükmü gereği ayrılacak genel kanuni yedek akçe dışında yıllık kardan ayrılacak her isteğe bağlı yedek akçe ortağın kara katılma hakkını az veya çok ihlal edebilir. Genel kurulun bu alanda ne ölçüde yetkili olduğu ve pay sahibinin kar talep hakkını ne ölçüde sınırlayabileceği genel olarak şirketler hukuku açısından tartışmalıdır.

İsteğe bağlı yedek akçelerin (TTK md.521-522-523) çözülüp kullanılması anonim şirketin iç meselesi olarak statüsüne ve genel kurul kararlarına tabidir.

İsteğe bağlı yedek akçelerin ayrılmasında ise yasal bir zorunluluk yoktur Bu tür yedekler , anonim şirketin esas sözleşmesi ve genel kurul kararlarıyla, kar dağıtım politikasına göre, az veya çok bir tutarda ayrılabilir

Halka Açık Anonim Şirketlerde Kar Dağıtım İlkeleri

Halka açık anonim şirketlerin kar dağıtımına ilişkin ilkeler 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu' nun md.19/1'nda düzenlenmiştir. "Halka açık ortaklıklar, karlarını genel kurulları tarafından belirlenecek kar dağıtım politikaları çerçevesinde ve ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak dağıtırlar." hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla, halka açık anonim şirketlerde (payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan-pay sahibi sayısı 500'ü aşan-anonim şirkeler) karın nasıl dağıtılacağı, ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde şirket genel kurulu tarafından kararlaştırılacaktır (Altaş,2016:832)

16 Yaşar Karayalçın, a.g.e., s. 121.

Halka açık anonim şirketlerin kar payı ile kar payı avansı dağıtımında, kar payının korunmasında ve kar dağıtım politikasının belirlenmesinde uyacakları usul ve esaslar, 23.01.2014 tarihli ve 28891 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Kar Payı Tebliği (II-19.1) ile düzenlenmiştir.

Bu tebliğ md.3 de, kar payı, "genel kurulca belirlenen politika çerçevesinde hesap dönemi sonu itibariyle net dönem karı ve kar dağıtımına dahil edilebilecek diğer kaynaklar üzerinden ortaklara ve kara katılan diğer kişilere genel kurulca dağıtılmasına karar verilen tutar" olarak tanımlanmıştır.

Kar Payı Tebliği md.4/2 'nda, genel kurulun, şirketin kar dağıtım politikasını belirlerken ve kar dağıtımına karar verirken , asgari olarak aşağıdaki konuları dikkate almaları gerektiği belirtilmiştir.

- Şirket esas sözleşmesinde yer alan kar payı dağıtımı hükümleri,

- Kar payı dağıtılıp dağıtılmayacağı, dağıtılacak ise kar payı dağıtım oranı,

- Kar payının ödenme şekli,

- Kar payının ödenme zamanı,

- Kar payı avansı ile ilgili esaslar,

- Yedek akçe ayırımı.

SPKn,md19/3' e göre, Halka açık anonim şirketlerde kar payı, **dağıtım tarihi itibariyle mevcut payların tümüne,** bunların ihraç ve iktisap tarihleri dikkate alınmaksızın eşit olarak dağıtılır.

SPK' na göre kar dağıtımında öncelik sırası:

Md.19/2' ye göre , kanunen ayrılması gereken yedek akçeler ve esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen kar payı ayrılmadıkça başka yedek akçe ayrılmasına, sonraki yıla kar aktarılmasına ve intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine ve şirket çalışanlarına kardan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği gibi, belirlenen kar payı ödenmedikçe bu kişileri kardan pay dağıtılamaz.

Kar Payı Tebliği md.4 de, imtiyazlı pay sahiplerine, intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine , şirket çalışanlarına ve pay sahibi dışındaki kişilere kardan pay verilebilmesi için şirket esas sözleşmesinde hüküm bulunmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Esas sözleşmede , kar payına ilişkin herhangi bir oran belirlenmemişse, yukarıda belirtilen kişilere dağıtılacak kar payı tutarının , pay sahiplerine dağıtılan kar payının dörtte birini aşamayacağı tebliğde belirtilmiştir.

Kar Payı Tebliği' md.7 de , payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim şirketlerinde, kar payı dağıtım oranının, net dağıtılabilir dönem karının % 20 ' sinden az olamayacağı belirtilmiştir.

Öneri:

Konkordato sürecinde bulunan şirketlerde , TTK md. 519/3 kapsamında önceki yıllarda ayrılmış olan Genel kanuni yedek akçe, sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde ; borçların daha çok ödenebilmesi için genel kurul kararı ile geciktirilmeden kullanılmalıdır.

Konkordato sürecinde bulunan şirketlerin elde ettiği kar üzerinden, TTK hükümlerine göre zorunlu yasal yedek akçe ve esas sözleşme hükümlerine ve genel kurul kararına göre isteğe bağlı yedek akçeler **ayırmamaları** konusunda TTK' da ve şirketlerin esas sözleşmelerinde düzenlemeler yapılmalıdır.

4-SONUÇ VE ÖNERİLER

Konkordato sürecinde uygulanacak iyileştirme tedbirlerinin başarısına bağlı olarak, şirketin bu süreçte kar elde etmesi beklenmeli , bu nedenle kar dağıtımı ve yedek akçeler hesaplaması ve ayırması konusu sürekli gündemde olacaktır.

Muhasebenin temel kavramlarından biri; Özün Önceliği kavramıdır.

Özün önceliği kavramı, işlemlerin muhasebeye yansıtılmasında ve onlara ilişkin değerlendirmelerin yapılmasında biçimlerinden çok özlerinin esas alınması gereğini ifade eder. Genel olarak işlemlerin biçimleri ile özleri paralel olmakla birlikte, bazı durumlarda farklılıklar ortaya çıkabilir. Bu takdirde , özün biçime önceliği esastır.

Konkordato sürecinde bulunan şirket , konkordato talebinde bulunmasaydı ya da bu talebi red edilmiş olsaydı iflas etmiş olacaktı. İflas eden şirket, yedek akçe ayıramaz ve kar dağıtımı yapamaz. Bu kavram gereği, özün biçime önceliği esas alınacağı için bu olayın özü şirketin iflas durumudur. Ama yasal bir olanaktan yararlanmak ve konkordato ise olayın özü değil biçimidir.

Bu bağlamda iflas ettiğinde özünde yedek akçe ayıramayan ve kar dağıtımı yapamayan şirketin , iflastan önceki son aşamada konkordato sürecinde biçimsel olarak yedek akçe ayırması ve kar dağıtımı yapmasının kavrama uygun olmadığı düşünülmektedir.

Konkordato sürecinde elde edilen kar ; yedek akçe ayırmadan ve kar dağıtımı yapılmadan doğrudan şirketin varlıkları arasında yer alarak borçların ödenmesinde kullanılmalıdır.

Konkordato sürecinde Kar artışı yoksa yada yeterli değil ise işletmeye yeni taze para girişi; hızlı bir şekilde mevcut ortaklarca karşılanır ya da yeni ortak alınarak sermaye artışı yapılması gerektiği yukarıda açıklanmıştır.

Sermaye artışı yoluyla yeni taze para girişinin ekonomik ve finansal açıdan zorunlu olduğu konkordato sürecinde , ortaklara kar dağıtımı yapılması beklenilemez.

Diğer bir ifade ile, yasanın verdiği kar dağıtımı hakkı, konkordato süreci içerisinde kullanılmamalı, hatta ortakların, işletmeden alacakları üzerinde kanun kapsamında sermayeye ilavesi dışında tasarrufta bulunulmaması gerekmektedir.

Konkordato sürecinde bulunan şirketlerin elde ettiği kar üzerinden, TTK hükümlerine göre zorunlu yasal yedek akçe ve esas sözleşme hükümlerine ve genel kurul kararına göre isteğe bağlı yedek akçeler **ayırmamaları** konusunda TTK da ve esas sözleşmelerinde düzenlemeler yapılmalıdır.

Çünkü TTK hükümlerine göre zorunlu yasal yedek akçe ayırmak ve esas sözleşme hükümlerine ve genel kurur kararına göre isteğe bağlı yedek akçe ayırmak şirketin normal faaliyet sürecinde uygulanması gereken düzenlemelerdir. Oysa konkordato süreci nevi şahsına münhasır bir süreç olup normal bir faaliyet süreci değildir.

Konkordato sürecinde bulunan şirketlerde , TTK md. 519/3 kapsamında önceki yıllarda ayrılmış olan Genel kanuni yedek akçe, sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde ; sadece zararların kapatılması , işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için genel kurul kararı ile geciktirilmeden kullanılmalıdır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- İclal Attila, *Aile Şirketlerinde Kurumsallaşma ve Kurumsal Yönetim Uygulamaları*, Türkmen Kitabevi . İstanbul 2016.
- İdil Özlem Koç,. *"Şirketlerin Kar Payı Dağıtım Politikasını Belirleyen Faktörler"*, Şirketlerde Kay Payı Dağıtımı (Editör İdil Özlem Koç) , Nobel Akademik Yayıncılık Ltd. Şti., Ankara 2016.
- İSMMMO Kar Dağıtımı Çalışma Grubu, *"Kar Dağıtımı Ve Vergilendirilmesi"* , İSMMMO Yayını, İstanbul 2014, s.10, www.ismmmo.org.tr., Er. Tarihi: 14.01.2020

- Muammer Güngör, İflastan Korunma ve İflas Ertelemenin Yönetilmesi, Seçkin Yayıncılık A.Ş., Ankara 2015.
- Mustafa Savcı, Şirketler Muhasebesi, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 7. Baskı, Bursa 2019.
- Ömer Lalik, Şirketler Muhasebesi, Gözde Matbaası , Ankara 1985.
- Remzi Örten, *Ortaklıklar Muhasebesi*, Gazi Ünv. İİBF Yayınları, 2.Baskı, Ankara 2004.
- Soner Altaş, *TTK'na Göre Anonim Şirketler*, Seçkin Yayıncılık A.Ş.,7. baskı, Ankara 2016.
- Vasfi Haftacı, Şirketler Muhasebesi, Umuttepe Yayınları, 5.baskı, Kocaeli 2015.
- Yaşar Kabataş, *"Konkordato İlan Eden Şirketlerde Finansal Raporlama Süreçlerinin Borçların Yönetimine Etkisi"*, Vergi Sorunları Dergisi, Ankara, Temmuz 2019.
- Yaşar Karayalçın, *Muhasebe Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, No:216 , Ankara 1988.
- 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
- 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
- SPK Kar Payı Tebliği (II-19.1)
- Tekdüzen Muhasebe Sistemi
- 7101 sayılı İcra İflas Kanunu
- Konkordato Komiserliği Temel Eğitim Kitabı

BASIN İŞÇİLERİNE İLİŞKİN YENİ UYGULAMALAR

Av. Yörük KABALAK

I - 19.9.2019 T. 2019/48 E - 2019/74 K Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı:

Bilindiği gibi Basın İş Kanununun[1] 14. maddesinde:

Gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenler, bu ücretleri, geçecek her gün için yüzde beş fazlasıyla ödemeye mecburdurlar.

Hükmü bulunmaktaydı.

Basın İş Kanununun Ek Madde 1'de de:

Günlük iş müddeti gece ve gündüz devrelerinde sekiz saattir Ulusal bayram, genel tatiller ve hafta tatilinde çalışılması bu kanuna göre (fazla saatlerde çalışma) sayılır.

Fazla çalışma ücretlerinin gününde verilmemesi halinde, her geçen gün için % 5 fazlasıyla ödenir.

Hükümleri bulunmaktadır.

Bu hükümlere göre Basın İş Kanunu hükümlerine tabi olarak çalışan işçinin günlük yasal çalışma süresi 8 saat, haftalık yasal çalışma süresi de: 8 saat x 6 gün = 48 saattir.

Bu duruma göre, haftalık 48 saati ya da haftalık 48 saat olmasa da günlük 8 saati aşan çalışmalar fazla çalışmadır.

Yargıtay'ın kararlılık kazanmış olan uygulaması da aynı doğrultudadır.[2]

Bunun yanında az yukarda belirtildiği gibi,hafta tatili ve genel tatil ücreti alacakları da Basın İş Kanunu bakımından fazla çalışma sayılmakta olup, bu duruma göre hafta tatili ve genel tatil ücreti alacakları da fazla çalışma ücretinde olduğu gibi saat ücreti % 50 *zamlı olarak hesaplanacaktır.*

---

1 5953 Sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun

2 Yargıtay 9 Hukuk Dairesi'nin; 30.5.2011 T 2011/18481 – 15689 , 31.5.2012 T. 2012/15955 – 19154 , 4.6.2013 T. 2011/39123-2013/17040 Sayılı kararları. İşçilik Alacakları Uğur Ocak 2018 Gaziantep II.Kitap sh 598 vd)

Anayasa Mahkemesi'nin 19.09.2019 T. 2019/48 E - 2019/74 K Sayılı Kararıyla, az yukarda zikredilen Basın İş Kanununun Ek Madde 1'de de yer alan:

Fazla çalışma ücretlerinin gününde verilmemesi halinde, her geçen gün için % 5 fazlasıyla ödenir.

Hükmü iptal edilmiştir.

Bu duruma göre, Basın İş Kanunu hükümlerine tabi olarak çalışan işçilerin; "fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil ücreti" alacakları için her geciken gün için %5 gecikme zammı alacağı talep edilmesi mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı 19 Kasım 2019 tarihli 30953 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

II- 25.12. 2019 T. 2019/108 E. 2019/101 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı:

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararıyla da 14. maddesinde yer alan:

Gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenler, bu ücretleri, geçecek her gün için yüzde beş fazlasıyla ödemeye mecburdurlar.

Hükmü iptal edilmiştir.

Bu duruma göre de, Basın İş Kanunu hükümlerine tabi olarak çalışan işçilerin; "ücret- maaş" alacakları için her geciken gün için % 5 gecikme zammı alacağı talep edilmesi mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı 14 Şubat 2020 tarihli 31039 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

III- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 11.12.2019 T. 2019/7908 - 22117 Sayılı Kararı:

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin bu kararıyla yukarda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarıyla getirilmiş olan yeni uygulamanın ne şekilde uygulanacağı hususuna açıklık getirilmiştir.[3]

Bu kararda: Anayasa Mahkemesi kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanmakla sonuç doğuracağı,bu konuda usuli müktesep haktan söz edilemeyeceği ve Anayasa Mahkemesi kararının görülmekte olan davalara uygulanacağı belirlenmiştir.

---

3 Dergimizin bu sayısında yayımlanan 11.12.2019 tarihli Yargıtay 9.Hukuk Dairesi Kararı.

Bu durum karşısında yukarıdaki Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazete'de yayımlandıkları tarihler itibariyle sonuç doğuracaklarına göre:

a) 19.9.2019 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı

19 Kasım 2019 tarihi itibariyle sonuçlanmamış olan davalara konu olan "fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil ücreti" alacakları için her geciken gün için % 5 gecikme zammı alacağı talep edilemeyeceğinden,bu konuya ilişkin davacı taleplerinin reddi gerekecektir.

b) 11.12.2019 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı 14 Şubat 2020 tarihi itibariyle sonuçlanmamış olan davalara konu olan "ücret - maaş" alacakları için her geciken gün için % 5 gecikme zammı alacağı talep edilemeyeceğinden, bu konuya ilişkin davacı taleplerinin de reddi gerekecektir.

IV- 25.12.2019 T. 2019/62 E - 2019/98 K Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı:

Bilindiği gibi 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 Sayılı Yasa Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunundan önce yürürlükte olan 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu hükümlerinde Basın İş Kanununa tabi işçilere fiili hizmet süresi zammı (itibari hizmet) uygulanıyordu.

Buna göre Basın İş Kanununa tabi olarak çalışan işçinin fiili sigortalılık süresine % 25 oranında fazlalık eklenmek suretiyle sigortalılık süresi belirleniyordu.

Örneğin Basın İş Kanununa tabi işçi bir yıl (360 gün) çalışmış ise, bu 360 günlük süreye itibari hizmet olarak % 25 ilave yapılarak sigortalılık süresi:

360 gün + 90 gün (360 x % 25)= 450 gün olarak belirleniyordu.

01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 Sayılı Yasa Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunuyla bu uygulama kaldırılmıştı.

10.1.2013 Tarihli 6385 Sayılı Yasayla getirilen değişikle; basın ve gazetecilik mesleğinde **"Basın kartı Yönetmeliğine göre basın kartı sahibi olmak suretiyle fiilen çalışanlar**" hükmüyle Basın İş Kanunu hükümlerine tabi olarak çalışan işçilere tekrar itibari Hizmetten yararlanma imkanı tanınmıştır.

Ancak, bu yasa değişikliğiyle getirilen imkanın gerçekleşmesi için "**basın kartına sahibi olma"** şartı da getirilmiştir.

Bu duruma göre, **basın kartı sahibi olmayan** gazeteci ve basın işçilerinin itibari hizmet yararlanma kapsamı dışında bırakıldıkları sonucu ortaya çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin az yukarda belirtilen 25.12.2019 tarihli kararında:

Basın İş Kanununa tabi işçilerin fiili hizmet zammından yararlanmaları için şart koşan **"basın kartına sahibi olma"** yasa hükmü iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı 14 Şubat 2020 tarihli 31039 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Bu duruma göre fiilen Basın İş Kanunu hükümleri kapsamında çalışan bir işçiye **"basın kartına sahibi olma"** şartı aranmaksızın itibari hizmet hükümleri uygulanacaktır.

Bu duruma göre de, **"basın kartına sahibi olmayan"** bir basın işçisi de İş Mahkemesinde itibari hizmetlerinin tespiti için dava açabilecektir.

Öte yandan,söz konusu Anayasa Mahkemesi Kararında: Kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe gireceği belirlenmiştir.

Bu duruma göre, 25.12.2019 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı Resmi Gazete'de yayımlandığı 14 Şubat 2020 tarihinden dokuz ay sonra hüküm ifade edecektir.

YOKSULLUK NAFAKASINDA SÜRE SORUNU

Av. Büşra ODABAŞI

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK NAFAKA KAVRAMI

I. NAFAKA KAVRAMI

Sözlük anlamı itibariyle çıkmak, gitmek, sarf anlamları taşıyan nafaka, bir kimsenin eş ve çocukları gibi bakmakla yükümlü olduğu kişilerin bakım ve geçimi için sarf ettiği şey demektir[1]. Köken olarak, harcayıp tüketme, geçimlik, geçindirme, besleme gibi anlamları içeren infak kelimesinden türemiştir.[2]

Yargıtay uygulamasında ise nafaka, kişinin hayatını devam ettirmek ve yeme, giyinme, barınma, ulaşım, eğitim, kültürel faaliyetlere katılma gibi ihtiyaçlarını karşılamak üzere kanuni bir yükümlülük olarak, belirli aralıklarla ödenecek şekilde hükmedilen para olarak tanımlanmıştır.[3]

II. NAFAKA ALACAĞININ HUKUKİ NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ

Nafaka borcu, kaynağını doğrudan doğruya kanundan alan, yani kanunda öngörülen koşulların varlığı halinde kendiliğinden doğan ve talep edilebilen bir borçtur.[4]

Nafaka talep hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bununla beraber, nafaka davasının açılması ile birlikte bir malvarlığı hakkına dönüşür.[5]

---

1 Oğuz Ersöz, "Yoksulluk Nafakasının Sona Ermesi", Cilt:6, S.12, Aralık, 2018, s.465; Mehmet Hamzaçebi, "Türk medeni kanununa göre boşanma ve ayrılık hallerinde tedbir, yoksulluk ve iştirak nafakası", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.3-4, Konya, 2002, s.23

2 Abdullah Yeğin vd., **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Büyük Lügat**, İstanbul: Doğuş Matbaası, 1978, s.655; Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, 1992, s.662.

3 Y. 12. HD., 08.07.2005 T., E.11587, K.15130 (Emine Serin Of, "Boşanmanın Mali Sonuçları**"**, (**Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Selçuk Üniversitesi SBE, 2008), s.72.

4 M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, Gözden Geçirilmiş 16. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s.33.

5 Mesut Öcal**,** " Yoksulluk Nafakasının Süresi", (**Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi** İstanbul Üniversitesi SBE, 2018), s.5. Ahmet Cemal Ruhi, **Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili**, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2003, s.129

Nafaka alacağı, kendine özgü hukuki niteliğinden ötürü bazı özellikler taşımaktadır. Şöyle ki; kişiye sıkı sıkıya bağlı olmasından kaynaklanan bir özellik olarak, nafaka alacağının başkasına devredilmesi ve üzerinde rehin hakkı tesis edilmesi mümkün değildir.[6] Bununla birlikte, eğer alacak muaccel hale gelirse artık devir ve rehin hakkı tesisi de mümkün hale gelir.[7] Türk Borçlar Kanununun 144. maddesi uyarınca, nafaka alacağının, alacaklının onayı olmadıkça takas edilmesi de mümkün değildir.[8] Ayrıca, henüz doğmamış nafaka alacağı talep hakkından feragat edilemez. Ancak, mevcut bir boşanma davasındaki nafaka talebinden veya açılan bir nafaka davasından ya da nafaka ilamına dayanarak gerçekleştirilen icra takibinden feragat edilebilir.[9] Nafaka alacağının haczedilebilirliği konusuna gelince; eğer, nafaka alacağı bir mahkeme ilamına dayanıyorsa, bu ilamdaki miktar nafaka alacaklısının geçimi için zorunlu kabul edildiğinden haczedilemeyecektir. Ancak nafaka alacağı ilama dayanmıyorsa İİK.'nun 83. maddesine göre[10] nafaka alacaklısının geçimi için gereken miktar icra memurunca tenzil edildikten sonra kalan bakiye miktar haczedilebilecektir.[11] Nafaka alacağını talep hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasının diğer bir sonucu da, irat şeklinde ödenmesine karar verilen ve henüz muaccel olmayan nafaka alacağının, nafaka alacaklısının

---

6 Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, **Aile Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 2.Bası, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989, s.294.

7 Yılmaz Ergenekon, **Türk Medeni Hukuku'nda Yardım Nafakaları**, Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1966, s.37,38; S. Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1990, s. 262, s.597; Köprülü ve Kaneti, s.294; Gonca Gülfem Bozdağ, **Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka**, Ankara: Yetkin Yayınları 2015, s.118,122.

8 Türk Borçlar Kanununun "Alacaklının rızasıyla takas edilebilir alacaklar" başlıklı 144. Madde düzenlemesi şu şekildedir:

"Aşağıdaki alacaklar takas haklarının doğumundan sonra, ancak alacaklıların rızasıyla takas edilebilir:

1. Tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.

2. Haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.

3. Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar."

9 Tekinay, s.598;

10 İİK m. 83: "Maaşlar, tahsisat ve her nevi ücretler, intifa hakları ve hasılatı, ilama müstenit olmayan nafakalar, tekaüt maaşları, sigortalar veya tekaüt sandıkları tarafından tahsis edilen iratlar, borçlu ve ailesinin geçinmeleri için icra memurunca lüzumlu olarak takdir edilen miktar tenzil edildikten sonra haczolunabilir.

Ancak haczolunacak miktar bunların dörtte birinden az olamaz. Birden fazla haciz var ise sıraya konur. Sırada önde olan haczin kesintisi bitmedikçe sonraki haciz için kesintiye geçilemez"

11 Tekinay, s.597; Ergenekon, s.36; Haluk Bozovalı, **Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları,** İstanbul, 1990, s.81; Öcal, s.10.

ölümü ile kendiliğinden sona ermesi, yani mirasçılara geçememesidir.[12] Ölüm tarihine kadar muaccel olmuş ve ödenmemiş irat şeklindeki nafaka alacakları ise, nafaka alacaklısının mirasçıları tarafından nafaka yükümlüsünden talep edilebilir.[13] Eğer, irat şeklinde değil de sermaye şeklinde yani toptan ödenmesine karar verilen bir nafaka alacağı alacaklıya ödenmemişse, alacaklının ölümünden sonra mirasçıları bunu nafaka yükümlüsünden talep edebilir.[14]

III. NAFAKA TÜRLERİ

Medeni Kanunumuzda yer alan nafaka **türlerini,** yardım ve bakım nafakası olmak üzere iki grupta inceleyebiliriz:

A. Yardım Nafakası

Yardım nafakası, özellikle hısımlar arasında var olan sosyal ve ahlaki temelli dayanışma düşüncesine dayanmaktadır.[15] Kanun koyucu, TMK'nın 364 vd. maddelerinde bu dayanışma yükümlülüğünü belli bazı hısımlar bakımından sadece ahlaki bir yükümlülük olmaktan çıkarıp yasal bir temele dayandırmıştır.[16] **Şöyle ki, TMK m. 364'e göre,** "*Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür. Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır.*" Buna göre yardım nafakasını, yardım almadığı takdirde yoksulluğa düşen ve kendi imkânları ile bu yoksulluktan kurtulamayan üstsoy ve altsoy ile kardeşler bakımından herhangi bir süre ile sınırlı olmaksızın ve karşılıklı yükümlülük esasına göre ödeme gücü de dikkate alınarak hükmedilebilen nafaka türü olarak tanımlayabiliriz.[17] Madde metninde de açıkça belirtildiği üzere, bu karşılıklı nafaka yükümlülüğü kardeşler bakımından refah içinde bulunma koşuluna bağlanırken, altsoy ve üstsoy bakımından bu koşul aranmamıştır.

B. Bakım Nafakası

Bakım nafakaları ise, evlilik ilişkisinden doğan ve aile düzenini korumak ya da aile bireylerinin ekonomik açıdan zor duruma düşmesini önlemek, zorunlu ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlamak amacıyla düzenlenmiş olan nafakaları ifade etmektedir.[18] Bu nafaka türü de kendi içinde; tedbir, iştirak ve yoksulluk nafakası olmak üzere üçe ayrılır:[19]

12 Ergenekon, s.40
13 Bozovalı, s.83; Bozdağ, s.88.
14 Tekinay, s.597; s.406; Bozdağ, s.88; Öcal, s.13.
15 Kulaklı, s.239; Öcal, s.22.
16 Ergenekon, s.25; Öcal, s.22.
17 Serin Of, s.74, Öcal, s. 22,23, Kartal, s.29,30.
18 Feyzioğlu, s.572; Kulaklı, s.240.
19 Kulaklı, s.240; Öcal, s.15.

Tedbir nafakası, eşler arasında evlilik birliğinin devamı esnasında veyaboşanma, ayrılık ya da butlan davası süresince talep edilebilen ve geçici nitelik taşıyan bir nafakadır.[20] Evlilik birliğinin devamı esnasında hükmedilen tedbir nafakasının amacı evlilik birliğinin korunması iken, boşanma veya ayrılık davası sürecinde hükmedilen tedbir nafakasının amacı, eşlerin ve müşterek çocuklarının bakım ve geçim giderleriningeçici olarak karşılanması ve böylece dava sürecindeki olumsuz durumdan zarar görmelerinin önlenmesidir.[21] Eşler arasında boşanma, ayrılık veya butlan davası bulunmasa ve hatta ayrı yaşama hali dahi söz konusu olmasa bile, eğer eşlerden biri evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeyerek ailenin geçim ve huzurunu tehlikeye düşürürse, TMK'nın 196 maddesi uyarınca talep halinde diğer eş lehine tedbir nafakasına hükmedilebilir.[22] TMK'nın 197. maddesinde ise, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde hükmedilecek tedbir nafakası düzenlenmiştir. Buna göre; eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddî biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Eğer somut olayda birlikte yaşamaya ara verilmesi durumu haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine tedbir nafakasına hükmedebilir. Boşanma veya ayrılık davası süresince hükmedilecek tedbir nafakasının dayanağı ise, TMK'nın "geçici önlemler" başlığını taşıyan 169. maddesidir. Maddede, "Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır." denmektedir. İşte tedbir nafakası da resen alınacak bu tedbirlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. TMK'nın 158/2. maddesinin yollaması ile bu hüküm, evliliğin butlanına ilişkin davalarda da uygulanabilecektir. Ancak, belirtildiği üzere, tedbir nafakası geçici bir önlem vasfı taşıdığından, sadece devam eden dava süresince geçerli olup, boşanma, ayrılık veya butlan kararının kesinleşmesiyle kendiliğinden sona erecektir.[23]

İştirak nafakası ise, eşlerin müşterek çocuklarına yönelik bakım yükümlülüğünden kaynaklanan bir nafaka türüdür.[24] TMK'nın 182/2. maddesinde, mahkemece boşanma veya ayrılığa karar verilmesi durumunda velayet hakkının kendisine verilmediği eşin müşterek çocuğun bakım

20 Kartal, s.24; Öcal, s.16.

21 Bozovalı, s.25; Bilal Köseoğlu ve Köksal Kocaağa, **Aile Hukuku ve Uygulaması**, Bursa: Ekin Yayınları, 2011, s.152-153; Öcal, s.16; İnal, s.49.

22 Tutumlu, s.1125.

23 Kulaklı, s.240; Bozdağ, s. 47; Köseoğlu ve Kocaağa, s.161; Ergenekon, s.21,22,23.

24 Kulaklı, s.240.

ve eğitim giderlerini mali gücü oranında karşılamak zorunda olduğu belirtilmiştir. İşte, velayet hakkı bulunmayan eşin çocuğun ihtiyaçlarını karşılamak üzere vermek zorunda olduğu bu katılım payı, iştirak nafakası olarak adlandırılmaktadır.[25] Bu durum, velayet hakkı verilmese de eşin müşterek çocuğa karşı sorumluluklarının boşanma veya ayrılık ile son bulmadığının göstergesidir.[26] TMK m.328/1 uyarınca, iştirak nafakası kural olarak çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Ergin olmanın dışında, evlenme veya kazai rüşt suretiyle reşit hale gelen çocuk bakımından da iştirak nafakası sona erecektir.[27]Bununla birlikte, TMK m.328/2'ye göre, çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlü olduğundan nafaka da devam edecektir. Fakat artık bu nafaka, iştirak değil, yardım nafakası niteliğinde olacaktır.[28] İştirak nafakasına dair hükümler kamu düzeni ile ilgili olduğundan taraflarca talep şartı aranmaksızın hakim tarafından re'sen dikkate alınır[29]

Sonuncu bakım nafakası türü ise TMK'nın 175. maddesinde düzenlenen yoksulluk nafakası olup, çalışmamızın esas konusu olarak ikinci ve üçüncü bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

YOKSULLUK NAFAKASI

I. GENEL OLARAK "YOKSULLUK" VE "YOKSULLUK NAFAKASI" KAVRAMI İLE YOKSULLUK NAFAKASI DÜZENLEMESİNİN TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

A. Yoksulluk kavramı

Bir bakım nafakası türü olan yoksulluk nafakasını incelemeye geçmeden önce, ona adını veren "yoksulluk" kavramından bahsetmekte fayda vardır. Ekonomik boyutunun yanı sıra ahlaki ve sosyal boyutu da olan "yoksulluk" kavramının tanımı konusunda birlik sağlanamamış olmakla birlikte genel olarak yaşamın gerektirdiği imkânlardan mahrum olma hali olarak ifade edebiliriz. Türk Dil Kurumu sözlüğünde ise yoksulluk kelimesinin anlamı, "*yoksul olma durumu, yoksuzluk, variyetsizlik, sefillik, sefalet, fakirlik*" olarak belirtilmiştir.[30]

25 Öcal, s.19; Kılıçoğlu, s.195.

26 Bozovalı, s.54; Köseoğlu ve Kocaağa, s.215; Bozdağ, s. 60; Öcal, s.19.

27 Köseoğlu ve Kocaağa, s.218-219; Bozdağ, s.67.

28 Öcal, s.19.

29 Ceylan, s.177, Köseoğlu ve Kocaağa, s.215, Köprülü ve Kaneti, s.141; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.506-507.

30 https://sozluk.gov.tr/

Yapılan bu tanımlamalara göre, her ne kadar yoksulluğun cinsiyetle bir ilişkisi kurulamasa da, yapılan değerlendirmeler yoksulluğun kadınları erkeklere nispeten daha fazla etkilediğini ortaya koymuş ve "kadın yoksulluğu" kavramını gündeme getirmiştir.[31]

Ülkemizde kadın yoksulluğu hakkında çok fazla istatistik çalışmasıbulunmamakla birlikte, yapılan pek çok araştırma kadın yoksulluğu olgusunu vesebeplerini açıkça ortaya koymaktadır. Buna göre, kadın yoksulluğuna sebep olan unsurlar genel olarak; kadının ev içindeki sorumluluklarının fazlalığı, çocuk bakımının kadını eve hapsetmesi, kadının gelir elde etmek için yoğun bir çaba sarf etmek zorunda olması, ev içindeki meşguliyet ve sorumluluklarının kadını eve kapanmak ve dışarıyla bağlantıyı kesmek zorunda bırakması olarak sıralanabilir.[32] Yine, kadınların işgücü piyasasına katılım oranının düşüklüğü, katılsa bile düşük ücretli işlerde istihdam edilmeleri, kayıt dışı veya fason çalıştırmanın yaygın oluşu, özellikle kırsal alanlarda kız çocukların eğitim imkanlarından faydalandırılmaması gibi etkenler de, kadın yoksulluğunun artmasına sebebiyet vermektedir.[33]

Türk Medeni Kanunundaki yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemelerde detalep hakkı bakımından cinsiyet ayrımı gözetilmediği görülür. Ancak buna rağmen, yargı kararları incelendiğinde daha çok kadın lehine yoksulluk nafakasına hükmedilmesi, erkek lehine hemen hemen hiç hükmedilmemesi, ülkemizde de kadın yoksulluğunun öne çıktığını ve yoksulluk nafakası hükmünün de, daha çok kadınlara yönelik olduğunu göstermektedir.[34]

Hukukumuzda yoksulluk nafakasını düzenleyen TMK.'nun 175 vd. maddelerinde hangi durumlarda yoksulluk nafakasına hükmedilmesi gerektiği düzenlenmiş olmakla birlikte, yoksulluk kavramının tanımı yapılmamıştır. Bu da göstermektedir ki, nafaka davalarında yoksulluk ölçütünü mahkeme hakimi, somut olayın özellikleri ve hakkaniyet ilkesi çerçevesinde takdir hakkını kullanarak belirleyecektir.[35]

---

31 N. Janset Dinçoflaz: **"Kentteki Kadının Yoksulluğu ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü'nün Kadın Yoksulluğuyla Mücadele Politikaları",** Sosyal Yardım Uzmanlık Tezi, T.C. Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü, Ankara, 2009, s.13. Mine Uzun, "Türk Medeni Kanunu ve Yargıtay Kararları Bağlamında Yoksulluk Nafakası" (**Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE, 2013), s.5.

32 Ülker Şener: "**Kadın Yoksulluğu"**, Mülkiye Dergisi, Ankara, 2012, 36/4, s. 59-60.

33 Uzun, s.7.

34 Uzun, s.8.

35 Bilge Öztan**, Aile Hukuku**, 4. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004, s.502.

Bununla birlikte, gerek doktrinde gerekse yargı uygulamasında yoksulluk kavramına ilişkin çeşitli kriterler getirilerek bu konuda bir belirlilik sağlanmaya çalışılmıştır.Örneğin; doktrinde yoksulluk,kendi maddi imkânları ile geçimini temin edememe hali olarak ifade edilmiş ve boşandıktan sonra zorunlu ihtiyaçlarını kendi geliri ile karşılayamayan eşin yoksulluğa düşeceği belirtilmiştir.[36] Yine, yargı içtihatları ile de yoksulluk kavramının çeşitli ölçütlerle somutlaştırılmaya çalışıldığını görmekteyiz. Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.10.1998 tarih, 1998/2-656 E; 688 K. Sayılı kararı oldukça önemlidir. Söz konusu kararda, yoksulluğun ekonomik ve sosyal koşullarla doğrudan ilgili olduğu, bu nedenle yoksulluk kavramını *ülkenin ekonomik ve sosyal* koşulları altında belirlemek gerektiği, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama, maddi ve manevi varlığı*nı geliştirme hakkına sahip olduğu* ve bu temel hakkın tabii sonucu olarak da yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür gibi maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmenin yerinde olacağı ifade edilmiştir. [37]

"Yoksulluk" kavramına ilişkin bu açıklamalarımızın ışığında şimdi de "yoksulluk nafakası" kavramını inceleyeceğiz.

B. "Yoksulluk Nafakası" Kavramı ve Yoksulluk Nafakası Düzenlemesinin Tarihsel Gelişim Süreci

Yoksulluk nafakasını düzenleyen TMK. m.175 te; "*Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir.*" denmektedir. Demek ki, "yoksulluk nafakası", boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafın, kusuru daha ağır olmamak şartı ile diğer taraftan *süresiz olarak isteyebileceği nafaka türüdür.*

743 sayılı eski MK'nın[38] yoksulluk nafakasını düzenleyen 144. maddesindebaşlık olarak sadece "nafaka" kavramı kullanılmış olup, madde metni; " *Kabahatsız olan karı yahut koca, boşanma neticesi olarak büyük bir yoksulluğa düşerse, diğeri boşanmaya sebebiyet vermemiş olsa dahi kudreti ile mütenasip bir surette bir sene müddetle nafaka itasına*

36 Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku** C.2 **Aile Hukuku**, 19. Bası İstanbul: Beta yayınları, 2016, s. 303; Mecit Demir, **Türk Medeni Hukuk Öğreti ve Uygulamasında Yoksulluk Nafakası**, İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 17.

37 İlgili kararın tam metni için bkz: http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=72709 E.T. 27.12.2019

38 743 sayılı Eski MK.,4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1028'inci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

mahkum edilebilir." şeklinde idi.[39] Buna göre, 743 sayılı eski MK düzenlemesinde, boşanmada kusuru bulunmayan eşin, boşanma sebebiyle büyük bir yoksulluğa düşecek olması durumunda, diğer eşten mali gücü ölçüsünde bir sene süre ile nafaka talep edebileceği, nafaka yükümlüsü olacak eşin ise kusur durumuna bakılmayacağı ifade edilmiştir. Bu maddede, nafakanın bir ölçütü olarak kullan*ılan "büyük yoksulluk" ifadesi* dikkat *çekmektedir. B*u ifade uyarınca, boşanma neticesinde eşlerden birinin düşeceği yoksulluğun b*üyük bir yoksulluk olmaması halinde*, 743 sayılı MK'nın 144'üncü maddesi kapsamında nafakaya hükmedilemeyecektir. Bu da nafaka alacaklısı için olumsuz bir durum doğuracaktır.

743 sayılı MK'nın 144'üncü maddesindeki dikkat çeken ve oldukça fazla eleştirilen bir diğer koşul da, nafakanın bir sene süre ile sınırlandırılmış olmasıdır. Gerçekten de bir yıllık süreye ilişkin bu düzenleme, nafakanın amacına aykırı bir durum doğurduğundan kanaatimizce de olumsuz bir düzenlemedir. Çünkü, söz konusu düzenlemeye göre, bu bir yıllık *süre geçtikten sonra, nafaka alan eşin durumunda bir değişiklik olmasa* ve hatta daha da yoksullaşsa bile diğer taraftan nafaka alamayacaktır.[40] Bu durumda da nafakadan beklenen sonuç elde edilememiş olacaktır.

İşte bu olumsuz durumu düzeltmek adına, 3444 sayılı Kanun ile 743 sayılı Mülga MK'nın 144'üncü maddesinde başlığı ile birlikte yeniden düzenleme yapılmış ve madde " *Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir.Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için, kadının hali refahta bulunması gerekir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz."* şeklini almıştır.[41]

Bu düzenleme ile yoksulluk nafakasının *şartlarında daha önceki metinden farklı olarak önemli değişiklikler yapılmıştır. Şöyle ki;* yeni düzenlemede, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eşin nafaka isteyebilmesi için "kabahatsiz" olması şartı kaldırılarak, boşanmada "kusurunun daha ağır olmaması" yeterli görülmüştür. Ayrıca,maddenin eski metninde, nafakanın bir şartı olarak eşlerin "büyük bir yoksulluğa düşmesi" ifadesi kullanıldığı halde yeni düzenlemede sadece "yoksulluk" kavramı

39 Uzun, s.12.

40 Turgut Akıntürk, **"Türk Medeni Kanununun Evlilik Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yapılması Öngörülen Değişiklikler"**, AÜHFD, Ankara, 1972, s. 28. http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/317/3092.pdf , E. T: 27.12.2019

41 Söz konusu düzenleme, 3444 sayılı "743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin Bazı Maddelerinin ve 818 sayılı Borçlar Kanunun 49. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun" un 6. Maddesi ile yapılmıştır.

kullanılmıştır. Yine, hükmedilecek nafakada, bir yıllık süre sınırlamasının kaldırılmış olması da nafakanın amacına uygun, olumlu bir düzenlemedir.[42]

3444 sayılı Kanun düzenlemesi, yukarıda belirtilen yönleriyle oldukça yerinde ve olumlu bir düzenleme olmakla birlikte, bu kez de erkek eşin kadın eşten nafaka talebinde bulunabilmesi için,kadının "mali yönden refah halinde bulunması" koşulunu getirmiştir. Yani, bir yandan kadın lehine bir düzenleme getirirken diğer yandan da eşler arasında eşitsizliğe sebebiyet verdiği ve bu suretle Anayasa'nın 10'uncu maddesinde hükme bağlanan "kanun önünde eşitlik" ilkesine ayrılık teşkil ettiği tartışmalarına sebebiyet vermiştir.[43] Ayrıca, Medeni Kanunda "refah hali" kavramının tanımı yapılmadığından sübjektiflik taşıdığı da diğer bir eleştiri konusu olmuştur.[44]

Açıklandığı üzere, 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler, TMK'nın 144. madde düzenlemesine yönelik eleştirileri tamamen bertaraf edemediğinden 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 175. Maddesi ile yeniden düzenlenmiş ve halen yürürlükte olan son halini almıştır.[45] TMK'nın 175. Maddesine göre*; "Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz."*

Madde metninden de anlaşıldığı gibi, bu *düzenleme ile, maddenin birinci* fıkrasının ikinci cümlesindeki "Ancak, erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için,kadının hali refahta bulunması gerekir" hükmü, kadın erkek eşitliğine ters düştüğü için *çıkarılmıştır.* Yoksulluk nafakasına ilişkin bu son düzenlemeye göre,boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan taraf, cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin, kusuru daha ağır olmamak şartıyla, geçimini sağlamak amacıyla diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka talep edebilecektir.

Bu çalışmamızda da, yoksulluk nafakasına ilişkin olarak, halen yürürlükte bulunan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 175. maddesindeki d*üzenleme esas alınmış,* yoksulluk nafakasının amacı, hukuki niteliği, koşulları ve diğer özellikleri konusundaki inceleme ve değerlendirmelerimiz bu son *düzenle*me doğrultusunda yapılmıştır.

---

42 Bozovalı, s. 69; Tekinay, s.597; Köprülü ve Kaneti, s.294; Uzun, s.15.

43 Uzun, s.15,16.

44 Bozovalı, s. 71, 72

45 4721 sayılı TMK: R.G.T: 08.12.2001, R.G.S: 24607, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 C: 41, Kanunun tam metni için bkz.: http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/ Kısayollar: Türk Medeni Kanunu, E. T.: 06.12.2019.

II.YOKSULLUK NAFAKASININ AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunumuzun aile kurumunu düzenleyen 185. maddesinde,eş*ler*in evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce *özen göstermekle yükümlü oldukları;* 186/3. maddesinde de e*şlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları i*le katılacakları belirtilmiştir. Eşlere yüklenmiş olan bu yükümlülükler evlilik birliğinin sona ermesi ile birlikte kural olarak ortadan kalkmaktadır. Ancak doktrinde, bu maddeler ile taraflara yüklenen bazı yükümlülüklerin kısmen de olsa evliliğin bitiminden sonra da devam etmesi gerektiği ifade edilmiştir. İşte yoksulluk nafakası düzenlemesi de bu anlayışın bir sonucudur.[46]

Nitekim, evlilik birliğinin sona ermesi neticesinde, özellikle kadın açısından bir takım olumsuz ekonomik sonuçların ortaya çıkması kaçınılmazdır. İşte bu olumsuz sonuçların azaltılması amacıyla evlilik birliğinin devamı sırasında taraflara yüklenen maddi dayanışma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da devam etmesi gerektiği görüşü hakimdir.[47] Bu husus, İsviçre hukuk doktrininde "*evlilik sonrası dayanışma ilkesi*" olarak ifade edilmektedir. Bu ilkeye göre boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte yukarıda ifade edilen tüm yükümlülükler ortadan kalkmış olsa bile, tek başına geçimini sağlayamayan tarafa yoksulluk nafakası isteme hakkı tanınmalıdır[48]. Çünkü, evlilik birliği ortadan kalkan kişiler birbirlerine karşı tamamen yabancı kabul edilemezler. Ayrıca evlilik sona erdiğinde evlilikten beklenen çıkarların aniden kaybedilmesi söz konusu olur. Bu durum da tarafları aniden olumsuz bir duruma sokabilir.İşte bu sosyal ve ahlaki düşüncenin sonucu olarak, boşanma ile yoksulluğa düşecek olan eşin, evlilik birliği sona ermiş olmasına rağmen diğer eş tarafından ekonomik yönden desteklenmesi uygun

---

46 Tekinay**,** s.262; Feyzioğlu**,** s.396, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku**, C.2, İstanbul, 1965, s.67**;** Ebru Ceylan, **Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, İstanbul, 2006, s.104; Nihat Yavuz, Öğretide ve Uygulamada Nafaka, Nişan ve Eşlerin Katkı Payı ile İlgili Davalar, Ankara, 2008, s.286; Bilge Öztan **"Medeni Kanunun Kabulünün 70'nci Yılında Aile Hukuku"**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1995, C. 44, Sayı 1–4, s. 118; Azra Arkan Serim, **"Yoksulluk Nafakası",** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2007, C. 65, S. 1, s. 286.

47 Tekinay, s. 262; **Öztan**, Aile Hukuku, s. 832; Feyzioğlu, s. 396; Velidedeoğlu, s. 67; Bozovalı, s. 67; Ceylan, s. 104; Yavuz, s.257; Arkan Serim, s. 286.

48 Gediz Kocabaş, **"Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler**", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 19, S 1**,** İstanbul, 2013, s. 360; Yalçın Tosun**,"-Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakasının ve Doğurduğu Hukuki Sorunların İncelenmesi"**, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, s.58; Medar, s.37.

görülmüştür.[49]

Bu bakımdan, yoksulluğa düşen eşin yoksulluğunun paylaşılmasını amaç edinenyoksulluk nafakasında, nafaka ödeyecek olan eşin kusurunun aranmaması nedeniyle, tazminat veya ceza niteliği de söz konusu değildir.[50]

Sonuç olarak, yoksulluk nafakasının amacı, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra kendi geçimini sağlama gücü bulunmayan eşin, bu gücü kazanıncaya kadar, diğer eş tarafından maddi yönden desteklenmesi, yoksulluğa düşecek tarafın korunması ve zorunlu ihtiyaçlarının karşılanması suretiyle yoksulluktan kurtarılmasıdır.[51]

III. YOKSULLUK NAFAKASININ ÖDENME KOŞULLARI

A. Evliliğin Sona Ermesi

TMK'nın 175. maddesindeki "*boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf*" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için, resmi bir evliliğin gerçekleşmiş olması ve bu evliliğin boşanma ile sona ermiş olması gerekir.[52] Boşanma davasının reddine karar verildiği, boşanma kararının mevcut olmadığı ya da mevcut olsa bile henüz kesinleşmediği durumlarda yoksulluk nafakası taleplerinin reddine karar verilmesi gerekecektir.[53]

Her ne kadar TMK 175. Madde metninde evliliği sona erdiren sebep olarak sadece "boşanma" dan söz edilmişse de, batıl olan bir evliliğin iptal edilmesi için açılan butlan davasında da yoksulluk nafakası talebinde bulunulabilir. TMK m.158/2'de, "*Eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi, tazminat, nafaka ve soyadı hakkında boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır*"denilerek açıkça bu duruma atıf yapılmıştır. Bu nedenle evli-

49 Aydın Zevkliler, Beşir Acabey ve Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, Ankara, 2000, s.1035; Mustafa Ateş**, "Medeni Kanun'da Yapılan Son Değişiklikler Işığında Yoksulluk Nafakası",** 1998, S.4, C.24, YD, s.471 http://www.yargitaydergisi.gov.tr/dergiler/yd/ekim1998.pdf; Tekinay, s.262; Gençcan, s.752.

50 Ömer Camcı**, Boşanma Tazminatı ve Yoksulluk Nafakası**, İstanbul, 1998, s.61; Yavuz,s.257.

51 Kocabaş, s.357.

52 Mustafa Şahin**"Türk–İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları**", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21/3, 2017, s. 80; Demir**,** s. 43;, Dila,Okyar Karaosmanoğlu "**Yargıtay Kararları Işığında Yoksulluk Nafakası Ödeme Yükümlülüğünün Şartları ve Ortadan Kalkması**", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, C. 2, S. 2, s. 423; Uzun, s. 22.

53 Mehmet Akif Tutumlu**, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku**, C.2, 2. baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s.1298.

liğin butlanla sona ermiş olması halinde de diğer şartların da bulunması koşuluyla yoksulluk nafakasına hükmedilebilecektir.[54]

Bununla birlikte; hukukumuzda yok hükmünde olan resmi nikahsız birliktelikler ile eşcinsel birlikteliklerin son bulması halinde yoksulluk nafakasına hükmedilemez.[55]

Yine, TMK. m. 170 uyarınca, dava neticesinde boşanma yerine ayrılığa hükmedilmesi durumunda da, henüz boşanma gerçekleşmemiş olduğundan yoksulluk nafakasına hükmedilemez.[56]

B. Talepte Bulunulmuş Olması

Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için, tedbir ve iştirak nafakasından farklı olarak talep şartı aranmaktadır.[57] Bu talep yazılı olabileceği gibi, duruşma tutanağına geçirilmek kaydıyla sözlü de olabilir.[58] Yine, yoksulluk nafakası, boşanma istemi ile birlikte aynı davada talep edilebileceği gibi, daha sonra bağımsız bir dava ile de istenebilir.[59]

Hakim, yazılı ya da sözlü bir talep olmaksızın re'sen yoksulluk nafakasına hükmedemeyeceği gibi,[60] taleple bağlılık ilkesi gereğince, talep edilen yoksulluk nafakası miktarından fazlasına da hükmedemez.

---

54 Ahmet Mithat Kılıçoğlu Aile Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi,2015, s.170; Uzun, s.25-26; Ahmet Cemal Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, 3. Bası,Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010, s.42.

55 Uzun, s.30; Okyar Karaosmanoğlu, s.423.

56 Nihat İnal, Uygulamada Nafaka Davaları, Ankara: Yetkin Basımevi, 1992, s.139.

57 Yavuz, s.258; Mustafa Şimşek, Açıklamalı ve İçtihatlı Aile Mahkemelerinin Görevine Giren Davalar ve Yargılama Usulü, Adalet Yayınevi, Ekim 2007, s.44; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku (Cilt 3) Aile Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2011. s.146; Ceylan, s.106, Ahmet Cemal Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s.78; Kılıçoğlu, s. 171; Arkan Serim, s. 288; Arbek, s. 140; İsmail Doğanay, Nazari ve Tatbiki Muhtelif Nafaka Davaları, Ankara: Ayyıldız Matbaası, 1961,s.140; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.46; Demir, s.44. Tutumlu; s. 1227; Aylin Somkan Fırat,Yoksulluk Nafakası, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2019),s.31.

58 İnal, s.126, Bilal Köseoğlu, Aile Mahkemelerinin İşleyişi, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005, s.150; Zafer Ergün, Boşanma Davaları (Nişanlanma- Evlenme- Butlan-Velayet- Kişisel İlişki- Nafaka- Maddi Ve Manevi Tazminat- Mal Rejimi), 4. Bası, , Ankara: Adalet Yayınevi, 2009, s.1239; Uzun, s.65; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s.78; Arkan Serim, s. 289; Mehmet Kartoz, Yoksulluk Nafakası ve Tazminat, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi SBE Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Isparta, 2002), s.34; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.45.

59 İnal, s.124;Harun Bulut, Aile Hukukunda Velayet ve Nafaka Davaları, Beta Yayınları, 2007, s.101; Köseoğlu, s.150; Şimşek, s.44; Dural, Öğüz ve Gümüş, s.146; Ceylan, s.106; Doğanay, s.141.

60 Gençcan, s.790. Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s.78.

Taleple bağlılık ilkesinin bir gereği olarak, yoksulluk nafakası isteminde bulunurken nafaka miktarının ve niteliğinin de belirtilmesi gerekmektedir. Eğer bu konuda bir netlik yoksa, mutlaka talepte bulunan tarafa nafaka miktarı ve istenen nafakanın yoksulluk nafakası olup olmadığı açıklattırılmalıdır.[61] Bununla birlikte; Yargıtay uygulamasında, talepte nafaka "miktarı" belirtilip "türü" belirtilmeksizin sadece "nafaka" isteminde bulunulduğu, ya da sadece "sosyal ve ekonomik durumun g**üçsüzlüğünü vurgulayan ifadeler**" kullan**ıl**dığı takdirde de, söz konusu talep "yoksulluk nafakası" talebi olarak değerlendirilmektedir.[62]

C. Talepte Bulunanın Daha Ağır Kusurlu Olmaması

TMK m.175'te yer alan "*kusuru daha ağır olmamak koşuluyla*" ifadesi, yoksulluk nafakası talep edecek eşin daha ağır kusurlu olmaması şartını ifade etmektedir. Yani, yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için, nafaka talep eden tarafın kusursuz olması ya da kusurunun diğer eşin kusurundan daha ağır olmaması gerekmektedir.[63] Bununla birlikte, kendisinden nafaka talep edilen tarafın kusur durumunun ise bir önemi yoktur. Yani, boşanmada kusursuz olsa bile, kanunda sayılan şartların varlığı halinde nafaka ödemekle yükümlüdür.[64]

Medeni Kanunumuzda, yoksulluk nafakası açısından "kusur"un belirli bir tanımı yapılmadığı gibi, hangi hallerin kusur sayıldığının belirtildiği bir kanuni düzenleme de yapılmamıştır. Bu nedenle, kusur şartı, her somut olay açısından o olayın özelliklerine göre incelenip değerlendirilecektir. Bununla birlikte, Yargıtay kararlarını inceleyerek hangi hallerde nafaka talep edenin daha ağır kusurlu sayılabileceğine ilişkin bazı tespitler yapabilmekteyiz. Örneğin; eşine kötü muamelede bulunan, ağır hakaretler eden, şiddet uygulayan, evlilik birliğinin gerektirdiği görev ve sorumluluklarını yerine getirmeyen, evi geçerli bir sebep olmaksızın terk

61 Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s.78. Ceylan, s.106

62 Hatice Perktaş, Boşanmada Yoksulluk Nafakası, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE, Ankara, 2008), s.27; Yargıtay 2. HD 03.02.2003 T - 156/1423 sayılı kararında; dava dilekçesinde geçen, "Davacı ev hanımıdır. Bir işi ya da yapabileceği bir mesleği yoktur" şeklindeki ifadelerin yoksulluk nafakası talebini içermekte olduğunu kabul ederek, yoksulluk nafakası takdir edilmesi gerektiğini belirtmiştir. (Tutumlu; s. 1229)

63 Bulut, s. 102; Hüseyin Hatemi ve Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013. s.118; Bozovalı, s. 68; Uzun, s. 57; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.171; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s. 74; Ali İhsan Özuğur, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin iptali Davaları, Son Yargıtay Kararlarıyla Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, s.1009; Ceylan, s. 110; Dural, Öğüz ve Gümüş, s. 147; Şimşek, s. 45; Köseoğlu, s. 149; Yavuz, s.265; Serim, s. 291.

64 Öztan, s. 500. Arbek, s. 141, 142.

eden, terke dayalı olarak açılan boşanma davasında ihtara uymayan, eşini eve almayan, güven sarsıcı davranışlarda bulunan, sadakatsiz davranan, aldatan, eşini eş cinsellikte suçlayan eşin kusuru diğer eşe göre daha ağır olup, bu eş lehine yoksulluk nafakasına hükmedilemeyecektir.[65]

Tarafların eşit kusurlu olması halinde yoksulluk nafakasına karar verilip verilemeyeceği konusu ise mevzuaatta açık ve net bir şekilde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, gerek doktrinde, gerekse Yargıtay uygulamasında, "tarafların eşit ölçüde" kusurlu olmaları durumunda da, diğer şartlar mevcutsa, yoksulluk nafakasına hükmedilmesi gerektiği düşüncesi hakimdir.[66]

Yoksulluk nafakasının boşanma davası ile birlikte değil de, sonradan ayrı bir dava ile talep edilmesi halinde ise, kusur durumu, boşanma davasındaki delillere göre değerlendirilir[67].

D. Talepte Bulunanın Evliliğin Sona Ermesi Nedeniyle Yoksulluğa Düşecek Olması

TMK. m.175 hükmüne göre; yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için,kişinin "boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek" olması gerekmektedir. Buna göre, öncelikle yoksulluk ile evliliğin sona ermesi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Yani, yoksulluğa düşülmesinin sebebi evliliğin son bulması olmalıdır. Eğer savurganlık, iflas, kumar veya başka sebeplerle yoksulluğa düşülmesi söz konusu ise nafakaya hükmedilemez.[68]

Genel olarak yoksulluk kavramı ile bu konudaki görüş ve değerlendirmelere, ayrıca Medeni Kanunumuzdaki "büyük yoksulluk" kavramından "yoksulluk" kavramına geçiş sürecine çalışmamızın ilk bölümünde değinmiştik. Bu bölümde ise, özellikle boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olma durumunu ve hangi hallerin bu kapsamda değerlendirileceğini inceleyeceğiz.

---

65 Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku s. 45; Uzun, s.58.

66 Köseoğlu, s.150; Ergün, s. 1242; Bulut, s. 102; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s. 74; Serim, s. 291; Uzun, s. 61,62; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.44; Kartoz, s. 26; Özuğur, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin iptali Davaları s.1008; Demir, s. 59; Somkan Fırat, s.40.

67 Nazif Kaçak, Açıklamalı ve İçtihatlı Boşanma Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat ile Yoksulluk Nafakası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2006, s. 153; Şimşek, s. 45; Uzun, s. 62; Kartoz, s. 30; Demir, s. 56.

68 Öztan, Aile Hukuku, s.838; Aydın Zevkliler ve diğerleri, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 8. Bası, , Ankara: Turhan Kitabevi, 2013, s. 359, Serap Helvacı ve Fulya Erlüle, Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014, s. 168, Ceylan, s. 108, Köseoğlu ve Kocaağa, s. 187; Okyar Karaosmanoğlu, s.425.

Öğretideki genel tanımlamalara göre; evliliğin sona ermesinden sonra kendi imkanlarıyla geçimini sağlayamayan, herhangi bir geliri, kazancı olmayan ya da çalışamayacak durumda olan eş bakımından yoksulluğa düşme halinin söz konusu olduğunu söyleyebiliriz.[69]

Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için, talepte bulunan eşin düşeceği yoksulluğun "gerçek bir yoksulluk" olması, yani, zorunlu giderlerini bile karşılayamayacak durumda olması gerekmektedir.[70] Bu nedenle, doktrindeki baskın görüşe göre, nafaka talep eden eşin, boşandıktan sonra evlilikteki refah seviyesini sürdürememesi gerçek bir yoksulluğa düşme hali olarak düşünülemez. Yani sırf önceki refah hayatını sürdürebilmesi için yoksulluk nafakasına hükmedilemez. [71]

Yoksulluğa düşme durumu her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmeli, karar verilirken hakkaniyet ilkesi gözetilmelidir.[72]Nafaka talebi değerlendirilirken, talep eden eşin çalışıp çalışmadığının yanı sıra, elde ettiği gelirin düzenli ve sürekli olup olmadığı, mal varlığının bulunup bulunmadığı, sosyal ve kültürel düzeyi, hayat standardının nasıl devam etmesi gerektiği gibi unsurlar göz önünde bulundurulmalıdır.[73]

Kişinin çalışıp çalışmaması ya da malvarlığının bulunup bulunmaması tek başına yoksulluğa düşme unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini göstermeye yetmeyebilir. Önemli olan husus, her somut olayda, bu çalışmanın ya da malvarlığının kişiyi yoksulluktan kurtaracak düzeyde olup olmadığıdır. Eğer çalışması sonucu kişinin yoksulluğu ortadan kalkıyorsa lehine yoksulluk nafakasına hükmedilmeyebilir.[74] Bununla birlikte, eğer

69 Öztan, s. 499; Köseoğlu ve Kocaağa, s. 226, Şahin, s. 816; Kaçak, s. 46.

70 Ceylan, s. 108, Öztan, Aile Hukuku, s.500; Bozovalı, s.70; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s. 71; Kartoz, s. 22; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.43.

71 İnal, s.896; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili s. 70; Köseoğlu ve Kocaağa, s.189; Arbek, s.142; Arkan Serım; s.290; Öztan, Aile Hukuku, s. 83; Bozovalı, s.69.

72 Helvacı ve Erlüle, s. 169, Kaçak, s. 145.

73 Köseoğlu ve Kocaağa, s. 186; Öztan, Aile Hukuku, 839;Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Zira Yargıtay 2. HD nin bir kararında şu ifadeler yer almıştır:"... Davacı-karşı davalı kadının yoksulluk nafakası isteğinin kabul edilebilmesi için boşanma yüzünden yoksulluğa düştüğünün belirlenmesi gerekir. Kadın hakkında yapılan sosyal ve ekonomik durum araştırmasında kadının MEB'de çalıştığı, aylık 900 TL aldığı belirtilmiştir. Buna göre mahkemece davacı-karşı davalı kadının çalışıp çalışmadığı yeniden araştırılıp çalışıyor ise bu çalışmanın düzenli ve sürekli olup olmadığının belirlenmesi ve bu gelirin onu yoksulluktan kurtaracak düzeyde olup olmadığı araştırılarak sonucu uyarınca yoksulluk nafakası hakkında karar verilmesi gerekirken bu hususta eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.", YARGITAY 2. HD, E. 2017/6205 K. 2018/12609 T. 6.11.2018 https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ E.T:28.12.2019.

74 Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s. 74.

eşin sahip olduğu malvarlığı, onu yoksulluktan kurtarmıyorsa yoksulluk nafakasına hükmedilebilir.[75]

Yargıtay'ın pek çok kararında, "asgari ücret düzeyinde gelire sahip olmak" yoksulluk nafakası bağlanmasını engelleyen bir durum olarak kabul edilmemiştir. Yani bu konuda da somut olaya göre, günün ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, yaşam tarzları, yaşları, evlilik süreleri, evlilik boyunca ve boşanma sonrası oluşacak yaşam düzeyleri gibi etkenlerin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.[76] Demek ki, asgari ücret düzeyinde ya da bunun üzerinde gelire sahip olunması yoksulluk nafakasına hükmedilmesini engelleyici bir sebep değildir. Budurum ancak nafaka miktarının belirlenmesinde bir ölçü olarak değerlendirilebilir.[77]

Yoksulluğa düşme halinin boşanma davası sırasındaki duruma göre belirlenmesi gerekmektedir. Buna göre, boşanma davası sırasında düzenli bir işi ve iyi bir geliri bulunan eşin boşanma kararından sonra işinden çıkması halinde nafakaya hükmedilmemelidir. ***Çünkü böyle bir durumda kişinin sırf nafaka alabilmek*** için kişinin işinden ayrılması ***söz konusu olup bu durum*** iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz.[78]

E. Nafaka Miktarının Nafaka Yükümlüsünün Mali Gücü İle Orantılı Olması

Bu koşul, TMK'nın 175. Maddesinde; *"....malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir..."* ifadesi ile açıkça düzenlenmiştir. O halde, nafaka yükümlünün mali açıdan ödeme gücü yoksa, yani mali gücü yalnızca kendi asgari geçim giderlerini karşılamaya yetiyorsa nafakaya hükmedilemeyecektir.[79] Bu nedenle, yoksulluk nafakasına karar verilmeden önce nafaka yükümlüsünün mali gücünün mahkemece tespiti gereklidir.

75 YHGK. 30.03.1994 T. E. 1994/2-915, K. 1994/173 (Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.43); Demir, s. 49.

76 Uzun, s.34.

77 "... Hukuk Genel Kurulu'nun yerleşik kararlarında "asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması" yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu kabul edilmediği gibi asgari ücretin üzerinde gelire sahip olunması da yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu olarak kabul edilmemiştir. (...07.10.1998 gün, 1998/2–656 E, 1998/688 K. 26.12.2001 gün 2001/2–1158–1185 Sayılı ve 01.05.2002 gün 2002/2–397–339 Sayılı kararları). Bu durumda ancak nafakanın miktarını tayinde etken olarak dikkate alınmalıdır. Somut olayda; davalının asgari ücret düzeyinde maaş aldığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiş ise de; yoksulluk nafakasının kaldırılması istemi azaltılması istemini de kapsadığından, maaş almasının ekonomik durumunda olumlu yönde değişiklik sayılarak yoksulluğu tamamen ortadan kalkmamış olan davalının yoksulluk nafakasının indirilmesinin düşünülmemesi isabetli bulunmamıştır." Yargıtay 2 HD E. 2017/11957 K. 2017/13613 T. 9.10.2017, https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/ , E. T. : 28.12.2019.

78 Şimşek, s.46.

79 Ergenekon, s. 138, Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili s. 84; Demir, s.60.

Bu tespit, nafaka yükümlüsünün malvarlığı ve gelir durumu araştırılarak yapılır. Ayrıca, mali gücün tespitinde nafaka yükümlüsünün ihtiyaçlarının yanı sıra bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ihtiyaçları da göz önünde bulundurulmalıdır.[80]

Nafaka yükümlüsünün mali gücü, nafakanın takdirinde olduğu gibi, nafaka miktarının tespitinde de belirleyici bir unsurdur. Nafaka miktarı yükümlünün mali gücü oranında artırılabilir. Bununla birlikte, sırf nafaka yükümlüsünün mali gücünün yüksek olması nedeni ile yüksek miktarda nafakaya hükmedilemez.[81]. *Çünkü,* yoksulluk nafakasının amacı talep eden eşi zenginleştirmek değil, onun yaşamını sürdürebilmesi *için gerekli* ve zorunlu olan masrafların karşılanması suretiyle yoksulluğunun giderilmesidir.

IV. YOKSULLUK NAFAKASININ BELİRLENMESİ ve ÖDENMESİNE İLİŞKİN ESASLAR

A. Yoksulluk Nafakasının Başlangıcı

Yoksulluk nafakasının boşanma davası sırasında veya davanın kesinleşmesinden sonra ayrı bir dava açılmak suretiyle talep edilebileceğini belirtmiştik. *İşte, y*oksulluk nafakasının başlangıcı, yani işlemeye başlayacağı tarih de bu iki farklı duruma *göre* değişiklik gösterir.

Yoksulluk nafakasının bo*şanma davası sırasında talep edilmesi* halinde yoksulluk nafakası boşanma davasının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra ayrı bir dava ile talep edilmesi halinde ise bu dava tarihinden[82] itibaren işlemeye başlar.[83]

Her iki halde de, yargılama sonucu hüküm altına alınan nafakanın niteliğinin ve başlangıç tarihlerinin gerekçeli kararda açıkça belirtilmesi gerekir.[84]

---

80 Medar s. 94.

81 Bozovalı s. 71; Ergün, s.1243; Acabey, Zevkliler ve Gökyayla, s. 938; Dural, Öğüz ve Gümüş, s. 147; Uzun, s. 65; Serim, s. 293; Ergenekon, s. 141; Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, Aile Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994. s.146; Demir, s. 60.

82 Bu dava harca tabi olduğundan dava tarihi olarak kabul edilen tarih, harcın yatırıldığı tarihtir.

83 Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s.82; Ceylan, s.114; Bulut, s.106; Bozovalı s.74; Uzun, s.98; Serim, s. 294; Ergenekon, s.141; Özuğur, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin iptali Davaları, s.1008.

84 Gençcan, s.798

B. Nafaka Miktarının Belirlenmesi

Yoksulluk nafakasının miktarı hakim tarafından takdir edilebileceği gibi,taraflarca da kararlaştırılabilir[85].

Nafaka miktarının hakim tarafından belirlenmesindeki en önemli kriterlerden biri, nafaka y*ükümlüsünün mali gücü*dür. H*ükmed*ilecek nafaka miktarının nafaka yükümlüsünün mali gücü ile orantılı olması gerektiğini yukarıda nafakanın şartları başlığı altında belirtmiştik. Hakim, nafaka y*ükümlü*sünün mali gücünün yanı sıra, eşlerin evlilik süreleri, yaşları, nafaka talep edenin gelir durumu, ihtiyaçları, çalışıp çalışmaması gibi somut olayın özelliklerine de bakarak onu yoksulluktan kurtaracak bir miktar tayin etmelidir.[86]Kısacası, hakim miktarı belirlerken, nafaka ödeyecek eşin mali gücü ile nafaka talep eden *eşin ihtiyacı* arasında bir denge kurmalıdır.[87]

Yoksulluk nafakasının miktarının taraflarca kararlaştırılması halinde ise, belirlenen miktarın geçerliliği hakimin onayına tabidir.[88]

C. Nafakanın Ödenme Şekli

TMK'nın 176/1. maddesi uyarınca, "*Maddi tazminat ve yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre, irat şeklinde ödenmesine karar verilebilir*. Buna göre, yoksulluk nafakası toptan (yani sermaye) veya irat olmak iki şekilde ödenebilir..

TMK'nın 184/5.maddesine göre taraflar da aralarında yapacakları bir sözleme ilenafakanın ne şekilde ödeneceğini kararlaştırabilirler. Ancak bu sözleşmenin geçerliliği hakimin onayına bağlıdır.[89]

Nafaka alacaklısının nafakanın ödenme şekli ile ilgili olarak herhangi bir taleple bulunmaması ve bu konuda eşler arasında bir anlaşma sağlanamaması durumunda hakim ödeme şeklini kendi takdir eder[90].

Toptan (veya sermaye şeklinde) ödeme, nafakanın tamamının bir defada ödenmesi; irat şeklinde ödeme ise, nafaka olarak öngörülen miktarın genellikle aylara bölünmüş belirli taksitler halinde ödenmesidir.[91]

---

85 Öcal s.53; Arbek, s.143.

86 Ertürk, s. 378; Öztan, Aile Hukuku, s. 501.

87 Feyzioğlu, s.398, Velidedeoğlu, s.236, Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, s.1037.

88 "Boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz" (TMK m.184/5.bent)

89 Oğuzman ve Dural; s. 148; Öztan, Aile Hukuku, s. 505; Yavuz; s. 260.

90 Ergenekon; s. 144; Şakir Kaleli ve Namık Yalçınkaya; Yeni Boşanma Hukuku, Cilt 2, Ankara, 2000; s. 1823.; Feyzioğlu; s. 400; Perktaş, s. 36.

91 Velidedeoğlu; s. 230; Feyzioğlu; s. 400; Kaleli ve Yalçınkaya; s. 1823,1825; Ergenekon; s. 144; Sibel Erdem; Yoksulluk Nafakası,İstanbul, 1992 s. 72., Yavuz; s. 260.

Nafakanın toptan ödenmesi halinde, nafaka borçlusu bir defada ödemekle borcundan kurtulmuş olur ve tarafların durumunda sonradan meydana gelecek değişiklikler artık nafaka miktarını etkilemez.[92]

Toptan yapılan ödemenin yükümlü açısından avantajı, nafaka yükümlüsünü sürekli ödeme yapmak ve iradı zamanında ödememe tehlikesine karşı *teminat gös*termekten kurtarmasıdır. Dezavantajı ise, yükümlünün toptan ödenecek bu miktarı *kısa süre içinde temin etmesinin zorluğudur.*[93] *Öte* yandan, bu ödeme şeklinde, değişken ekonomik durumlar, paranın al*ım gücü ve enflasyonun* dikkate alınamamasından dolayı nafaka miktarının belirlenmesi de oldukça *güçtür*[94]. Bu nedenle uygulamada yoksulluk nafakasına kural olarak irat şeklinde h*ükm*edilmektedir[95].

TBK'nın 99. maddesi ile; para borçlarının ülke parası ile ödeneceği, ancak tarafların ülke parası dışında başka bir para birimi ile ödeme yapılmasını da kararlaştırabilecekleri düzenlemiştir. Bu hüküm, para alacağı niteliğinde olan yoksulluk nafakası için de geçerlidir.[96] Taraflar arasında böyle bir anlaşmanın olmaması halinde ise, hakim nafaka miktarını Türk parası cinsinden kararlaştırmalıdır.[97]

D. Nafaka Miktarının Sonradan Artırılması ya da Azaltılması

nın değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hallerde iradın artırılması veya azaltılmasına karar verilebilir."***düzenlemesi yer almaktadır.***

Madde metninden de anlaşıldığı üzere, nafaka miktarında değişiklik yapılması sadece yoksulluk nafakasının irat şeklinde ödenmesine karar verildiği durumlarda mümkündür. Toptan *ödenmesine karar verilen yoksulluk nafakasının sonradan arttırılmasına ya da* azaltılmasına karar verilemez.[98]

Yine madde metninde belirtildiği üzere, nafaka miktarının değiştirilmesi iki halde *söz konusu olur:* Bunlar, "tarafların mali durumunun değişmesi" veya "hakkaniyetin gerektirmesi"dir. Bu da demek oluyor ki, na-

92 Yavuz, s.260; Ceylan, s. 117; Demir, s.83.

93 Kaleli ve Yalçınkaya, s. 1824; Sibel Erdem, s. 70.

94 Sibel Erdem s. 71.

95 Öztan, Aile Hukuku, s. 505.

96 Tutumlu, s. 1252; Erdem, s. 73; Kaçak, s. 1525.

Demir, s. 31.

98 Dural, Öğüz ve Gümüş, s. 149; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili s.84; Ergenekon, s. 142; Serim, s. 295; Arbek, s.148; Demir, s.86,87.

faka alacaklısının ya da nafaka borçlusunun mali durumlarında herhangi bir değişiklik olmasa bile hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda nafaka miktarında değişikliğe gidilebilir.[99]

Demek ki; mahkemece hükmedilen nafaka miktarı sabit olmayıp, talep halinde değişen sosyal ve ekonomik koşullar doğrultusunda veya hakkaniyetin gerektirdiği hallerde artırılıp azaltılabilecektir.[100] Tarafların ekonomik ve sosyal durumlarındaki bu değişiklikler, dava tarihine göre değerlendirilir.[101] Nafakanın arttırılmasını ya da azaltılması istemesine ilişkin dava herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmaksızın koşulların oluşması halinde her zaman açılabilir.[102]

Nafaka miktarının taraflar arasındaki bir sözleşme ile kararlaştırılması halinde dahi, hakkın kötüye kullanılması hali teşkil etmemesi koşuluyla[103] nafaka miktarının değiştirilmesi talep edilebilir.[104]

Yoksulluk nafakasının miktarının azaltılması nafaka yükümlüsünün mali gücünün kötüleşmesi halinde istenebilir[105]Ancak,bu kötüleşme yükümlünün kendi kusuru ile oluşmuşsa,örneğin, yükümlü imkanı olduğu halde çalışmıyorsa veya haklı bir sebep olmaksızın işinden ayrılmışsa ve sırf bu nedenlerle nafakanın indirilmesi talep edilmişse nafakanın indirilmesi yoluna gidilemez[106]

---

99 Nagihan Kartal, "Türk Hukukunda Yoksulluk Nafakası", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019) s.69

100 Uzun, s.73.

101 Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s. 85;Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 177.

102 Bulut, s.105.

103 Örneğin, sözleşmeden çok kısa bir süre sonra nafakada indirim talebinde bulunulması hakkın kötüye kullanılması hali oluşturabilir. Yine, sırf boşanma gerçekleşsin diye ödeyebileceğinden fazla nafakaya karşı çıkmayan nafaka yükümlüsünün, boşanmanın gerçekleşmesinden çok kısa bir süre sonra nafakanın indirilmesini veya tamamen kaldırılmasını istemesi de hakkın kötüye kullanılması hali olarak değerlendirilir. Bulut, s. 106; Yavuz, s. 258; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.51. Yine, boşanmanın gerçekleşmesi amacı ile ödeyebileceği nafakadan fazlasının kararlaştırılmasına ses çıkarmayan tarafın, boşanmadan kısa süre sonra nafakanın indirilmesi ya da kaldırılmasını talep etmesi de hakkın kötüye kullanılması durumunu oluşturur. Bulut, s. 106; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s.86; Demir, s.80,88.

104 Bulut, s. 106; Bozovalı, s. 77; Köprülün ve Kaneti, s. 197; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.52.

105 Öztan, Aile Hukuku, s.506; Ertürk, s. 380; Ceylan, s. 122-123; ;Özuğur, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin iptali Davalar,s.1014; Velidedeoğlu, s. 238.

106 Demir, s.94; Öztan, Aile Hukuku, s.506; Ertürk, s. 380; Ceylan, s. 122-123.

Nafaka yükümlüsünün ekonomik durumunda bir kötüleşmeden söz edebilmek için bu kötüleşmenin önemli ve sürekli olması; ayrıca söz konusu kötüleşmenin boşanma davası sırasında öngörülmesinin mümkün olmaması gerekir.[107] Örneğin, yükümlü eşin yeniden evlenmesi, sakatlanması ya da sağlığının bozulması nedeni ile çalışamaması gibi durumlar nafakanın azaltılmasını gerektirecek mali kötüleşmeler arasında sayılabilir.[108]

Yoksulluk nafakası miktarının arttırılmasının istenebilmesi için nafaka alacaklısının almakta olduğu nafakaya rağmen yoksulluğunun devam etmesi ve bunun yanı sıra nafaka yükümlüsünün de mali gücünde gözle görülür bir artışın meydana gelmesi gerekmektedir.[109]Nafaka alacaklısının bir işte çalışıyor olması, artırım davası açması için bir engel teşkil etmemektedir.[110]

TMK'nın 176 maddesinin 5. fıkrasında; "Hâkim, istem hâlinde, irat biçiminde ödenmesine karar verilen maddî tazminat veya nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir." düzenlemesi yer almaktadır. Yoksulluk nafakasının uyarlanması ile ilgili bu hükümde, nafakanın gelecek yıllardaki ödenme biçiminin, hakim tarafından belirlenebileceği belirtilmiştir. Ancak bunun için öncelikle tarafların talepte bulunmaları gerekir.Ayrıca,artırım veya azaltım istenen yıllarla ilgili olarak tarafların ekonomik ve sosyal durumlarında meydana gelebilecek değişikliklerin öngörülebilir olması da gerekir.[111] Taraflarca talep edilmesi halinde nafaka artırımı ÜFE oranına göre de yapılabilir.[112] Böylelikle, nafaka alacaklısının her yıl nafaka miktarının artırımı için talepte bulunmasına gerek kalmaksızın nafaka miktarının değişen koşullara göre uyarlanması sağlanmış olur.[113] TMK.nn 176/5. maddesindeki bu düzenleme, hem tarafların kısa aralıklarla na-

107 Öztan, Aile Hukuku, s.506; Ertürk, s. 380; Ceylan, s. 121; Ceylan, s. 122; Uzun, s.68; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s.86; Velidedeoğlu, s. 238; Demir, s. 88,95.

108 Öztan, Aile Hukuku, s.506, Demir, 95.

109 Ergün, s.1244; Öztan, Aile Hukuku, s.506; Ertürk, s.381; Y. 2. HD. 04.02.2002 T. E. 2001/17680, K. 2002/1277 (Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s.85); Hasan Özkan, , Açıklamalı-İçtihatlı Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı, ikinci Bası, Legal Yayıncılık, Ocak 2005, s.752; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.52.

110 Somkan Fırat, s.59.

111 Özuğur, s.1016; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.53.

112 Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.53; Demir, s. 90.

113 Ceylan, s. 123-124; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 178; Arbek, s.147; ;Özuğur, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin iptali Davaları, s.1016; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.54.

faka davası açmalarını önleyerek mahkemelerin iş yükünün azalmasına katkıda bulunması, hem de tarafların sık sık mahkemeye başvurmasını önleyerek mahkeme giderlerinin de önüne geçmesi açısından oldukça yerinde bir düzenlemedir.[114]

Yoksulluk nafakasının arttırılması ya da azaltılması davasında ispat yükü davacıdadır. Nafakanın arttırılması davasında; davacı, hükmedilen nafakanın geçimine yetmediğini, davalının mali gücünün arttığını, kendi mali gücünün ise azaldığını kanıtlamalıdır. Yoksulluk nafakasının azaltılması davasında ise; davacı mali gücünün nafakayı ödemeye yetmediğini, davalının mali gücünün düzeldiğini ya da kendi hayatında değişiklikler meydana geldiğini ispatlamalıdır[115].

V. YOKSULLUK NAFAKASININ SONA ERMESİ

Toptan (sermaye şeklinde) ödenmesine karar verilen nafaka tek seferde ödeneceğinden, "ödenme" ile son bulacak ve yapılan ödemelerin geri ödenmesine karar verilemeyecektir[116].

İrat biçiminde ödenmesine karar verilen yoksulluk nafakasının hangi hallerde sona ereceği ise TMK'nın 176/3. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, nafakanın taraflarından birinin ölümü ve nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi hallerinde kendiliğinden; alacaklı tarafın evlilik dışı yaşaması, haysiyetsiz hayat sürmesi, yoksulluğunun ortadan kalkması hallerinde ise mahkeme kararı ile ortadan kalkar.[117]

A. Yoksulluk Nafakasının Kendiliğinden Sona Ermesi

1. Nafaka Alacaklısının veya Nafaka Borçlusunun Ölmesi

Yoksulluk nafakası, nafaka alacaklısı veya borçlusunun ölümü ile mahkeme kararına gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer. Gaiplik kararı da ölüm gibi sonuç doğuracağından, bu durumda da yoksulluk nafakası kendiliğinden son bulur.[118]

---

114 Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s.87; Özuğur, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin iptali Davaları, s.1016; Demir, s.85, Somkan Fırat, s.62.

115 Bulut, s. 107-108, Somkan Fırat, s.63.

116 Ruhi, s. 89; Bozovalı, s. 75; Ceylan, s. 119; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.54; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 174.

117 Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s. 89; Bozovalı, s. 76; Bulut, s. 108; Ergün, s. 1244; Yavuz, s. 261; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, s. 940; Köseoğlu, s. 153; Şimşek, s. 47; Ceylan, s. 119; Uzun, s. 83,84; Ahmet Mithat Kılıçoğlu, Medeni Hukuk Temel Bilgileri, Gözden Geçirilmiş-Güncellenmiş 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013, s, 295; Arbek, s. 149; Köprülü ve Kaneti, s. 196; Hatemi ve Kalkan Oğuztürk, s.114; Oğuzman ve Dural s.147; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.54; Demir, s.98.

118 Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s. 89.

Nafaka alacağının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir alacak, nafaka borcunun da kişiye sıkı sıkıya bağlı bir borç olması nedeniyle, taraflardan birinin ölümü halinde, alacak ya da borç tarafların mirasçılarına intikal etmez. Ancak, TMK'nın 176/3. maddesinde ortadan kalkacağı ifade edilen nafaka talep hakkı, sadece geleceğe yönelik taleplere ilişkindir. Bu nedenle, nafaka alacaklısının ölümü halinde, nafaka yükümlüsünün daha önce ödemediği birikmiş nafaka borçları varsa nafaka alacaklısının mirasçıları muaccel olan bu borcu nafaka borçlusundan talep edebilecektir.[119] Yine nafaka borçlusunun ölmesi halinde de nafaka borcu kendiliğinden sona ereceğinden borçlunun sadece ölümünden önce ödemediği, muaccel olmuş nafaka borçları mirasçılarına intikal edecek, geleceğe dönük miktara ilişkin nafaka borcu ise sona erecektir.[120]

Nafaka yükümlüsü, nafaka alacaklısının ölümü halinde alacaklının ölüm tarihini gösteren nüfus kaydını sunmak suretiyle bu durumu ispat etmiş sayılır ve alacaklının ölüm tarihi itibariyle nafaka borcundan kurtulmuş olur.[121] Aynı şekilde nafaka borçlusunun ölüm tarihini gösteren belgenin ilgili kişi tarafından yetkili makamlara sunulması da ispat için yeterlidir.[122]

2. Nafaka Alacaklısının Yeniden Evlenmesi

Yoksulluk nafakası,nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi ile kendiliğinden sona erer.Nafaka borçlusunun yeniden evlenmesi ise kural olarak nafaka borcunu sona erdiren bir durum değildir; ancak bu durum nafakanın indirilmesi için bir sebep teşkil edebilir.[123]

Nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi onu yoksulluktan kurtarmamış olsa bile bakım yükümlülüğü artık yeni eşe geçeceğinden eski eşin sorumluluğu kalkmış kabul edilir.[124] Nafaka alacaklısının yapmış olduğu bu ikinci evlilik sona erdiğinde ise, ilk eşin sorumluluğu tekrar başlamaz.[125]

Nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi halinde nafaka kendiliğinden kalkacağından, tıpkı taraflardan birinin ölümü halinde olduğu gibi,

119 Yavuz s.261; Kartal, s.116.

120 Akıntürk ,s.307,308; Velidedeoğlu, s.238; Tekinay, s.253, Feyzioğlu, s.401,402; Bozovalı,s.76; Kartal, s. 116,117. Mehmet Erdem, Aile Hukuku, İstanbul: Seçkin Yayınevi, 2018, s.207; Öcal, s.63.

121 Köseoğlu ve Kocaağa, s.194; Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C. 2, Sekizinci Bası, Beta Basım A.Ş., İstanbul, Ekim 2003, s.308.

122 Kartal, s. 116.

123 Öztan, Aile Hukuku, s. 508; Ertürk, s.381.

124 Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.54, Kartal, s.114.

125 Öztan, Aile Hukuku, s. 508; Ertürk, s.381; Demir, s.101.

nafaka yükümlüsü bu evliliği gösteren belgeyi ilgili makama sunarak durumu ispatlayabilecektir.

Nafaka alacaklısının yeniden evlendiğini nafaka borçlusuna bildirmemesi dürüstlük kuralına aykırı bir durumdur.[126] Eğer, nafaka yükümlüsü, nafaka alacaklısının bildirmemesi nedeniyle onun yeni bir evlilik yaptığını öğrenememiş ve nafaka ödemeye devam etmişse, yapılan ödemeler sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde açılacak alacak davası ile geri istenebilir.[127]

B. Yoksulluk Nafakasının Mahkeme Kararı ile Sona Ermesi

1. Nafaka Alacaklısının Resmi Evlilik Olmaksızın Fiilen Evlilik Hayatı Sürdürmesi

Yoksulluk nafakası alacaklısının TMK md.176/3'teki ifade ile, "*evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması*" da yoksulluk nafakasının sona erme sebeplerindendir.

Bu düzenleme, nafaka alacaklısının kendi lehine olan bir hakkı kötüye kullanmasını engellemek amacını taşımaktadır. Şöyle ki, eski eşinden nafaka almakta olan nafaka alacaklısı, sırf nafakanın sona ermesini önlemek için yeniden resmi bir evlilik yapmayıp dini nikahla ya da dini nikahsız olarak bir başkasıyla birlikte yaşamayı tercih edebilmektedir. Bu durum ise yoksulluk nafakasının amacına aykırı bir durumdur.[128]

Nafaka alacaklısının evlilik dışı bir birliktelik sürdürmesi halinde yoksulluk nafakası kendiliğinden son bulmayacaktır. Bunun için, söz konusu fiili birliktelikten haberdar olan nafaka borçlusunun mahkemeye başvurarak nafakanın kaldırılması talebinde bulunması ve mahkemenin de bu iddianın ispatı halinde nafakanın kaldırılması yönünde karar vermesi gerekmektedir.[129] Burada ispat yükü davacı nafaka borçlusunda olup, tanık dahil her türlü delille ispat mümkündür.[130]

2. Nafaka Alacaklısının Haysiyetsiz Hayat Sürmesi

TMK m. 176/3 hükmünde *"alacaklı tarafın haysiyetsiz hayat sürmesi halinde"* yoksulluk nafakasının mahkeme kararıyla kaldırılacağı belirtilmiştir.

---

126 Demir, s.101

127 Sibel Erdem, s. 81 Perktaş, s.41.

128 Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 175; Dural, Öğüz ve Gümüş, s. 151.

129 Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 175;

130 Ali İhsan Özuğur, Nafaka Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, İstanbul, 2007, s. 302.

Genel bir ifade olan "haysiyetsiz hayat sürme"kavramının kapsamı doktrin ve Yargıtay uygulamaları ile belirlenmeye çalışılmıştır.[131]Doktrindeki hakim düşünce, bu kavramın çerçevesinin toplumun değer yargıları ve ahlak kurallarına göre belirlenmesi gerektiği yönündedir.[132] Yargıtay uygulamasında da haysiyetsiz hayat sürme kavramının toplumun değer yargılarına göre değişen bir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir.[133] Buna göre, haysiyetsiz hayat tarzı, toplumun ahlak, şeref, namus, anlayışına uygun olmayan bir tarzda yaşamak olarak tanımlanabilir.[134]

Nafaka alacaklısının haysiyetsiz hayat sürmesine;kumar oynaması, ayyaş olması, sürekli olay çıkarması, cinsel suçlar işlemesi, randevu evi çalıştırması, kadın ticareti yapması, hayat kadını olarak çalışması, uyuşturucu ticareti yapması, hırsızlık yapması, yüz kızartıcı suçlar işlemesi, uygunsuz yerlerde gezmesi, erkeğin anormal cinsel saplantılar içinde olması, kadının başka erkeklerle uygun olmayacak şekilde gezmesi gibi haller örnek olarak verilebilir.[135] Ancak, bu ve benzeri eylemlerin nafakanın kaldırılması sonucunu doğurması için, bir kez yapılmış olması yeterli olmayıp, bir hayat tarzı oluşturacak derecede devamlılık arz etmesi ve nafaka alacaklısının bu hayat tarzının nafaka yükümlüsü eş açısından haysiyet kırıcı olarak kabul edilmesi gerekmektedir.[136]

3. Nafaka Alacaklısının Yoksulluğunun Ortadan Kalkması

TMK m. 176/3'e göre yoksulluk nafakasının mahkeme kararı ile kaldırılmasını gerektiren diğer bir durum da nafaka alacaklısının yoksulluk halinin ortadan kalkmasıdır. Uygulamada, nafakanın kaldırılması davaları en çok bu gerekçe ile açılmaktadır. Gerçekten de, nafaka alacaklısının bir işe girmesi ya da düzenli bir gelire kavuşması gibi durumların, nafakanın kaldırılması taleplerinde en çok ileri sürülen durumlar olduğunu görmekteyiz.[137] Bununla birlikte, Yargıtay uygulamasında, nafaka alacak-

131 İsmail Dede, "Yoksulluk Nafakasının Fiili Birliktelik ve Haysiyetsiz Yaşam Sebebiyle Sona Ermesi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof.Dr. M. İlhan ULUSAN'a Armağan, 2016, Cilt 1, Sayı 2, s. 565.

132 Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 176.

133

134 Özuğur, Nafaka Hukuku, s. 303.

135 Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s. 90; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 176; Ergün, s. 1245; Öztan, Aile Hukuku, s. 509; Ertürk, s.381; Uzun, s.79-80;

Özuğur, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin iptali Davaları, s. 1014; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.56.

136 Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 176; Uzun, s.80; Demir, s.102; Öztan, Aile Hukuku, s. 508.

137 Örneğin; nafaka alacaklısının asgari ücretli bir işte çalışmaya başladığı ve bu suretle yoksulluğunun sona erdiği iddiasıyla açılan bir nafakanın kaldırılması davasında, ilgili mahkeme tarafından verilen davanın kabulü kararı, Yargıtayca; "asgari ücretin, günün

lısının asgari ücretli bir işe girmesinin, nafakanın kaldırılması için tek başına yeterli bir durum olmadığı, ancak nafaka miktarının azaltılmasına etki edebileceği görüşü baskındır.[138]

Nafaka alacaklısının yoksulluğunun ortadan kalkması, çalışmaya ve düzenli gelir elde etmeye başlaması suretiyle olabileceği gibi, kendisine miras kalması suretiyle de olabilir.[139] Ancak, Yargıtay'a göre bu durumda bile, nafaka alacaklısının kendisine miras kalan unsurlardan faydalanma şeklinin ve ne kadar gelir elde ettiğinin belirlenip bu durumun onu yoksulluktan kurtarıp kurtarmadığının araştırılması gerekmektedir.Ayrıca, sırf nafaka alacaklısının ailesinin maddi durumunun iyi olduğu gerekçesiyle yoksulluk nafakasının kaldırılmasına karar verilmesi de doğru değildir.[140]

Yargıtay uygulamasında, genel olarak, nafakanın kaldırılması için ileri sürülen sebeplerin gerçekten nafaka alacaklısının yoksulluk halini kaldırıp kaldırmadığına ilişkin doğru tespitin yapılması gerektiği vurgulamaktadır. Bunun için, tarafların mali durumlarına dair gerekli incelemelerin ayrıntılı olarak ve nafakanın hükmedildiği tarihteki durumları ile kıyaslanarak yapılması gerektiği belirtilmektedir.[141]

Mahkemece verilen yoksulluk nafakasının kaldırılması kararı dava tarihi itibariyle hüküm ve sonuç doğurur. Bu nedenle, nafaka yükümlüsü davanın açıldığı tarihten sonra ödemek zorunda kaldığı nafakayı faizi ile birlikte sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca isteyebilir.[142]

VI. YOKSULLUK NAFAKASINA İLİŞKİN DAVALARDA UYGULANACAK USUL HÜKÜMLERİ

A. Davanın Tarafları

Yoksulluk nafakası talebinin gerek boşanma davasında, gerekse ayrı bir davada ileri sürülmesi halinde davan**ı**n tarafla**rı**, ilgili evlilik birliğinin

ekonomik koşulları ve paranın alım gücü göz önünde bulundurulduğunda, davalıyı yoksulluktan kurtarmayacağı, ayrıca elde edilen bu iş ve gelirin her an için sona erebileceği, yani sabit ve güvenceli olmadığı" gerekçeleri ile bozulmuştur. (Yargıtay 3. HD.'nin 04.06.2002 tarihli, 2002/5950 E., 2002/6428 K. sayılı karar) Uzun, s.89,90.

138 Demir,s.99

139 Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s. 90; Ergenekon, s. 144; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 175; Ergün, s. 1244; Özuğur, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin iptali Davaları, s. 1014; Velidedeoğlu, s. 238; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.55;Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 175; Demir, s.104; Uzun, s.95.

140 Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s. 90); Demir, s.98; Somkan Fırat, s.72.

141 Kartal, s.127.

142 Kaçak, s. 174.

tarafları olan eşlerdir.[143]Yoksulluk nafakası talep hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan yoksulluk nafakası davasının tarafları da ancak bu haktan doğrudan etkilenen kişiler olabilir.[144] Kural olarak, fiil ehliyetine sahip olan kişi dava ehliyetine de sahiptir. Fiil ehliyetine sahip olan eş, bu davayı bizzat açıp yürütebileceği gibi vekil aracılığı ile de yürütebilir.[145]

Yürürlükteki kanuni düzenlemeler uyarınca, yoksulluk nafakası her iki eş tarafından da talep edilebildiğinden, kadın da erkek de davacı olabilmektedir.Ancak, çeşitli ekonomik ve sosyal nedenlerle boşanma sonucu kadınlar mali açıdan daha fazla etkilendiğinden, uygulamada yoksulluk nafakası davasının daha çok kadın eş tarafından açıldığını görmekteyiz[146].

B. Davada Görevli ve Yetkili Mahkeme

Yoksulluk nafakasının boşanma davasının bir fer'i olarak talep edilmesi halinde görevli mahkeme boşanma davasına bakan aile mahkemesi veya dosyaya aile mahkemesi sıfatıyla bakmakta olan asliye hukuk mahkemesidir[147]. Bu durumda, boşanmaya ilişkin kararı veren mahkeme, boşanmanın mali sonuçlarından olan yoksulluk nafakası ile ilgili de karar verir.[148]

Boşanma davası kesinleştikten sonra ayrı bir dava ile talep edilmesi halinde de görevli mahkeme yine aile mahkemeleri veya aile mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemeleridir. Yani, görev bakımından, nafaka davasının boşanma davası ile birlikte veya sonradan açılması arasında bir fark yoktur.[149]

Yetki bakımından ise, yoksulluk nafakasının boşanma davasının bir fer'i olarak talep edilmesi hali ile, boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra bağımsız bir dava ile talep edilmesi hali arasında farklılık vardır. Şöyle ki; yoksulluk nafakasının boşanma davası kapsamında talep edilmesi halinde, boşanma davasına bakmakta olan mahkeme yetkili iken, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra açılan yoksulluk nafakası davasında ise TMK'nın 177. maddesindeki özel yetki kuralı gereğince

143 Öcal, s.72

144 Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s. 91; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.54

145 Öztan, Aile Hukuku, s. 503, Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s. 57.

146 Kartoz, s. 22.

147 Ayrı bir aile mahkemesinin olmadığı yerde davaya Asliye Hukuk Mahkemesince "Aile Mahkemesi sıfatı ile" bakılmaması bozma nedenidir. (Yargıtay 2. HD. 09.03.2009, 9935/4226) (Öcal, s.73)

148 Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 179.

149 Öcal, s.73.

nafaka talep edenin yerleşim yeri mahkemeleri yetkilidir.[150] Bu düzenlemenin amacı, zaten zayıf ve muhtaç durumda olan nafaka alacaklısının, nafaka borçlusunun bulunduğu yerde dava açarak masraf yapmasını önlemektir.[151] Bununla birlikte, TMK m.177'deki bu düzenleme kesin yetki hükmü olmadığından, davanın HMK m.6 hükmü çerçevesinde genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesinde de açılması mümkündür.[152]

C. Davada Zamanaşımı

TMK'nın 178. maddesinde, evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava haklarının, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir. Buna göre, boşanma davası esnasında talep edilmeyen yoksulluk nafakası, boşanma davasının kesinleşmesinden sonra ancak bir yıllık yasal süre içinde talep edilebilecektir. Bir yıllık zamanaşımı süresine ilişkin bu düzenleme, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra, eşlerin uzun bir süre boyunca yoksulluk nafakası tehdidi ile karşı karşıya kalmalarını ve belirsizlik durumunu önlemesi açısından yerinde bir düzenlemedir.[153]

TMK m.178'de düzenlenen bu bir yıllık süre zamanaşımı süresi olup, hak düşürücü süre niteliğinde olmadığından, taraflarca ileri sürülmedikçe hakim tarafından re'sen dikkate alınamaz.[154]

Bununla birlikte, irat biçiminde ödenmesine karar verilen nafakanın arttırılmasını ya da azaltılması istemine ilişkin davaların, herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmaksızın koşulların oluşması halinde her zaman açılabileceğini daha önce ilgili konu başlığı altında belirtmiştik.

Hükmedilen nafaka alacağının hangi süre içerisinde tahsil edilebileceğine ilişkin olarak ise, Medeni Kanunumuzda özel bir düzenleme yer alamamaktadır. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesinde yer alan genel zamanaşımı düzenlemesi uyarınca,yoksulluk nafakası alacakları da, genel zaman aşımı süresi olan on yıllık zamanaşımı süresi içerisinde tahsil edilebilecektir.[155]

---

150 Öcal, s.74; Arbek, s.143; Ceylan, s.124 .

151 Kaçak, s.608; Ruhi, Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, s,92; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 179; Özuğur, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin iptali Davaları, s.1016; Demir, s. 120.

152 Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.57.

153 Uzun, s.100.

154 Uzun, s.101; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.49.

155 Uzun, s.106.

D.Davada Yargılama Giderleri, Vekâlet Ücreti ve Faiz

Boşanma davası sırasında talep edilen yoksulluk nafakası, boşanma davasının fer'i niteliğinde olduğundan ayrı bir harca tabi değildir. Boşanma davasından sonra açılan bağımsız yoksulluk nafakası davası ise, nispi harca tabi olup, bu harç talep edilen nafakanın bir yıllık tutarı üzerinden hesaplanır.[156]

Boşanma davasının kesinleşmesinden sonra açılan yoksulluk nafakasına ilişkin davada harcın yatırıldığı tarih önem arz eder. Çünkü, dava bu tarihte açılmış sayılacağından yoksulluk nafakası da bu tarihten itibaren istenebilecektir.[157]

Vekalet ücreti bakımından da; tıpkı harç düzenlemesinde olduğu gibi, yoksulluk nafakasının boşanma davası kapsamında talep edilmesi halinde, ayrı vekalet ücretine hükmedilmeyecektir. Boşanma davası kesinleştikten sonra açılan yoksulluk nafakası davasında ise, red veya kabul halinde, bir yıllık nafaka miktarı üzerinden Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi (AAÜT) uyarınca hesaplanacak vekalet ücretine hükmedilir.[158] Bununla beraber, davanın kısmen reddi halinde reddedilen kısım için davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmez.[159]

Yoksulluk nafakası davasında, nafaka miktarı dava tarihinde henüz muayyen ve muaccel olmadığından yoksulluk nafakasına dava tarihinden itibaren faiz yürütülemez. Hükümden sonra ise, nafaka borcunun muaccel olduğu ve nafaka borçlusunun temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren talep halinde faiz yürütülebilir.[160]

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YOKSULLUK NAFAKASINDA "SÜRE" SORUNU

I. TÜRK HUKUKUNDA YOKSULLUK NAFAKASININ SÜRESİ

TMK'nın 175/1.maddesinde, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafın diğer taraftan "*süresiz*" olarak nafaka isteyebileceği belirtilmiştir. Buna göre, nafaka alacaklısı lehine hükmedilen yoksulluk nafakası,

156 Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku , s.49.

157 Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku,s.49.

158 Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.50.

159 Demir, s.115. Ruhi, , Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku , s.50.

160 Arbek, s.149.

TMK.'nun 176/3. maddesindeki sona erme halleri gerçekleşmedikçe zaman sınırı olmaksızın süresiz olarak devam edecektir. O halde, hukuk sistemimizde yoksulluk nafakasına kural olarak ***süresiz*** şekilde hükmedileceğini söyleyebiliriz.[161]

Bununla birlikte,TMK 175/I hükmü, belirli bir süre ile nafaka talep edilmesine de engel değildir.[162] Yoksulluk nafakası alacaklısı, dilerse,yoksulluk nafakasının kendisine belirli bir süre dahilinde ödenmesini isteyebilir. Yoksulluk nafakasının bu şekilde belirli bir süreyle sınırlı olarak talep edildiği hallerde, hakim, taleple bağlılık ilkesi gereğince talep edilen süreden daha fazla bir süre nafaka ödenmesine karar veremez.[163]

Belirtmek gerekir ki, yoksulluk nafakasının süresiz olarak ödenmesi konusu, sadece irat biçimindeki nafaka bakımından geçerlidir; nafakanın toptan ödenmesine karar verilen hallerde ***süre*** sorunu ***söz konusu değildir.***[164]

II. YOKSULLUK NAFAKASININ SÜRESİNE İLİŞKİN TÜRK MEDENİ KANUNUNDAKİ DÜZENLEMENİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Çalışmamızın başında genel olarak Medeni Kanunumuzun nafakaya ilişkin 175. maddesinin tarihsel sürecinden bahsetmiştik. Burada ise, özellikle "süre" yönünden yapılan değişiklikler üzerinde durulacaktır.

743 sayılı eski Medeni Kanunun 144. maddesinin, 04.05.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanunun 6. maddesi ile değiştirilmesinden önceki düzenlemesine göre, yoksulluk nafakası bir yıllık bir süre için talep edilebilmekteydi. Bu hüküm bağlayıcı nitelikte olduğundan, bu süreden daha az veya daha fazla bir süre için nafakaya hükmedilmesi söz konusu değildi.[165]

04.05.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, bir yıllık süre sınırı kaldırılmış ve yoksulluk nafakasının süresiz olarak istenebileceği düzenlemesi getirilmiştir.[166]

161 Öcal, s.122.

162 Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.46;Öztan, Aile Hukuku, s.509; Ceylan, s.116; Yıldırım, s.77; Arbek, s.145

163 Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku s.46; Öztan,Aile Hukuku s.504; Ceylan, s.116; Yıldırım, s.77-78; Şahin, s.88.

164 Kürşat Yağcı, " Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:76, Sayı:1, 2018, s.325.

165 Feyzioğlu,s.399; Tekinay, s.264.

166 3444 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet Gerekçesinde; yoksulluk nafakasındaki bir yıllık süre şartının adalete uygun düşmediği dikkate alınarak kaynak İsviçre Medeni Kanununun 152. maddesine uygun olarak süresiz nafaka mecburiyeti esasının kabul edildiği ifade edilmişti. Oysa 26.06.1998 tarihinde yapılan ve 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanunundaki değişiklikler kapsamında yürürlükten kaldırılan 152. maddede, 3444 sayılı Kanunun Hükümet Gerekçesinde belirtilenin aksine, süresiz

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 175. maddesinin 1.fıkrasında da aynı şekilde süresiz nafaka hükmü korunmuştur.[167]

Yoksulluk nafakasının süresini bir yıl ile sınırlı tutan 743 sayılı eski MK. m. 144'teki düzenleme, yoksulluk nafakasının amacı ile bağdaşmadığı ve nafaka alacaklısı açısından hakkaniyetli olmadığı yönünden eleştirilmekteydi.[168] Çünkü, bu düzenleme, bir yıllık sürenin bitiminde hala yoksulluktan kurtulamayan nafaka alacaklısını ekonomik yönden oldukça zor durumda bırakmaktaydı. İşte, 3444 sayılı kanunla getirilen süresiz nafaka düzenlemesi bu eleştirilerin etkisiyle gerçekleştirilmişti. Ancak, süresiz nafaka uygulaması da, nafaka yükümlüsünü ömür boyu bu sorumlulukla baş başa bırakmanın yükümlü bakımından hakkaniyetli olmadığı noktasında eleştirilmeye başlanmıştır.[169]

Ve nihayet, bu eleştirilerin de bir neticesi olarak, Kestel Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından, TMK.'nın 175/1. maddesi ve özellikle de maddede geçen "süresiz olarak" ifadesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusunda bulunulmuştur.[170].

Başvuruda özetle; Türk Medeni Kanununun 175. maddesinin 2. fıkrasının, kişiyi kan bağı ile akraba olmadığı boşandığı eşine ömür boyu nafaka ödeme yükümlülüğü altında tutması, nafakaya hangi hallerde hükmedileceği, hangi koşullarda kaldırılmasının istenebileceği, tarafların ekonomik durumlarının ne şekilde dikkate alınacağı gibi hususları açıklamaması sebebi ile Anayasamızın devletin insan haklarına saygılı sosyal bir hukuk devleti olduğunu açıklayan 2. maddesine aykırı olduğu, yine bir kişinin diğer bir kişiye sürekli nafaka ödeme yükümlülüğü altına sokulmasının herkesin kanun önünde eşit olduğunu açıklayan Anayasamızın 10. maddesine de aykırı olduğu ve nafaka yükümlülerinin yeniden aile hayatı kurmasını engelleyici mahiyette olduğundan Anayasanın 41. maddesi ile de çelişen sonuçlar doğuracağı ileri sürülmüş ve söz konusu gerekçelerle TMK. 175. maddenin öncelikle tamamının, bunun kabul edilmemesi halinde ise maddede geçen "süresiz olarak" ibaresinin iptali talep edilmiştir.[171]

---

nafaka mecburiyeti söz konusu değildi. Yani, hakimin nafakayı belirli bir süre ile sınırlama konusunda takdir hakkı vardı. Yağcı, s. 327,Ceylan, s.115.

167 Yağcı, s. 327.

168 Kulaklı, s.252; Feyzioğlu, s. 399; Köprülü ve Kaneti, s. 196.

169 Kulaklı, s.252

170 Öcal, s.134.

171 Kulaklı, s.252; Kartal, s.86.87.

Anayasa Mahkemesinin, söz konusu başvuruya ilişkin T. 17/5/2012 – E. 2011/136 - K. 2012/72 sayılı kararında özetle;itiraza konu 4721 sayılı TMK'nın 175. maddesindeki "süresiz olarak" ibaresinin, nafaka alacaklısının her zaman ölünceye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmediği, kanun koyucunun bu maddede "süresiz olarak" ibaresine yer vermesinin amacının, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması olduğu, nafaka borçlusu eş bakımından bu yükümlülüğün getirilmesinin sosyal hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu, bu nedenle, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olmadığı, söz konusu kuralın Anayasa'nın 10. ve 41. maddesi ile ise bir ilgisi görülmediği belirtilmiş ve sonuç olarak,oyçokluğuyla[172] iptal talebinin reddine karar vermiştir.[173]

Böylelikle, 4721 sayılı TMK'nın 175. maddesi, başvuruya konu hususlar bakımından Anayasa'ya uygun olduğu sonucuna varıldığından, mevcut haliyle yürürlükte kalmaya devam etmiştir.

III. DOKTRİNDE YOKSULLUK NAFAKASININ SÜRESİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Doktrinde, yoksulluk nafakasının süresinin mutlaka sınırlandırılması gerektiğini savunan görüşler olduğu gibi, süresiz ödenmesini doğru bulan görüşler de mevcuttur. [174] Diğer yandan, TMK m.175/1hükmünün emredici nitelikte olmadığını ve hâkime takdir hakkı verdiğini, bu nedenle, somut olayın özelliklerine göre, süresiz nafaka talebinde dahi ***süreli na***fakaya hükmedebileceğini savunanlar da vardır.[175]

172 Anayasa Mahkemesi üyelerinden Hicabi DURSUN, söz konusu karara katılmamış ve karşı oy yazısında özetle; insanların boşanarak aralarındaki hukuki ilişkiyi bitirmiş olmalarına rağmen evlilik birliğinde var olan sorumluluklarının ömür boyu devam etmesinin insaflı olmadığı gibi, hakkaniyete de aykırı olduğunu, bir nafaka alacağının adeta mülkiyet hakkı gibi sürekli olmasının, hak düşürücü süre ve zaman aşımı kavramlarının kabul edildiği bir hukuk sisteminde adalet duygusunu zedelediğini, ayrıca, yoksulluk olgusunun sebebinin sadece eşinden boşanan tarafın davranışları ve boşanmanın kendisi olmadığını, çeşitli nedenlerle yoksulluğa tarihin her döneminde, her toplumda rastlanabildiğini, aynı zamanda toplumsal bir olgu olan ve Devletin aktif olarak mücadele etmesi gereken yoksulluğun sorumluluğunun, boşanan taraflardan birisinin üzerine ömür boyu yüklenmesinin, sosyal devlet ilkesine, hakkaniyete ve mantığa da uygun bir çözüm olmadığı kanaatinde olduğunu belirtmiştir." Kulaklı, s.252; Kartal, s.87.88.

173 Kulaklı, s.252; Öcal, s.135; Ali Demirbaş, "Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, S: 2, 2018, s. 230.

174 Öcal, 127; s. Uzun., s.110 Arbek, s.145-146; Yıldırım, s.83; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.46; Gençcan, s.800.

175 Tekinay, s.264; Köseoğlu ve Kocaağa, s.233; Mehmet Hamzaçebi, "Türk Medeni Kanununa Göre Boşanma ve Ayrılık Hallerinde Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası" , Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 3-4, Konya, 2002, s.35; Kocabaş, s.366-367; Oğuz, s.33; Yağcı, s.340; Öcal, s.127.

Arbek; TMK m.176/3'te düzenlenen sona erme sebepleri gerçekleşmedikçe bir tarafın ömür boyu nafaka ile yükümlü tutulmasının zamanaşımı ile hak düşürücü süre kavramlarının tanındığı hukuk sistemimizde hem hukuka hem de hakkaniyete aykırılık teşkil ettiğini, nafaka alacaklısını tembelliğe yöneltebileceğini ve adalet duygusunu zedeleyeceğini ifade etmiştir.[176] Yıldırım da, özellikle kısa süren evliliklerde TMK.'nun 176/3. maddesindeki nedenlerin gerçekleşmemesi halinde ömür boyu nafaka yükümlülüğü doğmasının hakkaniyete aykırı bir durum olduğu ve bu durumun TMK. m.178'deki bir yıllık zamanaşımı süresi ile de çelişki teşkil ettiği görüşündedir.[177] Ayrıca, Yıldırım ve Arbek, nafakadan dolayı taraflar arasında uzun sürecek bir ilişkinin zamanla birbirlerinin özel hayatına müdahale etme tehlikesi doğuracağına da işaret etmiştir.[178] Ruhi,mevcut süresiz nafaka düzenlemesinin adaletsiz olduğunu belirterek, bu konuda değişikliğe gidilmesinin ve nafakaya tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile evli olarak kaldıkları süre esas alınarak bir yıl ile üç yıl arasında bir süre ile sınırlandırılma getirilmesinin uygun olacağını ileri sürmüştür.[179] Gençcan da benzer şekilde, yoksulluk nafakasının süresiz olarak verilmesinin insanın doğasına ve yaşam gerçeklerine uygun olmadığını belirterek, çözüm olarak ülkenin ekonomik gerçekleri dikkate alınarak, nafakaya bir yıldan çok, beş yıldan az olacak şekilde bir süre sınırlaması getirilmesini önermiştir.[180]

Yağcı ise, TMK m.175' in mevcut hali ile, hakime, nafakanın süresini somut koşullara göre belirleme yönünde takdir hakkı tanıdığını, bu nedenle madde metninde değişikliğe gidilmeden gerekli hallerde hâkimin süreyi sınırlandırarak nafaka takdir edebileceğini savunmaktadır. Bununla birlikte, yerleşik Yargıtay uygulaması, yoksulluk nafakasının süresiz talep edilmesi halinde, hâkimin yoksulluk nafakasına süreli olarak hükmetmek hususunda takdir yetkisi olmadığı yönündedir.[181] Yağcı, Yargıtay'ın bu uygulamasının aşılamaması sebebiyle kanunda değişikliğe gidilmesi halinde ise öncelikle "süresiz olarak" ifadesinin madde metninden çıkarılması ve nafakanın süre ve miktar tayininde esas alınacak belirli kriterlerin madde metninde yer alması gerektiğini savunur.[182]

176 Arbek, s.145-146.
177 Yıldırım, s.82-83.
178 Arbek, s.146;Yıldırım, s.83.
179 Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku, s.46.
180 Gençcan, s.800.
181 Yıldırım, s.78.
182 Yağcı, s.354,355.

Nitekim, TMK. m. 175 hükmünde yer alan ifade, "süresiz olarak talep edebilir" şeklindedir. Görüldüğü üzere, hâkimin nafakayı süresiz olarak karara bağlamak zorunda olduğuna dair bir hüküm madde metninde yer almamaktadır.[183] Yani, bu ifade, süresiz olarak talep edilmesine rağmen yoksulluk nafakasının belirli süreli olarak verilmesine engel değildir.[184] Kanaatimizce de, TMK m.175'in lafzı ve amacı göz önünde bulundurulduğunda, hakime nafakanın süresi konusunda takdir hakkı tanındığının kabul edilmesi ve nafaka talebi süresiz olsa da hakkaniyetin gerektirdiği hallerde, hâkimin süreli nafakaya hükmetmesinin istisnaen mümkün olduğunun kabul edilmesi isabetli olacaktır.

IV.YOKSULLUK NAFAKASININ SÜRESİNE İLİŞKİN TARTIŞMALAR VE GÜNCEL GELİŞMELER

A.Nafakanın Süresine İlişkin Tartışmaların Sebebi

TMK'nın 175. Maddesindeki "süre" konusunda süreç boyunca yapılan değişiklikler, Anayasa Mahkemesine yapılan iptal başvurusu ve öğretideki değerlendirmeler göstermektedir ki; konu hakkındaki tartışmalı olan husus, nafakanın süresiz olarak ödenmesinin talep edildiği hallerde, nafakaya bir süre sınırlaması olmaksızın hükmedilmesinin kanundan doğan bir zorunluluk olup olmadığı, ve nafakayı belirli bir süreyle sınırlandırma konusunda hâkimin takdir yetkisinin olup olmadığı meselesidir.[185]

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin, yukarıda incelediğimiz E. 2011/136 - K. 2012/72 sayılı kararında, asıl tartışma konusu olan bu mesele hakkında açık bir sonuca varmadığı görülmektedir. Şöyle ki, kararda geçen "Türk Medenî Kanunu'nun 175. maddesinde "süresiz olarak" ibaresine yer vermesinin amacı, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır" ifadesi ile, Anayasa Mahkemesi, kanunda "süresiz" olarak öngörülmesi ile her halde değil, şartların mevcudiyeti ve davamı süresince yoksulluk nafakası elde edilebileceğini işaret etmiştir.[186] Bu ifade ile, Anayasa Mahkemesi, TMK 176/3 gereğince nafakanın kaldırılması sebepleri ortaya çıktığında, yoksulluk nafakasının sona erecek olmasını, süresizlik unsurunun hakkaniyete uygun bir sınırlaması olarak kabul etmiştir.[187]Yani, kararda

183 Yağcı, s.354.

184 Kulaklı, s.265.

185 Zafer Kahraman:Yoksulluk Nafakası Hakkındaki Güncel Meselelerin Kadın Hakları Bakımından Değerlendirilmesi,II. Uluslararası Kadın Ve Hukuk Sempozyumu, 8-9 Mart 2019, s.6.

186 Demirbaş, s.231.

187 Yağcı, s.334.

açıkça ifade edilmiş olmasa da, Anayasa Mahkemesine göre, TMK 176/3 hükmünde sayılan haller somut olayda mevcut değilse, yoksulluk nafakasının süresiz olarak ödenmesine devam edilmesi gerekir. Dolayısıyla yoksulluk nafakasının sona erme veya kaldırılma sebepleri söz konusu değilse,her durumda süresiz olarak nafakaya hükmedilebilecek, yani hakim bu hususta takdir hakkını kullanamayacaktır.[188]

Öğretideki hakim görüşe ve içtihatlara baktığımızda da; yoksulluk nafakasının süresiz olduğuna ilişkin hükmün "emredici" nitelikte kabul edildiğini ve "süre" ile ilgili olarak hakime herhangi bir takdir yetkisi tanınmadığının kabul edildiğini görmekteyiz.[189] Yargıtay, TMK m.175/1 hükmünde geçen "süresiz" ifadesini, hâkimi bağlayıcı bir zorunluluk olarak yorumlamakta ve mahkemece nafakanın süre ile sınırlandırılmayacağı, ancak durum ve koşullara göre nafaka miktarının azaltılabileceği yönünde kararlar vermektedir.[190]

Yargıtay'ın bu uygulaması, ömür boyu nafaka ödeme yükümlülüğünün, özellikle kısa süren ve çocuksuz evliliklerde, nafaka yükümlüsü aleyhine hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmasına yol açabileceği düşüncesiyle öğretide eleştirilmiştir.[191] Günümüzde de, yoksulluk nafakasına süre sınırı getirilmesi gerektiğine dair bazı görüşler ileri sürülmeye ve konunun yeniden tartışılmasına başlanmıştır.[192]

B. Yoksulluk Nafakasının Süresine İlişkin Güncel Gelişmeler

Yukarıda da belirtildiği üzere; Yargıtay'ın, "taleple bağlılık ilkesi" gereğince talep halinde yoksulluk nafakasına süresiz olarak hükmedilmesinin zorunlu olduğuyönündeki uygulamasının,özellikle nafaka yükümlüleri açısından ciddi mağduriyetlere neden olması üzerine, kanun değişikliği çözümü gündeme gelmiş ve bu konuda çeşitli çalışmalar yapılmıştır.

TBMM bünyesinde kurulan Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonunun çalışmaları ve komisyonun 14 Mayıs 2016 tarihinde yayınlamış olduğu rapor da bunlardan biridir. Söz

188 Yağcı, s.334; Demir, s.67.

189 Ceylan, s. 116; Ruhi, Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku s.46; Yarg. 2.HD. 11.07.2012, E. 14283, K. 19487; Yarg. 2.HD. 07.06.2017, E. 24486, K. 7036; Yarg. 2.HD. 12.12.2017, E. 8859, K. 14407 (Yağcı, s. 336-337).

190 Yağcı, s. 335.

191 Arbek, s.145 .

192 Kahraman, s.7.

konusu raporun yoksulluk nafakasına ilişkin bölümünde,[193] özellikle eşlerin eşit kusurlu olduğu haller ile kısa süreli evliliklerde nafaka yükümlülüğünün belirli süreli olması gerektiği belirtilmiş, ayrıca nafaka alacaklısı eşin sosyo-ekonomik açıdan güçlendirilmesi için alınabilecek tedbirlere değinilerek, bu tedbirlere rağmen yoksulluğun kalkmadığı durumlarda da oluşturulacak bir fondan nafakanın karşılanması önerilmiştir.

Adalet Bakanlığı ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ise 10 Ekim 2018 tarihinde "Gündem Buluşmaları: Nafaka Sistemi" adı ile bir çalıştay düzenleyerek konuya ilişkin farklı görüşleri değerlendirmiş, sonrasında da çeşitli sivil toplum kuruluşları yoksulluk nafakasına ilişkin çalıştaylar düzenleyerek konuya dair kendi tespit, eleştiri ve tavsiyelerini rapor halinde kamuoyu ile paylaşmıştır.[194]

Yine, Ankara[195] ve İstanbul[196] Barolarının Kadın Hakları Merkezleri ile Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonu[197] (Tübakkom) bünyesinde ayrı ayrı çalıştay düzenlenmiş ve konuya ilişkin değerlendirmeler birer sonuç bildirgesi ile paylaşılmıştır.

Her ne kadar, baroların kadın hakları merkezlerince hazırlanan bu sonuç bildirgelerinde varılan ortak sonuç, konu hakkında yeni bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olmadığı yönünde ise de, Adalet Bakanlığı ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın nafakaya ilişkin başlattığı çalışmalar devam etmiş, hazırlanan taslak metne göre; kısa süreli evliliklerde en az iki yıl, uzun süreli evliliklerde ise, nafakanın evlilik süresine göre belirlenmesi üzerinde görüşülmüştür. Diğer yandan, hazırlanan bir kanun teklifine göre ise, süresiz nafaka uygulamasına son verilerek, nafaka alan kadın-erkeğin mali durumunda değişiklik olmaması, yeniden evlenmeme gibi durumlarda nafaka ödemesinin en fazla beş yıl ile sınırlandırılması, beş yılın sonunda mahkemeler aracılığıyla nafaka durumu

---

193 Aile Bütünlüğünü Olumsuz Etkileyen Unsurlar ile Boşanma Olaylarının Araştırılması ve Aile Kurumunun Güçlendirilmesi İçin Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonunun 14 Mayıs 2016 tarihinde yayınlamış olduğu raporun yoksulluk nafakasına ilişkin bölümünün yer aldığı kısım için bkz. https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/4129/meclis-aras-tirma-komisyonu.pdf, sf. 83.

194 Örneğin, Hazar Derneği tarafından yapılan çalıştay sonrası oluşturulan rapor için bkz. http://www.hazarderneg i.org/suresiz-yoksulluk-nafakasi-stk-calistayi/, E.T: 18.12.2019; Kartal, s.101.

195 Bkz.http://www.ankarabarosu.org.tr/HaberDuyuru.aspx?DUYURU&=2361 E.T.18.12.2019

196 Bkz:https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=14782&Desc=Nafaka-%C3%87al%C4%B1%C5%9Ftay%C4%B1-Sonu%C3%A7-Bildirgesine-%C4%B0li%C5%9Fkin Bas%C4%B1n-A%C3%A7%C4%B1klamas%C4%B1 E.T.18.12.2019

197 Bkz. https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/tubakkom-nafaka-calistayi-sonuc-bildirgesi-80777 E.T.18.12.2019

yeniden değerlendirilmesi ve nafakanın devamına karar verilmesi halinde ise ödemenin artık kamu tarafından yapılması öngörülmüştür.[198]

Görüldüğü üzere, yoksulluk nafakasında süre konusuna yönelik çalışmalar ve yapılan hazırlıklar, yeni bir kanuni düzenlemenin toplumsal bir gereksinim olduğuna işaret etmiş, ancak bu çalışmalar henüz bir yasa düzenlemesi halini almamış olduğundan konu üzerinde halen tartışma ve değerlendirmeler sürmektedir.

SONUÇ

"Yoksulluk nafakası ve yoksulluk nafakasında süre sorunu" konulu bu çalışmamızda, öncelikle genel olarak nafaka kavramı üzerinde durulmuş, devamında da asıl çalışma konumuz olan yoksulluk nafakası tüm yönleri ile incelenmiş ve son olarak da doktrinde çokça tartışılmakla birlikte konuya ilişkin olarak günümüzdeki tartışmaların da kaynağı olan "yoksulluk nafakasında süre" sorunu irdelenmiştir.

Bir bakım nafakası türü olan ve TMK.'nın 175. maddesinde düzenlenen yoksulluk nafakası, boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek eşin, kusuru daha fazla olmamak şartı ile diğer eşten süresiz olarak isteyebildiği, kural olarak irat şeklinde ödenmesine karar verilen nafakadır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, yoksulluknafakasına hükmedilebilmesinin koşulları; evlilik birliğinin sona ermesi, talepte bulunulmuş olması, talepte bulunanın talep edilenden daha ağır kusurlu olmaması ve talepte bulunanın evliliğin sona ermesi nedeniyle yoksulluğa düşecek olmasıdır. Ayrıca, bu koşulların varlığı halinde süresiz olarak hükmedilecek nafaka miktarının, nafaka yükümlüsünün mali gücü ile orantılı olması gerekir.

Boşanma davası kapsamında ileri sürülebileceği gibi, bağımsız bir dava ile de talep edilebilen yoksulluk nafakasının başlangıcı; boşanma davası kapsamında istenmesi halinde boşanma hükmünün kesinleştiği, ayrı bir dava ile istenmesi halinde ise bu davanın açıldığı tarihtir. Yoksulluk nafakasının miktarı ise somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak ve nafaka yükümlüsünün mali gücü ile orantılı olarak belirlenir. Miktarın taraflarca yapılacak bir sözleşme ile kararlaştırılması da mümkün olmakla birlikte, bu sözleşmenin geçerliliği hâkimin onayına bağlıdır. Hakim tarafından ya da taraflarca belirlenen bu miktarın, genellikle irat şeklinde veya talep halinde somut olaya göre toptan şekilde ödenmesine karar verilebilir. Tarafların ekonomik durumlarında süreklilik arz eden büyük bir değişiklik olması ve bu değişikliğin boşanma kararı esnasında öngörülmesinin mümkün olmaması halinde ise, nafaka miktarının artırılması ya da azaltılması talep edilebilir.

198 Bkz. https://odatv.com/mhpden-nafaka-teklifi-03051940.html

Yoksulluk nafakası, nafakanın taraflarından birinin ölmesi veya nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi halinde kendiliğinden; nafaka alacaklısının evlenme olmaksızın fiilen evliymiş gibi yaşaması, yoksulluğunun ortadan kalkması veya haysiyetsiz hayat sürmesi halinde ise mahkeme kararı ile kaldırılmak suretiyle sona erer. TMK. m.176/3'te belirtilen bu sona erme halleri gerçekleşmediği takdirde yoksulluk nafakası süresiz olarak devam edecektir.

Yoksulluk nafakasının miktarı ve ödenme biçimi bakımından taleple bağlılık ilkesi çerçevesinde hâkimin takdir yetkisi olduğu kabul edilmekle birlikte, süre konusundaki Yargıtay uygulaması hakimin takdir yetkisinin olmadığı yönündedir. Öğretide ise bu husus tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yoksulluk nafakasının süresiz olarak talep edilmesi halinde hâkimin nafakayı belirli bir süre ile sınırlandırarak belirleme konusunda takdir yetkisi yoktur. Buna göre, TMK. m. 176/3'te belirtilen sebepler söz konusu olmadıkça nafaka süresiz olarak devam edecektir. TMK. m. 175/1 ve TMK. m.176/3 hükümlerinin lafzı ve amacını birlikte değerlendiren diğer bir görüşe göre ise, TMK. m. 175/1 hükmünde "kural olarak" yoksulluk nafakasını belirli bir süreyle sınırlandırarak karar verebilmesi hususunda hâkime takdir yetkisi tanınmamış olmakla birlikte, talepte bulunanın yoksulluğunun bir müddet sonra sonlanacağının açıkça öngörülebilmesi halinde "istisnaen" nafaka belirli süre ile sınırlandırılarak tayin edilebilir.

Öğretideki "yoksulluk nafakasının süresine ilişkin hakimin takdir hakkı bulunup bulunmadığı" konusundaki bu tartışmaların yanı sıra, TMK. m. 175/1'te yer alan "süresiz" kavramının yerindeliği de tartışma konusu olmuştur. Doktrinde, mevcut düzenlemeyi yerinde bulanlar olduğu gibi, süresizlik kavramının kaldırılarak süre sınırı getirilmesi gerektiği yönünde görüşler de mevuttur. Bir başka görüşe göre ise, "süresiz" kavramı korunmakla birlikte belirli ölçütler ve hakkaniyet kaydı getirilmesi koşuluyla yoksulluk nafakasının süreli takdir edilebileceği kabul edilmelidir.

Tüm bu görüşlerden, hâkimin belirli süreli nafakaya hükmedebilme konusunda takdir yetkisine sahip olmadığı görüşünün baskın gelmesi ve yargı kararlarının da bu yönde olması, kanunda yoksulluk nafakasının süresi ile ilgili olarak değişiklik yapılması ihtiyacını gündeme getirmiştir.

Her ne kadar doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay uygulaması aksi yönde olsa da, kanımızca, hâkim, süresiz nafaka talebi halinde bile belirli kriterleri göz önünde bulundurarak sınırlı süreli nafakaya hükmetme konusunda takdir hakkına sahip olmalıdır. Çünkü, yoksulluk nafakasının amacı, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra ekonomik ve sosyal açıdan zor duruma düşen eşin, yeni durumuna uyum sağlayana kadar desteklen-

mesi olup, bu desteğin her koşulda süresiz olarak devam etmesi, nafaka borçlusunu zor duruma düşürüp hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Kaldı ki, TMK 175. madde metnindeki ifade, "nafaka alacaklısının süresiz olarak nafaka isteyebileceği" şeklindedir. Yani maddede hâkimin nafakaya süresiz olarak hükmetmek zorunda olduğuna dair bir ifade yer almamaktadır. Bu nedenle, maddede kanun değişikliğine gidilmeksizin amaca uygun lafzi yorum ile sorunun aşılabileceği kanaatindeyiz.

Bu duruma rağmen, TMK 175. maddede süre ile ilgili bir kanun değişikliğine gidilmesi halinde ise, öncelikle maddede yer alan "süresiz olarak" ifadesinin madde metninden çıkarılması ve hakime bu konuda takdir hakkı tanındığının madde metninde açıkça belirtilmesi gerekir.

Kanun değişikliği ile nafakaya alt ve üst sürelerin getirilmesi halinde de, tek bir alt ve üst süre belirlemek yerine, evliliğin süresi, müşterek çocuk sayısı, eşlerin yaşları, eğitim ve sağlık durumları ile malvarlığı ve gelir durumları gibi birden fazla kriter belirleyip her bir kritere göre değişen birden fazla alt ve/veya üst sürenin yer aldığı olduğu bir düzenleme getirilmesinin hakkaniyete uygun olacaktır. Söz konusu sürenin sona ermesine rağmen yoksulluğun ortadan kalkmaması halinde ise, oluşturulacak kamusal bir fondan nafaka ödemesinin devam etmesinin uygun bir çözüm olacağı, sosyal devlet ilkesinin ve fedakarlığın denkleştirilmesi prensibinin de bunu gerektirdiği kanaatindeyiz.

ZEKİ YILDAM

Av. A. Coşkun ONĞUN

Serin ama güneşli bir Şubat günü. Yer Beyoğlu. İstanbul Barosu Başkanlığı binasının önünde hareketlilik göze çarpmakta.

Yaklaşınca durum anlaşılıyor. İnce uzun bir masaya kondurulmuş tabut; üzeri kırmızı karanfillerle örtülü. Onun da etrafında toplanmış insanlar.

Yüzlerde hüzün.

Taksim'den Tünel'e Tünel'den Taksim'e sağlı sollu hiç bitmeyen insan akımı her zamanki gibi canlı ve dinamik... Çoğunluğu avukat olan insanlar, belli ki az sonra yapılacak cenaze törenine katılmak için bir aradalar. Aile üyeleri olduğu anlaşılan siyah giyimli kadınlar yeşil örtüden bir an olsun ellerini çekmiyorlar.

Keder içindeler elbet, acıya gark olmuş belli belirsiz bir gurur da arada yokluyor gibi.

Caddeden geçenler şaşkın, bakışlarda derin bir merak.

Birçok insanın etrafında toplandığı, son yolculuğuna uğurlanacak kişi kim?

Dünyanın en büyük Barosunun önünde düzenlenen bu töreni hak edecek ne yaptı, nasıl bir yaşam sürdü?

Merakını eyleme dönüştürenler yeşil örtünün önünde duran resme dikkat kesiliyorlar. Aydınlık simalı geniş alınlı, saçları gür, yüz hatları düzgün adamın fotoğrafının altındaki yazı kısa:

Av. Zeki Yıldam 1940 – 2020

O an aklıma Şairin dizeleri geliyor: ***Adı, soyadı Açılır parantez Doğduğu yıl, çizgi, öldüğü yıl, bitti. Kapanır, parantez. ...***

Parantezin içindeki çizgi Ne varsa orda Ümidi, korkusu, gözyaşı, sevinci Ne varsa orda...

Yıl 2012... Baroda, Dergi hazırlıklarını sürdürürken "Kolay gelsin" diyen bir sese yöneliyorum. Sevecen, İstanbul beyefendisi görünümlü tiril tiril mavi çizgileri olan beyaz gömlekli, heybetli bir adamla göz göze geliyoruz.

Tanıyorum. O dönem İstanbul Barosu yönetim kurulu üyesi de olan Av. Zeki Yıldam.

Teşekkür ederim diyorum, hafif utanarak.

"Lütfen rahatsız olma", diyor.

"Ben de Baro dergisine bir yazı yazacağım, en son ne zamana kadar gönderebilirim? Hiç kimsenin daha önce ele almadığı ve dikkat etmediği bir yöne dikkat çekeceğim."

Cümlesi bana oldukça iddialı geliyor. Şaşkınlığımı yüzümden okumuş olmalı ki devam ediyor.

"Biliyorum kimse pek okumuyor bizde ama yine de yazacağım."

Aradan bir ay geçti geçmedi yazı geldi. Başlığı en az Yazarının sözleri kadar çarpıcıydı: Hukuk Devleti Nedir?[1]

Yazının giriş cümleleri başlıktaki iddianın aksine mütevazı: "Son iki yüz elli yıllık batı siyasal tarihinin bize öğrettiği üzere, liberalizmin iki yüzü vardır ve bu iki yüz birbiriyle bağdaşmazlar. Bu yüzlerden biri siyasal liberalizm teriminde ifadesini bulurken diğeri ekonomik liberalizm veya kapitalizm olarak anılır. Bir de hukuksal liberalizm vardır ki, ifadesini hukuk devleti kavramında ve idealinde bulur.

Hukuk Devleti kavramı, burjuvazinin bir tasarımıydı, onun devlet projesinin bir parçasıydı ve ekonomik çıkarlarına uygundu; ancak bu tasarım evrenselci bir söylem içinde sunuluyor ve böylece herkes için geçerli olduğu sanısı yaratılıyordu.

Benim halen Stajyer Avukatlar ile ilgili yürütmekte olduğum dersler, "Hukuk Metodolojisi" ve "Cumhuriyet Döneminde Hukuki Gelişmeler" dersleridir. Bu dersler, "Genel Kültür" dersleri içinde yer almaktadır. Ancak Genel Kültür dersleri öğrenciliğim yıllarından da hatırladığım kadarıyla yalnız derslerdir. Bu dersleri, yalnızlığı için seçtim. Yazıya bu yalnızlığı dile getirerek başlamak istemiştim. Bu isteğimi de kaleme aldım. Yazının taslağını hazırlarken Cumhuriyet Gazetesi'nde aynı konuda bir hafta arayla birbirinin devamı olan 2 (iki) yazı okudum. Bu iki yazıyı daha beğendiğim için ikinci yazının girişindeki paragrafı aynen buraya aktardım.

Çevresinde onu tanıyanlar iyi bilirler neşeli bir insandır ve asla yalnız değildir. Dersler üzerinden sözünü ettiği bu yalnızlık daha çok az okuma alışkanlığına dair anlaşılamamanın verdiği kekremsi bir duruma işaret eder.

1 İstanbul Barosu Dergisi Sayı: 2012/2. Sf.152

Yayın Kurulu onay verdi. Kendisine durumu ilettim.

Yayım kararından sonra Derginin basımını her gün heyecanla bekledi.

O günden sonra sürekli iletişim halinde olduk. Her aradığında sorduğu ilk soru Müsait misin, olurdu. Ben de her defasında Senin için her zaman ağabey, derdim. Bu tür durumlarda güler ve biraz havadan sudan söz ettikten sonra konuyu bir biçimde Cumhuriyet Kültürü ve kazanımlarına getirmeyi başarırdı.

Baro bünyemizde kurulan İstanbul Barosu Cumhuriyet Kültürü Ve Eğitim Merkezi (CUMER) de onun öncü çabalarıyla kurulmuştur.

Güler yüzlü ve sevecen kişiliğe sahipti ancak disiplinli ve hukukun temel ilkelerine göre hareket eden bir yönü vardı.

Hukukun tüm işlevleriyle korunması ve yürütülmesi için Felsefeden sürekli biçimde beslenmesi gerektiğine olan inancı tamdı.

Samimi ve sıcakkanlı özelliklerinden yalnızca Vatan ve Cumhuriyet söz konusu olduğunda ayrılırdı.

Atatürk ilkelerinden taviz vermezdi.

Türk Milletinin birlik ve bütünlüğü gündeme geldiğinde huysuzlaşırdı.

Cumhuriyet felsefesi üzerine girişilen tartışmalarda uzlaşmazdı.

Aydınlamaya inanan bir Cumhuriyetçi, kıymet bilen, değer veren derinlemesine bir Atatürkçüydü.

Onu tanıyanların mutabık kaldığı üzere şefkatli aile babası, koruyan ve kollayan bir yöneticiydi.

Sigorta Hukuku üzerine çalışmalarda bulunan bir duayendi.

Koridorlarda yıllarca koşturmuş avukatlık mesleğine katkı sunmuş meslek büyüğüydü.

Sürekli okuyan ve araştıran bir aydındı.

2020 Yılının ilk sayısı için de aynı heyecanla yayımlanması için bir yazı göndermişti. Ne yazık ki Derginin elimize geçtiği gün kayıp haberini aldık. O son yazısının yayımlandığını göremedi ama onun aydınlık yolunda yürüyen binlerce meslektaşı kaleme aldığı cümleleriyle düşüncelerini tanıma fırsatına kavuştu.

Üçüncü bir yazının da hazırlıklarını sürdürüyordu. Kaybetmeseydik bu sayıda ismi Konu Başlığı olarak değil, yazar ismi olarak görülecekti.

Aşk olsun sana Zeki abi aşk olsun!

Dergideki son yazını bana mı yazdıracaktın?

Neyse ki ilke ve düşüncelerin ile önceden yayımlanan yazılarının izinden gitmemi sağlayarak her zamanki gibi işimi kolaylaştırdın.

Baro Başkanımızın da törende söylediği gibi başından sonuna dek hayatın her anında dimdik yaşadın, dimdik ayrıldın aramızdan.

İnandığın ilkeler, savunduğun düşünceler ve kıymetli anıların bize her zaman için yol göstermeye devam edecek.

Sevgi, saygı ve Rahmet ile…

TASARRUFUN İPTALİ DAVASININ 'BEDEL'E DÖNÜŞMESİNİN UYGULAMADA YARATTIĞI SORUNLAR

(İİK.m.283/II)

Av. Talih UYAR & Av. Cüneyt UYAR[1]

ÖZET:

a) Açılmış olan tasarrufun iptali davasında; dava konusu tasarrufun/tasarrufların -İİK m.

278, 279 ve 280 uyarınca- '*iptale tâbi olduğu*' kanısına varan mahkeme, bu dava konusu tasarrufun/tasarrufların iptaline karar verirken, davalı-üçüncü kişinin, dava konusu taşınırın/taşınmazları dördüncü kişilere devrettiği ve bu kişilerin '*kötüniyetli oldukları*'nın davacı-alacaklı tarafından ispat edilememesi nedeniyle, davacı-alacaklı tarafından davaya dahil edilememiş -yani; 'dava dilekçesi'nde "davalı" olarak gösterilmemiş- olması nedeniyle, aleyhlerine hüküm kuramamışsa veya davaya dahil edilmiş -yani; dava dilekçesinde "davalı" olarak gösterilmiş olmalarına rağmen '*kötüniyetli oldukları*' kanıt-lanamadığı için açılan dava "pasif husumet yokluğu" nedeniyle bu kişiler bakımından reddedilmiş ve İİK. m.283/II uyarınca tasarrufun iptali davası '*bedel*'e dönüşmüşse, aynı dava konusu taşınır/taşınmazlar hakkında başka alacaklılar tarafından açılmış, devam eden veya sonuçlanmış tasarrufun iptali davalarının da mevcut olduğunu saptayan mahkemenin, İİK m.283/II uyarınca '*bedel*'e dönüşen davada, davalı üçüncü kişiyi -dava konusu taşınırın/taşınmazın dördüncü kişilere satış tarihindeki gerçek değerleri oranında- tazminata mahkûm eder-ken ne şekilde karar vermesi gerekecektir?

b) Davacı-alacaklı tarafından (İİK m.277), "borçlu" ve "borçlu ile işlemde bulunmuş

üçüncü kişiler" ile "*dava konusu taşınırı/taşınmazları üçüncü kişiden satın almış dördüncü kişiler*" aleyhine (İİK m.282) açılan tasarrufun iptali davasında, davacının talebi doğrultusun-da dava konusu taşınırların/taşınmazların tapu kaydı (ve taşınırların varsa sicil kaydı) üzerine '*ihtiyati haciz*' (İİK m.281/2) ya da '*ihtiyati tedbir*' (HMK m.389 vd.) veya

1 İzmir Barosu avukatlarından

-bugün uygulamada çok sık karşılaştığımız gibi[2]- *'her ikisine birden'* karar verildikten sonra, bu taşınırlar/taşınmazlar, üzerindeki *ihtiyati hacizler/ihtiyati tedbirler* ile birlikte (yükümlü olarak) dördüncü kişilere devredilmesi (satılması) ve yargılama sonunda -dördüncü kişilerin *'kötüniyetli oldukları'*nın kanıt-lanamaması nedeniyle, açılmış olan tasarrufun iptali davasının '*bedel'e* dönüşmesi sonucunda mahkemece "üçüncü kişinin -dava konusu *taşınır-ların/taşınmazların dördüncü kişilere devredildiği tarihteki gerçek değerlerini- tazminat olarak ödemesine"* karar verilirken, dava konusu taşınırlar/taşınmazlar üzerindeki '*ihtiyati hacizlerin'/'ihtiyati tedbirlerin'* de -'taşınırların/taşınmazların maliki' durumunda bulunan "dördüncü kişilerin talebi üzerine" veya "mahkemece kendiliğinden" kaldırılması gerekir mi?

c) TBK. m.19 uyarınca açılan 'muvazaa nedenine dayalı tasarrufun iptali davası'nın *"bedel"e* dönüşmesi (İİK.m.283/II) halinde, mahkemece s a d e c e '*davacıya haciz ve satış isteme yetkisi tanınması*' doğrultusunda mı karar verilebileceği, yoksa '*dava konusu taşınırı/taşınmazı elinden çıkarmış olan davalı - üçüncü kişinin tazminatla sorumlu tutulmasına*' da karar verilebilir mi ?

a) "*Tasarrufun iptali davasının ne gibi sonuçlar doğuracağı"* İİK.'nun 283.mad-desinde[3] düzenlenmiştir.[4] İptal davası sabit olduğu (kazanıldığı) takdirde, davacı, dava konusu mallar üzerinde, sanki o mallar hâlâ borçlunun malvarlığında (mülkiyetinde) imiş gibi, cebri icra yolu ile hakkını (alacağını) almak yetkisini elde eder. Dava konusu mal, «iptal kararı» ile borçlunun mülkiyetine (malvarlığına) dönmez.[5] Üçüncü kişi yine «malik»

2 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR,T. /UYAR,A. /UYAR,C. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 6. Baskı, 2019, s:482 vd.

3 İİK. m.283: "Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile, hakkını almak yetkisini elde eder ve davanın konusu taşınmazsa, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın tashihine mahal olmadan o taşınmazın haciz ve satışını istiyebilir.

İptal davası, üçüncü şahsın elinden çıkarmış olduğu mallar yerine geçen değere taallük ediyorsa, bu değerler nispetinde üçüncü şahıs nakden tazmine (Davacının alacağından fazla olmamak üzere) mahküm edilir.

İptal davası üzerine üçüncü şahıs da, mamelekinde hasıl olacak eksikliğin borçludan tahsilini aynı davada istiyebilir. Bu talep, iptal davasının tefrik edilerek daha önce hükme bağlanmasına mani değildir.

İptal davasını kaybeden üçüncü şahıs, karşılık olarak şeyi veya bedelini borçludan veya iflas masasından geri istiyebilir.

Batıl bir tasarruf neticesinde kendisine ödenilen şeyi geri veren alacaklı eski haklarını muhafaza eder.

Kendisine bağış yapılan iyi niyetli ise yalnız dava zamanında elinde bulunan miktarı geri vermeye mecburdur."

4 UYAR, T. Tasarrufun İptali Davasının Sonuçları (İzmir Bar. Der. Temmuz/2008, s: 133-145)

5 Bknz: 12. HD. 10.12.2015 T. 17105/31231; 16.06.2015 T. 11663/1672; 26.05.2014 T.

olmakta devam eder.[6] Bu husus, iptal davasının *aynî* bir dava olmayıp, *kişisel* bir dava olmasının sonucudur.[7]

Haciz yolu ile takiplerde;

I- a-İptal davasının kaybedilmesi: İptal davasını kaybeden davacı, yargılama giderlerini -özellikle; *«nisbi vekalet ücretini»*[8] ve *«nisbi karar ve ilâm harcını»*[9]- ödemeye mahkûm edilir.

b- İptal davasının kazanılması:

aa- aaa) Kazanılan iptal davasının konusu **taşınır** ise (daha açık bir ifade ile; bir taşınırın devrine (satışına) ilişkin borçlunun tasarrufu iptal edilmişse) alacaklı aldığı ilâmı, asıl takip dosyasına koyarak, taşınırın haczini ister.

Taşınır mal, davalı - üçüncü kişinin elinde bulunmazsa, o zaman İİK. mad. 24/IV-VI hükümleri[10] uygulanarak, malın değeri, üçüncü kişiden haciz yolu ile tahsil edilir.[11]

Eğer dava konusu taşınır *trafik siciline kayıtlı bir araç* ise -ve borçlu tarafından, sahip olduğu aracın üçüncü kişilere yapılan devir işleminin iptali için borçlu hakkında 'tasarrufun iptali davası' açılmışsa- o zaman mahkemece *«davalı üçüncü kişi üzerindeki trafik kaydının iptaline ve aracın tekrar borçlu adına tesciline (eski hale getirilmesine)»* ya da daha kısa olarak *«trafik kaydının iptaline»* şeklinde karar verilemeyip *«dava konusu araç üzerinde davacıya alacak ve fer'ileri (eklentileri) ile sınırlı olarak cebri icra yolu ile ala-cağını almak yetkisinin tanınmasına...»* şeklinde[12] karar verilmesi gerekir...

12621/15005; 18.10.2012 T. 21675/30215; 10.04.2012 T. 30240/11673 vb. (www.e-uyar.com)

6 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR,T. /UYAR,A. /UYAR,C. a.g.e s:11 vd.-UYAR, T. İİK. Şerhi, Cilt: 11, 2009, s: 18658 -UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, 2014, C: 3, s: 4306

7 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR,T. /UYAR,A. /UYAR,C.Tasarrufun İptali Davaları s:11 vd. -UYAR, T. age. Cilt: 11, s: 18660 vd. - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK Şerhi, C: 3, s: 4309 vd.

8 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Tasarrufun İptali Davaları s:429 vd. -UYAR, T. İİK. Şerhi, C:12, s:19748

9 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. Tasarrufun İptali Davaları s:420 vd -UYAR, T. İİK. Şerhi, C:12, s:19738

10 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR, T. İcra Hukukunda İlâmlı Takipler, 2. Bası, 1991, s:333 vd. - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, C: 1, s: 532 vd. - UYAR, T. İİK. Şerhi, 2004, Cilt: 2, s:2641 vd.

11 GÜRDOĞAN, B. İflâs Hukuku, 1970, s: 245

12 Bknz: 15. HD. 12.12.2000 T. 5314/5482; 4. HD. 18.06.2008 T. 13589/8413; 01.05.2008 T. 10159/6035; 31.01.2008 T. 4458/819; 02.03.2006 T. 3017/2051 (www.e-uyar.com)

bbb- Eğer borçlu hakkında, üçüncü bir kişiye yapmış olduğu *temlik işleminin* - bu temlikin gerçekte mevcut olmayan bir borç için yapıldığı yani temlikin «muvazaalı bir temlik olduğu» ileri sürülerek - iptali için «tasarrufun iptali davası» açılmış ve açılan bu dava 'haklı' bulunmuşsa, mahkemece sadece *«yapılan temlik işleminin iptaline»* şeklinde, infazı kabil olmayacak bir hüküm kurulmaması gerekir. Mahkemenin, *«temlik alacaklısının, temlik aldığı alacağın ne kadarını tahsil ettiği» araştırılarak, «tahsil ettiği kısmı davacı-alacaklıya ödeme-sine (geri vermesine) ve tahsil etmediği kısım hakkında da alacaklıya cebri icra yetkisinin tanınmasına»* şeklinde karar verilmesi gerekir... Bir yerel mahkemenin[13] bu doğrultudaki ka-rarı çok isabetli olduğu gibi **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi**[14] de, benzer bir olayda *«çekdeki ciro işleminin ve dolayısı ile alacağın üçüncü bir kişiye devrine dair tasarrufun muvazaalı olması nedeniyle iptali istemiyle»* açılmış olan dava sonucunda *«borçlu şirketin lehtarı bulunduğu ... liralık çek, aslında alacaklı olmayan davalı ... ya karşılıksız olarak ciro edildiğinden, 'ciro işleminin dolayısıyla alacağın ...ya devrine dair tasarrufun iptali' istemiyle açılmış olan tasarrufun iptali davası sonucunda mahkemece verilen 'işlemin (cironun) iptaline' ilişkin kararın infaz kabiliyetinin bulunmayacağını, çünkü davalının kendisine ciro edilen çeki takibe koyarak alacağı tahsil etmiş ise, iptal davası elden çıkarılan değere dönüşeceğinden, mahkemece 'icra takibine konu alacağın asıl ve fer'ilerini geçmemek üzere .... liranın davalı ...dan tahsiline', eğer çek bedeli tahsil olunmamış ise 'davacı alacaklıya borçlu ...nın çek keşidecisi ...dan olan alacağı üzerine haciz tatbik etmek hakkı tanınmasına' şeklinde karar verilmesi gerekeceğini»* belirtmiştir...

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi[15] de benzer şekilde, «tasarrufun iptali davası sonucunda, 'davalı borçlu tarafından, icra dosyasındaki alacağın diğer davalı üçüncü kişi oğluna yapılmış olan temlikin iptaline' karar verilmesi halinde, mahkemece 'temlik edilen ..... TL tutarındaki alacağın, davacının alacak ve eklentileri ile sınırlı olarak davalılardan' değil sadece 'davalı üçüncü kişiden' tahsiline şeklinde hüküm kurulması gerekeceğini» belirt-miştir...

13 Bknz: İzmir 3. İcra Mahkemesi, 14.05.2009 T. 557/704

14 Bknz: 15. HD. 25.06.2002 T. 2351/3463 (www.e-uyar.com)

15 Bknz: 17. HD. 04.06.2009 T. 2712/4091 (www.e-uyar.com)

«Temlikin iptali» istemiyle açılan tasarrufun iptali davalarında, «dava konusu temlik tasarrufunun, gerçek bir borç ödemesine ilişkin olup olmadığı»nın araştırılması, gerekirse mahkemece bu konuda tarafların ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak;[16]

a) *Davacının borçludaki alacağı, temlik tutarından çok ise;* borçlunun üçüncü kişiye yaptığı «alacağın temliki» işleminin -«muvazaalı olduğu» gerekçesiyle iptali gerekeceği kanıtlanırsa, mahkemece «... yapılmış olan ... tarihli temlik işleminin davacı-alacaklı bakımından ve ..... sayılı icra dosyasındaki alacağı ve eklentileri ile sınırlı olarak iptali ile davalı üçüncü kişiden tahsili için davacıya cebri icra yetkisi tanınmasına» şeklinde karar verilmesi gerekir.[17]

b) *Davacının borçludaki alacağı, temlik tutarından az* ise; aynı şekilde, davacıyı haklı bulunan mahkemenin «yapılmış olan temlikin, davacının daha az tutardaki hak ve alacakları ile sınırlı olarak iptaline ve davacı-alacaklıya, alacak ve eklentiler ile sınırlı olarak, alacağın davalı üçüncü kişiden tahsili için cebri icra yetkisi tanınmasına» şeklinde karar verilmesi gerekir.

bb) Kazanılan iptal davasının konusu **taşınmaz** ise, -yani; alacaklı tarafından, sahip olduğu taşınmazı (taşınmazları) üçüncü kişilere devretmiş olan borçlulara karşı, bu devir işlemlerinin iptali için «tasarrufun iptali davası» açılmış ise- alacaklı; «davalı-üçüncü kişi üzerindeki kaydın düzeltilmesine gerek kalmadan o taşınmazın haczini ve satışını» isteyebi-lir.[18] Bu nedenle, satış işlemine konu yapılan taşınmaz hakkında açılan iptal davalarında, iptal isteminin yerinde görülmesi halinde mahkemece;

«'Satış işleminin (tasarrufunun) iptaline' ilişkin tasarrufun iptali davaları sonucunda, davanın kabulü halinde mahkemece 'davalı üçüncü kişi üzerindeki tapu kaydının iptaline ve taşınmazın tekrar borçlu adına tesciline (eski hale getirilmesine) ya da daha kısa olarak 'tapunun iptaline' şeklinde» karar verilmeyip, «'...tapu hissesinin iptali ile borçlu adına tesciline' değil, 'dava konusu tasarrufun iptaline, davacı alacaklıya icra takibindeki alacak ve fer'ileri (eklentileri) ile sınırlı olmak üzere, dava konusu taşınmaz hissesi üzerinde haciz ve satış işleme yetkisinin tanınmasına...' '...satışa konu taşınmaz malikinin borçlu ...olduğunun tesbitine değil '... dava konusu taşınmaz/taşınır üzerinde davacıya ala-

16 Bknz: 17. HD. 11.03.2013 T. 14091/3212; 28.03.2012 T. 2252/3774; 25.04.2011 T. 8872/3893; 28.02.2011 T. 1421/1750 (www.e-uyar.com)

17 Bknz: 17. HD. 04.06.2009 T. 2712/4091 (www.e-uyar.com)

18 Bknz:15. HD. 14.04.2003 T. 986/1956; 25.05.1998 T. 1847/1925; 11.05.1998 T. 1847/1925 (www.e-uyar.com)

cak ve fer'ileri (eklentileri) ile sınırlı olarak cebri icra yoluyla alacağını almak yetkisinin tanınmasına' '... satış tasarrufunun iptali ile davalı üçüncü kişi adına olan tapu kaydının iptal edilip borçlu adına tesciline...' değil, '... satışa konu taşınmazlar üzerinde davacı alacaklıya icra takibindeki alacak ve fer'ilerini (eklentilerini) geçmemek üzere haciz ve satış isteme yetkisinin tanınmasına' 'dava konusu satışın iptaline ve taşınmazın borçlu adına tesciline' değil, '... satışına ilişkin tasarrufun asıl alacak ve fer'ileri ile (eklentileri ile) sınırlı olarak iptaline...'» şeklinde karar verilmesi gerekir.[19]

İptal davasını kabul eden mahkeme - yukarıda belirtildiği şekilde karar verirken- ayrıca *«..... TL. alacağın (davacının alacağının) davalıdan (davalılardan) tahsiline....»* karar veremez.[20]

İptal davasının kabulüne karar verilen hallerde, kararın hüküm fıkrasında sadece *'tasarrufun iptaline'* karar verilmekle yetinilmesi hem *'iptal'*e ve de *'tazminat'*a karar verilemez...[21]

İİK. 283/I hükmüne aykırı olarak, tasarrufun iptali davasının sonucunda «dava konusu kooperatif hissesinin malikinin davalı borçlu..... olduğunun tesbitine» şeklinde karar verile-mez.[22]

Tasarrufun iptali davasının kabulü halinde, mahkemece «tasarrufun iptali»nden başka, ayrıca «tasarruf konusu malın haczine»de karar verilemez...[23]

cc) Kazanılan iptal davasının konusu **rehin hakkı** ise, alacaklı bu rehin hakkı ile yüklü şeyi, *«rehin hakkı dikkate alınmaksızın»* (yokmuş gibi) sattırabilir. Bu nedenle, rehin hakkına (özellikle, uygulamada çok sık görüldüğü şekilde, ipotek hakkına) ilişkin iptal davalarında, mahkemece; *«ipotek kaydının iptaline»* değil, *«ipotek kurulmasına ilişkin tasarrufun davacı bakımından iptaline...»* ya da kısaca *«ipotek işleminin iptaline...»*[24]*şeklinde karar verilmelidir. Bu durumda, mahkemece ayrıca «...TL alacağın (davacının alacağının) tahsiline...»* karar veremez.[25]

19 Bknz: 17. HD. 12.09.2013 T. 10078/12080; 05.05.2011 T. 4409/4351; 27.09.2010 T. 6377/7378; 22.12.2009 T. 7344/8780; 23.09.2008 T. 2532/4228; 11.07.2008 T. 2592/3947; 14.07.2008 T. 2591/3946; 19.06.2008 T. 867/3381 vb.; 4. HD. 13.04.2008 T. 4720/4129; 06.02.2011 T. 2669/1368; 24.01.2011 T. 14470/446; 04.11.2010 T. 11690/11472; 18.06.2008 T. 13589/8413; 09.06.2008 T. 13019/7851; 08.05.2008 T. 1779/6552 vb. (www.e-uyar.com)

20 Bknz: 17. HD. 08.04.2008 T. 4699/1760; 15. HD. 12.10.1994 T. 2002/5788; 10.05.1990 T. 821/2108 (www.e-uyar.com)

21 Bknz: 17. HD. 17.06.2010 T. 8444/5635; 15.06.2010 T. 3814/5515 (www.e-uyar.com)

22 Bknz: 17. HD. 27.01.2009 T. 4663/215 (www.e-uyar.com)

23 Bknz: 15. HD. 15.12.1997 T. 5197/5407 (www.e-uyar.com)

24 Bknz: 15. HD. 03.07.1989 T. 1864/3207; 13. HD. 18.11.1982 T. 7676/6882; 25.10.1982 T. 5291/6200; 12.04.1977 T. 775/2075 (www.e-uyar.com)

25 Bknz: 15. HD. 25.12.1989 T. 4048/5408 (www.e-uyar.com)

dd) Kazanılan iptal davasının konusu **taşınmaz satış vaadi şerhi** ise, yani «tapudaki taşınmaz satış vaadi şerhinin iptali»ne yönelik olarak iptal davası açılmış ve dava mahkemece kabul edilmişse, dava sonunda sadece *«satış vaadi şerhine dair tasarruf işlemlerinin davacı yönünden (davacının alacak ve eklentileriyle sınırlı olarak) geçersiz sayılmasına» karar verilmekle yetinilmesi gerekir. Ayrıca «sicildeki şerhin iptali»* sonucunu doğuracak biçimde hüküm kurulamaz.[26]

ee) Tasarrufun iptali davasında, davalı-üçüncü kişi, borçludan satın aldığı *taşınırı/taşınmazı elinden çıkarırsa* -yani; *dördüncü bir kişiye* devrederse- mahkemece davacıya (vekiline) «İİK. mad. 282 ve 283/II uyarınca *'seçimlik hakkı'*nı hatırlatarak *'açtığı davaya (kötüniyetli) dördüncü kişiyi dahil edip etmeyeceğini'* sorması ve *'davacının (vekili-nin) davasına (kötüniyetli) dördüncü kişiyi dahil etmesi halinde, bu kişiye dava dilekçesini tebliğ etmesi'* aksi taktirde -yani; bu kişinin davaya dahil edilmemesi veya *kötüniyetli olduğunun* kanıtlanamaması halinde- ***'davanın bedele dönüştüğü'*** kabul edilerek, *'dava konusu tasarrufa konu taşınır ya da taşınmazın tasarruf tarihindeki gerçek değeri belirlenerek'* -davacının takip konusu alacak ve fer'ileri ile (faiz ve takip masrafları ile) sınırlı olarak- davalı *üçüncü kişi tazminata* mahkum edilir (İİK. mad. 283/II).

Bu halde alacaklı, iptal davası sonucunda aldığı ilamı, -kesinleşmeden-[27] doğrudan doğruya davalı-üçüncü kişiye karşı icraya koyabilir.[28]

Eğer üçüncü kişi, dava konusu malı, *dava sırasında elden çıkarmışsa,* davacı-alacaklı, bu durumda İİK. mad. 283/II hükmünün uygulanmasını isteyebilir.

İptal davasının *'bedele dönüşmesi'* için, üçüncü kişinin dava konusu taşınırı/taşınmazı devrettiği kişinin (dördüncü kişinin)**'iyi niyetli olması'**

---

26 Bknz: 15. HD. 14.01.2002 T. 5768/50 (www.e-uyar.com)

27 Bknz: 8. HD. 26.06.2012 T. 6080/6236; 26.06.2012 T. 6078/6234; 08.05.2012 T. 3729/3956; 12. HD. 25.12.2008 T. 8746/23250; 24.04.2007 T. 5791/5973 (www.e-uyar.com)

28 **KURU, B.** İcra ve İflas Hukuku, C: 4, 1997, s: 3576 -KURU, B. İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, 2013, s: 1436 - GÜRDOĞAN, B. age. s: 245 - MUŞUL, T. İcra ve İflas Hukuku, C: 2, 2013, s: 1840 - MUŞUL, T. İcra ve İflâs Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 2017, 2. Baskı, s: 530 - KARATAŞ, İ./ERTEKİN, E. Tasarrufun İptali Davaları, 1998, s: 243 - UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, C: 3, s: 4582 -YILMAZ, E. İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 2016, s: 1252

gerektiği, gerek **doktrinin**[29]ve gerekse **Yargıtay içtihatlarının**[30]hemfikir olduğu bir husustur.[31]

Eğer *'dördüncü kişi'*, davacı-alacaklı tarafından *-'kötüniyetli olduğu'* ispatla-namayacağı düşüncesi ile- açılmış olan tasarrufun iptali davasına hiç **dahil edilmemişse** veya *'kötüniyetli olduğu* düşüncesi ile davaya dahil edilmesine rağmen, bu husus davacı-alacaklı tarafından kanıtlanamadığı için, onun hakkındaki dava **'reddedilmişse'**, mahkemece «tasarrufun iptaline» (ve davacı-alacaklıya *«dava konusu şey üzerinde cebri icra yetkisi tanınmasına»*) karar verilemez. Bu durumda «davalı-üçüncü kişi hakkında 'davanın bedele dönüştüğü' kabul edilerek *'dava konusu taşınmazın/taşınırın üçüncü kişi tarafından elden çıkarıldığı tarihteki değerinin, davalı- üçüncü kişiden tahsiline'* karar verilir.

Doktrinde bu konuda;

«Lehine tasarruf yapılan üçüncü kişi, iptale tabi tasarruf ile iktisap ettiği malı veya hakkı başka bir (dördüncü) kişiye devretmiş ve bu dördüncü kişi kötüniyetli ise, alacaklı iptal davasını dördüncü kişiye karşı da açabilir (m. 282, c.2). Bu halde iptal davasının *borçlu*, (lehine tasarruf yapılan) üçüncü kişi ve (mal veya hakkı üçüncü kişiden devralan) *dördüncü kişi* aleyhine birlikte açılması gerekir (davalı tarafta şekli bakımından mecburi dava arkadaşlığı),

Davacı alacaklı, *dördüncü kişinin kötüniyetli olduğunu, yani dava konusu malı veya hakkı kendisine devreden üçüncü kişi ile borçlu arasındaki tasarrufun iptale tabi olduğunu bildiğini ispat etmekle yükümlüdür (MK. m.6). 'Dördüncü kişinin kötüniyetli olduğu' ispat edilirse, mahkeme, 'iptal davasının kabulüne' (m. 283,I) karar verir. Buna karşın, 'davalı dördüncü kişinin kötüniyetli olduğu' ispat edilemezse,*

29 KURU, B. El Kitabı, s: 1424 vd. - SERTKAYA, A.Ş./KUL, S. Tasarrufun İptali Davaları, 2016, s: 445 vd. - MUŞUL, T. Tasarrufun İptali Davaları, s: 514 -YILMAZ, E. age. s: 1251 - COŞKUN, M. Açıklamalı-İçtihatlı, 2016, s: 4819

30 Bknz: 17. HD. 13.03.2017 T. 1658/2646; 28.02.2017 T. 19825/2123; 06.12.2016 T. 20381/11217; 15.11.2016 T. 17928/10506; 25.10.2016 T. 7077/9343; 05.11.2007 T. 3606/3386; 24.01.2017 T. 22158/493; 29.03.2016 T. 4074/3949; 13.10.2015 T. 12192/10580; 15.06.2015 T. 4112/8628; 09.06.2015 T. 4523/8439; 30.03.2015 T. 16194/5058; 01.04.2013 T. 15317/4587; 14.03.2013 T. 5932/3305; 18.09.2012 9199/9510; 17.05.2012 T. 5229/6274; 16.05.2012 T. 5131/6235; 18.04.2012 T. 1901/4843; 28.03.2012 T. 1926/3773; 25.04.2011 T. 8141/3884; 15.03.2011 T. 12143/2284; 09.12.2010 T. 3033/10818; 17.06.2010 T. 4844/5635; 27.05.2010 T. 3700/4799; 18.03.2010 T. 429/2408; 15.09.2009 T. 4441/5400; 17.11.2009 T. 7699/7593; 17.11.2009 T. 7699/7593; 15.09.2009 T. 4441/5400; 02.06.2009 T. 829/3821; 19.11.2008 T. 4326/5325; 27.10.2008 T. 2351/4913; 08.07.2008 T. 806/3815; 10.06.2008 T. 736/3139; 14.05.2007 T. 7688/3231; 16.12.2004 T. 4579/6562; 30.11.1995 T. 6640/7084 (www.e-uyar.com)

31 UYAR, T./UYAR, A./UYAR, C. İİK. Şerhi, C: 3, s: 4582 vd.

mahkeme, 'dördüncü kişi hakkındaki davanın reddine' karar verir ve (m. 283,II hükmüne göre) üçüncü kişiyi, malı elden çıkardığı tarihteki gerçek değeri üzerinden tazminata mahkum eder.»[32] [33]

«Dördüncü kişinin iyiniyetli olması sebebiyle ona karşı iptal davası açılamıyor ise bu takdirde, dördüncü kişiye devredilen mal davacı alacaklının cebri icra sahası içine çekilemeyeceğinden, iptal davası, üçüncü kişinin elinden çıkardığı malların yerine geçen değere ilişkin olur»[34]

«Üçüncü kişi, iptale tabi tasarrufa konu malı veya hakkı *iyiniyetli bir dördüncü kişiye devretmi*ş ise; davacı, dava dilekçesinde 'üçüncü kişinin elinden çıkarmış olduğu malın değeri nispetinde tazminata mahkum edilmesini' talep eder…»[35]

«Tasarrufun iptaline tabi tasarrufa konu mal, üçüncü kişi tarafından başka birine (dördüncü kişiye) satılmışsa ve dördüncü kişi iyiniyetli ise, dava bedele dönüşür.»[36]

denilmiştir.

Dava konusu taşınmazın/taşınırın davalı üçüncü kişi tarafından ***kötüniyetli bir dördüncü kişiye devredilmiş olması halinde,*** **yüksek mahkeme** *«davacı-alacaklının ya 'davalı üçüncü kişiden taşınmazın/taşınırın devir tarihindeki değerinin* ***tazminat*** *olarak kendisine ödenmesini' veya davalı (kötüniyetli) dördüncü kişiye karşı* ***'tasarrufun iptalini'*** *istemek konusunda bir* ***'seçim hakkına'*** *sahip olduğunu*[37](yani; davacı-alacaklının hem davalı üçüncü kişinin ***tazminata*** mahkûm edilmesini ve hem de davalı-dördüncü kişi hakkında ***tasarrufun iptaline*** hükmedilmesini isteyemeyeceğini) belirttikten sonra, eğer davacı-alacak-lının mahkemeden hem *«üçüncü kişinin tazminata mahkum edilmesini»* hem de *«dördüncü kişi hakkında tasarrufun iptaline karar verilmesini»* istemiş olması halinde, mahkemece sadece *«tasarrufun iptaline karar verilmesini isteyebileceği»* ayrıca *«üçüncü kişinin tazminata mahkum edilemeyeceği» (ve «davalı dördüncü kişinin iyiniyetli* olması *ha-linde; üçüncü kişinin tazminata mahkum edileceği» (İİK. m. 283/II) -yüksek mahkemenin bu konudaki tüm içtihatlarında -* açık/seçik belirtmiştir.

---

32 Bknz: 17. HD. 08.07.2010 T. 698/6628; 17. HD. 12.10.2009 T. 4208/6114; 26.10.2009 T. 8022/6740; 15. HD. 11.05.2000 T. 532/2327; 30.05.2000 T. 2148/2688; 22.01.2004 T. 6492/341; 17. HD. 26.04.2010 T. 7066/3827 (www.e-uyar.com)

33 KURU, B. age. s: 1424, Dipn: 36

34 MUŞUL, T. age. s: 514

35 COŞKUN, M. age. s: 4819

36 YILMAZ, E. age. s: 1251

37 Bknz: 17. HD. 05.11.2007 T. 3606/3386 (www.e-uyar.com)

ff) İptal isteminin kabul edilmesi halinde, *«dava konusu tasarrufun tümünün»* değil *«takip konusu alacak miktarı ile sınırlı olarak» (ya da «takip konusu alacak ve eklentilerine -faiz, masraf gibi- yetecek oranda»*) tasarrufun iptaline karar verilmesi gerekir.[38]

Tasarrufun iptali davaları sonucunda kurulacak hükümde *'iptal edilen tasarrufun hangi takiplerdeki alacak ve ferilerini kapsadığının açıkça belirtilmesi'* gerekir.[39]

gg) İptal davasına konu olan malın, üçüncü kişinin elinden çıkmış olması ve mahkemece iptal davasının kabul edilmiş olması halinde, İİK. mad. 283/II uyarınca bedele dönüşen dava sonucunda, *hükmedilen tazminata ayrıca kararda faiz yürütülür mü?*

Yüksek mahkeme -yerinde olarak-

«Tasarrufun iptali davasına konu olan malın üçüncü kişinin elinden çıkmış olması ve malı elinde bulunduran kimse için -kötüniyetli olduğu kanıtlanamadığından- iptal isteminde bulunulmaması ya da bu istemin reddedilmesi halinde, üçüncü kişi hakkında malın elinden çıktığı tarihteki değerine hükmedileceğini yani bu durumda 'iptal davası'nın 'eda davası'na dönüşmüş olacağını, bu aşamada mahkemece ayrıca hükmedilen miktara -icra takibinde asıl alacağa faiz yürütülmekte olduğundan- dava tarihinden itibaren faize hükmedilemeyeceğini»[40][41]*;*

«İptali istenen tasarrufların borçtan sonra yapılmış olduğu, kat'i aciz belgesinin *sunulmuş olduğu, davalının borçlunun kayınbiraderi olması nedeniyle onun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olduğunu, dolayısıyla dava konusu tasarrufların İİK'nun 280/1 maddesi gereğince iptale tabi olduğunu, borçlu hakkındaki icra takibi devam ettiğinden*

38 Bknz: 17. HD. 02.05.2017 T. 3681/4921; 14.03.2017 T. 24496/2728; 14.03.2017 T. 21348/2726; 16.02.2017 T. 24899/1043; 24.01.2017 T. 22158/493; 17.01.2017 T. 6585/171; 29.11.2016 T. 13643/11022; 21.05.2014 T. 4430/7985 vb.; 19.02.2013 T. 4941/1956; 18.09.2012 T. 9199/9510; 31.03.2011 T. 2880/2906; 24.01.2011 T. 4679/346; 20.01.2011 T. 9365/216; 15.06.2010 T. 3835/5516; 25.02.2010 T. 367/1652; 16.02.2010 T. 7759/1201; 11.02.2008 T. 5526/512; 25.10.2007 T. 3736/3216; 01.10.2007 T. 3744/2879; 19.07.2007 T. 3165/2547; 15. HD. 21.04.2004 T. 6719/2257 vb. (www.e-uyar.com)

39 Bknz: 17. HD. 24.05.2016 T. 11919/6285; 03.05.2016 T. 2431/5353; 02.07.2015 T. 19972/9389; 27.05.2013 T. 5342/7795; 26.05.2014 T. 2000/8313; 02.11.2009 T. 3250/6986 (www.e-uyar.com)

40 Bknz: 12. HD. 29.09.2011 T. 1875/16987; 17. HD. 19.11.2008 T. 3378/4160; 03.03.2008 T. 5058/995; 26.02.2008 T. 5199/845; 14.01.2008 T. 4742/39; 08.10.2007 T. 4394/3010; 17.07.2007 T. 3040/2535; 17.07.2007 T. 3422/2522; 17.07.2007 T. 3022/2528; 14.03.2007 T. 7735/1590 vb. (www.e-uyar.com)

41 Bknz: 12. HD. 13.01.2016 T. 23482/639; 27.06.2014 T. 16270/18855; 15. HD. 08.03.2000 T. 210/1123 (www.e-uyar.com)

nakten tazminata dönüşen dava konusu taşınmaz yönünden hükmedilen tazminata satış tarihinden itibaren faiz uygulanmamasında bir isabetsizlik bulunmadığını- Dava konusu taşınmazların satışına ilişkin davalılar arasındaki tasarruflar İİK'nun 280/I maddesi gereğince iptale tabi olduğundan anılan taşın-mazlar yönünden de davanın kabulüne, davacının kat'i aciz belgesindeki alacak mik-tarıyla sınırlı olarak anılan taşınmazlara ilişkin tasarrufların iptaline karar verilmesi gerekeceğini»[42]

«Davanın bedele dönüşmesi halinde, bedel üzerinden faiz yürütülmesinin ve bu bedel den borçlunun sorumlu tutulması şeklinde hüküm kurulmasının tasarrufun iptali davalarının amacına uygun olmadığını»[43]

belirtmiştir.

Tasarrufun iptali davalarında, iptale tabi tasarruf konusu taşınır/taşınmaz malı (malları) borçludan satın alan üçüncü kişinin bu malları elinden çıkarmış olması ve bunları satın alan dördüncü kişilerin '*kötüniyetli olduğu*'nun davacı-alacaklı tarafından kanıtlanama-mış olması nedeniyle davaya dahil edilmemiş olması ya da aleyhine açılan davanın bu neden-le reddedilmiş olması halinde -İİKm.283/II uyarınca- '*bedele dönüşen dava*'da mahkemece "dava konusu malların üçüncü kişi tarafından" elden çıkarıldığı tarihteki -davacı alacaklının takip konusu yaptığı alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak- gerçek değeri oranında tazminata mahkum edilmesi ve dava konusu taşınır/taşınmazlar yönünden açılmış (devam eden) veya sonuçlanmış başka tasarrufun iptali davaları varsa **"davalı üçüncü kişinin tahsilde tekerrür olmamak üzere"** tazminata mahkum edilmesi gerekir. Çünkü ortada -ayrı ayrı alacaklılar tarafından açılmış tasarrufun iptali davaları bulunsa dahi- iptale tabi bir tek tasarruf vardır. Bu nedenle davalı-üçüncü kişi, icra dosyalarından herhangi birine sorumlu olduğu miktarı ödemekle sorumluluktan kurtulur.....[44]

Yüksek mahkeme bütün bu hususları ayrıntılı biçimde aşağıdaki içtihatlarında teker teker belirtmiştir:

"İptali istenen tasarrufun, satıcılık sözleşmesinden doğan borçtan sonra yapılmış oldığu, borçlu hakkında davacı alacaklı tarafından takibe geçilen yüzlerce takip dosyası ile dava dosyasında mevcut geçici haciz tutanaklarının "geçici aciz belgesi" niteliğinde olduğu, borçlu ile davalı üçüncü kişi arasındaki tasarruf yönünden tapudaki satış bedeli

42 Bknz: 17. HD. 29.11.2016 T. 19066/11014 (www.e-uyar.com)

43 Bknz: 17. HD. 07.06.2016 T. 15910/6936 (www.e-uyar.com)

44 Bknz: 12 HD 04.03.2014 T. 3107/5954 (www.e-uyar.com)

ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç bedel arasında 8 misli fark bulunduğu anlaşıldığından, tasarrufun İİK. mad. 278/3-2 gereğince iptale tabi olduğu- Borçlunun içinde bulunduğu mali durumu ve zarar verme kastı işleminin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde, malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar vermek kastıyla yaptığı tüm işlemlerin iptal edileceği (İİK. mad. 280)- Davalı dördüncü kişinin kötüniyetli olduğu ispatlanamadığından, hakkındaki davanın reddine karar verilmesi isabetli ve bu durumda, davalı üçüncü kişi hakkındaki davanın İİK. mad. 283/2 gereğince "bedele dönüşmesi" nedeniyle, davacının dava konusu alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak davalı üçüncü kişinin dava konusu taşınmazı elden çıkardığı tarihteki bedeliyle tazminatla sorumlu tutulmasına (aynı taşınmaza ilişkin olarak başka alacaklılar tarafından açılan ve tazminat olarak hükmedilerek kesinleşen dosyalar var ise o dosyalarla da tekerrür oluşturmayacak şekilde) karar verilmesi gerektiği-

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın davalı N. Ö. yönünden reddine, diğer davalılar yönünden kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davalı E. K. vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

Davacı vekili, davalılardan E. K.'ın müvekkili şirketin Yalova'da ki eski bayilerinden K... Tic. Koll. Şti. E. K. ve Ort. nın sahibi olduğunu, adı geçen şirketin müvekkili şirkete cari hesaptan 2008 yılında doğmuş milyonlarca Türk Lirası borcu ve şirket aleyhine İstanbul, Yalova ve Bursa İcra Müdürlüklerinde 2009 yılında açılan ve kesinleşmiş yüzlerce kambiyo takibi bulunduğunu, ortağın şirket borçlarından dolayı tüm malvarlığı ile sorumlu olduğunu, davalı E. K.'ın Yalova İli, Çınarcık ilçesi, Çamlık mevkiinde kain 14 pafta, 3136 parselde kayıtlı 37-443 arsa paylı 2. kat 6 nolu meskendeki gayrimenkulunu davalı İ. K.'a 02.02.2009 tarihinde 10.000 TL bedelle devrettiğini belirterek, satış işleminin iptalini talep etmiş, yargılama aşamasında sözkonusu taşınmazı davalı İ. K.'dan devralan N. Ö.'nu davaya dahil ederek, talebini taşınmazın satış bedeli olan 46.000 TL olarak bedele dönüştürmüştür.

Davalılardan E. K., davaya cevap vermemiş, vekili aracılığıyla delillerini sunmuş, diğer davalı İ. K. davaya cevap vermemiştir.

Davalı N. Ö. vekili, müvekkilinin iyiniyetli 3. kişi olup, tapu siciline güverenek taşınmazı 46.000 TL bedelle satın aldığını, diğer davalılar arasındaki ilişkiyi bilmediğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iyiniyetli olarak taşınmazı devraldığı belirtilerek davalı N. Ö. yönünden davanın reddine, taşınmaz satış bedeli olan 46.000 TL.nin davalılar E. K. ile İ. K.'dan müştereken ve müteselsilen alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş; hüküm, davalı E. K. vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava İİK'nun 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, iptali istenen tasarrufun 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe girecek yetkili satıcılık sözleşmesinden doğan borçtan sonra yapılmış olmasına, davalı borçlu E. K. hakkında davacı alacaklı tarafından takibe geçilen yüzlerce takip dosyası ile dava dosyasında mevcut geçici haciz tutanaklarının geçici aciz belgesi niteliğinde bulunmasına, borçlu ile davalı İ. K. arasındaki 02.02.2009 tarihli tasarruf yönünden tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç bedel arasında 8 misli fark bulunması nedeniyle İİK'nun 278/3-2 gereğince iptale tabi bulunmasına göre davalı E. K. vekilinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-İİK.nun 280.maddesinde malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun alacaklılarına zarar vermek kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mali durumu ve zarar verme kastı işleminin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde tasarrufun iptal edileceği hükme bağlanmıştır. Anılan madde gereğince 4.kişi yönünden iptal kararı verilebilmesi için onların kötüniyetli olduğunun yani borçlunun durumunu ve zarar verme kastını bildiklerinin veya bilebilecek durumda olduklarının davacı tarafından ispatlanması gerekir. Davalı 4. kişi yönünden bedel düşüklüğü veya yakın tarihli satışlar onların kötüniyeti oldukları konusunda yeterli bir veri olmadığından iptal nedeni olarak da kabul edilmemektedir. (Dairemizin yerleşik içtihatları da aynı doğrultudadır. 17.HD.8.6.2010 tarih 2341/5297, 2.2.2010 tarih 8712/700, 2.11.2009 tarih 3250/6986)

Somut olayda; davalı 4. kişi N. Ö.'nun kötüniyetli olduğu ispatlanamadığından hakkındaki davanın reddine karar verilmesi isabetli ise de; bu durumda, davalı İ. K. hakkındaki davanın İİK'nun 283/2 madde gereğince bedele dönüşmesi nedeniyle davacının dava konusu alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak davalı 3. kişi İ. K.'ın dava konusu taşınmazı elden çıkardığı tarihteki bedeli olan 46.000,00 TL tazminatla sorumlu tutulmasına (aynı taşınmaza ilişkin olarak başka alacaklılar tarafından açılan ve tazminat olarak hükmedilerek kesinleşen dosyalar var ise o dosyalarla da tekerrür oluşturmayacak şekilde) karar verilmesi gerekirken, davalı borçlu E.

K.'ın da sorumlu tutulması ve alacağın dayanağı icra takip dosyaları belirtilmeksizin hüküm tesisi isabetli görülmemiştir.

Bu halde mahkemece; dava konusu alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak davalı 3. kişinin sorumluluğuna karar verilmesi gerektiğinden, davacıdan alacağını hangi icra takip dosyalarına dayandırdığı sorulup, tespit edilmeli, hükümde bu icra dosyaları belirtilmek suretiyle alacak ve ferilerini geçmiyecek şekilde az yukarıda açıklandığı şekilde davalı 3. kişi İ. K.'ın taşınmazı elden çıkardığı tarihteki bedeli olan 46.000,00 TL tazminatla sorumlu tutulmasına karar verilmelidir.

SONUÇ: Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı E. K. vekilinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı E. K. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı E. K.'a geri verilmesine, 13/03/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi." [45]

*"*Taşınmazın satışının kesinleşmesi halinde yapılacak tahsilatın icra aşamasında mahsubunun mümkün olduğu- Tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç değer arasında misli fark bulunması nedeniyle anılan tasarrufun İİK. mad. 278/3-2 gereğince iptale tabi olduğu- Davalı borçlu Silivri'de faaliyet gösteren Ltd. Şti.'nin ortakları ve temsilcisinin yakını olup dördüncü kişi de Silivri'de ikamet etmekte olup dava konusu taşınmaz dört gün içinde iki kez el değiştirmiş olduğundan, Silivri şartlarında davalı dördüncü kişinin borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olup olmadığının (tasarrufun İİK mad. 280/1 kapsamında iptale tabi olup olmadığının) değerlendirilmesi gerektiği- Davalı dördüncü kişinin kötüniyetli olduğunun belirlenememesi durumda davalı üçüncü kişinin hakkındaki davanın İİK. mad. 283/2 kapsamında bedele dönüştüğü göz önüne alınarak (ve tazminatla tekerrür oluşturmamak üzere) taşınmazı elden çıkardığı tarihteki bedeli nispetinde nakten tazminatla sorumluluğuna karar verilmesi gerektiği-*

Tapuda 1.380 metrekare miktarlı tarla olarak gözükmesine rağmen bilirkişi raporunda taşınmazın 258 metrekarelik bölümünde dava konusu parsel üzerinde yer alan yoğurt imalathanesinin ek binasının (alt katta buzhaneler ve bulaşıkhane, ikinci katta idari bölüm) bulunduğu belirtildiğinden bu durumun İİK'nun 280/3-son madde kapsamında (ticari işletmenin tamamen veya kısmen devri) değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiği-

45 Bknz: 17 HD 13.03.2017 T. 1658/2646 (www.e-uyar.com)

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne dair verilen hükmün süresi içinde davacı, davalı ... vekili ile davalılar ... ve ... tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği düşünüldü:

-K A R A R-

Davacı vekili, davalı borçlu ...'ın alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla adına kayıtlı dört taşınmazdan birini 29.11.2006 tarihinde davalı ...'e, diğer ikisini 21.9.2007 tarihinde davalılar ... ve ...'a,diğer taşınmazını da 20.9.2007 tarihinde davalı ...'e,davalı ....'ın borçludan aldığı taşınmazı 27.9.2007 tarihinde davalı ..., davalı ...'in de borçludan aldığı taşınmazı 24.9.2007 tarihinde davalı ...'ye sattığını belirterek davalılar arasındaki tasarrufların iptalini talep etmiştir.

Davalı borçlu ... vekili, dava konusu icra takibinin kesinleşmediğini, aciz belgesi sunulmadığını, asıl borçluların davaya dahil edilmesi gerektiğini, takip konusu kredi sözleşmesindeki imzanın müvekkiline ait olmadığını, dava konusu taşınmazların borçtan önce ve rayiç bedelle satıldığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı ... vekili, dava konusu taşınmazı emlakçı aracılığıyla ve 23.000 TL bedelle aldıkların belirterek davanın reddini istemiştir

Diğer davalılar savunma yapmamıştır.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan delillere göre, davalı borçlu tarafından davalılar ... ve ...'e satılan taşınmazların tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç değerleri arasında misli fark bulunması nedeniyle adı geçen davalılar yönünden davanın kabulüne dava konusu 2... nolu taşınmazların satışına ilişkin 29.11.2006 ve 20.9.2007 tarihli tasarrufların davacının takip konusu alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak iptaline, 933 ada 1 parsel, 8 ada 124 parsel yönünden tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç bedel arasında misli fark bulunmaması, 8 ada 124 parselin davalı ... tarafından davalı ... satışı ve 30 ada 4 parselin davalı ... tarafından davalı ...'ye satışı ile ilgili olarak bu kişiler arasında akrabalık bağlantısı ispatlanamadığı gibi iş ilişkisi ya da kötüniyetli olduklarını kanıtlayacak delil sunulmadığından dava konusu 30 ada 4 parselle ilgili davalı ... hakkında açılan dava ile 933 ada 1 parsel ile 8 ada 124 parsellerle ilgili olarak davalılar ..., ..., ... ve ... hakkında açılan bu parsellere ilişkin davanın kanıtlanamaması nedeniyle reddine karar verilmiş; hüküm, davacı, davalı ... vekili ile davalılar ... ve ... tarafından temyiz edilmiştir.

*D*ava, İİK'nun 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

1-Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına, takip konusu alacağın iptali istenen tasarruflardan önce 27.3.2006 ve 16.5.2006 tarihli kredi sözleşmeleri ile doğmuş olmasına, davalı borçlu hakkındaki takibin 2.5.2008 tarihli protokol gereğince kesinleşmiş olmasına, 23.11.2007 tarihli haciz tutanağının İİK'nun 105 maddesi kapsamında geçici aciz belgesi niteliğinde bulunmasına, dava konusu 933 ada 1 parsel nolu taşınmazın satışının kesinleşmesi halinde yapılacak tahsilatın icra aşamasında mahsubunun mümkün olmasına, dava konusu 21 ada 12 parsel yönünden tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç değer arasında misli fark bulunmasına, anılan taşınmazın 23.000 TL bedelle alındığı belirtilmiş olmasına rağmen bu konuda yapılan ödemeye ilişkin banka dekontun sunulmamış olmasına, dava konusu 30 ada 4 parsel yönünden tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen rayiç değer arasında misli fark bulunması nedeniyle anılan her iki tasarrufun da İİK 278/3-2 madde gereğince iptale tabi bulunmasına göre davalı ... vekilinin yerinde görülmeyen bütün, davalılar ... ve ...'in aşağıdaki bendin kapsamı dışına kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Dava konusu 30 ada 4 parsel nolu taşınmaz borçlu tarafından 20.9.2007 tarihinde davalı ...'e, onun tarafından da 24.9.2007 tarihinde davalı ...'ye satılmıştır. Anılan taşınmaz yönünden borçlu ile davalı ... arasındaki 20.9.2007 tarihli tasarrufun iptaline, davalı ...'nin kötüniyetli olduğu ispatlanamadığından hakkındaki davanın reddine karar verilmiş ise de hükmün bu şekilde infaz kabiliyeti bulunmadığından isabetli görülmemiştir. Davalı borçlu Silivri'de faaliyet gösteren .....'nin ortakları ve temsilcisinin yakını olup ...de Silivri'de ikamet etmekte olup dava konusu taşınmaz dört gün içinde iki kez el değiştirmiştir. Silivri şartlarında davalı ...un borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olup olmadığının yani 24.9.2007 tarihli tasarrufun İİK'nun 280/1 madde kapsamında iptale tabi olup olmadığı değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi isabetli görülmemiştir. Yapılacak değerlendirme sonunda davalı 4.kişi ...'nin kötüniyetli olduğunun belirlenememesi durumda ise davalı ... hakkındaki davanın İİK'nun 283/2 madde kapsamında bedele dönüştüğü gözönüne alınarak Silivri Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/241 Esas 2010/185 Karar dosyasındaki tazminatla tekerrür oluşturmamak üzere taşınmazı elden çıkardığı tarihteki bedeli nispetinde nakten tazminatla sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetli görülmemiştir.

3-Dava konusu 8 ada 124 parsel yönünden davanın reddine karar verilmiş ise de varılan sonuç dosya kapsamı ve mevcut delil durumuna uygun düşmemektedir. Anılan taşınmaz borçlu tarafından 21.9.2007 tarihinde davalı ... .a onun tarafından da 27.9.2007 tarihinde davalı ... satılmıştır.Davacı vekili tarafından bilirkişi raporuna itiraz edilmediğinden bedel farkının iptal nedeni sayılmaması bu nedenle yerinde görülmekle beraber, Silivri'de faaliyet gösteren...'nin ortakları ve temsilcisinin yakını olup davalılar ... ve 4.kişi ...'da Silivri'de ikamet etmektedir.Taşınmazın 6 gün içinde iki kez el değiştirmesi, Silivri şartlarında davalılar ... ve ...'ın borçlunun durumunu ve amacını bilebilecek kişilerden olup olmadığı değerlendirilerek dava konusu tasarrufların İİK'nun 280/1 madde kapsamında iptale tabi olup olmadığı; yine dava konusu taşınmaz tapuda 1.380 metrekare miktarlı tarla olarak gözükmesine rağmen 28.12.2009 tarihli bilirkişi raporunda taşınmazın 258 metrekarelik bölümünde dava konusu 933 ada 1 parsel üzerinde yer alan yoğurt imalathanesinin ek binasının (alt katta buzhaneler ve bulaşıkhane, ikinci katta idari bölüm) bulunduğu belirtildiğinden bu durumun İİK'nun 280/3-son madde kapsamında (ticari işletmenin tamamen veya kısmen devri) değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi isabetli görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda 1 nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı ... vekilinin yerinde görülmeyen bütün, davalılar ... ve ...'in yerinde görülmeyen sair temyiz itirazının reddine, 2 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekili ile davalılar ... ve ...'in temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, 3 nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacı yararına BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalılar ... ve ...'e geri verilmesine, aşağıda dökümü yazılı 4.270,86 TL kalan onama harcının temyiz eden davalı ...'den alınmasına 9.6.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi." [46]

"Tasarrufun iptali davalarında 3. kişinin borçludan satın aldığı malı elinden* **çıkarması ve satın alan dördüncü kişinin davaya dahil edilmemesi ya da davaya dahil edilmekle birlikte iyi niyetli olduğunun anlaşılması halinde İİK›nın 283/2.maddesi uyarınca bedele dönüşen davada üçüncü kişinin dava konusu malı elinden çıkardığı tarihteki gerçek değeri ora*nında bedelle sorumlu tutulması gerekeceği- Davacı alacaklı idare tarafından davası bedele dönüştürülen taşınmazlar yönünden de tahsilde tekerrür olmamak üzere davanın kabul edilmesi gerekeceği, tasarrufları iptal edilen taşınmazların borcu karşılamaya*

46 Bknz: 17. HD. 09.06.2015 T. 4523/8439 (www.e-uyar.com)

yeteceği gerekçesiyle bu taşınmazlar yönünden davanın reddine karar verilmesinin bozmayı gerektirdiği-

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabul kısmen reddine dair verilen hükmün süresi içinde davacı alacaklı ve davalı 3.kişi vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği düşünüldü:

Davacı alacaklı idare vekili, davalı borçlu hakkında vergi borcu nedeniyle 6183 Sayılı Kanun uyarınca takip yapıldığını, borçlunun sahibi olduğu taşınmazları alacaklıdan mal kaçırmak amacıyla diğer davalı kardeşine rayiç değerinin çok altında sattığını ileri sürerek ... Kasabası 5 parsel, 3589 parsel, 198 parsel, 938 parsel, 977 parsel, 985 parsel ile ... Köyü 1637 parsel sayılı taşınmazlara ait tasarrufların iptali ile 5 parsel üzerinde kat irtifakı kurulup taşınmazlar dava dışı şahıslara satıldığından 1.kat 1 nolu bağımsız bölüm ile zemin kat 3 nolu bağımsız bölümün satış bedelinin davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini talep etmiştir.

Davalı 3. kişi vekili, dava konusu taşınmazların rayice uygun olarak satın alındığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı borçlu, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece dava konusu taşınmazların satış tarihindeki rayiç değerinin çok altında borçlu tarafından, kardeşi olan 3.kişiye satıldığı, satışların borcun doğum tarihinden sonra muvazaalı olarak yapıldığı gerekçesiyle davanın kısmen kabul kısmen reddi ile bir kısım taşınmazlara ilişkin tasarrufların davacı idarenin alacak ve ferileriyle sınırlı olarak iptaline verilen taşınmazlar borcu karşılamaya yeter olduğundan satış bedeli talep edilen taşınmazlar yönünden davanın reddine verilmiş; hüküm davalı 3.kişi vekili ile davacı alacaklı idare 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 3.kişi vekilinin temyiz itirazlarının reddine vermek gerekmiştir.

2- Davacı alacaklı idare vekilinin temyizine yönelik incelemede ise;

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

Somut olayda *davacı alacaklı tarafından bir kısım taşınmazların tasarruflarının iptali ile bir kısım taşınmazların dava dışı 4.kişilere satılmış olması nedeniyle satış bedelinin tahsili talep edilmiştir. Mahkemece tasarrufun iptaline verilen taşınmazlar yönünden bir isabetsizlik yoktur. Ne var ki davacı alacaklı tarafından davası bedele dönüştürülen taşınmazlar yönünden de tahsilde tekerrür olmamak üzere davanın kabul edilmesi gerekirken,* tasarrufları iptal edilen taşınmazların borcu karşılamaya yeteceği gerekçesiyle bu taşınmazlar yönünden davanın reddine verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalı 3.kişi vekilinin temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, aşağıda dökümü yazılı 1.113,62 TL kalan harcın temyiz eden davalı 3.kişiden alınmasına, 26/02/2015 gününde oybirliğiyle verildi." [47]

**"Davalılar dördüncü kişilerin kötü niyetli olduklarına ilişkin kanıt bulunmadığından bu davalılar yönünden davanın reddine, davalı üçüncü kişinin borçlunun mali durumu ile alacaklıları ızrar kastını bilen veya bilmesi lazım gelen kişilerden olduğu anlaşıldığından ve davalı diğer üçüncü kişinin satın aldığı taşınmazın gerçek değeri ile tapudaki satış bedeli arasında bir mislini aşan fahiş fark bulunduğu anlaşıldığından bu davalılar yönünden davanın kabulüne karar verilmesinin isabetli olduğu- Davalı üçüncü kişiye satılan dava konusu taşınmaz yönünden daha önce dairede incelenip karar verilen başka kararlar olduğundan adı geçen davalının tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla tazminata mahkum edilmesi gerektiği-*

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda verilen hüküm davacı ve davalı Murat ile davalı Abdülkadir vekilleri tarafından temyiz edilmiş, davacı vekilince de duruşma talep edilmiş olmakla duruşma için tayin edilen 19.11.2013 Salı günü davacı vekili Av. A... ile davalı Murat vekili Av... ve davalı Hülya vekili Av. .. geldiler. Diğer davalılar tarafından gelen olmadı. Temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşıldıktan ve hazır bulunan taraf vekilleri dinlendikten sonra eksiklik nedeniyle iade edilen dosya ikmal edildikten sonra tekrar gelmekle dosya incelendi, gereği düşünüldü.

Davacı vekili davalı Anri ve Albert aleyhine yaptıkları icra takibi sırasında borçlarına yetecek haczi kabil mallarının bulunmadığını, ancak alacaklılardan mal kaçırmak amacı ile kendislerine ait taşınmazları davalılar Hıdır, Abdulkadir, Murat ve Sara ...'na sattıklarını, dava konusu

47 Bknz: 17. HD. 26.02.2015 T. 16281/3436 (www.e-uyar.com)

taşınmazları Abdulkadir'in Fulya...'e, Sara'nın da Hülya....'a sattığını belirterek tasarrufun iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar Abdulkadir, Hülya, Anri, Sara ve Albert ile Murat vekilleri davanın reddini savunmuşlar, davalı Fulya ise cevap vermemiştir.

Mahkemece davalılar Fulya ve Hülya yönünden kötü niyetli olduklarının kanıtlanamaması, Abdulkadir yönünden ise feragat nedeniyle davanın reddine, diğer davalılar yönünden ise yakın akrabalık ve ivazlar arasındaki fahiş fark nedeniyle davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davacı vekili ile davalılar Abdulkadir ve Murat vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, *davalılar Fulya ve Hülya...'un kötü niyetli olduklarına ilişkin kanıt bulunmamasına, davalı Abdulkadir'in borçlunun mali durumu ile alacaklıları ızrar kastını bilen veya bilmesi lazım gelen kişilerden olduğunun anlaşılmasına, davalı Murat'ın satın aldığı taşınmazın gerçek değeri ile tapudaki satış bedeli arasında bir mislini aşan fahiş fark bulunmasına ve kararda yazılı diğer gerekçelere göre diğer temyiz itirazları yerinde değildir*. Ancak *davalı Abdulkadir'ya satılan dava konusu taşınmaz yönünden daha önce dairede incelenip karar verilen başka kararlar olduğundan adı geçen davalının tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla tazminata mahkum edilmesi gerekirken* bu hususun göz ardı edilmesi doğru değil bozma nedeni ise de bu yanlışlığın giderilmesi yargılamanın tekrarını gerektirir nitelikte görülmediğinden kararın 6100 sayılı HMK.nun geçici 3. maddesinin 2. fıkrası delaletiyle 1086 sayılı HUMK.nun 438/7 maddesi uyarınca düzeltilerek onanması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarda açıklanan nedenlerle hüküm fıkrasının 1-c bendinin son satırındaki "kaydıyla davalı Abdulkadir'dan" ibaresinden önce gelmek üzere "ve tahsilde tekerrür olmaması kaydıyla" ibaresinin yazılarak hükmün bu şekli ile DÜZELTİLEREK ONANMASINA, duruşmada vekille temsil olunmayan davalı Abdülkadir yararına vekalet ücreti takdirine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı Abdulkadir'ya geri verilmesine, aşağıda dökümü yazılı 4,05 TL kalan onama harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, aşağıda dökümü yazılı 30.245,74 TL kalan onama harcının temyiz eden davalı Murat....'dan alınmasına 08.05.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi."[48]

48 Bknz: 17 HD 08.05.2014 T. 2103/7239 (www.e-uyar.com)

**"Ayrı ayrı tasarrufun iptali davaları açılmış olsa da, iptale konu tasarruf tek olduğundan, şikayetçinin icra dosyalarından herhangi birine sorumlu olduğu miktarı ödemekle sorumluluktan kurtulacağı, şikayet tarihinden sonra ödemede bulunmakla şikayetçi hakkında hiçbir işlem yapılamayacak olup, ödemeden sonra paranın kime ait olacağı hususunun ise yapılacak sıra cetvelinde ortaya çıkacağı-*

Şikayetçi icra mahkemesine sunduğu 14.02.2013 tarihli dilekçesinde, kardeşi Kaya K.'un borcundan dolayı ilgili alacaklılar tarafından Kadıköy 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2009/101 ve 2009/497 esas sayılı dosyalarında tasarrufun iptali davalarının açıldığını, mahkemece, kendisinin her iki dosyadan ayrı ayrı 40.000,00 TL ile sorumlu tutulmasına karar verildiğini, ancak her iki hükümde de maddi hata sonucu tahsilde tekerrür olmama ibaresi bulunmadığından İstanbul 13.İcra Müdürlüğü'nün 2001/2913 ve İstanbul 7.İcra Müdürlüğü'nün 2011/4844 esas sayılı dosyalarında ayrı ayrı hakkında takip yapıldığını ileri sürerek, mükerrer ödemeyi önlemek için Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kararına kadar icranın durdurulmasını talep etmiş, mahkemece, tarafları farklı iki takip dosyası bulunduğundan mükerrerlikten söz edilemeyeceği, takip dayanağı ilam olup infaz edilmeden takibin durdurulamayacağı gerekçesi ile istemin reddine karar verilmiştir. Bu arada mahkemece karar verilmeden önce tasarrufun iptaline ilişkin ilamda belirtilen miktarın şikayetçi tarafından İstanbul 7.İcra Müdürlüğü'nün 2011/4844 sayılı dosyasına 17.04.2012 tarihinde yatırıldığı görülmektedir.

İİK'nun 277 ve müteakip maddelerine göre alınmış tasarrufun iptaline ilişkin karar, alacaklıya, yalnızca borçlunun tasarrufuna konu ettiği maldan alacağını tahsil etme olanağı sağlamakta olup, aynı yasanın 283/2. maddesinde; iptal davası, üçüncü kişinin elinden çıkardığı malların yerine geçen değere ilişkinse, üçüncü kişinin, davacının alacağından fazla olmamak kaydıyla o değer oranında nakten tazminat ödemeye mahkum edileceği hükme bağlanmıştır.

Somut olayda, borçlu Kaya K.'un taşınmazdaki hissesini şikayetçiye devretmesi nedeniyle yukarıda numaraları yazılı takip dosyalarının alacaklıları tarafından ayrı ayrı tasarrufun iptali davaları açıldığı ve alacaklılar lehine ayrı ayrı hükümler verildiği anlaşılmaktadır. Tasarrufun iptaline konu taşınmaz şikayetçi tarafından üçüncü kişiye satıldığından iptale konu tasarruf bedele dönüşmüş olup, mahkemece şikayetçinin 40.000,00 TL üzerinden sorumlu tutulmasına karar verilmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere, ayrı ayrı tasarrufun iptali davaları açılmış olsa da, iptale konu tasarruf tektir. Bu nedenle şikayetçi, icra dosyala-

rından herhangi birine sorumlu olduğu miktarı ödemekle sorumluluktan kurtulur. Şikayet tarihinden sonra ödemede bulunmakla şikayetçi hakkında hiçbir işlem yapılamaz. Ödemeden sonra paranın kime ait olacağı hususu ise ancak yapılacak sıra cetvelinde ortaya çıkacaktır.

O halde mahkemece şikayetin kabulü ile şikayetçi hakkındaki icra işlemlerinin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ: Şikayetçinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), peşin alınan harcın istek halinde iadesine, ilamın tebliğinden itibaren 10 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 04.03.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi."[49]

*Tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonucunda *"davanın kabulüne ve dava konusu taşınır/taşınmaz üzerinde davacıya -takip konusu alacak ve fer'ileri ile sınırlı olarak, dava konusu ..... üzerinde cebri icra yetkisi tanınmasına"* şeklinde karar veren mahke-menin[50] dava konusu taşınmazın tapu kaydı üzerine daha önce koyduğu *'ihtiyati haciz'* ya da *'ihtiyati tedbir'* konusunda ayrıca bir karar vermesine gerek yoktur. Mahkemenin, davayı sonuçlandıran karar ile sicil(tapu) kaydı üzerine konulmuş olan *'ihtiyati haciz'* kendiliğinden *'kesin hacze'* dönüşür[51] [52].

Lehine *"tasarrufun iptaline"* karar verilen alacaklı, önce *"dava konusu taşı-nıra/taşınmaza kıymet takdir edilmesini"*,sonra da "*taşınırın/taşınmazın satılmasını*" talep ederek, alacağına kavuşur.

Fakat mahkeme, tasarrufun iptali davasının *'bedel'*e dönüşmesi sonucunda "*davanın kabulüne ve dava konusu taşınırın/taşınmazın davalı üçüncü kişi tarafından -kötüniyetli oldukları davacı tarafından kanıtlanamamış olan- dördüncü kişilere devredildiği tarihteki gerçek değeri olan.....lira tazminatın davalı-tahsiline ve davacıya ödenmesine."*- şeklinde karar verilirse, mahkemenin *'kendiliğinden'* ya da *'taşınırın/taşınmazın maliki olan dördüncü kişilerin talebi üzerine'* dava konusu taşınır/taşınmaz üzerindeki 'ihtiyati hacizlerin' (ya da 'ihtiyati tedbirlerin') kaldırılmasına karar vermesi gerekir.

49 Bknz: 12 HD 04.03.2014 T. 3107/5954 (www.e-uyar.com)

50 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR,T. /UYAR,A. /UYAR,C. a.g.e. s: 928 vd.- UYAR,T. /UYAR,A. /UYAR,C. İİK Şerhi, C:3, 3.Baskı, 2014, s: 4578 vd.

51 Ayrıntılı bilgi için bknz: UYAR,T. /UYAR,A. /UYAR,C. Tasarrufun İptali Davaları, s: 482 vd. - UYAR,T. /UYAR,A. /UYAR,C. İİK Şerhi, C:3, s: 4522 vd.

52 Bknz. 23 HD. 10.09.2015 T. 6374/5794; 17.HD. 18.10.2010 T. 8091/ 8433; 10.03.2008

Hemen belirtelim ki; bu durumda '*bedel*'e dönüşmüş olan tasarrufun iptali davasında, davalı-üçüncü kişi, ilamda belirtilen tazminatı davacı-alacaklıya ödemekle yükümlü duruma geldiğinden, mahkemenin, davacı-alacaklının talebi üzerine, teminat karşılığında "*davalı üçüncü kişinin kişisel malları üzerine uygulanmak üzere ihtiyati haciz kararı vermesi*" gerekir.

Bütün bu hususlar ilişikte sunduğumuz içtihatlarda ayrıntılı biçimde açıklanmıştır:

"Bedele yönelik taleple açılmış davalarda İİK. mad. 281/2 gereğince ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için teminat alınması zorunluluğunun yasadan kaynaklandığı Borçlunun da davanın reddedilmesi halinde uygulanan ihtiyati haciz nedeniyle zarar görebileceği ihtimali olduğundan, ihtiyati haczin teminat karşılığı verilmesinin uygun olduğu-

İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 17/01/2018 ara karar tarih, 2017/269 Esas sayılı hükmünün, istinaf başvurusu yoluyla incelenmesinin davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü;

İDDİA: Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; davacı bankanın davalılar D.C. ve E.Ç.'dan alacaklı olduğunu, dosyada yapılan takipte, alacağı karşılayacak miktarda, menkul, gayrimenkul mal ile başkaca hak ve alacak bulunamadığını, davalı borçlunun takipten kısa bir süre önce ve sonra mal varlığı üzerinde muvazaalı işlemler yaptığının tespit edildiğini, borçlunun adreslerine yapılan menkul hacizlerde borçluya ait borcu karşılayacak miktarda hacze kabil mal bulunmadığını, davalı-borçlular adına kayıtlı gayrimenkullerin alacaklılardan mal kaçırmak kastı ile muvazaalı şekilde çok düşük değerlerle devredildiğini öğrendiklerini, davalılar arasında yakın akrabalık ilişkisi olduğundan mali durumunu bilebilecek durumda olduklarını, davacının alacağının dava konusu tasarruftan önce doğduğunu belirterek, dava konusu 9 taşınmaz için tasarrufun iptaline karar verilmesini, ayrıca dava konusu taşınmazların bir ke daha el değiştirmesi halinde müvekkili bankanın zarar görmemesi için İİK 281/2 maddesi uyarınca ihtiyati haciz kararı verilmesini talep etmiştir.

SAVUNMA: Davalılardan S.Y. vekili cevap dilekçesinde özetle, müvekkilinin İzmir ili, Karşıyaka ilçesi, Bostanlı mahallesi, kat:2 da:4 adresindeki meskeni 30/03/2016 tarihinde diğer davalı D.C.' dan satın aldığını, satın alınmasından sonra Halk Bankası tarafından gönderilen ihtarname ile davlaı D.C.' ın borcu sebebiyle taşınmaza ipotek konulduğunun, bor-

T. 3025/1137; 19 HD. 24.06.2009 T. 5586/6192 (www.e-uyar.com)

cun ödenmemesi halinde taşınmazın satışa çıkarılacağına dair bilgi verildiğini, müvekkilinin borcu ödemeyeceğinden taşınmazın tekrar satışa çıkarıldığını, taşınmazın dava dışı N.Ö.H.' e 20/07/2016 tarihinde satış protokolü ile satıldığını, satış bedelinin HalkBankası Balçova Şubesine D.C. adına yatırıldığını, müvekkile karşı açılan davanın kötü niyetli olduğunu, müvekkilinin Durmuş ile akrabalığının olmayıp mali durumunu da bilemeyeceğini, tasarrufun iptali davasının en önemli şartının temlik işleminin borcun doğumundan sonra meydana geldiğini, müvekkilinin 30/03/2016 tarihinde taşınmazı satın aldığını 24/04/2010 tarihinde davalı Durmuş aleyhine icra takibine geçildiğini, borçlunun temerrüde düşmeden taşınmazın temlik edildiğini, alacaklıları zarara sokma nedeniyle tasarrufun iptali davasının şartları oluşmadığını, tüm borç miktarı esas alınarak müvekkilin mal varlığına ihtiyadi haciz konulmasını talebini kabul etmediklerini ve davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalılardan T.T.S. vekili cevap dilekçesinde özetle, davalı borçlu bakımından aciz halinin mevcudiyeti koşulunun gerçekleşmediğini, borçlunun borçlarını karşılamaya yeter bir malvarlığının bulunmaması, iptal davası bakımından dinlenebilirlik koşulu olduğunu, işbu dava bakımından bu koşulun gerçekleşmediğini, 28/04/2017 tarihli haciz tutanağının geçici aciz vesikası niteliğinde olmadığını, icra takibi borçlularının tamamı bakımından aynı icra dosyası kapsamında pek çok sorgulama gerçekleştirildiğini, bu sorgulamalar neticesinde her üç borçlu bakımından da pek çok taşınmaz, araç ve hatta tekne kadına dahi rastalandığını ve takyidatlar uygulandığını, söz konus utaşınmazın, araç ve teknelerin davaya mesnet icra takip çıkış miktarı olan 136.188,64 TL' yi karşılayacağının açık olduğunu, bu haliyle iptal davasının dinlenebilirlik koşullarının oluşmadığını, ön koşul yönünden reddi gerektiğini, müvekkilinin davalıları tanımadığını, satın alım sürecinin S.T. isimli bir gayrimenkul darışmanı aracılığıyla gerçekleştiğini ve sonrasında müvekkili ile davalı borçlular arasında hiçbir diyaloğun geçmediğini, devir işleminin müvekkilin eşi İlker Sarı tarafından gerçekleştiğini, davalı borçluları hayatında hiç görmediğini, aralarında ne akrabalık ne de tanış düzeyinde bir irtibat bulunduğunu, davalı borçluların finansal durumları ve alacaklılarını zarara uğratma kastı bakımından müvekkilinin herhangi bir bilgisi olmadığını, müvekkilinin taşınmazları yatırım amaçlı satın aldığını,18-20 gün sonra da kiraya verdiğini, müvekkilinin davacı bankanın alacağınından haberdan olmadığını, davacılara yönelik bir zarar verme kastı da taşımadığı nedeniyle müvekkilinin tarafı olduğu tasarruflar yönünden davanın reddini talep etmiştir.

İLK DERECE MAHKEMESİNİN KARARININ ÖZETİ: İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 13/06/2017 tarihli ön inceleme tensip tutanağında davalı-borçluların Z.K.'e devrettiği taşınmazlara ihtiyati haciz konulmasına, Z.K. dışındaki diğer davalılar için talep edilen ihtiyati haciz taleplerinin koşulları oluşmadığından reddine karar verildiği görülmüştür.

İSTİNAF SEBEPLERİ: Davacı vekili istinaf başvuru dilekçesi ile; dava konusu edilen İzmir İli, Bayraklı İlçesi, Manavkuyu Mah. 8009 ada 2 parselde kain 55 ve 63 nolu bağımsız bölümler için tasarrufun iptali istenmiş olunmasına rağmen ve İzmir ili, Karşıyaka ilçesi Bostanlı mah. 9432 ada 10 parselde kain 4 nolu bağımsız bölümün satılmış olması nedeniyle taleplerinin bedele ilişkin olduğu açıklanmış olmasına rağmen bu taşınmazlara ilişkin ihtiyati haciz taleplerinin reddine yönelik verilen ilk derece mahkeme kararının hukuka usule ve yasaya uygun olmadığını belirterek, Yerel Mahkeme kararının kaldırılmasını talep etmiştir.

DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GEREKÇE: Dava, ilk derece mahkemesinde borçlu tarafından elden çıkarılan 9 adet taşınmaza dair açılmış olup, bunlardan sekizi için kötüniyetle taşınmazı satın alan bir kısım davalılar için tasarrufun iptali, biri için ise elden çıkarıldığı ve 4. Kişi konumunda olan alıcının kötüniyetli olduğu belirlenmediğinden bahisle taleplerinin bedele dönüştüğü belirtilerek borçludan satın alan davalı açısından, bu taşınmazları dava dışı 4. Kişilere sattığı tarihteki değerlerinin tahsiline yönelik olup, İİK.nun 281/2 maddesi gereğince ihtiyati haciz talebinide içermektedir.

Mahkemece, 13/06/2017 tarihli tensip tutanağı ile tasarrufun iptali talebine konu 6 taşınmaz için ihtiyati haciz talebinin kabulüne, davalı T.T.S.'ya satılan 2 adet taşınmaz ile, bedele dönüştürülen 1 adet taşınmaz için ise ihtiyati haciz talebinin reddine karar verildiği, davacı vekilince bu ara kararın istinafa konu edildiği görülmüştür.

Dairemizin 2017/1482-992 E-K sayılı ilamı ile, gerekçeli ara karar yazılması için geri çevrilmesine karar verilen dosyada, ilk derece mahkemesince yazılan ara kararda, ihtiyati hacizin red sebebinin, haciz zaptının aciz vesikası hükmünde olmadığı şeklinde açıklandığı görülmüştür.

Dava İİK.nun 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Aynı Yasanın 281/1-2 nci maddesi "Mahkeme iptal davalarını basit yargılama usulüyle görüp hükme bağlar ve bu davalara mütaallik itilafları hal ve şartları gözönünde tuturak serbestçe takdir ve halleder. Hakim, iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebilir. Teminatın lüzum

ve miktarı mahkemece takdir ve tayin olunur. Şu kadar ki, davanın elden çıkarılmış mallar yerine kaim olan kıymete taalluku halinde, teminat göstermeksizin ihtiyati haciz kararı verilemez" hükmünü içermektedir.

Mevcut olayda, İzmir İli, Bayraklı İlçesi, Manavkuyu Mah. 8009 ada 2 parselde kain 55 ve 63 nolu bağımsız bölümleri borçludan satın alan 3. Kişi konumundaki T.T.S. davada davalı olarak yer almaktadır ve bu taşınmazlar halen bu davalı adına kayıtlıdır. Davanın konusunu oluşturan bu taşınmazlar açısından İİK.nun 281/2 gereğince, alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verilebilir ve bunun için teminat alınması da zorunlu değildir. Artık davanın konusu olmayan İzmir ili, Karşıyaka ilçesi Bostanlı mah. 9432 ada 10 parselde kain 4 nolu bağımsız bölüm için ise talep, bedele dönüştürülmüş olup, davacının ileride telafisi imkansız zararlarının oluşabileceği nazara alınarak, ihtiyati haciz isteminin takdir olunacak teminat karşılığında kabul edilmesi yerine, haciz tutanağının aciz vesikası niteliğinde olmadığı şeklinde açıklanan gerekçe ile istemin reddine karar verilmesi doğru değildir. Zira, belirtilen bu ret sebebi, davanın esası hakkında yapılacak incelemeye konu sebeptir ve aynı davada ihtiyati haciz uygulanan 6 adet taşınmaz olduğu dikkate alınır ise, mahkemenin verdiği karar ile kendi içinde çeliştiği de görülmektedir. Yasada ön görülen ihtiyati haciz, alacaklının zarara uğramasını engellemeye yönelik olup, davacı, İzmir 20.İcra Müdürlüğünün 2017/5709 E sayılı dosyasında 136.188,64-TL alacağının olduğunu ispatlamış durumdadır ve bunun yargılama süresince uygulanacak ihtiyati haciz ile teminat altına alınmasını istemekte hukuki yararı vardır. Alacağın teminat altına alınması kadar, borçlunun da haklarının teminat altına alınması önemlidir. Borçlunun da davanın reddedilmesi halinde uygulanan ihtiyati haciz nedeniyle zarar görebileceği ihtimali olduğundan, ihtiyati hacizin teminat karşılığı verilmesi uygundur. Zaten, bedele yönelik taleple açılmış davalarda İİK.nun 281/2 maddesi gereğince ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için teminat alınması yasadan kaynaklanmaktadır.

Bu itibarla; ilk derece mahkemesinin, ihtiyati haciz talebinin reddine karar verdiği taşınmazlardan, İzmir İli, Bayraklı İlçesi, Manavkuyu Mah. 8009 ada 2 parselde kain 55 ve 63 nolu bağımsız bölümler üzerine teminatsız ihtiyati haciz konulmasına, İzmir ili, Karşıyaka ilçesi Bostanlı mah. 9432 ada 10 parselde kain 4 nolu bağımsız bölümün ise, elden çıkarılması nedeniyle davalı S.Y.'e karşı bedele dönüştüğü dikkate alınarak, takibe konu borç miktarının %15'i oranında teminat alınmasının uygun olacağı görülmekle, belirtilen teminat karşılığında S.Y.'e ait menkul, gayrimenkul ve 3. Kişilerde olan hak ve alacakları üzerine ihtiyati haciz konulması yönünde ara kararının düzeltilmesi gerektiğine dair aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir.

HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-Davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüyle; İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2017/269 Esas sayılı dosyasında, 13/06/2017 tarihli tensip tutanağında yer alan (17/01/2018 tarihli ara karar ile gerekçesi yazılan), davacı vekilinin ihtiyati haciz konulması yönündeki taleplerinin bir kısım taşınmazlar için reddine ilişkin verilen kararın HMK'nun 353/1-b.2 maddesi uyarınca DÜZELTİLMESİNE;

2-Talebe ilişkin yeni hüküm tesisine;

Davacının ihtiyati haciz talebinin kısmen reddedildiği, dava konusu edilen İzmir İli, Bayraklı İlçesi, Manavkuyu Mah. 8009 ada 2 parselde kain 55 ve 63 nolu bağımsız bölümler ve İzmir ili, Karşıyaka ilçesi Bostanlı mah. 9432 ada 10 parselde kain 4 nolu bağımsız bölüm için KABULÜ İLE,

- Dava konusu edilen, İzmir İli, Bayraklı İlçesi, Manavkuyu Mah. 8009 ada 2 parselde kain 55 ve 63 nolu bağımsız bölümler açısından, davalı T.T.S. adına kayıtlı olmaları halinde üzerlerine ihtiyati haciz konulmasına, ilgili Tapu Müdürlüğüne mahal Mahkemesince müzekkere yazılmasına,

-Dava konusu edilen İzmir ili, Karşıyaka ilçesi Bostanlı mah. 9432 ada 10 parselde kain 4 nolu bağımsız bölüm için ise, bedele dönüştüğü dikkate alınarak, İ.İ.K 277 ve devamı maddeleri uyarınca dava konusu müddeabbihin % 15'i oranında hesaplanan 20.428,29- TL teminat mukabilinde davalı S.Y.'in menkul ve gayrimenkul malları ile 3. Kişilerdeki hak ve alacakları üzerine, İzmir 20.İcra Müdürlüğünün 2017/5709 E sayılı dosyasındaki asıl alacak ve ferileri ile sınırlı olmak üzere, İİK.nun 281/2 maddesi gereğince İHTİYATİ HACİZ konulmasına, teminat yatırıldığında ilgili İcra Müdürlüğüne mahal Mahkemesince müzekkere yazılmasına,

3-İstinaf yargılaması duruşmasız yapıldığından istinaf yoluna başvuran davacı yararına vekalet ücreti takdirine yer olmadığına,

4-Davacı tarafından yatırılan istinaf peşin harcının verilen kararın niteliği gereği davacıya iadesine.

5-İstinaf kanun yoluna başvuran davacı tarafından yapılan istinaf başvuru harcı, tebligat ve gönderme masrafından oluşan yargılama giderinin esasa ilişkin verilen kararda ilk derece mahkemesince dikkate alınmasına,

6-İşin mahiyeti gereği tebliğ işlemlerinin ilk derece mahkemesince yerine getirilmesine,

Dair, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda HMK'nın 362/1-f maddesi uyarınca kesin olarak oy birliğiyle karar verildi." [53]

*"*İİK. mad. 283/II uyarınca, davanın bedele dönüşmesi halinde teminat karşılığı davalı*

üçüncü kişinin mal varlığıyla ilgili ihtiyati haciz kararı verilebileceği hüküm altına aldığından, davanın kabulü halinde davalılar taşınmazların bedelleri ile sorumlu olacaklarından, davacının talebinin anılan madde uyarınca uygun görülecek teminat karşılığı kabulü ve davalıların üzerine kayıtlı mal varlıkları ve hakları üzerine taleple bağlı kalınarak ihtiyati haciz konulmasına karar verilmesi gerektiği-

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine dair verilen hükmün süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği düşünüldü:

Davacı vekili, davalı borçlular Süleyman ve Ali hakkında takip yapıldığını, alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla, Ali taşınmazını önce kızı Fahriye'ye o da dava dışı Sevinç'e, borçlu Süleyman ise adına kayıtlı taşınmazını önce davalı kardeşi Ayşe'ye onun da dava dışı Gülten'e sattığını belirterek, davalılar Fahriye ve Ayşe yönünden davayı İİK'nun 283/2 madde gereğince nakden tazminatla sorumluluğuna, dava bedel üzerinden açıldığından şimdilik taşınmazın tapudaki bedelleri üzerinden, davalılar Fahriye ve Ayşe'nin taşınır, taşınmaz malları ile üçüncü kişilerdeki hak ve alacakları üzerinde ihtiyati haciz kararı verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece 13.11.2014 tarihli kararı ile, İİK'nun 257.maddesindeki ihtiyati haciz kararı için anılan maddenin 1.fıkrası gereğince öngörülen bir alacağının bulunmadığı alacağın varlığı ve miktarı yargılamayı gerektirdiği, İİK'nun 281/2 maddesine göre ise tasarruf konusu mal ve haklar üzerinde alacaklının talebi ile ihtiyati haciz kararı verilebileceği dosya kapsamı mevcut duruma göre talep konusu taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde ihtilaf bulunmadığı, alacağın varlığı ve miktarı yargılamayı gerektirdiğinden bahisle talebin reddine karar verilmiş, karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava İİK 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

Aynı yasanın 281/1.maddesi iptal davalarının basit yargılama usulü ile görülüp hükme bağlanacağını ve bu davalara ilişkin itilafların hal ve şart-

53 Bknz: İzmir BAM 5. HD. 18.04.2018 T. 521/586 (www.e-uyar.com)

lar göz önünde tutularak serbestçe takdir ve halledileceğini, 2 fıkra ise, hakimin iptale tabi tasarrufun konusunu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebileceğini, teminatın lüzum ve miktarının mahkemece takdir ve tayin olunacağını, ancak davanın elden çıkarılmış mallar yerine kaim olan kıymete taalluku halinde, teminat göstermeksizin ihtiyati haciz kararı verilemeyeceğini hüküm altına almıştır.

Somut olayda, davacı vekili dava konusu taşınmazların üçüncü kişiler Fahriye ve Ayşe tarafından dava dışı şahıslara satıldığından İİK 283/2 madde gereğince nakten tazminat davası olarak ve tapudaki değeri ile sınırlı olarak anılan davalıların malları üzerine ihtiyaten haczini talep etmiş davacının ihtiyati haciz isteminin reddine karar verilmiştir. Oysa, İİK 281/2 madde davanın bedele dönüşmesi halinde teminat karşılığı davalı 3.kişinin mal varlığıyla ilgili ihtiyati haciz kararı verilebileceğini hüküm altına aldığından ve davanın kabulü halinde davalılar Fahriye ve Ayşe taşınmazların bedelleri ile sorumlu olacaklarından, davacının talebinin anılan madde uyarınca uygun görülecek teminat karşılığı kabulü ve davalılar Fahriye ve Ayşe'nin üzerine kayıtlı mal varlıkları ve hakları üzerine taleple bağlı kalınarak Fahriye İçin 200.000,00 TL Ayşe için ise 4.500,00 TL ile sınırlı olarak ihtiyati haciz konulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetli görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 07.02.2017 tarihinde karar düzeltme yolu kapalı olarak oybirliğiyle karar verilmiştir."[54]

**"Davanın bedele dönüşmesi halinde teminat karşılığı davalı 3. kişinin mal varlığıyla*

ilgili ihtiyati haciz kararı verilebileceği- İcra ve İflâs Kanununun 281/1. maddesine göre iptal davalarının basit yargılama usulü ile görülüp hükme bağlanacağı ve bu davalara ilişkin itilafların hal ve şartlar göz önünde tutularak serbestçe takdir ve halledileceğini, 2 fıkrasına göre ise, hakimin iptale tabi tasarrufun konusunu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebileceği, teminatın lüzum ve miktarının mahkemece takdir ve tayin olunacağı, ancak davanın elden çıkarılmış mallar yerine kaim olan kıymete taalluku halinde, teminat göstermeksizin ihtiyati haciz kararı verilemeyeceği-

Taraflar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı ihtiyati haciz talebinin reddine

54 Bknz: 17. HD. 07.02.2017 T. 24014/1098 (www.e-uyar.com)

dair verilen hükmün süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

Davacı vekili, davalı borçlu ..... Madencilik Yol Yapı San.ve Tic.AŞ.'nin alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla adına kayıtlı Silivri'deki taşınmazı 23.7.2012 tarihinde, Beylikdüzü'ndeki taşınmazı da 24.7.2012 tarihinde borçlu şirket ortaklarından Eyüp K.'nın kardeşi ve aynı zamanda borçlu şirketin müdürü olan davalı Fırat K.'ya sattığını, davalı Fırat'ın borçlu şirketten satın aldığı Silivri'deki taşınmazı 4.2.2013 tarihinde dava dışı Davut M.'e sattığını belirterek tasarrufun iptaline, dava konusu Silivri'deki taşınmaz yönünden davalı Fırat K.'nın İİK'nun 283/2 madde gereğince nakten tazminatla sorumluluğuna, dava konusu Beylikdüzü'deki taşınmaz üzerine alacak ve ferileriyle sınırlı olarak, dava konusu Silivri'deki taşınmaz yönünden ise dava bedele dönüştüğünden şimdilik tapudaki satış bedeli olan 65.000 TL üzerinden ihtiyati haciz kararı verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece 12.12.2013 tarihli tensip zaptı ile dava konusu Beylikdüzü'ndeki taşınmaz üzerine takip konusu alacak ve fer'ileriyle sınırlı olarak ihtiyati haciz konulmasına, dava konusu Silivri'deki taşınmaz davalı adına kayıtlı olmayıp malik davalı olmadığından bu taşınmaz yönünden istenilen ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilmiş, red kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava İİK 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

Aynı yasanın 281/I. maddesi iptal davalarının basit yargılama usulü ile görülüp hükme bağlanacağını ve bu davalara ilişkin itilafların hal ve şartlar gözönünde tutularak serbestçe takdir ve halledileceğini, 2 fıkra ise, hakimin iptale tabi tasarrufun konusunu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebileceğini, teminatın lüzum ve miktarının mahkemece takdir ve tayin olunacağını, ancak davanın elden çıkarılmış mallar yerine kaim olan kıymete taalluku halinde, teminat göstermeksizin ihtiyati haciz kararı verilemeyeceğini hüküm altına almıştır.

Somut olayda, davacı vekili dava konusu Silivri'deki taşınmaz yönünden davasını İİK 283/2 madde gereğince nakten tazminat olarak açmış ve bu taşınmaz yönünden tapudaki satış bedeli olan 65.000 TL üzerinden davalı 3.kişinin malları ve 3.kişilerdeki hak ve alacaklarının ihtiyaten haczini talep etmiş Mahkemece Silivri'deki taşınmazın davalı 3.kişi adına kayıtlı olmaması nedeniyle davacının ihtiyati haciz isteminin reddine karar verilmiştir. Oysa İİK 281/2 madde davanın bedele dönüşmesi

halinde teminat karşılığı davalı 3.kişinin malvarlığıyla ilgili ihtiyati haciz kararı verilebileceğini hüküm altına aldığından davacının talebinin anılan madde uyarınca uygun görülecek teminat karşılığı kabulü ve davalı 3.kişinin malvarlığı ile 3.kişilerdeki hak ve alacaklarına taleple bağlı kalınarak 65.000,00 TL ile sınırlı olarak ihtiyati haciz konulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetli görülmüştür.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 17.4.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi." [55]

c) TBK. m.19 uyarınca açılan 'muvazaa nedenine dayalı tasarrufun iptali davası'nın *''bedel''e* dönüşmesi İİK.m.283/II halinde, mahkemece s a d e c e ' *davacıya haciz ve satış isteme yetkisi tanınması'* doğrultusunda mı karar verilebileceği, yoksa '*dava konusu taşınırı/taşınmazı elinden çıkarmış olan davalı- üçüncü kişinin tazminatla sorumlu tutulmasına'* da karar verilebilir mi ?

Yüksek mahkeme son içtihatlarında "TBK m.19 uyarınca açılan muvazaa nedenine dayalı tasarrufun iptali davasının *'bedel'*e dönüşmesi (İİK.283/II) halinde mahkemece s a d e c e 'davacıya, haciz ve satış isteme yetkisi tanınması' doğrultusunda karar verilebileceğini yoksa ' *dava konusu taşınırın/taşınmazın elden çıkarılmış elden çıkarmış olan davalı - üçüncü kişinin 'tazminatla sorumlu tutulmasına'* da karar verilemeyeceğini –aşağıdaki şekilde–belirtmiştir:

'Dava dilekçesindeki ileri sürüşe ve yargılama sırasındaki sözlü ve yazılı açıklamalara göre davanın niteliği itibarıyla TBK'nun 19. maddesine dayalı olarak açılan muvazaalı işlemin iptali istemine ilişkin olduğu- Davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK. mad. 283/1,2 kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazların haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekeceği, bu madde sadece davacıya haciz ve satış isteme yetkisinin kıyasen uygulanması olup üçüncü kişinin tazminatla sorumlu olacağı anlamına gelmemesi gerektiği-

Davacı vekili, davalı borçlu V. Plastik İhtiyaç Maddeleri Dağıtım A.Ş. hakkında takip yapıldığını, takibin semeresiz kaldığını, borçluya ait fabrika binasının bulunduğu dava konusu taşınmazı 11.09.2008 tarihinde davalı şirkete devretmiş, bu şirketinde 21.06.2010 tarihinde dava dışı şirkete sattığını belirterek bu muvazaalı satışların iptalini istemiştir.

55 Bknz: 17. HD. 17.04.2014 T. 4562/5955 (www.e-uyar.com)

Dava BK'nun 19. maddesine dayalı olarak açılan muvazaalı işlemin iptaline ilişkindir.

HMK'nin 33.maddesine göre Hakim, Türk hukukunu resen uygulamak zorundadır. Bir davada olayları belirtmek ve açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme Hakime aittir. Bu nedenle tarafların hukuki nitelendirmeyi doğru yapmak zorunluluğu yoktur. Başka bir ifade ile Hakim, bildirilen hukuki sebeplerle bağlı olmayıp, hukuki sebebi kendiliğinden bulup uygulamakla sorumludur.

Somut olayda, dava dilekçesindeki ileri sürüşe ve yargılama sırasındaki sözlü ve yazılı açıklamalara göre dava niteliği itibarıyla BK'nun 19. maddesine dayalı olarak açılan muvazaalı işlemin iptali istemine ilişkindir. Yüzeysel bakıldığında iptal davaları ile muvazaa davaları arasında bir benzerlik görülmekte ise de bu benzerlik her iki davanın güttüğü amaçtan öte gitmemektedir. İİK'nun 277. maddesinde sözü edilen iptal davaları borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış bazı tasarrufların hükümsüz kılınması için açılır. Oysa muvazaa davası borçlunun yaptığı tasarrufi işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi amaçlar. Kural olarak muvazaa nedeniyle hakları ihlal olunan ve zarar gören 3.kişiler tek taraflı veya çok taraflı hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler.

3. kişinin danışıklı işlem ile hakkının zarar gördüğünün benimsenebilmesi için onun danışıklı işlemde bulunandan bir alacağının var olması ve bu alacağın ödenmesinin önlemek amacıyla danışıklı bir işlem yapılması gerekir. Davacının bu davadaki amacı alacağını tahsil edebilmek için muvazaa nedeniyle temelde geçersiz olan işlemin hükümsüzlüğünü sağlamaktır. Muvazaaya dayalı davalarda davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek yoktur. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi İİK 277 ve izleyen maddelerinde iptal davasına konu tasarruflar özünde geçerli olmasına rağmen kanunun icra hukuku yönünden iptaline imkan verdiği tasarruflardır. Muvazaaya dayalı iptal davasında ise davacı muvazaalı işlemle kendisinin zararlandırıldığını ileri sürmektedir. İİK 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkı davacının genel hükümlere, muvazaaya dayanarak dava açmasına engel değildir. Davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK 283/1,2 maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazların haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekecektir. Bu madde sadece davacıya haciz ve satış isteme yetkisinin kıyasen uygulanması olup üçüncü kişinin tazminatla sorumlu olacağı anlamına da gelmemelidir.

Bu nedenlerle mahkemenin davayı BK'nun 19. maddesindeki muvazaalı işlemin iptali olarak nitelemesi gerekirken, yazılı şekilde nitelemesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.'[56]

'TBK. mad. 19 uyarınca açılan muvazaalı işlemin iptaline ilişkin davada, davacının iddiasını kanıtlaması halinde, iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK. mad. 283/1,2 kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazların haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekeceği- Bu madde sadece davacıya haciz ve satış isteme yetkisinin kıyasen uygulanmasına ilişkin olduğundan, üçüncü kişinin tazminatla sorumlu tutulamayacağı-

Dava TBK'nun 19. maddesine dayalı olarak açılan muvazaalı işlemin iptaline ilişkindir.

HMK'nin 33.maddesine göre Hakim, Türk hukukunu resen uygulamak zorundadır. Bir davada olayları belirtmek ve açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme Hakime aittir. Bu nedenle tarafların hukuki nitelendirmeyi doğru yapmak zorunluluğu yoktur. Başka bir ifade ile Hakim, bildirilen hukuki sebeplerle bağlı olmayıp, hukuki sebebi kendiliğinden bulup uygulamakla sorumludur.

Somut olayda, dava dilekçesindeki ileri sürüşe ve yargılama sırasındaki sözlü ve yazılı açıklamalara göre dava niteliği itibarıyla BK'nun 19. maddesine dayalı olarak açılan muvazaalı işlemin iptali istemine ilişkindir.Yüzeysel bakıldığında iptal davaları ile muvazaa davaları arasında bir benzerlik görülmekte ise de bu benzerlik her iki davanın güttüğü amaçtan öte gitmemektedir. İİK'nun 277. maddesinde sözü edilen iptal davaları borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış bazı tasarrufların hükümsüz kılınması için açılır. Oysa muvazaa davası borçlunun yaptığı tasarrufi işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi amaçlar. Kural olarak muvazaa nedeniyle hakları ihlal olunan ve zarar gören 3.kişiler tek taraflı veya çok taraflı hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler.

3.kişinin danışıklı işlem ile hakkının zarar gördüğünün benimsenebilmesi için onun danışıklı işlemde bulunandan bir alacağının var olması ve bu alacağın ödenmesinin önlemek amacıyla danışıklı bir işlem yapılması gerekir. Davacının bu davadaki amacı alacağını tahsil edebilmek için muvazaa nedeniyle temelde geçersiz olan işlemin hükümsüzlüğünü sağlamaktır. Muvazaaya dayalı davalarda davacının icra takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek yoktur. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi

56 Bknz: 17. HD. 02.04.2019 T. 14064/3930 (www.e-uyar.com)

İİK 277 ve izleyen maddelerinde iptal davasına konu tasarruflar özünde geçerli olmasına rağmen kanunun icra hukuku yönünden iptaline imkan verdiği tasarruflardır. Muvazaaya dayalı iptal davasında ise davacı muvazaalı işlemle kendisinin zararlandırıldığını ileri sürmektedir. İİK 277 ve izleyen maddelerinde düzenlenen iptal davası açma hakkı davacının genel hükümlere,muvazaaya dayanarak dava açmasına engel değildir.

Davacının iddiasını kanıtlaması halinde iddianın taşınmazın aynına ilişkin olmadığı, alacağın tahsiline yönelik bulunduğu da gözetilerek İİK 283/1,2 maddesi kıyasen uygulanarak iptal ve tescile gerek olmaksızın davacının taşınmazların haciz ve satışını isteyebilmesi yönünden hüküm kurulması gerekecektir. Bu madde sadece davacıya haciz ve satış isteme yetkisinin kıyasen uygulanması olup üçüncü kişinin tazminatla sorumlu olacağı anlamına da gelmemelidir.'[57]

'TBK'nun 19. maddesine dayalı olarak açılan muvazaalı işlemin iptaline ilişkin davada davacı dava dilekçesinde sonraki satış yapılan kişilerin belirlenemediğini, belirlenmesi halinde davaya dahil edileceğini belirtmiş olup, mahkemece dava konusu araçları satın alanların son malike kadar isimleri belirlenmiş olarak, davacıya dava dahili sağlanması için süre verilmesi ve taraf teşekkülü sağlandıktan sonra tüm kayıt malikleri yönünden TBK'nun 19. maddesindeki muvazaa olgusunun araştırılarak var olduğunun saptanması halinde davanın kabulüne, tümü yönünden muvazaanın varlığının ispatlanmaması halinde dava bedele dönüşmeyeceğinden reddine karar verilmesi gerektiği-

KARAR

Davacı vekili, borçlu davalıya tazminat alacağı nedeni ile takip yaptıklarını, borçlunun mal kaçırma amacı ile ... ve ... plakalı araçları muvazaalı olarak üçüncü kişilere sattığını belirterek, muvazaalı satışların iptali ile İİK'nun 283.maddesinin kıyasen uygulanmasını istemiştir.

Davalı vekili, dava konularından ... plakalı aracın dava dayanağı tazminata neden olan olay sırasında tamamen yandığını ve kullanılamaz hale geldiğini, ... plakalı aracın olaydan sonra ticari amaçla alındığını ve daha sonra satıldığını, mal kaçırma amaçlarının olsa olaydan sonra alınmayacağını belirterek haksız açılan davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, dava ve ... takibi tarihi itibariyle davaya konu her iki aracın davalının adına trafikte kayıtlı olmayıp, önceki satışlar sonrası yeni kayıt malikleri adına tescili sağlandığı, biri hurdaya ayrılmış olduğu her

57 Bknz: 17. HD. 15.04.2019 T. 18256/4779 (www.e-uyar.com)

iki aracın da sonraki kayıt maliklerinin davada taraf olmadığı, sadece önceki kayıt maliki aleyhine açılan davada verilecek iptal kararının davanın tarafı olmayan yeni kayıt malikleri yönünden sonuç doğurmasının mümkün olmadığı bu haliyle davacının dava açmakta hukuki yararı bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava BK'nun 19.maddesine dayalı olarak açılan muvazaalı işemin iptaline ilişkindir.

Kural olarak 3.kişiler, danışıklı işlem nedeniyle hakları zarara uğratıldığı takdirde tek taraflı veya çok taraflı olan bu hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilir. Çünkü danışıklı bir hukuki işlem ile 3.kişilere zarar verilmesi onlara karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğindedir. Ancak 3.kişinin danışıklı işlem ile haklarının zarar uğratıldığının benimsenebilmesi için onun danışıklı işlemde bulunandan alacaklı olması ve danışıklı işlemin alacağının ödenmesini önlemek amacıyla yapılmış bulunması gerekir.

Yüzeysel bakıldığında iptal davaları ile muvazaa davaları arasında bir benzerlik görülmekte ise de bu benzerlik her iki davanın güttüğü amaçtan öte gitmemektedir. İİK 277.maddesinde sözü edilen iptal davaları borçlu tarafından geçerli olarak yapılmış bazı tasarrufların hükümsüz kılınması için açılır. ... muvazaa davası borçlunun yaptığı tasarrufi işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi amaçlar. Davacının bu davadaki amacı alacağını tahsil edebilmek için muvazaa nedeniyle temelde geçersiz olan işlemin hükümsüzlüğünü sağlamaktır. Muvazaaya dayalı davalarda davacının ... takibine geçmesi ve aciz belgesi almasına gerek yoktur. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi İİK 277 ve izleyen maddelerinde iptal davasına konu tasarruflar özünde geçerli olmasına rağmen kanunun ... hukuku yönünden iptaline imkan verdiği tasarruflardır.

Somut olayda davacının talebinin TBK'nun 19.maddesi gereğince açılmış muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal davası olduğuna göre muvazaalı işlemin diğer tarafı olan yani borçlu tarafından ilk satış yapılan şahıs ve varsa diğer satış yapılan şahıslarında davaya dahil edilip taraf teşkilinin sağlanması gerekmektedir..... BK'nun 19.maddesindeki muvazaa olgusunun araştırılarak var olduğunun saptanması halinde davanın kabulüne tümü yönünden muvazaanın varlığının ispatlanmaması halinde dava bedele dönüşmeyeceğinden reddine karar verilmesi gerekmektedir.[58]

58 17. HD. 03.07.2018 T. 1995/ 6658 (www.e-uyar.com)

ULUSLARARASI TİCARİ TERİMLER (INCOTERMS) 2020 ÇERÇEVESİNDE YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ BEKLENEN YENİLİKLER

Av. Selin HAYAT

Giriş

Ticari terimler geniş taraf serbestisinin kendini en fazla gösterdiği alandır[1]. Ticari satım sözleşmelerini özellikleri ile beraber değerlendirecek olursak; ticari terimler, sözleşmelerin hazırlanması aşamasında tarafları ayrıntılı düzenlemelere girme zahmetinden kurtarmakta uyuşmazlıkların çözümü basamağında adalete uygun ve yeknesak yorumlara ulaşılmasına hizmet etmektedir[2]. Zira uluslararası ticari terimlerin mal satımının her yönüne ilişkin yeknesak kurallar olarak tanımlandığı görülmektedir[3].

Ticari terimler, muğlaklıktan uzaktır, yalın bir anlatımla oluşturulmuştur. Uluslararası ticari yaşamın aktörlerinin ihtiyaçları sonucunda ortaya çıkmıştır[4]. Uluslararası ticari terimler, ulusal hukuk ve uluslararası konvansiyonların sayıca fazla olmasından dolayı ortaya çıkacak farklı anlam ve birbirine uzak yorumları büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır[5]. Uluslararası ticaret rejiminin temel yapısını oluşturan bu terimleri, eşya satımına ilişkin terimler, satılan malların taşınmasına ilişkin terimler, kısaltılmış terimler, ihtilafların çözümüne ilişkin standartlar olarak kategorize etmek mümkündür[6]. Hizmet ettiği tüm gereksinimlere rağmen ticari terimlerin oluşturması, bu terimlerin yorumlanması basamağında ortaya çıkan uyuşmazlıkların tamamıyla önüne geçememektedir[7].

Terimlerin yorumlanması ülkeler arasında değişiklik gösterebilmektedir. Ancak ülkelerarası ticaret terimleri, kanuni kalıp ve muğlaklıkları reddederek ticari hayatın aktörlerinin ve devletlerin gereksinimlerine ce-

1 KUYUCU, s. 11

2 TAŞÇI, s.9

3 ADOLF H. HERMANN, International Trade Terms (Standart Terms For Contracts for the International sale of Goods, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, London, 1994, s. 15.

4 KUYUCU, s. 11

5 HERMANN, a.g.e.., s. 15.

6 HERMANN, a.g.e., s. 15.

7 KUYUCU, s. 12

vap verecek şekilde yalın ifadelerle kurulmalıdır[8]. Uluslararası ticarette kullanıla terimlerin ağdalı bir dile sahip olması uluslararası ticaretten beklenenleri tam anlamıyla karşılamak sorun çıkarabilir.

1. INCOTERMS

1.1 Genel Olarak

Incoterms'in uygulanmasının açıklığa kavuşturulabilmesi için Incoterrms' in hukuki niteliğin ortaya konulması gerekmektedir[9]. INCOTERMS, Uluslararası Ticari Terimler'in (International Commercial Terms) kısa halidir[10]. Ülkelerarası ticarette en çok karşılaşılan terimlerin ICC tarafından bir araya getirilme şekli ve terimlerin yeknesak bir şekilde yorumlanmasını sağlayan uluslararası kurallardır[11].

Sözleşmedeki taraflara bu terimler satış sözleşmelerinin belirli bölümleri açısından daha önceden belirlenmiş dengeli ve açık örnek mahiyetinde düzenlemeler vasıtasıyla destek olmakla birlikte ürünlerin taşınması esnasında oluşabilecek masraflar ve hasarı tarafların aralarında bölüştürerek ülkelerarası ticareti kolay bir şekilde yürütülmesini sağlamaktadır[12].

Bu şekilde ülkelerarası taşıma sözleşmeleri kapsamında sık sık ticaret yapılan liman ve şehirler içerisinde ortaya çıkacak karışıklıkları engellenebilecek ve yeknesaklık sağlanabilecektir[13]. INCOTERMS'de dört değişik teslimat şekli belirlenmiştir. Her teslimatın şeklini ortaya koyan ve İngilizce sözcüklerin ilk harfleriyle meydana getirilmiş üç harfli terimler vardır[14].

Bu kurallar aracılığıyla satıcıların ve alıcıların boş yere masrafa girmesi ve zaman kaybetmelerine engel olunacaktır.[15] Bahsedilen kurallara tarafların atıf yapmasıyla sözleşmelerin dayanacağı kanuni temeller daha sağlam olabilecek ve uluslararası faaliyetler istikrar ve kesinlik kazanacakır.

---

8 HERMANN, a.g.e., s. 15
9 TAŞÇI, s. 11
10 TAŞÇI, s.11
11 REİTHMANN / MARTİNY, 2010. 537; Erdem, 2001: 179
12 GABRİEL, 1999. 62
13 TAŞÇI, s.11
14 İGEME, 22. Nolu Makale https://www.igeme.com.tr/fag7
15 TAŞÇI, , s. 11.

1.2 Tarihçe ve Gelişim Süreci

INCOTERMS' in tarihçesini ve bununla bağlantılı olarak gelişimini incelerken, öncelikle Incoterms' in uluslararası ticaretin aktörleri sayesinde ve uygulama sonucunda vücut bulduğunu vurgulamak gerekir[16].

Incoterms' in bu gelişimi uluslararası ticari satımların temel özelliğinin, iç hukukun aksine, uygulamalar neticesinde vuku bulmuş terimler üzerine inşa edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır[17]. Bu manada Incoterms kaynağının uluslararası ticaret hukukundaki "***sözleşme özgürlüğü***" ilkesinden almaktadır[18]. Incoterms' in ortaya çıkışı Milletlerarası Hukuk Derneği'nin (Internationl Law Assosation) kapsam dahilindeki terimlerinden olan CIF teriminin münferiden yer aldığı düzenlemelerine dayanmaktadır[19]

Milletlerarası Hukuk Derneği'nin, hukukun farklı sistemlerinde uluslararası mahiyeti bulunan konularda yeknesak kuralların oluşturulması amacıyla kurmuş olduğu komisyonların zamanla Milletlerarası Ticaret Odası ile entegre olacak şekilde çalışması sağlanmıştır[20]. Milletlerarası Ticaret Odası'nın paralel olarak yürüttüğü çalışmalar kapsamında uluslararası ticarette kullanılan çeşitli terimlerin yeknesak bir yapıya sahip olma amacıyla ilk kez 1921'de bir Kongre toplanmış ve "***Trade Terms***" kitabının hazırlanması kararı alınnmıştır[21]. Bu konuda ilk kitap 1929 yılında yayınlanmış olup, kitapt sadece altı ticari terimi (FOB, FSA, FOT/FOR, Free Delivered, CIF, C&F) düzenlemektedir[22].

Milletlerarası Ticaret Odası, yaygın bir şekilde kullanılan ticari terimlerin yorumuna katkı sağlamak üzere bir dizi kuralı 1936 yılında yeknesak normlara dönüştürmüş ve "***Incoterms 1936***" adı altında yayımlamıştır[23]. 1936 yılında düzenlenen Incoterms, gelişen ticari yaşamın ihtiyaçlarıyla paralellik göstermesi amacıyla kez revizyona uğramıştır[24]. Ortaya çıkış

16 Kazi mierz NIZINSKI, Die Handelsüblichen Konsequenzen des FOB-Problems, Wien, 1968, s. 6; Fredereric EİSMANN, Die Incoterms im Internationalen Warenkafrecht, Stuttgart, 1967 (DOĞAN'dan naklen, a.g.e., s. 329).

17 D'ARCY/MURRAY/CLEAVE., a.g.e., s. 7.

18 Ercüment ERDEM, "Incoterms 2000", Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.223 (ERDEM, Makaleler).

19 ERDEM, (Makaleler), s. 221-222

20 KUYUCU, s. 20.

21 KUYUCU, s. 20

22 ERDEM, (Makaleler), s. 222

23 Incoterms 2000, s. 5

24 KUYUCU, s. 20

şekline uygun olarak, kurallar yeni ticari uygulamalara uyarlanmıştır[25].

Incoterms 1953, 1967, 1976, 1980, 1990,2000 yıllarında gerçekleştirilen revizyonlardan sonra 2010 yılında yapılan revizyon ile son halini almış ve Milletlerarası Ticaret Odası (ICC)'nın UCP 600 Sayılı Buroşürü olarak yayımlanmıştır[26]. Incoterms revizyonlarının müşterek özelliği her birinin spesifik bir noktada odaklanmış olmasıdır[27]. Incoterms, uluslararası satımları düzenleyen Viyana Konvansiyonu (1879)'nun da noksanlarını gidermiştir ve tarafları söz konusu konvansiyonun eksiklerinin meydana getireceği olası tehlikelerden korumaktadır[28].

Bununla birlikte ICC'nin yayımlamış olduğu Incoterms edisyonlarında Viyana Konvansiyonu ile paralellik kaybedilemeye çalışılmıştır[29]. ICC kurulduğu tarihten itibaren uluslararası ticari terimleri derleme çalışmaları yürüterek taraflar arasındaki hukuki ilişkinin güvenliğini artırmaya çalışmıştır[30]. ICC tarafından hazırlanan Incoterms edisyonlarının uluslararası alandaki birçok konvansiyonla ahenk içinde olması uluslararası ticaretin gereklerinin etkili bir şekilde yerine getirilmesine yardımcı olmaktadır. 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmesi beklenen, ICC'nin yeni edisyonu olacak Incoterms 2020'nin de bu söz konusu amaçlar çerçevesinde yeni düzenlemeler içermesi ve söz konusu terimler üzerindeki değişimleri bu kapsamda yapması beklenmektedir.

2.3 Amacı

Incoterms kurallarının amacı dış ticarette sıklıkla kullanılan terimlerin yorumlanması için bazı uluslararası kurallar oluşturarak ticari sözleşmelerdeki formüllerin yorumlanması açısından uluslararası kurallar ortaya koyabilmektedir[31].

---

25 Incoterms 2000, s. 6. "Uluslararası ticaret pratiği ile uyumlaştırma amacının güdülüyor olduğunun en açık olarak görüldüğü düzenleme FCA teriminin şekillenmesinde görülmektedir. 1980 revizyonunda "taşıyıcıya teslim" anlamına FCA terimi, deniz ticaretindeki sıklıkla karşılaşılan kabul noktasını geleneksel FOB noktası yani küpeşte olmaktan çıkıp daha çok gemiye yüklemeden önceki karada bir nokta olmasına ilişkin hükümler malların deniz yoluyla veya farklı taşıma araçları ile kombine olarak (Kombine-multimodel-çok vasıtalı) yapılacak sonraki satımlar için konteynere istiflendiği hali düzenlemek için kabul edilmiştir".

26 Aslıhan Sevinç KUYUCU, INCOTERMS, 1. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 21

27 Erdem, (Makaleler), s. 23

28 KUYUCU, s. 21

29 HERMANN, a.g.e., s. 3.

30 MALFLIENT, Jonas, " Incoterms 2010 and the mode of transport: How to chose the Right Term".http.//biblio.urgent.be/imput/donload? Func=downloadfile&fileold=1212631 (03.08.2019)

31 bkz. INCOTERMS 20O0, ICC, ICC Publication No:560

Bu şekilde uluslararası ticarette sıklıkla kullanılan terimlerin hem farklı hukuk sistemlerine tabi taraflarca farklı şekilde anlaşılıp yorumlanmasının önüne geçilmiş olacak hem de değişik ülkeler içerisinde meydana gelebilecek anlam karmaşasına engel olunabilecektir[32]. Örneğin FOB, değişik şehir ve limanlarda değişik manalara sahip olabilmektedir[33].

Incoterms edisyonlarının amacı dış ticarette satım sözleşmelerinde kullanılan terimlerin uygulanmasında yeknesaklığı sağlamaktır[34]. Uluslararası karaktere sahip satım sözleşmeleri aralarında mesafe bulunan ve farklı hukuk sistemlerine tabi hazır olamayan taraflar arasında cereyan etmekte ve bu özellik ticaretin gereksinimlerinden olan hızlılık ve güven ihtiyacını olumsuz yönde etkileyebilmektedir[35]. Aynı zamanda dış ticaret terimlerinin aynı şekilde yorumlanmaması sonucunu meydana getirmektedir[36].

Incoterms kuralları vasıtasıyla herkesin üzerinde bilgi sahibi olduğu sözleşme terimi için kısaltmalar kullanmak suretiyle ticari faaliyetlerde istikrarı ve sürekliliği sağlamak mümkündür[37].Yabancı unsur ihtiva eden satış sözleşmelerinde terminolojiye yönelik birbirinden farklı yorumların neden olabileceği karmaşa önlenmeye çalışılarak yorum farklılıkları dolayısıyla uluslararası satış sözleşmelerinin temel fonksiyonu sekteye uğratılmamaya çalışılmıştır[38].

3. Incoterms 2020 Çerçevesinde Tüm Taşıma Türlerinde Kullanılan Terimler Açısından Yürürlüğe Girmesi Beklenen Yenilikler

1.1 Genel Olarak

Incoterms; Uluslararası Ticaret Odası (ICC-International Chamber of Commerce) tarafından düzenleme alanı bulan ve ihracata konu eşyanın taşınması esnasında vuku bulacak hasar ve masrafların geçiş anını ve 31taraflar arasında terimlere ilişkin yükümlülüklerin dağılımını düzenleyen kurallar demetidir.

Uluslararası Ticaret Odası (ICC) tarafından 1936 yılından beri yayım-

32 TAŞÇI, s. 15, c.1

33 TAŞÇI, s. 15, c.2

34 CANER, Oğuz, INCOTERMS 2010 (ICC RULES FOR THE USE OF DOMESTIC AND INTERNATİONAL TRADE TERMS), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2012/2 s. 223-262.

35 ERDEM, Milletlerarası Ticaret Hukukuyla İlgili Makaleler, 2011, s. 188. (Anılış: ERDEM, Makaleler 2011)

36 ERDEM, Makaleler 2011, s. 188.

37 ERDEM, Makaleler 2011, s. 188.

38 Incoterms 2000 s, 1; DOOĞAN, s. 337

lanan ticaret koşullarının yorumlanmasında uluslararası kurallar (Incoterms-Internaional Commercial Terms), son dönemlerde 1990, 2000 ve 2010 olmak üzere 10'ar yıllık periyotlarla yenilenmektedir. Incoterms olarak bilinen ticari teslim şekilleri, sürekli gelişim ve değişim gösteren küresel ticaret ortamına ayak uydurabilmek ve uluslararası ticaretin gereksinimlerini karşılayabilmek içini uluslararası Ticaret örgütü tarafından 2020 yılında yürürlüğe konulmak üzere güncellemeye hazırlanıyor[39].

Incoterms 2020, önceki incoterms çalışmalarında Avrupalı uzmanların çoğunlukta olmasına karşın, ilk kez Çin ve Avustraya'dan temsilciler içeren bir uzman komite tarafından hazırlanmaktadır. Bu komite uluslararası ticaret odası'nın 150 üyesinden ve dünyanın dört bir yanından avukatlar, tüccarlar ve şirket temsilcilerden (çoğunlukla Ticaret Odaları) gelen farklı sorunları görüşmak üzere düzenli olarak toplanmaktadır[40].

Incoterms 2020 kuralları'nın, 2019 yılının son çeyreğinde ve Uluslararası Ticaret Odası'nın yüzüncü yıl döneminde tanıtılması ve 1 Ocak 2020 tarihinden itibaren yürürlüğe konulması planlanıyor. Genel süreç, işleyişin iyileştirilebilecek kuralların tespit edilmesi, yürürlükteki kuralların ve karşılaşılan durumların incelenmesinden oluşmaktadır.

3.2 EXW Teslim Şekillerinin Kaldırılması

ŞEKİL 1: EXW (Ex Works)Teslim Şekli[41]

3.2.1 Genel Olarak EXW (İşyerinde Teslim) Teslim Şekli

Tüm taşıma türlerinde kullanılmakta olan terimlerden biri de Ex Works' tür. Bu teslim şekli "işyerinde teslim" anlamına gelmektedir. Satıcılara en az yükmlülük ve risk yükleyen bu ticari terim hem Incoterms 2000 hem de Incotermss 2010'da geniş kapsamlı olarak düzenleme alanı bulmaktadır[42]. Bu teslim şeklinde satıcılar mallarını kendi yerlerinde ya da depo, işyeri, fabrika gibi adı belirtilen başka bir bölgede taşıma amacıyla temin edilmiş araçlara yükleyerek ihraç formalitelerini yerine getrime zorunluluğu olmadan alacaklıların himayesine bırakmakla birlikte

39 BERGAMİ, "Ship's Rail is Dead: Incoterms 2010, 2010, s. 40.

40 http://www.yagizozbir.com/index.php/2019/02/04/incoterms-2020-ile-gelecek-yenilikler/

41 http://actlogisticsinc/ıncoterms/ (Erişim Tarihi: 20.09.2019)

42 BERGAMİ, "Ship's Rail is Dead: Incoterms 2010, 2010, s. 40.

teslimat sorumluluğunu tamamlamış olmaktadırlar. Satıcının üzerinde olan zarar ve hasar riskleri de bu aşamadan sonra alıcılara geçmektedir[43].

EXW tarafların aralarındaki satış anlaşmalarında, satıcıların güçlü konunda oldukları pazarlarda ya da alıcıların satıcıların ülkelerinde kurdukları temaslarla diğer müşterilere mal temin ettikleri satış işlemlerinde kullanılır[44]. Bunun yanı sıra esasında satıcıların yerine getirmeleri daha fazla kolaylık sağlayacak olan ihracat ve yükleme sorumluluklarının alıcılara verilmesi bu terim pratikte tercih edilmemektedir[45].

Çünkü malın niteliklerini en iyi bilen ihracatçıların yerine ithalatçıların yükleme yapması, malların sorun çıkmadan yola çıkabilmesi açısından problemler meydana getirebilmekte, ihracatçıların ülkelerindeki gümrük formalitelerini bilmeyen ihracatçıların bu işlemleri eksiz yapmasını zorlaştırmaktadır. Incoterms 2010'da malın yüklenmesi bakımından daha uygun olduğu hallerde FCA' nın kullanılması önerilmektedir.

3.2.2 Incoterms 2020 çerçevesinde Getirilmesi Beklenen Yeniliklerden Biri Olarak EXW Teslim Şeklinin Kaldırılması

Satıcının sorumluluğunun en az olduğu teslim şeklidir. Satıcının malları kararlaştırılan tarihte iş yeri, fabrika ve depoda yüklemeye hazır şekilde teslim etmekle yükümlüdür[46]. İki tarafın anlaşmasına bağlı olarak satıcı gümrükleme veya alıcının aracına yükleme yapabilir ancak bu zorunlu değildir. İhracatçılar bu işlemleri alıcının işini kolaylaştırmak için yapmaktadır. EXW terimi satıcıya minimum, alıcıya maksimum sorumluluk yükleyen terimdir[47].

İşyeri terimi ise x factory-fabrikada, ex mill-değirmende, ex plantation-tarım işletmesinde, ex warehouse-depoda teslim anlamlarını kapsamaktadır. Bu teslim şeklinde mallar satıcının işyerinde yani yukarıda belirtilen yerlerde ambalajlanmıştır. Ancak herhangi bir araca yüklenmemiş şekilde alıcının emrine amade tutulmakla teslim yükümlülüğünün sona erdiği bir teslim şeklidir[48].

---

43 DOĞAN, "Uluslararası Ticari Satışta Kullanılan Teslim Şekilleri-Sınırları Kaldıran Uluslararası Ticarette Hukuki Perspektif", Türk Hukuk Dergisi, Ankara, 2005.

44 REYNOLDS, "İmporting Best Prcatice: How to Choosse Best Incoterms from buyer's perspective". Managing İmports&Exports, 2005, s. 10.

45 MALFLİENT, "Incoterms 2010 and the Mode of the Transport: How to choose the Rigt Term", Ghent University Academic Bibliograph& Instituonal Repository, 2011, s. 165.

46 KUYUCU, Aslıhan Sevinç Incoterms, 1. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s.

47 OBERMAN, "Transfer of risk From Seller to Buyer International Commercial Contracs: Comparative Analysis of risk Allocation under CISG, UCC, INCOTERMS", Institute OF International Commercial Law. 1997, s. 47.

48 TAŞÇI, s. 33.

EXW teslim şeklinde; ihracat gümrük işlemlerinin ithalatçı sorumluluğunda olması ve alıcıya maksimum seviyede yüklediği diğer sorumluluklar yenilenen Avrupa Birliği Gümrük Kanunu'na (Customs Code of the European Union) göre de aykırılık taşımaktadır[49]. Bu terimi ortadan kaldırmanın amacı, yerel operasyonları kapsamaktadır ve risk ve maliyetlerin kapsamının ve intikal anının belirlenmesine ilişkin önemli değişiklikler içermektedir.

Bütün bu nedenlerden dolayı sisteme aykırılık teşkil eden, sistemi tıkayan bu terimin Incoterms 2020 edisyonunda yer alması uygun görülmemiş ve kaldırılması öngörülmüştür. Bu şekilde ticari hayatın global düzeyde, aktif bir şekilde icra edilmesi amaçlanmaktadır.

3.3 DDP (Delivery Duty Paid) Teriminin Kaldırılarak DTP (Delivered at Terminal Paid) ve DPP (Delivered at Place Paid) Olarak İki Ayrı Terimle Uygulamaya Koyulması

ŞEKİL 2: DDP (Delivery Duty Paids) Teslim Şekli[50]

3.3.1 Genel Olarak

Incoterms 2000'de öngörülen gruplara göre D sınıfı terimlerin sonuncusunu oluşturan DDP, 2010 sürünümünde Incoterms düzenlemesi içerisinde yer verilmiş D sınıfı terimlerdendir. Incoterms düzenlemesi içerisinde alıcılara satıcılar karşısında en çok sorumluluk yükleyen EXW teriminin karşısında satıcılara en fazla yükümlülük yükleyen DDP' dir[51].

DDP'nin satıcıların en çok yükümlülüğe girdikleri terim olarak kabul edilmesinin sebebi satıcıların malları kararlaştırılan varış noktasında boşaltmamış biçimde ve ithalat kapsamında gümrüklenmiş haliyle alıcılara teslim etmek zorunda olması durumudur[52]. Bu kapsamda, satıcılar, mallar alıcılara teslimi edilene kadar vuku bulacak tüm yükümlülükleri ye-

49 http://www.yağizozbir.com/index.php/2019/02/04/incoterms-2020-ile-gelecek-yenilikler

50 http://actlogisticsinc/incoterms/ (Erişim Tarihi: 20.09.2019)

51 TAŞÇI, Zeliha Günay, INCOTERMS 2010 İLE 2000 BROŞÜRLERİ ARASINDAKİ FARKLARIN İNCELENMESİ, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2017, s. 4

52 TAŞÇI, s. 78.

rine getirmekle yükümlüdür. İthalat gümrük gereklerini gerçekleştirmek, bunun için gerekli olan kdv, vergi, resim, harç ve diğer masrafları ödemek zorundadır[53].

Bu kapsamda satıcılar aynı yerel pazarda bulunan alıcılara malı teslim etmelerinin yanı sıra ithalat işlemleri ile ilgili bir yük bırakmayacak biçimde teslimi yerine getirmektedirler[54]. EXW terimine ilgili açıklamalardan da anlaşılabileceği gibi bir tarafın kendi ülkesi haricinde bir ülkede gümrük işlemlerini gerçekleştirmesi her zaman kolay ve imkan dahilinde olmayabilir[55]. Bu yükümlülüğün doğrudan ya da dolaylı olarak yerine getirilmesinin mümkün olmadığı ya da tarafların karşılıklı olarak bu yükümlülüğün alıcı tarafından yerine getirilmesi hususunda anlaşmaları halinde DDP yerine DAT terimi kullanılmalıdır.

DDP teriminin uygulama şekli[56].

• Teslimat sorumluluğu malların kararlaştırılan varış noktasında boşaltılmaksızın teslimatın yapılmasıyla yerine getirilmesi gerekmektedir.

• Mallar kararlaştırılan varış noktasında ithalatla ilgili gümrük işlemleri satıcılar tarafından ödenmiş bir biçime boşaltılmaksızın teslim edilmektedir. Bu basamağın ardından riskler ve masraflar alıcıya devredilir.

3.3.2 DDP (Delivery Duty Paid) Teriminin Kaldırılarak DTP (Delivered at Terminal Paid) ve DPP (Delivered at Place Paid) Olarak İki Ayrı Terimle Uygulamaya Koyulması

DDP(Delivery Duty Paid) teslim şeklinde gümrük formalitelerinin ve bunlara ilişkin masraflarının ihracatçı firma tarafından üstlenilmesi, operasyonel olarak sorunlar ve duraksamalar meydana getirebilmektedir. Uygulamada karşılaşılan sorun ve belirsizlikler nedeniyle Komite, DDP teslim şeklini; DTP ve DPP olarak iki ayrı terimle uygulamaya koymayı planlamaktadır[57].

• DTP (Delivered at Terminal Paid): Satıcı tarafından, eşyanın; alıcının ülkesinde millileştirilmesi sonrasında, alıcının ülkesindeki bir terminale (liman, havaalanı, ulaşım merkezi vb.) teslim edilmesini ifade etmektedir. Mevcut DDP teslim şeklinden farkı, eşyanın antrepo/havalimanı/deniz limanında teslim edilmesidir[58].

53 TAŞÇI, s. 78.

54 MALFLİENT, Jonas, "Incoterms 2010 and the mode of transport. How to Choose the Rigt Terms?, 2011, s. 160-167

55 TAŞÇI, s. 79.

56 TAŞÇI, s. 79.

57 http://www.yagizozbir.com/index.php/2019/02/04/incoterms-2020-ile-gelecek-yenilikler/

58 TAŞÇI, s. 36.

• DPP (Delivered at Place Paid): Mevcut DDP teslim şeklinin aynısı olarak varlığını sürdürecek DPP teslim şekli; ithalat gümrük işlemleri tamamlanmış olarak, alıcının belirlediği son teslim adresine kadar olan sorumluluk, risk ve maliyetlerin satıcı tarafından üstlenilmesini gerektirecektir[59].

3.4 FCA (Free Carrier) Belirlenen Yerde Taşıcıya Teslim

ŞEKİL 5: FCA (Free Carrier) Teslim Şekli[60]

3.4.1 Genel Olarak

Incoterms 2010 gruplamasına göre bütün taşıma türlerinde kullanılan terimlerden biri olan ve Incoterm 2000 sınıflamasına göre ilk F sınıfı terimi FCA'dır. Incoterms 2000 gruplamasında F sınıfındaki terimler temel taşıma ücretlerinin satıcı tarafından ödenmediği "**main carriage un paid**" terimlerdir ve daha çok geniş ithalat hacmine hitap eder[61].

Incoterms 2000 düzenlemelerine göre F sınıfı terimlerden olan (FOB, FAS, FCA) arasında satıcılara en az sorumluluk yüklen terim FCA' dır. F sınıfı terimlerden olan FOT, FOR, FOA gibi terimlerse 1990 sürünümüyle Incoterms'ten çıkarılmış ve FCA terimi bünyesinde toplanmıştır[62].

FCA terimi multi model taşımalarda dahil olmak üzere tüm taşıma türlerinde kullanılan bir taşıma biçimidir. Satıcılar malları kendi işyerlerinde ya da kararlaştırılmış başka bir noktada alıcıların belirlemiş oldukları taşıyıcılar ya da bir başka kişilere teslim etmesini ve bu andan itibaren zarar riski ile hasarların alıcılara intikalini ifade etmektedir[63]. Bu kapsamda teslimat biçiminin isminin taşıcıya masrafsız" şeklinde olması satıcıların malları taşıyıcılara teslimatının ardından temel taşıma ücretini alıcıların karşılamış olmasıdır. Satıcılar taşıma konusu malları kendi işyerlerinde taşıyıcılara teslim ettiklerinde nakliye senetlerinde-waybill, gönderen kısmına satıcının ismi yazılmaktadır. Satıcının malları kendi işyerlerinden başka bir yerde teslim etmesi halinde ise gönderen kısmına alıcının ismi yazılmaktadır[64].

59 http://actlogisticsinc/ıncoterms/ (Erişim Tarihi: 20.09.2019)

60 REYNOLDS, s. 10.

61 TAŞÇI, s. 36.

62 Incoterms 2010, s. 29.

63 MALFLİENT, s. 165.

64 http://www.yagizozbir.com/index.php/2019/02/04/incoterms-2020-ile-gelecek-yenilikler/

Uygulama Şekli;

FCA (belirlenen teslim yeri) Incoterms 2010 düzenlemesi ile;

• Satıcıların teslimat sorumluluğu ihracatla alakalı gümrük faaliyetleri bitmiş malları anlaşmada öngörülen noktada alıcılara teslim etmeleriyle sona ermektedir.

• Malların kararlaştırılan yerde alıcılara teslim edilmesiyle birlikte mala ilişkin zarar riski ve masraflara katlanma yükümlülüğü alıcıya intikal edecektir.

3.4.2 FCA Teriminin Karayolu Ve Denizyolu Taşımaları İçin Ayrı Ayrı Düzenlenmesi

Uluslararası ticaretin gelişmesiyle birlikte ulusal ve uluslararası satış sözleşmelerinde yoğun bir şekilde kullandığımız birçok terimin uluslararası alanda meydana gelen değişim ve gelişmelere uygun bir şekilde revize edilmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu terimlerin başında FCA terimi gelmektedir. FCA terimi taşıyıcıya masrafsız anlamına gelen bir ticari terimdir. Temel taşıma ücretinin satıcıya yüklenmemesi bu terimi uluslararası alanda en çok tercih edilen terim haline getirmektedir. Öyle ki FCA, uluslararası ticaret işlemlerinin yaklaşık %40'ında tercih edilen teslim şekli olarak, en çok kullanılan Incoterms terimi özelliğindedir[65].

Çok yönlü olması, ihracat gümrük beyannamesinin ihracatçı tarafından tamamlanmasını şart koşması ve ihracat ülkesinde farklı adreslere teslimat alternatifi sunması sayesinde, ticari işlemlerde esneklik sağlamaktadır[66] ve tüm bu özellikler FCA terimini uluslararası alanda en çok tercih edilen terim yapmakta ve karayolu ve denizyolu taşımalarında ayrı ayrı detaylı bir şekilde düzenlenmesi gereksinimini beraberinde getirmektedir.

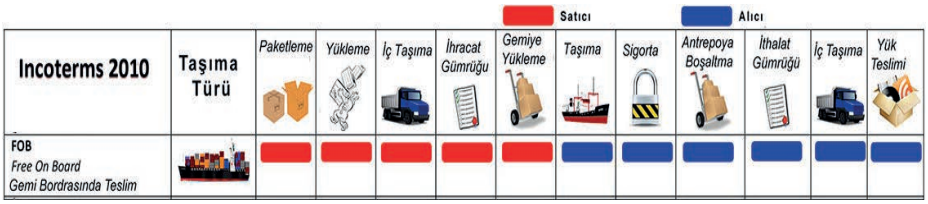
Bu hususları dikkate alan Komite, FCA terimini karayolu ve denizyolu taşımalarında ayrı ayrı detaylı bir şekilde düzenleme yoluna gitmiştir. Bu terimi karayolu ve denizyolu taşımaları için farklı kurallara tabi kılmıştır. Bu şekilde uluslararası ticaretin hacim kazanması ile birlikte ortaya çıkan ihtiyaçların giderilmesi amaçlanmıştır.

65 https://www.shiplilly.com/blog/changes-coming-to-incoterms-2020/

66 https://www.ihracat.co/p/incoterms.htmlhttps://www.ihracat.co/p/cif-cost-insurance-freight-teslim-sekli.html

4. Deniz ve İç Su Taşımalarına Özgü Olarak Kullanılan Terimlerde Incoterms 2020 Kapsamında Beklenen Yenilikler

4.1 Incoterms 2020 Kapsamında FOB (Free on Board-Gemide Masrafsız) Teriminde Gerçekleşmesi Beklenen Değişimler



Şekil 3: FOB (Free on Board) Teslim Şekli[67]

4.1.1 Genel Olarak

FOB uluslararası ticarette teslim şekillerini ifade etmek için kullanılan ilk terimlerden biridir. Öyle ki diğer terimler bu terimden türetilmiştir. FOB terimi sahip olduğu elastiki özellik sayesinde uygulamada çeşitli şekillerde kullanımına rastlamak mümkündür. FOB terimi başlangıçta yerel satımlarda kullanılan bir terim olmuştur. Taşımanın sadece deniz ve iç suyoluyla gerçekleşeceği satışlarda değil demir yolu (FOR-free on rail), karayolu FOT (free on truck) ve havayolu FOB (free on airport) kullanılmıştır[68].

1980 versiyonu bu terimin çeşitli taşımalara uyarlanmış versiyonlarını FOR, FOT ve FOB şeklinde düzenlenmiştir. Incoterms 19990 ise her türlü taşıma şeklinde kullanılabilecek halini FCA terimi olarak düzenlenmiş ve FOB terimini deniz taşımalarına özgü kılmış, Incoterms 2000'da da aynı düzenleme muhafaza edilmiştir[69]. Bunun yanında bahsedilen üç terimde hasarların teslimat anında alıcılara geçmesine dair ilk düzenleme Incoterms 2010'la getirilmişolan bir güncellemedir. Hatta bu yeniliği Incoterms 2010'daki en mühim değişim biçiminde ifade edilebilir[70].

Incoterms 2010 edisyonlarından önceki edisyonlarda (Incoterms 2000 dahil), teslimat anıyla hasarların geçişlerinin aynı zamanda meydana gelmesine dair genel kuralların CIF, CFR, FOB terimleri kapsamında hükümsüz kaldığı, bu terimlerde istisnai olarak farklı bir düzenlemeye gidildiği görülebilmektedir[71]. Bu kapsamda Incoterms 2000'de ve daha

67 KUYUCU, s. 95.
68 KUYUCU, s. 95.
69 CANER, s. 247.
70 YILMAZ, ÖZKEN. ŞAHİN, 2011, a.3818.
71 ERDEM, Ticaret Hukukukyla İlgili Makaleler 20001, s. 190.

önceki sürümlerde, CFR, FOB ve CIF terimleri kapsamında malların teslimatının alıcılara gemi bordasında yapıldığı fakat mallara yönelik zarar ve hasarların malın gemi küpeştesini geçtiği an itibariyle alıcılara geçtiği ifade edilmektedir[72].

Bu noktada "malların gemi küpeştesini aşması" nı ifade edilmek istenen şey, malın geminin kenarlarını meydana getiren korkulukların üzerinde bulunan hayali bir çizgiden geçmesi durumudur[73]. Bu bağlamda Incoterms' in 2010 öncesi sürümlerinde malın gemilere taşınması esnasında (örneğin vinç üstündeyken) gemi küpeştesini geçmesinin ardından gemi bordasına oturmadan önce hasar görmesi halinde küpeşteyi geçtiği için teslimat yapılmamış olsa da riskler alıcıya geçmiş sayılacak ve hasarı da alıcılar karşılayacaktır[74].

Meydana gelen çağdaş gelişmeler sonucunda yaygınlaşmış olan bazı makine, tesis ve araçlar malın gemilere yüklenebilmesi esnasında gemilerin küpeştelerini görev dışı bıraktıkları için hasarların geçişinin tespitinde zorluklar çıkmış, bu yüzden hasarın geçmesine dair uygulamalar Incoterms'in 1980 sürümünden bu yana hazırlık faaliyetleri esnasında tartışılsa da her sürümde (2000 dahil) bu uygulama korunmuştur[75].

Son dönemlerde ağırlıklı olarak kullanılan roro taşımalarında malın kaldırılması şeklinde bir işlem olmadığı için hasarların geçişini belirlemede küpeşte çizgisi yeterli olamamıştır[76]. Bu yü zden ticari yaşamının gerekleri ve ihtiyaçları 2010 sürümüyle hasarların geçişleri daha gerçekçi bir prensibe bağlanarak bütün teslimat biçimleri açısından genel bir kural teşkil eden teslimat anında risklerin geçmesi ilkesi CIF, CFR, FOB açısından da kabul edilmiştir.

Düzenlemeler sonucunda, uygulama şekli[77]

• Satıcı malları sözleşmede belirlenen tarihte veya periyod içerisinde ve alıcı tarafından tayin edilen gemide ve liman teamüllerine göre teslim etmek zorundadır. Malların gemiye düzgün bir şekilde yüklenmesiyle taraflar teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadırlar.

• Satıcı risk ve masrafı kendisine ait olmak üzere, malların gümrük işlemlerinin yerine getirilebilmesi için gerekli olan ihraç izinlerini ve diğer

72 MALFLİENT, 2011, .171.

73 ERDEM, s. 1996, a.g.e., s. 49.

74 ERDEM,

75 MALFLİENT, 2011, a.g.e., s. 171.

76 TAŞÇI, s. 45.

77 http://www.yagizozbir.com/index.php/2019/02/04/incoterms-2020-ile-gelecek-yenilikler/

izinleri almak uygulandığı ölçüde tüm gümrük formalitelerini tamamlamakla yükümlüdür.

• Malların konteynerler içinde taşınması halinde FOB değil FCA teslim biçimi tercih edilmelidir. Çünkü; teslimat gemide değil bir terminalde yapılmaktadır.

4.1.2 FOB Teriminin Denizyolu Konteyner Taşımalarında Kullanılması

Uluslararası ticarette ticari işlemlerde doğru ticari terimlerin kullanılması büyük önem arz etmektedir. Çünkü bazı terimler tüm taşıma türlerinde kullanılmaktayken bazı terimler ise nitelik itibariyle sadece deniz yoluyla taşımalarda kullanılmaktadır. Dolayısıyla bu terimlerin satıcı ve alıcı hak ve sorumlulukları bakımından farklı hükümlere bağlanması olağandır. Ancak günümüzde bu terimlerin niteliklerine uygun taşıma türlerinde kullanılmadığını görüyoruz. Bu ya terimlerin alanları dışında kullanılmasından ya da tabi oldukları hak ve yükümlülükler açısından bağlı oldukları sınırlamalar dışına çıkmasından kaynaklanmaktadır.

Uygulamada belki de doğru kullanılmayan terimlerin başında FOB teslim şekli yer almaktadır. Bu terim esas itibariyle yalnızca deniz yoluyla taşımalarda kullanılması gerekirken tüm taşıma türlerinde kullanılır bir terim haline gelme yolunda ilerlemektedir. Bu nedenle bu terimin kullanımına ilişkin uygulamada birçok sorun meydana gelmektedir. Dolayısıyla Incoterms'in belirli periyotlarla yayımladığı Incoterms versiyonlarında bu hususa dikkat çekilmeye çalışılmıştır.

FOB teslim şeklinin 18. yüzyılın sonlarından itibaren İngiltere'de deniz yoluyla taşımalarda yoğun bir şekilde kullanılması dünya ticaretinin %80'inin deniz yoluyla gerçekleştirilmesini sağlamıştır[78]. Incoterms 2010 edisyonunda da FOB teslim şeklinin yalnızca denizyolu taşımacılığında kullanılması gerektiği ve diğer taşımacılık türlerinde ise CIP ve FCA teslim şekillerinin tercih edilmesi gerektiği belirtilmiştir[79]. Ancak günümüzde FOB teslim şekli sadece deniz yoluyla taşımalarda değil diğer taşıma türlerinde de kullanılmaktadır. Milletlerarası Ticaret Odası bu hususta gerekli bilgilendirmelerde bulunmasına rağmen sonuca götürecek nitelikte gerekli önlemler alınmamıştır[80].

Incoterms 2020 sürümünde de Incoterms 2010 ve 2000 versiyonlarında olduğu gibi FOB teriminin yalnızca denizyolu konteyner taşımacılığında kullanılması gerektiği belirtilecektir.

---

78 https://www.shiplilly.com/blog/changes-coming-to-incoterms-2020/

79 http://www.yagizozbir.com/index.php/2019/02/04/incoterms-2020-ile-gelecek-yenilikler/

80 http://actlogisticsinc/ıncoterms/ (Erişim Tarihi: 20.09.2019)

4.2 CIF (Cost, Insurance, Freigt) Mal Bedeli, Sigorta ve Navlun

ŞEKİL 4: CIF (Cost, Insurance and Freigt)[81]

4.2.1 Genel Olarak

CIF teriminde satıcının taşıma sözleşmesi ve sigorta sözleşmesi akdetme dışındaki tüm yükümlülükleri sadece deniz ve iç su taşımalarında kullanılan CFR terimiyle ciddi ölçüde paralellik arz etmektedir[82]. CIF terimine adını vermiş olan sigorta olgusu ve satıcının malı sigorta ederek teslim etmesi CIF'in CFR' den ayrıldığı tek nokta teşkil etmektedir[83]. Bu açıdan CPT ile CIP 'in terimleri arasındaki farkına benzetilebilmektedir.

Uygulamada her ne kadar deniz taşımalarında daha farklı bir taşıma biçiminin uygulanmakta olduğu hallerde dahi son derece yaygın olan CIF kullanılabilse de deniz taşımları haricinde bir taşıma metodunun kullanılabileceği hallerde CFR' in yerine CPT, CIF, yerineyse CIP tercih edilmelidir[83].

CFR' de olduğu gibi CIF teriminde de mallar gemide ya da hali hazırda bu biçimde teslimatı yapılmış mallar temin edilerek teslim edilmekte ve mallara dair hasarlar bu an itibariyle alıcılara geçerken malın varma limanlarına dek götürülebilmesi açısından taşıma sözleşmelerini yapma ve buna ilişkin masrafları karşılama yükümlülüğü satıcı üzerindedir[84]. Diğer bir değişle CFR ve CIF terimlerinde mala ilişkin hasara katlanma yükümlülüğü ve mala ilişkin masraflara katlanma yükümlülüğünün alıcıya geçme anı birbirlerinden farklılaşmıştır. CFR ve CIF terimleri kapsamında satıcılar yükleme limanlarında malı gemilere yüklemesiyle birlikte mallara ilişkin hasar ve teslim sorumluluklarından kurtulmakta ve teslimat da burada olmaktadır[85].

81 DOĞAN, a.g.e., s 361; CFR teriminin CIF teriminden ayrıldığı tek yönü satıcının sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğünün bulunmamasıdır.

82 D'ARCY/MURRAY/CLEAVE, a.g.e, s. 48; TODD, a.g.e., s. 47.

83 DOĞAN, 2002: 36

84 ŞANLI/EKŞİ, 2005: 12

85 Incoterms 2010 s. 111.

4.2.1 CIF Teslim Şeklinin Incoterms 2020 Çerçevesinde Denizyolu Konteyner Taşımalarında Kullanılması

CIF teslim şekli spesifik olarak denizyolu ile taşımalarda kullanılan bir terimdir. Ancak uluslararası ticaretin hacim kazanması ve uygulanması olası hukuk sistemlerinin sayısının artması bu terimin doğru bir şekilde kullanılmasını engeller hale getirmiştir. MTO bu hususta gerekli bilgilendirmelerde bulunmasına rağmen etkili önlemler alınmasında yetersiz kalınmıştır.

Uluslararası ticaretin büyük çoğunluğunun deniz yoluyla gerçekleştirildiği göz önünde bulundurulduğunda spesifik olarak deniz yoluyla taşımalarda tercih edilen terimlerin doğru bir şekilde ve niteliğine uygun düşen olaylarda kullanılması büyük önem ifade etmektedir. Bu husus CIF teslim türü özelinde diğer tüm teslim şekilleri için göz önünde bulundurulması gereken bir husustur.

Incoterms 2010 ve 2000 versiyonlarında bu husus dikkate alınmış ve CIF teslim şeklinin münhasıran denizyoluyla taşımalarda kullanılabilecek bir terim olduğu belirtilmişti[86]. 1 Ocak 2020'de yürürlüpe girmesi beklenen Incoterms 2020 sürümünde de Incoterms 2010 ve 2000 versiyonlarında olduğu gibi CIF teriminin yalnızca denizyolu konteyner taşımacılığında kullanılması gerektiği belirtilecektir.

Incoterms 2020 çerçevesinde getirilen düzenlemeler ile ticari hayatın içinde yer alan tüm aktörler tarafından ticari terimlerin doğru bir şekilde kullanılması yönündeki bilincin ve farkındalığın artırılması umulmaktadır. [87]

ŞEKİLl 4: FAS (Free Along Side) Teslim Şekli[88]

4.3.1 Genel Olarak

Incoterms 2010'un ilk bölümünde tüm taşıma türlerinde kullanılan terimlerin düzenlenmesinin ardından ikinci bölümde münhasıran sadece

86 http://www.yagizozbir.com/index.php/2019/02/04/incoterms-2020-ile-gelecek-yenilikler/

87 https://www.ihracat.co/p/incoterms.html/https://www.ihracat.co/p/cif-cost-insurance-freight-teslim-sekli.html

88 Incoterms 2010, s. 85

iç su ve deniz taşımalarında kullanılan terimlere yer verilmiştir. Incoterms 2010 kurallarında ikinci bölümde düzenlenmiş olan iç su ve deniz taşımlarına özgü kurallar olan CIF, CFR, FOB ve FAS ile ilk kez FAS'a dair kurallara yer verilmiştir[89].

FAS terimi kapsamında satışa konu olan malların satıcılardan alıcılara yollanmasına ilişkin esas taşıma işlemi deniz yoluyla yerine getirilmektedir ve terime dair düzenlemelerde bu temel kural göz önünde bulundurulmuştur[90]. Bu teslimat biçiminde satıcı malları yükleme limanlarında esas taşımayı yapacak olan ve alıcıların belirlediği gemilerin doğrultusunda bırakarak teslimat sorumluluğunu yerine getirmiş olmaktadır. Bu noktadan sonra mallara ilişkin her türlü hasar, masraflar alıcıya geçmektedir[91].

FAS terimine ilişkin kurallar çerçevesinde malların sadece gemi doğrultusunda teslim terminal noktasında yapıldığından FAS terimi konteyner taşımalarında kullanılmamaktadır[92]. Incoterms 2010 kurallarının FAS terimine ilişkin rehber açıklama kısmında da ifade edildiği üzere Bu gibi hallerde FCA teriminin kullanılması daha uygun olacaktır.[93] Uluslararası ticari satışlarda malların taşınması sırasında malların birden çok kişi arsında el değiştirdiği, bazı alıcıların ve satıcıların ve satıcıların zincir oluşturduğu görülmektedir.

Bu şekilde satışlar, "Zincirleme, art arda, ardışık satışlar (stringsales)" gibi terimlerle ifade dilmektedir[94]. Bu tarz satışlarda satış halkasında başta olan satıcılar bahsedilen ürünü alıcılara temin etmektedir. FAS terimine ilişkin açıklamalar çerçevesinde belirtilen tedarik etme ifadesi malların gemilerin doğrultusunda tesliminin yapılması yerine halihazırda bu biçimde teslim edilmiş olan bu malı alıcılara temin etme sorumluluğunu ifade etmektedir[95].Incoterms 2010 kapsamında getirilmiş olan yeniliklerden biridir.

FAS terimi, Incoterms 2000 düzenlemelerinde temel taşıma şekillerine ilişkin risk ve masrafları alıcıların yüklenmiş olduğu terimler olan F grubu terimler arsında yer almaktadır[94]. Incoterms 2010 kurallarının versiyonunda ise iç su ve deniz taşımasına özgü kurallardan FAS, teslim işinin gemilerde değil gemilere yükleme yapılmasından önce, gemi doğrultusunda olması nedeniyle diğer iç su ve deniz taşımalarına özgü kurallar olan CIF, CFR, FOB' dan ayrı görülmektedir. Satıcıların sorumlulukları ve üstelemiş oldukları risklerin öncesinde alıcılara geçmesi nedeniyle bu terimlerden öne alınarak ilk sırada düzenlenmesine yer verilmiştir[96].

89 TAŞÇI, s. 39.

90 DOĞAN, s. 358.

91 TAŞÇI, s. 85

92 CANER, Doğan, 2012, s. 250-251

93 Incoterrms 2010, s. 13-85

94 TAŞÇI, s. 39

95 CARUNTU/LAPADUŞİ, 2010, s. 101

96 TAŞÇI, s.

Düzenlemeler Neticesinde Uygulama Şekli[97];

• Satıcılar malların ihracı için gerekli olan tüm işlemleri, formaliteleri yerine getirmelidirler. Ödenmesi gereken vergi, harç, resimleri ödemeli ve alınması gereke izinleri, lisansları almalıdırlar.

• Satıcının taşıma konusu malları gemiye yüklemeye elverişli bir vaziyette gemi doğrultusunda bıraktığı anda mallara ilişkin hasar ve masraflar alıcıya geçmektedir.

• Mallar gemide değil, gemiye yüklenmeden önce gemi doğrultusunda teslim edildiğinden FAS teslim şekli diğer deniz ve iç su taşımlarında kullanılan terimlerden ayrılmaktadır.

• Konteyner taşımalarında mallar taşıcıya terminalde teslim edildiğinden FAS terimi değil FCA terimi tercih edilmelidir. Bu husus Incoterms 2010'un FAS terimine ilişkin rehber açıklamalar kısmında açıkça düzenleme alanı bulmuştur.

4.3.2 FAS Teslim Şeklinde Beklenen Yenilikler (FAS Teslim Şeklinin Kaldırılması)

FAS (Free Alongside Ship), uygulamada sıklıkla kullanılan teslim şekillerinden biri olmayıp, aslında ihracat çıkış limanına teslimatlarda tercih edilen FCA (Free Carrier) teslim şeklinin ötesine geçememektedir[97]. FAS teslim şekli, spesifik olarak deniz ve iç su yoluyla taşımalarda kullanılırken; FCA ise, tüm taşıma türlerinde kullanılan terimdir.

FCA terimi taşıyıcıya masrafsız anlamına gelmektedir. Yani temel taşıma ücretinin satıcıya yüklenmediği bir terimdir. FAS teslim şeklinde de satıcı taşıma konusu malları kararlaştırılmış olan liman, rıhtım, depolama alanına malları gemiye yüklemeye elverişli bir vaziyette bıraktığı anda taşıma ile ilgili vuku bulacak taşıma masrafları alıcıya geçmektedir.

FAS teslim şekli, genellikle uygulamada dökme yüklerin ihracatında tercih edilen bir terimdir ve gemi rıhtımına kadar yapılacak teslimatın satıcının sorumluluğunda olmasını belirtmektedir. Dökme yükler ihracat limanındaki, ambar, rıhtım veya geçici depolama alanlarına teslim edildikten sonra, uygun geminin yüklemesi için muhafaza edilirler[98].

FCA teslim şeklinde de, yüklerin ihracat yapılacak terminal/liman/depoya teslim edilmesi öngörülmektedir. Bu nedenle, tüm taşıma türlerini kapsayan FCA ile yalnızca denizyolu yüklemeleri için kullanılması istenilen FAS teslim şekilleri arasında esas bakımından bir fark bulunmamak-

97 http://www.yagizozbir.com/index.php/2019/02/04/incoterms-2020-ile-gelecek-yenilikler/
98 KUYUCU, s. 82

tadır.. Bu gerekçe, Uzman Komite tarafından bu hususlar göz [99]önünde bulundurulmuş ve FAS teslim şeklinin kaldırılması uygun görülmüştür[100].

5. Yeni Bir Terim Olarak CNI

Yeni teslim şekli olarak yürürlüğe girmesi beklenen CNI (Cost and Insurance), mal bedeli ve sigorta maliyetini içerecekte olan bir terimdir. FCA ile CFR/CIF arasındaki boşluğu doldurmayı hedefleyen bu teslim şeklidir[101].

FCA ticari terimi içeriğinde olmayan uluslararası sigortayı ve CFR/CIF kapsamı dışında olan ithalat limanına teslimata kadar taşımadan kaynaklanabilecek riskin, ihracatçı tarafından üstlenilmesini gerektirecektir. Bu yeni teslim şekli; mal bedeli ve varış limanına teslimata kadar oluşabilecek riski kapsayan sigortanın bedelini ifade edecektir[101].[102]

6. Incoterms 2020 Kapsamında Yürürlüğe Girmesi Beklenen Yeniliklere İlişkin Tablo

Tüm Taşıma Türlerinde Kullanılan Terimlerde Incoterms 2020 Kapsamında Beklenen Yenilikler	**Spesifik Olarak Deniz ve İç Su Yoluyla Taşımalarında Kullanılan Terimlerde Incoterms 2020 Kapsamında Beklenen Yenilikler**
EXW kalkıyor. (Gerekçe: Sistemin çalışması akılcı değil)	*FAS kalkıyor (Gerekçe: Az kullanılıyor)*
FCA revize ediliyor. (Gerekçe:Çok kullanılıyor. Karayolu ve denizyolu için ayrı ayrı detaylandırılmasına ihtiyaç var)	FOB teslim Şeklinin denizyolu konteyner taşımalarında kullanılması
CNI geliyor. (Gereköe: Sistemde boşluk var. Bu boşluk "Cost and Insurance-CNI" ile dolduruluyor)	CIF teslim şeklinin denizyolu konteyner taşımalarında kullanılması
DDP kalkıyor. (Gerekçe: Sistemin çalışması akılcı değil)	
DDP'nin yerine *DTP (Delivered at Terminal Paid) DDP'nin teslim yeri netleşiyor* *DPP (Delivered at Place Paid) DDP'nin teslim yeri netleşiyor*	

99 https://www.tradefinanceglobal.com/freight-forwarding/incoterms-2020/

100 https://www.shiplilly.com/blog/changes-coming-to-incoterms-2020/

101 http://www.yagizozbir.com/index.php/2019/02/04/incoterms-2020-ile-gelecek-yenilikler/

102 http://www.yagizozbir.com/index.php/2019/02/04/incoterms-2020-ile-gelecek-yenilikler/

SONUÇ

Incoterms kuralları tüccarlar arasındaki mal satış sözleşmelerinde iş dünyasındaki uygulamaları yansıtan üç harften oluşan kurallar bütünüdür. Uluslararası ticarette sıklıkla kullanılan terimlerin yeknesaklaştırılması amacı kapsamında ICC tarafında önerilen öneri mahiyetinde, bağlayıcı olmayan kurallar bütünüdür. Bağlayıcı olamayan bu kurallar tarafların aralarındaki mal satış sözleşmesinde bu kuralların uygulanmasını açıkça kararlaştırmaları halinde bağlayıcılık kazanarak mutlak bir şekilde uygulama alanı bulur.

Incoterms 2010 Incoterms' in en güncel ve halen yürürlükte olan versiyonudur ve uzun çalışmalar neticesinde kabul edilerek yürürlüğe konmuş ticari uygulamalar derlemesi olarak uluslararası ticari akitlerde teslim hususunda mevcut rejimi güncellemektedir. Getirmiş olduğu yeniliklerin uluslararası ticari hayatta kolaylık sağladığından ve ihtilafları azalttığından şüphe yoktur. Fakat Incoterms 2010 kurallarının ICC'nin önceki versiyonu olan Incoterms 2000'den tamamen farklı, radikal değişiklikler ortaya koyduğundan söz edilemez. Mevcut terimler göz önünde bulundurulmak suretiyle bazı terimlerde değişiklik yapılmış, ihtiyaca cevap vermeyen terimler çıkartılmak suretiyle Incoterms kurallarında sadeleşmeye gidilmiştir. Ayrıca uluslararası ticaretin hacim kazanması ve %80'inin deniz yoluyla oluşturulması bu uluslararası ticarette kullanılan terimlerin değişen koşullar çerçevesinde güncellenmesi ihtiyacını beraberinde getirmektedir.

1 Ocak 2020'de yürürlüğe girecek Incoterms 2020 ile birlikte, son on yılda meydana gelen değişikliklere uyum sağlanması ve ihracatçılar ve ithalatçılar arasındaki uluslararası ticaretin kolaylaştırılması beklenmektedir. Yeni versiyonun en önemli hedeflerinden biri mevcut teslim şekillerini basitleştirmek olacaktır. Bu nedenle Incoterms 2020 taslağının, daha basit terimlere sahip olması ve yanlış yorumlara mahal vermemesi için, anlaşılır ve iyi örneklerle desteklenmesi beklenmektedir. Ancak, yenilenen kuralların tam anlamıyla uygulamaya geçmesi zaman alacaktır.

ŞEKİLLER TABLOSU

ŞEKİL 1: EXW (Ex Works)
ŞEKİL 2: DDP (Delivery Duty Paid)
ŞEKİL 3: FOB (Free on Board) Teslim Şekli
ŞEKİL 4: CIF (Cost, Insurance, freight) Teslim Şekli
ŞEKİL 5: FAS (Free Alongside) Teslim Şekli
ŞEKİL 6: FCA (Free Carrier)
ŞEKİL 7: Incoterms 2020 Kapsamında Beklenen Yeniliklere İlişkin

KISALTMALAR

bkz. Bakınız

CFR Cost and Freight (Masraflar ve Navlun)

CIF Cost, Insurance and Freight (Masraflar, Sigorta ve Navlun)

CIP Carriage and Insurance Paid To (Taşıma ve Sigorta Ödenmiş Olarak)

CISG Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması CMR Convention Merchand

CPT Carriage Paid To (Taşıma Ödenmiş Olarak) Çev. Çeviren

CNI Cost and Insurance (mal bedeli ve sigorta masrafları ödenmiş olarak teslim)

DAF Delivered At Frontier (Sınırda Teslim)

DTP Delivered at terminal paid (Teslim yeri belirlinmiş olarak teslim)

DPP Delivered at place paid

DAP Delivered At Place (Belirlenen Yerde Teslim)

DAT Delivered At Terminal (Terminalde Teslim)

DCP Delivered Costs Paid

DDP Delivered Duty Paid (Gümrük Resmi Ödenmiş Olarak Teslim)

DDU Delivered Duty Unpaid (Gümrük Resmi Ödenmeksizin Teslim)

DEQ Delivered Ex Quay (Rıhtımda Teslim)

DES Delivered Ex Ship (Gemide Teslim)

E**DI** Electronic Data Interchange (Elektronik Veri Değişimi)

EXW Ex Works (İşyerinde Teslim)

FAS Free Alongside Ship (Gemi Doğrultusunda Masrafsız)

FCA Free Carrier (Taşıyıcıya Masrafsız)

KAYNAKÇA

AKINCI, Ziya **Milletlerarası Tahkim**, *İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2003*

ARKAN, Sabah **Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi,** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008

ARKAN, Sabih **Demiryolu ile Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları**,

Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 206, Ankara, 1987

(Anılış: Arkan, Uluslararası Eşya Taşımaları)

ARKAN, Sabih **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No:435

BERGAMİ, "Ship's Rail is Dead: Incoterms 2010, 2010, s. 40.

BRANCH, Alan E, **International Purchasing and Management**, Singapur, 2011.

CANER, Oğuz, Incoterms 2010**,** İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2012/2

RAMBERG, Jan **ICC Guide to Incoterms 2000 (Understanding and Practical use)**, International Chamber of Commerce, ICC publishing S.A.,1999

CARUNTU, C/LAPADUŞİ, M.L. **Complex Issues Regarding the Role and Importance of Internationally Codified Rules and Incoterms**, Petroleum-Gas Üniversity of PloiestiBulletin, 62(1).98-110, 2010.

EKŞİ, Nuray **Uluslararası Ticaret Hukukuna İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar**, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 1999

ERDEM, Ercüment **SİF Satışlar (CIF SALES**), Beta Yayınları, İstanbul, 1999 (Anılış: Erdem, **SİF Satışlar**).

ERDEM, Ercüment **Milletlerarası Ticaret Hukukuyla İlgili Makaleler**, "Incoterms 2000", Beta Yayınları, İstanbul, 2008 (Anılış ERDEM, **Makaleler**)

ERDEM, Ercüment **Milletlerarası Ticaret Hukukuyla İlgili Makaleler**, "Incoterms 2000" Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2017 (Anılış ERDEM, **2007-2016**)

ERDEM, Ercüment "**Denizaşırı Satış Olarak FOB Satış**", Batider, C.18, s. 4.

ERDEM, Ercüment "**The role of trade usages in ICC Arbitration**", in Liber Amicorum en L'honneur de Serge Lazareff, Paris, 2011, s. 247-265 (Anılış: ERDEM,

Trade Usages) Incoterms 2000, ICC Publication No. 560, Eylül 1999.

Incoterms 2010, ICC Rules for the use of domestic and international trade terms, ICC publication no. 715, Paris, 2010.

International Rules for the Interpretation of Trade terms, Chambre de Commerce Internationale, Brochure No. 166, Paris 1953

International Rules for the Interpretation of Trade terms, Chambre de Commerce Internationale, Brochure, 4. Bası, Paris 1936

KUYUCU Aslıhan Sevinç, **INCOTERMS**, *1. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011,*

*KARAHAN, K. vd.,"***Uygulamalı İhracat İthalat İşlemler ve Dokümantasyon***", 2.B. Ankara.*

LUK/KWAİ/WİNG, International Trade Finanace-A Practical Guide, Kowloon, Hong Kong, Paris, 2011

MALFLİENT, Jonas "**Incoterms 2010 and the mode of transport. How to choose the Right Terms**?, 2011,

OBERMAN, "Transfer of risk From Seller to Buyer in International Commercial Contracs: Comparative Analysis of risk Allocation under CISG, UCC, INCOTERMS", Institute of International Commercial Law. 1997, s. 47.

REYNOLDS, Frank: **Incoterms for Americans (Completely Rewritten For Incoterms 2010***), Toledo, 2010, s. 6*

REYNOLDS, "İmporting Best Prcatice: How to Choosse Best Incoterms from buyer's perspective". Managing İmports&Exports, 2005, s. 10.

ŞANLI, Cemal **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yöntemleri**, 3. Bs., İstanbul Beta Yayınevi, 2005

ŞANLI, Cemal/EKŞİ, Nuray **Uluslararası Ticaret Hukuku**, Arıkan Yayınları, 5.Bs., İstanbul, 2005

TAŞÇI, Zeliha Günay, INCOTERMS 2010 İLE 2000 BROŞÜRLERİ ARASINDAKİ FARKLARIN İNCELENMESİ, İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2017, s.

TODD, PAUL, **Cases and Materials on International TradeLaw. Sweet&Maxwell**, 1. Bası

YILMAZ/ÖZKAN/ŞAHİN, **Incoterms 2000 ve 2010'un Mukayeseli Analizi ve Türkiye Uygulamasındaki Eksiklikler**, 2011, 23(6): 3814-3825.

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

http://biblio.urgent.be/input/download?func=downloadFile&fileOld=1212631

(Erişim: 10.10.2011)

https://www.ihracat.co/p/incoterms.htmlhttps://www.ihracat.co/p/cif-cost-insurance-freight-teslim-sekli.html

(Erişim Tarihi: 23.09. 2019)

http://www.yagizozbir.com/index.php/2019/02/04/incoterms-2020-ile-gelecek-yenilikler/

(Erişim Tarihi: 23. 09. 2019)

http://actlogisticsinc/ıncoterms/

(Erişim Tarihi: 20.09.2019)

https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-incoterms-rules-the-mightiness-of-three-capital-letters/

(Erişim Tarihi: 23. 09. 2019)

SİBER ZORBALIK

Siber Zorbalık Kavramı ve Kavramın Yetersizliği

Stj. Av. Atay CİBOOĞLU

Çağımızın yeni ve önemli sorunlarından birisi siber zorbalıktır. Siber zorbalık kavramı bize ''Cyber Bullying''ten gelmektedir. Cyber bullying kısaca, insanları bilişsel ortamda veya iletişim araçlarıyla kişi veya kişileri tehdit etmek, rencide etmek veya intikam almak amacıyla yapılan saldırılardır.[1] Cyber bullying kelimesi Türkçe'ye ''Siber Zorbalık'' olarak çevrilmektedir. Siber zorbalık terimi Cyber bullying'i tam olarak yansıtmadığı kanaatindeyim. Çünkü Türk Dil Kurumu(TDK)'na göre zorbalık kavramı ''Gücüne güvenerek hükmü altında bulunanlara söz hakkı ve davranış özgürlüğü tanımayan (kimse), müstebit, mütegallibe, despot, diktatör.'' olarak tanımlanmaktadır. Ancak Bully kelimesi Cambridge Dictionary'de, ''Bilerek/isteyerek kendisinden küçük veya güçsüz birisini korkutmak'' olarak çevrilmektedir. Yani zorba kelime anlamı olarak bize siyasi liderlerin veya herhangi bir kurumun liderinin hükmü altında bulunan kişilerin özgürlüğünü kısıtlayan despot kişiler olarak tanımlarken, bully kelimesi ise daha çok güç dengesizliğinden yararlanarak kendisine haksız çıkar sağlamayan kişi anlamına gelmektedir. Bu sebepten ötürü bully ile zorba kavramları arasında çok büyük anlam farkı vardır. Bundan dolayı ben siber zorbalık kavramı'nın anlam kaymasına yol açtığını kanısındayım. Bunun yerine daha makul kavramlar getirilebilir. Terminolojisi tartışmaya açık bir konudur. Doktrinde ve toplumda siber zorba terimi tercih edildiği için makalemin devamına siber zorba terimini kullanmayı daha uygun bulmaktayım.

I. Siber Zorbalık Nedir ?

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte bireylerin yaşam tarzları da değişmektedir. Günümüzde telefon, bilgisayar veya internet gibi bilgi ve iletişim teknolojik araçlar artık insanların hayatlarında büyük yer tutmaktadır. İnsanlar, bilgi ve iletişim teknolojileri ile her türlü bilgiye rahatça erişile-

1 Güler Karaman- Halük Ünsal, "ORTAOKUL REHBER ÖĞRETMENLERİ, BİLİŞİM TEKNOLOJİLERİ ÖĞRETMENLERİ VE YÖNETİCİLERİNİN OKULLARDA YAPILAN SİBER ZORBALIK ÇALIŞMALARIYLA İLGİLİ GÖRÜŞLERİ VE SİBER ZORBALIĞIN ÖNLENMESİYLE İLGİLİ ÖNERİLERİ", Uşak Üniversitesi Eğitim Araştırmaları Dergisi, 2017 c.3 s.2 syf. 6

bileceği gibi artık sosyal ilişkilerini internet üzerinden kurmaya, akranlarıyla sosyal ilişkilerini kurarken onların beğenisini kazanmaya çalışmaktadır. Bu yüzden bilgi ve iletişim teknolojileri, sosyal ilişkiler için, araç olarak görülmektedir. Ancak araç olarak görülen bilgi ve iletişim teknolojiler kötü amaçla kullanılabilmektedir. İşte siber zorbalık, bilgi ve iletişim teknolojileri kullanılarak yapılması sonucu ortaya çıkmaktadır.[2]

Siber zorbalıktan söz edilebilmesi için öncelikle bilgi ve iletişim teknolojileri kullanılarak zarar verme amacı olmalıdır. Aşağılamak, utandırmak, korkutmak, rencide etmek, incitmek, dışlamak, şantajla istediğini yaptırmaya çalışmak ya da istenilmeyen mesajları mağdura ısrarla gönderilmesi gibi davranışları örnek olarak gösterilebilir.

Bu eylemin söz konusu olabilmesi için tekrarlanan ve saldırgan davranışlar içermesi gerektiğinden kasten işlenebilen suçtur bu sebeple taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Bu makalemde siber zorbalığın türlerini ve mevcut yasamızdaki düzenlemeler ile birlikte siber zorbalıkla mücadele kapsamında yasalarımıza yapılması gereken değişikliklere değineceğim.

II. Siber Zorbalık Türleri

Siber zorbalık E- Bullying ve E- Communication Bullying olarak ikiye ayrılır.[3]

a) Elektronik Zorbalık

E-Bullying denilen Elektronik Zorbalık teknik yönden yapılan zorbalıktır. Elektronik postaları ele geçirmek, internet sayfalarını yok etmek veya şifreleri ele geçirmek gibi örneklendirilebilir. Buradaki zorbalığın esas amacı fail ya da zorba, mevcut çalışan elektronik sistemlere saldırarak kullanılamaz hale getirmek veyahut sistemi tamamen yok etmektir. Bu zorbalık türünde teknik yönü ağır basmaktadır. Ancak dolaylı yoldan mağdurun duygularına da yapılan bir zorbalık türüdür. Çünkü mağdurun emek verdiği bir web sayfası (Blog, YouTube kanalı vb.) veyahut elektronik postalarında özel bilgileri mevcut olabilmesi söz konusudur ve bu bilgilerin kendisinden başka bir üçüncü kişide olma veya olabilme ihtimaline karşın mağduru manevi olarak rahatsız edecektir.

Bu tür saldırıları çeşitlendirirsek;

2 Emel Baştürk Akça, İdil Sayımer, Jale Balaban Salı, Bircan Ergün Başak "Okulda Siber Zorbalığın Nedenleri, Türleri Ve Medya Okuryazarlığı Eğitiminin Önleyici Çalışmalardaki Yeri" Elektronik Mesleki Gelişim Ve Araştırmalar Dergisi 2014 c.2 s.2 syf. 17

3 Taşkın Tanrıkulu, Hüseyin Kınay, Osman Tolga Arıcak, "Siber Zorbalığa İlişkin Duyarlılık Ölçeği: Geçerlik ve Güvenirlik Çalışması" Trakya Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi 2013 c.3 s.1 syf. 39

• Truva Atı (Trojan Horse), bir programın içerisine yerleştirilen zararlı yazılıma verilen addır. Bilgisayar kullanıcısının indirdiği müzik, video veya programın içerisinde çok küçük yer kaplayan bu zararlı yazılımın görevi, indirilen dosya ile birlikte bilgisayara kurulan ve kullanıcının rızası olmaksızın kötü amaçlı faaliyette bulunmaktır. Siber zorba artık mağdurun bilgisayarına hakim olup, kullanıcının rızası dışında, dilediği faaliyetlerde bulunabilecektir. Söz konusu faaliyetler kullanıcının yararında olmayan aksine zorbanın yararına olan faaliyetler söz konusudur. Bu saldırı türü basit görünsede aslı bu şekilde değildir. Çünkü Truva atı hem sisteme zarar vermekte hem de siber zorba zararlı yazılımla mağdurun bilgisayarına hukuka aykırı olarak bir dosya yükleyebilir, silebilir veya banka, kredi kartı, sosyal medya şifrelerini tespit edebilir hatta veri transferi de yapabilmesi söz konusudur.[4] Kısacası zorba, mağdurun bilgisayarında söz sahibi olup bilgisayara ya da sisteme zarar verebilmesi gündeme gelecektir. Burada TCK m151 Mala Zarar Verme suçu dahi söz konusu olabilir. Çünkü zararlı yazılım bilgisayar sistemine de zarar vermekte hatta bazen kullanılmaz hale getirebilmektedir. Bu sebeple TCK m.152 Mala Zarar Vermenin Nitelikli Halleri kapsamına zararlı yazılımların verdikleri zararlarda yer alması gerektiği kanaatindeyiz.

• Spam iletiler, kişinin isteği olmadan aynı mesajın birden fazla kopyasının, genelde ticari reklam niteliğinde olan keza güvenilmeyen, zararlı olma ihtimali kuvvetli olan iletilerdir[5]. ''UTO (Uluslararası Ticaret Örgütü) 1996 yılında spamı, bir bülten ya da haber grubu üzerinden ticari amaç taşımayan, forum konuları ile ilgili olmayan ve gönderilmesine açık bir şekilde izin verilmeyen reklam olarak tanımlanmıştır".[6] Spam iletiler, reklam yapmak veya tanıtımını yapmak için geniş kitlelere duyurmak amacıyla gönderilir. Amerika'da bir şirkete günlük 1.8 milyon spam iletisi gönderilmektedir. Bu hem hizmeti hem de iletilerin silinmesi için ekstra zaman ve masraf anlamına gelmektedir.[7] Bu spam iletileriyle kişilerin bıktırılması ve ileti adresin artık kullanılamaz hale getirme amacı vardır.

• Ağ solucanların (Network Worms), çalışma mantığı ise Truva Atı gibidir ancak Truva atına tam olarak benzememektedir. Ağ solucanları sisteme sızdığı anda verilerin hepsini yazılımın kurucusuna iletir ve güvenlik duvarındaki şifreleri kendi kendine deneyerek kırmaya çalışır. Truva

4 Barış Emre Alp 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu adalet yayınevi ankara 2019 syf. 44-46

5 http://web.deu.edu.tr/sss/spam.html

6 Barış Emre Alp 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu adalet yayınevi ankara 2019 syf 55

7 Barış Emre Alp 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu adalet yayınevi ankara 2019 syf 55-58

atından ayıran özelliklerinden birisi ise Truva atı hangi programla bilgisayara bulaşmışsa o program açıldığında aktif olur ancak ağ solucanları için böyle bir durum söz konusu iken ağ solucanları sisteme zarar vermek için herhangi programa ihtiyaç duymaz, işini ya da görevini yapar ve görevini tamamladığında arkasında bıraktığı izleri, kolayca ifşa olmaması için, siler. Bu sebeple tespiti zordur. Bir diğer husus, ağ solucanları sisteme Truva atı gibi zarar vermezler sadece elde ettikleri bilgileri yazılımın kurucusu olan zorba olan sahibine iletir.[8]

• Tavşanlar (Rabbits) virüsü ise sistemdeki işlemciye sürekli olarak komutlar göndererek sistemin yavaşlamasına hatta en sonunda durmasına sebep olurlar. Bunlarda herhangi bir dosyanın açılmasına ihtiyaç duymazlar sisteme bulaştıkları anda hızlıca görevlerini icra ederler. Bu virüsün Tavşanlar ismini almasının sebebi diğer virüslerin aksine çok hızlı üreyebilir ve sisteme çok çabuk etki edebilirler.[9]

• DDoS (Distributed Denial of Service) saldırısı ise günümüzde hackerlerın kullandığı en popüler ancak en tehlikeli saldırı yöntemidir. DDoS saldırısı yapan kişiler, sunucuyu sürekli olarak istek talebi göndererek hem sunucuyu hem de bilişim sistemini meşgul etmekte ve sistemin geçici olarak hizmet dışı kalmasını sağlamaktadır. Genelde bu tür saldırıların engellenmesi çok güçtür. Bu sebeple hackerler tarafından tercih edilen popüler bir saldırı türüdür.

• Bilişim Korsanları (Hackerlar) sistem güvenliğini kıran gerçek kişilerdir. Bu kişiler mağdurun rızası olmaksızın hukuka aykırı şekilde sisteme girer ve yetkileri olmadan hareket ederler. Bilişim korsanları herhangi bir aracıya (program, sistem vs.) ihtiyaç duymamaktadır. Hukuka aykırı işlemlerini tamamen kendi yetenekleriyle icra etmektedirler. Mesela mağduru bir süre izler, takip eder ve mağdur hakkında bilgi toplar, elde ettiği bilgilerle ile mağdurun şifresini tahmin etmeye, kimi zamanda kurtarma sorularının cevaplarını tahmin etmeye çalışarak sisteme girmeye çalışmaktadırlar.[10] Mağdurun haberi olmadan sisteme girip, görevlerini tamamladıklarında geride hiçbir iz bırakmayacak şekilde sistemi terk ederler.

Bunlar elektronik zorbalığa verebileceğimiz örneklerden birkaç tanesidir. Zorba, mağdurun bilgisayar ya da sistemine zarar vermekte veya

8 Barış Emre Alp 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu adalet yayınevi ankara 2019 syf 58-59

9 Barış Emre Alp 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu adalet yayınevi ankara 2019 syf 59

10 Barış Emre Alp "5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Bilişim Sistemini Engelleme, Bozma, Verileri Yok Etme veya Değiştirme Suçu" adalet yayınevi Ankara 2019 syf 60-64

kullanılamaz hale getirmektedir. Bu saldırı, doğrudan sisteme iken dolaylı yoldan mağdura yapılmaktadır.

Türk Ceza Kanunun'da (TCK) elektronik zorbalık başlığı bulunmuyor ancak Bilişim Alanında Suçlar başlıklı (TCK) m.243-246'da düzenleme mevcuttur. Buna göre Bilişim sistemine girme, Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçları işlenmesiyle hapis cezası veya adli para cezası hükmolunur. Siber zorbalığın artmaya başladığı veya muhtemel siber saldırıları tehlikesinin olduğu şu günlerde bu hükümlerin daha caydırıcı olması gerekmektedir. Günümüzde bilgi ve iletişim teknoloji aletlerin gelişmesiyle bunlara bağlı olarak yeni yeni suçlar ortaya çıkmaktadır. Örnek olarak Mavi Balina oyunu(!) gösterilebilir. Mavi Balina oyununa giriş için mağdura bağlantı adresi gönderilir. Mağdur o bağlantı adresine tıkladığı anda fail, Oltalama (Phishing) denilen yöntemle mağdurların hassas bilgileri hukuka aykırı olarak ele geçirilip şantaj yoluyla istediklerini yaptırmaktadırlar.[11] Bu oyunda 50 tane görev bulunmaktadır, 50. Görev mağdurun kendi hayatına son vermesidir. Fail hukuka aykırı olarak ele geçirdiği verileri şantaj ile mağdurun son görevi yapması için tehdit etmektedir. Mağdur ise korku içinde son görevi yerine getirme mecburiyeti hissederek hayatına son vermektedir. Son zamanlarda gençleri ve çocukları etkilemekte ve dünyada birçok genç bu oyun yüzünden hayatını kaybetmektedir.[12] Teknolojinin gelişmesiyle bu veya bunun gibi birçok suç ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple caydırıcı ve daha geniş hükümler getirilmesi gerekmektedir.

b) Elektronik İletişim Zorbalığı

Bir diğer zorbalık türü olan E-Communication Bullying yani Elektronik İletişim Zorbalığı ise elektronik iletişim araçlarıyla birilerini rahatsız etmek, taciz etme, alay etme, hedef haline getirme, kişinin rızası olmadan fotoğraflar paylaşma gibi daha çok kişinin şeref, haysiyet ve onuruna zarar vermeye yönelik olan davranışlardan oluşmaktadır.[13] Bu zorbalık türü daha çok intikam almak amacıyla yapılan eylemlerdir. Buradaki zorbalık türlerini çeşitlendirirsek eğer;

• Fotoğrafların rıza olmadan herhangi bir mecrada paylaşılması veya ifşalanması[14],

• Kişiler hakkında asılsız dedikodular çıkarıp o kişinin itibarını toplum nezdinde zedelenmesi

11 https://www.forbes.com/sites/andrewrossow/2018/02/28/cyberbullying-taken-to-a-whole-new-level-enter-the-blue-whale-challenge/#2b79e7152673

12 https://www.thesun.co.uk/news/worldnews/3003805/blue-whale-suicide-game-challenge-deaths-uk/

13 Osman Tolga Arıcak, 'SİBER ZORBALIK: GEÇNLERİMİZİ BEKLEYEN YENİ TEHLİKE, Kariyer Penceresi Dergisi 2011 sayı 6 syf. 10-11

14 Mağdurun rızası olmaksızın fail tarafından birlikte çekilen fotoğrafın failin Facebook hesabında paylaşılması 12.CD E. 2017/150 K. 2017/6231 T.13.09.2017

• Toplumu kışkırtmaya yönelik faaliyetlerde bulunan troll hesaplar

• Toplumda nadiren tuhaf karşılanan siber takip dediğimiz stalkerlar da siber zorbalık çeşitlerindendir.

III. Popüler Siber Zorbalık Türü: Sahte Hesap(Troll Hesap) ve Siber Takip (Stalk)

a) Sahte Hesap

Sahte hesaplar, herhangi bir siber zorbalık yasası olmadığı için, yasal olarak engellemek çok olmamaktadır. Sahte hesap için Türk Ceza Kanununda düzenleme vardır. TCK m.135'e göre "Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu kanuna göre herhangi birisi adına açılmış hesap suç teşkil edecektir. Meğer ki sadece ad-soyad ile açılmamış olsun. Sadece ad-soyad ile açılan hesaplar TCK bakımından suç teşkil etmemektedir. Çünkü bir isim sadece tek bir kişiye verilmemekte aynı isimde birden fazla kişi olabilmektedir. TCK madde 135'e dayanabilmek için açılan sahte hesap ile kişinin adı-soyadının yanı sıra doğum tarihi, fotoğrafı olması gerekmektedir. TCK 135. maddesinde geçen "Kişisel Veri" ifadesine ne olduğuna bakmak gerekir. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun(KVKK)'un m.3/d'ye göre "Kişisel veri: Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi," demektedir. Buradaki kişisel veriyi geniş anlamda ele almamız gerekmektedir. Bu yüzden kişinin adı soyadı yanında doğum tarihi, fotoğraf, hatta vücudundaki lekeler dahi kişiyi tanımlayabilecek her türlü bilgi bu kapsamda sayılması gerekir. Bu bilgilerle açılan hesaplar TCK bakımından suç teşkil edecektir. Mağdur sahte hesapların açılması bakımından TCK'dan yararlanabileceği gibi 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğinde Özel Hayatın Gizliliği başlıklı 20. maddeye yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu Anayasa 20. Maddesine yeni eklenen 3. fıkrası'na göre "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." demektedir. Kişisel veriler artık Anayasamızca da korunmaktadır. Bu yüzden sahte hesap açılması kişinin Anayasal hakkının da ihlal

edilmesi demektir. Sosyal medyada açılacak sahte hesaplar TCK 135'ten hüküm kurulurken aynı zamanda bu internet ortamında yapıldığı için Verileri Hukuka Aykırı Verme Veya Ele Geçirme madde başlığı olan TCK m136'dan da hüküm kurulması söz konusu olabilecektir. Bunun dışında açılan sahte hesaplar eğer suçun tipikliği oluşturmuyorsa o zaman herhangi bir yaptırıma tabii olamamaktadır.

Zira yazdıkları eleştiriler ise ifade özgürlüğü kapsamında kalması durumunda kullandıkları ifadeler için de herhangi bir yaptırıma maruz bırakmak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde yer alan İfade Özgürlüğü ihlali sayılır keza yine Anayasamızca korunan Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti olan madde 29'a göre de ihlal oluşturur. Sahte hesapların kullandığı ifadelerin ihlal niteliğinde olabilmesi için yapılan paylaşımdaki eleştiri, insanların saygınlıklarını zedeleyecek kadar ağır şekilde hakaret veya küfür içermesi ve huzur bozucu etkileri olması gerekmektedir.[15]

Hakaret suçu konusunda zaten Türk Ceza Kanunu'nda hüküm vardır. TCK m.125'e göre" Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden (...) veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.

Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur." demektedir. Bu kanunun 2. fıkrasına baktığımızda telefon, internet veya diğer bilişim teknolojileri de kullanılarak işlenebilir. Mesela SMS attığımızda da bu suç işlenebileceği gibi e-posta, anlık mesajlaşma uygulamaları (WhatsApp, Messenger, Viber, Telegram, Skype...vb) ile de işlenebilir. Hakaret içerikli e-postayı iletmek (Forward) etmek dahi bu suçun işlenmesine olanak tanımaktadır. 2. Fıkrada yer alan bu araçlarla suç işlenmesi cezayı artıran düzenleme aksine bilgi ve iletişim teknoloji araçlarıyla işlenen hakaret suçunda fail basit şekilde cezalandırılmaktadır. Siber zorbalık kapsamında caydırıcılık bakımından iletişim araçlarıyla işlenmesi cezayı artıran haller alması gerektiği kanısındayım. İnternet ortamında işlenen hakaret suçun cezayı artıran hal bir tek TCK 125/4'te düzenlenmektedir. Buna göre TCK m125/4' "Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır." demektedir. Burada cezayı artıran neden bilgi ve

15 CASE OF PALOMO SANCHEZ AND OTHERS V. SPAIN 28955/06 karar tarihi 12/09/2011

iletişim teknoloji araçlarıyla işlenmesi değil hakaret suçunun alenen işlenmesidir. Yargıtay, internetten işlenen hakaret suçunu incelerken aleniyetin olup olmadığına bakmaktadır.[16][17] Eğer aleniyet var ise 125/4'e göre hüküm kurulurken, aleniyetin olmadığı durumlarda ise fail basit şekilde cezalandırılmaktadır.

Siber zorbalık kapsamında hakaret etmeden kişiye internet üzerinden ağır, haksız, kötü amaçla ve sistematik olarak yapılan eleştiriler bir anlamda "mobbing" yapılması da söz konusu olabilmektedir. Mobbing kavramı ofis zorbalığı olarak da geçmektedir. Mobbing kavramıyla genelde iş yerlerinde karşılaşılmaktadır[18] ama internet dünyasında da görülmesi mümkündür. Yani mağdura hakaret etmeden, psikolojisini hedef alan, sistematik bir biçimde mağduru sindirmek amacıyla yapılan eylem ya da ifadeler için de yasal düzenleme yapılması şart olduğu kanısındayım. Çünkü bir kişiyle başlayan "mobbing" internet dünyasında kollektif bir harekete dönüşmesi kuvvetli bir olasılıktır. Mağdur bu gibi durumlarda Türk Medeni Kanun(TMK)'un m.24/1'e göre " Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir." hükmüne dayanarak kişilik hakkına hukuka aykırı saldırıda bulunanlar için hakimden önleme talep edebilir. Keza Anayasa 20. Maddesine göre " Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz" düzenlemesine dayanarak mağdurun kendisine yapılan sanal zorbalık için önleme talep edebilmektedir. Kısaca bu durumun önlenmemesi mağdurun Anayasal hakkının da ihlal edilmesi söz konusudur. Etkin bir yasal düzenleme yapılmaz ise hem bunun caydırıcılığını sağlayamayız hem de mağdurun kollektif zorbalık ile baş başa bırakmış oluruz. Mağdurun korunması için TCK'nın 125 maddesini genişletilmesi gerekmektedir. Tabii ki bu yasal düzenlemeyi yaparken İfade Özgürlüğü ile Hakaret arasındaki ince çizgiye dikkat edilmesi gerekmektedir yoksa internet üzerinde yapılan her türlü yorum veya kullanılan ifadeleri suç kapsamına sokulmuş olunur ki bu durum kesinlikle çok sakıncalı olacaktır. Bu yüzden özgürlük diyarı olan internete sansür getirilmesi kaçınılmazdır. Mağdurun hem psikolojik sağlığını gözetmemiz hem de internete girme özgürlüğünü korumamız gerekmektedir. Bakınız Anayasa madde 56/3 "Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet

16 Yargıtay 11. Ceza Dairesi 2018/555 E. , 2018/4698 K.

17 Yargıtay 16. Ceza Dairesi ise 2015/1290 E. 2015/3294 K.

18 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2015/461 E. 2017/127 K. 25.01.2017 T.

vermesini düzenler." hükmü bulunmaktadır. İnternete giren kullanıcıların psikolojik sağlığını korumak Devlet'in Anayasal görevidir. Bu sebeple günümüzde siber zorbalığa maruz kalıp hayatını sonlandıran gençleri göz önüne alındığında Devletin bu tedbirin bir an önce alması gerekmektedir.

Sahte hesaplar kolay geçiştirilecek konu değidlir kanımca. Devletlerin kendine ait maaşlı troll hesap fabrikası bulunduğu, troll hesap sahipleri toplumu kutuplaştıracak/kışkırtacak veya yalan yanlış haberlerle toplumu bölmeye, istikrarsızlaştırmaya veya bir nevi "yönetmeye" çalıştığı iddia edilmektedir.[19] Bu sayede seçimlerin kazanılması bile mümkün hale geldiği, Troll fabrikaların yaptığı paylaşımlarla bir ülkenin kaderini değiştirdiği söylenilmektedir.[20][21] Twitter, yaptığı açıklamada Mayıs ve Haziran ayında 70 milyon trol hesabını kapattığını belirtmiştir.[22] Ancak esas sorun şu ki açılan hesaplar kapatılırken hesabı açan anonim kişilere herhangi bir şekilde yaptırım uygulanamıyor çünkü bu kişileri tespit etmek zordur. Bunun için bu tür hesaplarla mücadele etmek zordur. Bu sebeple etkin bir yasal düzenleme yapılması şarttır.

b) Siber Takip (Stalk)

Bir diğer önemli konu ise stalktur. Stalk eylemini gerçekleştiren kişiye ise stalker denir. Türkçede buna "Israrlı Takip" denir. Stalker aslında "rahatsız edici veya korkutucu şekilde başka bir kişiyi uzun süre izleyen kişi" olarak tanımlanmaktadır.[23] Bizde ise ısrarlı takip kavramı, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliğin 3. Maddesinin ş bendine göre "Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranışı" olarak tanımlanmıştır.

Stalker kavramı Avrupa Birliği'ne üye tüm devletler ayrı bir suç olarak düzenlenmemekle birlikte sadece Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, Hollanda, İrlanda, İngiltere bu konuda açıkça yasal düzenlemeleri bulunmaktadır. Türkiye'de ise 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yö-

19 https://tr.euronews.com/2017/11/17/rusyanin-troll-fabrikasinin-eski-calisani-konustu

20 https://odatv.com/ruslar-trumpcilari-boyle-trolledi-1910171200.html

21 https://www.trthaber.com/haber/dunya/abd-senatosundan-rusyanin-secim-mudahalesi-raporu-398048.html

22 https://www.washingtonpost.com/technology/2018/07/06/twitter-is-sweeping-out-fake-accounts-like-never-before-putting-user-growth-risk/

23 https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/topic/criminals/stalker

nelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ile 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliğine birlikte bakıldığında bizim ülkemizde de ısrarlı takip ayrı bir suç olarak düzenlendiği sonucuna varırız.[24]

Israrlı takip bilgi ve iletişim araçlarıyla yapılması durumuna ise siber takip denmesi gerektiği kanısındayım. Teknolojinin inanılmaz geliştiği bugünlerde insanlar artık yediklerini, içtiklerini sosyal medyada paylaşmayı zorunluluk olarak görmektedir. İnsanlar paylaşımlarını arkadaşları için yapmakta ancak internet dünyası geniş mecra olduğu için paylaşılan gönderiyi herkes görebilme imkanına sahiptir. Buna kötü niyetli kişiler de dahildir. Günümüzde artık hırsızlar, hedeflerini Facebook, Twitter gibi mecralarda tatilde olduklarını duyurdukları kişiler arasında seçmeye başlamışlardır.[25] Siber takip yapan kişiler takip ettikleri kişilerin bütün bilgilerini rahatça erişmektedir. Kişinin haberi olmadan evi, telefon numarası, alışkanlıkları, resimleri hatta en kötü senaryoda çocuklarıyla birlikte çekilmiş fotoğraflara erişim sağlayabilmektedir. Stalk denilen kavramı herkes yapmaktadır. Birisi hakkında fikir edinmek stalk'un ilk sebebidir. Bu yapılan stalk basit, masumane bir eylemdir. Baskı altına almak ya da sapıklık derecesinde takıntılı olan kişilerin yaptığı stalk vardır ki bu mağdura rahatsızlık verebilmektedir. Örneğin mağduru rahatsız etmeden sadece uzaktan takip eden bir kişi ya da fail mağdurda ister istemez korku veya panik yaratacaktır. Keza Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma başlıklı TCK m.123 ihlali de söz konusu olur. Ancak sosyal medyada bu şekilde takip eden kişi için de panik veya korku oluşturabilir. İşte yapılacak olan yasal düzenlemede buradaki ince çizgiye de mutlaka dikkat edilmesi gerekmektedir. Sosyal medya hesabı oluşturan ve bu hesabını herkese açık yapan kişi profilinde paylaştığı bilgileri herkese sunmayı kabul ediyor mu? Ya da bunu öngörerek mi profil oluşturuyor? Veya burada rıza karine midir ? Yani kişinin rızasını var olduğunu kabul edip, açıkça rıza göstermediğini beyan ederse artık siber takip yapan kişinin eylemleri suç sayılmalı mıdır ? Bu gibi sorular yasal düzenleme için gerekli sorulardır. Çünkü stalk yapmak için herhangi bir sosyal medya hesabına gerek yoktur eğer hesap herkese açıksa o zaman bir hesap açmadan da stalk yapmak mümkündür. Bunu ise tespit edip cezalandırmak zor hatta imkansıza yakındır. Bu sebeple stalk kavramı neticesinde bir düzenleme yapılacaksa mutlaka ince çizgiye dikkat edilmesi gerekiyor zira özgürlük diyarı olan internete büyük ve kapsamlı bir sansür getirilmesi gündeme gelebilir.

---

24 Dr. Recep DOĞAN Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip(Stalker) Kavramı ve Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, syf.145-152

25 https://www.sabah.com.tr/teknoloji/haber/2011/09/28/hirsizlar-hedeflerini-facebook-ve-twitterdan-seciyor

IV. Siber Zorbalık Sonucunda Manevi Tazminat

Kişiye ait özel ve gizli alanında yapılacak her türlü müdahale kişilik hakkı ihlali oluşturur. Keza internetin gelişmesi ve sosyal medyaların popüler olmasıyla artık kişilerin kişilik hakları, dergi, gazete gibi basılı medyalara nazaran daha kolay zedelenme imkanı vardır. Çünkü internet hem ucuz hem de erişilebilmesi kolay ve hemen hemen herkes tarafından erişilebilmesi kolaydır. Keza internet üzerinden yapılan saldırı kolay kolay sonsuza kadar silinememekte hatta kişinin belki de ömrünün sonuna kadar karşısına çıkabilmektedir. Mesela lise yıllarında komik diye çekilip internete yüklenen fotoğraf yıllar sonra mağduru zora sokmak için tekrar gündeme getirilebilir. Burada ''Unutulma Hakkı'' da devreye girebilmektedir ancak burada bahsedilen konu kişiyi sanal dünyada taciz, rahatsız etme konusudur. Rıza dışında fotoğraf paylaşılması, kişi hakkında yalan yanlış haberler yapılması veyahut kişiye yönelik hakaret edici ifadeler kullanılması kişilik hakkını zedeleyeceği gibi bir bağlantı adresi(Link) verilerek de kişilik hakkı zedelenebilir. Bir bağlantı adresiyle kişinin şerefine, onuruna veya haysiyetine zarar verecek bir siteye yönlendirmesiyle kişilik haklarına saldırı oluşturabilir.[26]

Bu tür kişilik haklarına saldırı söz konusu olduğunda bu saldırılara karşı koruma istenebilinir. Bunun için Türk Medeni Kanunu (TMK) madde 24'e bakabiliriz. TMK m.24 '' Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.'' Keza TMK madde 25'e göre ise kişilik hakkının korunması amacıyla açabileceği davaları göstermiştir. Buna göre TMK 25/1 ''Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.'' Yani mağdur hakimden Önleme Davası, Durdurma Davası veya kişiliğe tecavüz durumu sona ermiş ancak etkileri sürmeye devam ediyorsa Hukuka Aykırılığın Tespiti Davası açabilir. Yine 23/05/2007 tarihinde Resmi Gazeteden yayınlanan 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9/A maddesine göre ''İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, Kuruma doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir.'' Mağdurun özel hayatın gizliliğini ihlal edip kişilik haklarına tecavüz eden internet paylaşımlarının bu kanuna göre Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna başvurarak erişimin engellenmesi kararını sulh hakiminden alabilir.

26 Murat Doğan ''İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası'', Ankara Üni. Hukuk Fakültesi Dergisi C.7 S.1-2, Haziran 2003 s.399

Mağdur olan kişi dilerse TMK 24-25 için hukuk hakimine başvurur dilerse de 5651 sayılı kanuna dayanarak sulh hakimine başvurabilir. Keza her ikisine de aynı anda başvurmasında herhangi bir sakınca yoktur.

Yargıtay kişilik haklarının ihlali sonucu tazminat davalarında matufiyet şartı aramıştır. Matufiyet yöneliklik veya yönelmiş olmak anlamına gelmektedir. Matufiyet şartı açıkça kanunlarda zikredilmiyor, Yargıtay içtihatları ışığında oluşmuştur. Yargıtay'a göre matufiyet şartı,"adı, sanı, kimliği belli olmasa da ona yöneldiği konusunda kuşku bırakmayacak şekilde ithamlara, yönelimlere yer veren ifadeler olarak kabul edilmektedir." Yani kişilik haklarına saldırı sonucu tazminat alabilmek için isim veya saldırının kime yöneldiğini açıkça belli olmasa bile saldırının yöneldiği kişinin anlaşılıyor olması gerekmektedir.[27] İnternet ortamında kişi birisine hakaret etmesi için illa ki o kişiye yönelik yorum yapmasına gerek yoktur. Kendi profilinde yaptığı paylaşımda dahi -eğer o kişinin kim olduğuna tereddüt bırakmıyorsa- yine kişilik haklarına saldırı oluşturur.

Yaşanan kişilik hakkı ihlali haksız fiil teşkil eder. Bunun için Türk Borçlar Kanunu (TBK) ikinci ayrımında Haksız Fiilerden Doğan Borç İlişkileri (madde 49-76) düzenlenmiştir. Siber zorbalık sonucu yaralanma veya ölüm söz konusu ise o zaman TBK m54'e gidilebilir. TBK m.54 "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." Bu hüküm TBK m.58'e göre dar kalmaktadır. Yine Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde 58 "Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir." hükmü bulunmaktadır. Bu düzenlemenin ilk fıkrasında zararın para ile giderilmesi söz konusu iken ikinci fıkrada ise hakime takdir yetkisi bırakmaktadır. Hakim başka bir giderim biçimi hükmedebilirken, kişilik hakkına tecavüz oluşturan eylemler içinse saldırıyı kınayan karar verebilmesi söz konusudur. Mağdurun tazminat talebi için mutlaka nedensellik bağı olması gerekiyor keza kişilik hakkına tecavüz eden eylemin hukuka aykırı olması gerekiyor çünkü kişilik hakkına saldırı meşru müdafa olabileceği gibi bir

27 Yargıtay 4. HD E.2016/2955 K.2017/8684 T.26.12.2017

kanun hükmünün uygulanması söz konusu olabilir. Bu gibi durumlar hukuka aykırılık teşkil etmez ve böyle durumlarda hukuka aykırılık olmadığı için tazminat talebi uygun görülmez ve son olarak da kusur ortaya çıkması gerekmektedir.[28] Bu 3 şart var ise ancak o zaman tazminat talep edilebilir.

V. İnternet'e Girmek Birey'in Hakkı Mıdır ?

Anayasa, normlar hiyerarşisinde en üstte bulunmaktadır. Bu yüzden kanunlar Anayasaya uygun olmak zorundadır. Keza Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre '' Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.'' Yani uluslararası antlaşmalar dahi Anayasamıza uygun olmak durumundadır. Çünkü Anayasa bireylerin en temel hakkı olan Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü, Zorla Çalıştırılma Yasağı, Konut Dokunulmazlığı, Düşünce ve Kanaat Hürriyeti gibi bir takım temel hakları korumaktadır. Anayasa sahip olduğumuz hakları kullanmasak bile kullanabilme ihtimalimize karşı haklarımızı korur. Misal seyahat özgürlüğünden hiç kimse feragat edemez. Buna yönelik yapılan sözleşme, anlaşma vs. geçersizdir. Kişinin hiç seyahat etmemesi sebebiyle buna yönelik herhangi bir feragat anlaşması yapamaz çünkü kişinin bu hakkını hiç kullanmayacak anlamına gelmemektedir. Seyahat hakkından bahsedilebilmesi için yurtiçi-yurtdışı seyahat olması gerekmez aksine Anadolu yakasından Avrupa yakasına geçmek bile bir seyahat özgürlüğüdür, seyahat hakkıdır. Hiç kimse bu haktan feragat edildi deme hakkına sahip değildir. Bu hakkını hiç kullanmasa bile her an kullanabilme ihtimaline karşın Devlet kişinin bu hakkını korumaktadır. Peki acaba internet kullanma hakkı bir Anayasal hak mıdır ? Devlet internete girme hakkımızı korumak zorunda mıdır ?

İnternete girmek şüphesiz Anayasal haktır. İfade Özgürlüğüdür. İnternet olmadan önceki dönemlerde halk talep ve istekleri için sokaklara çıkarken internetin geliştiği dönemde insanlar artık her türlü talep ve isteklerini internet üzerinden talep edebilmektedirler. Bu sayede hem istek ve talepler hızlıca iletiliyor hem de kolay bir şekilde destekçi toplanılabilmektedir. Bu sayede birçok başarılı projeye imza atıldı.[29] Keza Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesine göre '' Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo,

28 Dr. Mustafa Kılıçoğlu '' 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Uyarlı Tazminat Hukuku'' Bilge Yayınevi 2014

29 https://static.change.org/brand-pages/impact/reports/2019/change.org_Impact_Report_turkish_july19.pdf

televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir." demektedir. Yani internete yapılacak olası bir müdahale durumunda kişilerin hem ifade özgürlüğü hem de haber ve görüş alma veya verme hakkını ihlal eder. İfade özgürlüğünü kullanmayı sağlayan en temel araçlardan birisi hiç şüphesiz internettir.[30] Bu yüzden internete girmek kişilerin en temel hakkıdır.

VI. Siber Zorbalığa Dünyadan Örnekler

Amerika'da yaşanan bir vakada Tyler Clementi adındaki genç üniversite öğrencisi 2010 yılında hemcinsiyle çekilen cinsel içerikli görüntüsü kaydedilerek sosyal medya üzerinden paylaşılmış, insanların dalga geçmesi sonucu bunalıma girerek intihar etmiştir. Bu olaydan 1 sene sonra yani 2011 yılında siber zorbalıkla etkin mücadele için Tyler Clementi Higher Education Anti Harassment Act.(Tyler Clementi Yükseköğretim Anti-Taciz Yasası) yasa tasarısı hazırlanmış ancak bu yasa ifade özgürlüğünü engelleyeceği düşüncesiyle yasalaşmamıştır.[31]

Jessica Logan olayı ise rızasıyla erkek arkadaşına uygunsuz fotoğraflarını göndermiş daha sonra ayrılınca erkek arkadaşı bu uygunsuz fotoğrafları Facebook ve MySpace gibi sosyal medya hesaplarından paylaşmış. Bu fotoğrafların yayılmasıyla bunalıma girmiş ve intihar ederek 18 yaşında hayatın baharında maalesef hayatına son vermiştir.[32] Bu olaydan sonra Jessica Logan Yasası çıkmıştır.[33]

Ryan Halligan olayı ise zihinsel ve bedensel engelli olan Ryan hakkında ortaya atılan eşcinsel iddiaları o dönemin mesajlaşma servisi kullanılarak paylaşılması üzerine Ryan bunalıma girerek 2003 yılında henüz 14 yaşındayken hayatına son vermiştir.[34]

VII. Sonuç

Gelişen dünyada özellikle teknoloji alanında yaşanan baş döndüren yeniliklere hukuki olarak yetişmemiz gerekiyor. Şuanda Türkiye dahil dünyada hiçbir ülkede siber zorbalık yasası maalesef bulunmamaktadır. Sadece ülkelerin kendi kanunlarında düzenlenen bir takım yasal düzenle-

30 Fulya Şen-Furkan Şen "Sosyal Medya, İletişim Hakkı ve İfade Özgürlüğü Üzerine Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi C.17 S.2 Ocak 2015 syf. 133

31 http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-120-1516 syf. 340

32 "Six Unforgettable CyberBullying Cases", http://nobullying.com/six-unforgettable-cyber-bullying-cases/, (17/05/2014)

33 http://nobullying.com/jessica-logan, 22/12/2014

34 "Six Unforgettable CyberBullying Cases", http://nobullying.com/six-unforgettable-cyber-bullying-cases/, (17/05/2014)

meler mevcuttur. Ancak bu bir yeterli bir çözüm değildir. Sınırsız özgürlük alanı olan internette özgürlüğü kısıtlamayacak ancak etkili bir yasal düzenlemeye ihtiyacımız vardır. Bu yasal düzenleme yapılırken stlak, troll hesap gibi terimler için geniş ve soru işareti bırakmayacak kavramlar gelmesi gerekmektedir. Bu kavramların yanı sıra mutlaka ince çizgiye dikkat etmemiz gerekir, ancak bu şekilde suç kapsamı belirlenebilir. Suç kapsamını belirlemezsek her ifade için suç demek hem ülkelerin yargının iş yükünü artırır hem de internete büyük sansür getirilmiş olur. İnternet, uluslararası iletişim aygıtıdır. Artık dünyanın bir ucundan diğer ucuna erişmek sadece bir ''tık'' yeterlidir. Bu yüzden her ülkenin ya Siber Zorbalık Yasası ya da mevcut kanunlarına daha kapsamlı ve siber suçları konu alan yeni hükümlerin gelmesi acil bir ihtiyaçtır.

İnternet dünyasıyla birlikte sosyal medya'nın aslında ne kadar tehlikeli olabileceğini Issie Lapowsky'nin sözü ile bitirmek istiyorum;

Facebook seni senden daha iyi biliyor.

SERMAYE PİYASASI KANUNUNDA DÜZENLENEN BİLGİ BELGE VERMEME VE DENETİMİN ENGELLENMESİ SUÇU

Av. Ahmet Mücahit SELÇUK[1]

Özet

Ülkemizde Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi kuruluşların denetimi Sermaye Piyasalarının korunması ve devamlılığı bakımından önem arz etmektedir. Denetimler yapılırken kurumlardan istenilen bilgi ve belgelerin Sermaye Piyasası Kurumu ile paylaşılması gereklidir. Ayrıca denetim personellerinin gerçekleştirecekleri denetimleri serbest şekilde yapabilmeleri gerekliliği ön plana çıkmaktadır. Bu durumun sağlanabilmesi için bilgi ve belge vermeyen kişiler ile denetimi engelleyen kişilerin cezalandırılması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Sonuç olarak 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 111. maddesinde bilgi belge vermeme ve denetimin engellenmesi suçu oluşturulmuştur.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda aynı maddede düzenlenen bilgi belge vermeme ve denetimin engellenmesi suçu, aslında birçok özelliği bakımından birbirinden farklı iki ayrı suçu içinde bulundurmaktadır. Bu farklılıkların ve suçların unsularının bilinmesi denetimin etkinliği bakımından önemlidir.

1.SUÇUN KANUNİ TANIMI VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda verilen yetkiler uyarınca kurul tarafından piyasada faaliyet gösteren kişi ve kurumların işlem ve eylemlerine yönelik bazı davranış kuralları öngörülmektedir. Bu kurallara şirket ve kişilerin uygun davranıp davranmadıkları bir takım yollarla denetlenmektedir. Denetlenen bu kişi ve kurumların kurallara tam olarak riayet etmelerinin beklenmesi eşyanın doğasına aykırıdır. İşte Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), Kanundan kaynaklanan denetim yetkisiyle, sermaye piyasasında faaliyette bulunan kişi ve kurumların kanun ve ikincil düzenlemelerle kurulan düzene uyum sağlayıp sağlamadıklarını tespit etmekte, denetim sırasında da bilgi ve belge verilmemesi yoluyla ya da denetimin engellenmesi yoluyla mevzuata aykırı iş ve eylemlerde bulunanlar hakkında bir takım tedbirler almaktadır.

1 İstanbul Universitesi Sosyal bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

2499 sayılı mülga Kanun metninde bilgi ve belge vermeme ve denetimin engellenmesi suçu 47/B-1 maddesinde düzenlenmişken; 6362 sayılı yeni Kanunun 111. Maddesinde iki ayrı fıkra halinde düzenlenmiştir. İki kanun maddesini de alt alta incelemek gerekirse:

Mülga 2499 sayılı Kanun:

MADDE 47/B-1

"Bu kanuna göre kurul veya kurul tarafından görevlendirilenlere istenecek bilgileri vermeyen veya eksik veya gerçeğe aykırı olarak verenlerle; defter ve belgeleri bu görevlilere ibraz etmeyen, saklayan, yok eden veya bunların görevlerini yapmalarını engelleyenler, her bir alt bent kapsamına giren fiillerden dolayı bir yıldan üç yıla kadar hapis ve iki bin günden beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılırlar."

6362 sayılı Kanun:

MADDE 111 – (1) *"Kurul veya bu Kanuna göre görevlendirilenler tarafından istenen bilgi, belge ve elektronik ortamda tutulanlar dâhil kayıtları hiç veya istenen şekliyle vermeyen kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) *Kurul veya bu Kanuna göre görevlendirilen kişilerin görevlerini yapmalarını engelleyen kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu engelleme sırasında görevli kişilere karşı cebir veya tehdit kullanılmış olması hâlinde ayrıca 5237 sayılı Kanunun ilgili maddelerine göre cezaya hükmolunur."*

Mülga kanun düzenlemesi ve yeni kanun düzenlemesi arasındaki farklar incelendiğinde genel olarak bir benzerlik görülür. Farklılıkları açıklamak gerekirse; maddede düzenleniş tarzları arasında bir farklılık söz konusudur. Mülga kanunun 47/B-1 fıkrasındaki şekliyle bilgi belge vermeme ve denetimin engellenmesi aynı fıkrada düzenlenmişken 6362 sayılı yürürlükteki Kanunda m.111 de iki ayrı fıkra şeklinde düzenlenmiştir. Mülga kanundaki bu durum suçların içtimaı konusunda doktrinde tartışmalara yola açıyordu. Örnek vermek gerekirse, mülga kanun zamanında denetimin engellenmesi ve bilgi ve belge vermeme suçu birlikte işlendiğinde, aslında farklı olan bu suçlar aynı cümlede düzenlendiğinden dolayı faile tek ceza verilirken, yürürlükteki kanunda bu suçlar farklı iki fıkrada düzenlendiği ve farklı cezalar öngörüldüğü için iki ayrı suç olarak değerlendirilip, faile iki ayrı suçtan da ceza verilmesi mümkün olacaktır.

Mülga kanun döneminde teknoloji bu günkü gibi gelişmediği için bilgi ve belgeler sadece kağıt üzerinde olacağı düşünülmüş ve elektronik or-

tamda tutulan bilgilerden bahsedilmemiştir. Bu durumda, elektronik ortamda tutulan belgelerin istenilmesi halinde verilmemesi ya da bu madde kapsamına girmemesi sonucu çıkarılamaz. Ancak 6362 sayılı Kanun bu noktadaki tartışmaları bertaraf etmek için elektronik ortamda tutulan bilgi ve belgeleri de lafzında yer vererek dahil etmiştir. Dolayısıyla 6362 sayılı Kanun günümüz gelişmelerine uygun bir seyir izlemiştir.

Yine mülga kanunda "istenecek bilgileri vermeyen veya eksik veya gerçeğe aykırı olarak verenlerle; defter ve belgeleri bu görevlilere ibraz etmeyen, saklayan, yok eden…" şeklinde tüm akla gelebilecek varyasyonlar sayılırken; 6362 sayılı Kanunda "kayıtları hiç veya istenen şekliyle vermeyen" şeklinde kısa bir şekilde eski kanunda tek tek sayılan bütün eylemleri madde kapsamına almaya çalışmıştır. Böylece mülga kanunda sayılan fiiller haricindeki fiiller sergilenerek bilgi ve belgeleri vermeme durumları da bu suç kapsamına girmiştir. Bu şekilde düzenlenen suç mülga kanun döneminde seçimlik hareketli suç kategorisine girerken; 6362 sayılı Kanun döneminde serbest hareketli suç kategorisinde yer almaktadır.

Mülga kanun ile 6362 sayılı Kanun arasında yaptırımlar açısından da fark vardır. Mülga kanunda her iki durumda da 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası ve para cezası öngörülmüştür. 6362 sayılı Kanunda ise bilgi belge vermeme halinde sadece 1 yıldan 3 yıla hapis cezası; denetimin engellenmesinde ise 6 aydan iki yıla hapis cezası öngörülmüştür.

6362 sayılı Kanunda düzenlenen ikinci fıkra incelendiğinde mülga kanundan farklı olarak denetimin engellenmesi halinde ayrıca denetim yapan görevliye karşı cebir ve tehdit kullanılması halinde ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ilgili maddelerine göre de ceza yargılaması yapılması söz konusu olacaktır. Bu da suçları içtimaı bakımından önemlidir. Mülga kanunda böyle bir hüküm yoktu ve cebir ve tehdit halinde sorumlulara karşı cebir ve tehdit suçlarından dolayı yargılama yapılmadığı durumlar ortaya çıkabilmekteydi. 6362 sayılı Kanunun açık düzenlemesi karşısında ilgililerin TCK'da düzenlenen cebir ve tehdit suçlarından da yargılanması mümkün olmuştur.

Her suçun aslında tesis ediliş amacı vardır. Suçların belli bir menfaatin veya hukuki değerin ihlali ile ortaya çıktığı düşünüldüğünde, her suçun koruduğu en az bir hukuki değer vardır.[2] Kısaca bahsetmek gerekirse korunan hukuki değer, toplumu oluşturan kişiler ve toplumun bütünü bakımından önem arz eden bundan dolayı ceza hukuku kapsamında

2 Kayıhan İçel/ Füsun Sokullu- Akıncı/ İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Selami Mahmutoğlu/Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, 3.Bası, İstanbul, Beta 2004, s.87; Zeki Hafızoğulları/ Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, USA Yayıncılık, 2015, s.199.

koruma altına alınan değerlerdir. Bu değerlerin ne olduğunun tespiti çoğu zaman madde metninin okunması ile tespit edilebilirken, bazı durumlarda ortaya çıkartılması için gerekçenin madde başlıklarının ya da benzer suçların incelenmesi gerekebilir. Bilgi ve belgeleri vermeme suçu ile denetimin engellenmesi suçunda korunmak istenen hukuki değer etkin denetimin yapılmasının sağlanmasıdır. Bunun yanında denetlemelerde gözetilen ve sağlanmak istenen hukuki amaç da önemlidir. O da sermaye piyasasının güven açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamaktır. Denetlemelerde Kurulun gözden uzak tutulamayacak bir diğer görevi de, sermaye piyasasında arzda ve talepte bulunanlarla aracılık faaliyetlerinde bulunan tüm piyasa unsurları arasında adaletli bir denge sağlayarak tasarruf sahiplerinin hak ve yararının korunmasıdır.[3] Bir suçta korunan hukuki değerlerin birden çok olabileceği doktrinde kabul edilmiştir.[4] Buna göre yukarıda bahsedildiği üzere bilgi ve belge vermeme ile denetimin engellenmesi suçlarının doğrudan ve dolaylı olarak koruduğu birden çok hukuki değer vardır.

Madde metninden de anlaşıldığı üzere kurulun denetimi belge üzerine ve yerinde denetim olarak ikiye ayrılmaktadır.[5] İki denetim çeşidine de aykırı davranmak ayrı ayrı suç oluşturmaktadır. Bilgi ve belge vermeme suçu ile denetimin engellenmesi suçu eski ve yeni kanunda aynı maddede düzenlenmiş suçlardır. Bunun nedeni korunmak istenen asıl amacın aynı olmasıdır. Kanunun 88. madde[6] çerçevesinde Kurul meslek personeli denetim ile yetkili kılınmış ve 89. maddesinde[7] ise denetimle görevlen-

---

3 Vural Günal, Sermaye Piyasası Hukuku. Ankara, SPK Yayınları, 1987, s.132.

4 Hafızoğulları/ Özen, a.g.e., s.199.

5 Günal, a.g.e., s.131-132.

6 **MADDE 88** – (1) Bu Kanun ve diğer kanunların sermaye piyasası ile ilgili hükümlerinin uygulanmasının ve her türlü sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinin denetimine meslek personeli yetkilidir. Bu yetki, Kurul Başkanı tarafından görevlendirilen meslek personeli tarafından kullanılır.

(2) Kurul, denetim faaliyetlerine ilişkin önemlilik ve öncelik ilkeleri ile risk değerlendirmelerinde dikkate alınacak ölçütleri ve uygulama esaslarını belirler. Denetim faaliyeti, önemlilik ve öncelik ilkeleri ile risk değerlendirmeleri kapsamında Kurul Başkanı tarafından oluşturulacak program uyarınca yürütülür. Kurul Başkanı, oluşturulan program dışında incelenmesini gerekli gördüğü hususlarda program dışı denetim yaptırabilir.

7 **MADDE 89** – (1) Denetim, bu Kanun kapsamındaki tüm kurum ve kuruluş ile ilgili diğer gerçek ve tüzel kişilerin bu Kanun ve ilgili diğer mevzuatın sermaye piyasasına ilişkin hükümleriyle ilgili faaliyet ve işlemlerini kapsar. Denetimle görevlendirilen personel, ilgili gerçek ve tüzel kişilerden bu Kanun ve ilgili diğer mevzuatın sermaye piyasasına ilişkin hükümleriyle ilgili görecekleri bilgi ve belgeleri istemeye, bunların vergi ile ilgili kayıtları dâhil olmak üzere tüm defter ve belgeleri ile elektronik ortamda tutulanlar dâhil tüm kayıtlar ve sair bilgi ihtiva eden vasıtaları, bilgi sistemlerini incelemeye, bunlara erişimin sağlanmasını istemeye ve bunların örneklerini almaya, işlem ve hesaplarını denetlemeye, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya, gerekli tutanakları düzenlemeye yetkilidir.

dirilenlerin gerekli bilgi ve belgeleri ilgili kişilerden talep edebilecekleri düzenlenmiştir.[8] Maddelerde düzenlenen denetim görevinin sıhhatli yürüyebilmesi için istene bilgi ve belgelerin kurul personeline sunulması gerekir. Ayrıca kurul personelinin denetim görevini yaparken engellenmemesi de gerekmektedir. Cezai müeyyide içeren 111. maddenin Kanunda yer almasıyla korunmak istenen hukuki neden sermaye piyasalarında etkili denetimin yapılabilmesidir.

Korunmak istenen hukuki değer denetimin yapılmasının sağlanmasının yanında ayrıca denetlemelerde gözetilen ve sağlanmak istenen hukuki amaç da önemlidir. O da sermaye piyasasının güven açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamaktır. Denetlemelerde Kurulun gözden uzak tutamayacak bir diğer görevi de, sermaye piyasasında arzda ve talepte bulunanlarla aracılık faaliyetlerinde bulunan tüm piyasa unsurları arasında adaletli bir denge sağlayarak tasarruf sahiplerinin hak ve yararının korunmasıdır.[9] Görüldüğü üzere bilgi ve belge vermeme ile denetimin engellenmesi suçlarının doğrudan ve dolaylı olarak koruduğu birçok hukuki değer vardır.

2.SUÇUN UNSURLARI (TİPİKLİK)

Suç teşkil eden haksızlığın temelini kanuni tipin gerçekleştirilmesi oluşturur.[10] Kanuni tipin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin tespiti tipteki unsurların tam olarak irdelenmesiyle mümkündür. Tipiklik dar ve geniş anlamda tipiklik olmak üzere ikiye ayrılır. Geniş anlamda tipiklik tüm suç tipleri için geçerli olan ve cezalandırılabilirliğin tüm koşullarını sağlayan tipikliktir. Bu çerçevede suçun maddi unsurları, hukuka aykırılık, kusur ve objektif cezalandırılabilme koşulları, şahsi cezasızlık sebepleri geniş anlamda tipiklik kavramı içine girmektedir. Dar anlamda tipiklik ise her suçta farklı özellik gösteren, suçtaki haksızlık içeriğini madde metninden anlayabildiğimiz unsurlardır. Bir suçta belirtilen maddi ve manevi unsurlar gerçekleştiği zaman suç tamamlanmıştır diyebiliriz.

(2) İlgililer, denetim ile görevlendirilenlerin birinci fıkrada sayılan isteklerini yerine getirmekle ve tutanakları imzalamakla yükümlüdürler. İmzadan imtina edilmesi hâlinde bunun sebepleri tutanakta açıkça belirtilir.

(3) Kurul Başkanının talepte bulunması ve sulh ceza hâkiminin kararı üzerine gerekli yerlerde kolluk yardımı ile arama yapılabilir. Aramada bulunan ve incelenmesine lüzum görülen defterler ve belgeler ayrıntılı bir tutanakla tespit olunur ve yerinde incelemenin mümkün olmadığı hâllerde, muhafaza altına alınarak inceleme yapanın çalıştığı yere sevk edilir.

8 Nusret Çetin/Hatice Ebru Töremiş/Zeynep Cantimur, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun Sistematik Analizi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.225.

9 Günal, a.g.e., s.132.

10 Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s.95-100.

Bilgi ve belge vermeme suçundan bahsedersek Kanunda yazılı tipikliğin gerçekleşmesi bakımından bilgi ve belge verme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi gerekir. Kanundaki tipikliğin gerçekleşmesi için kısaca bahsetmek gerekirse:

1.Bilgi belge verilmeyen kişinin yetkili merci olması gerekir. Yani bilgi ve belge isteme konusunda yetkili merci olması gereklidir. Bu da kurul ya da kurulun görevlendirdiği personeldir.

2.Denetim görevlilerinin yetki ve görevleri sınırları içerisinde talep ettikleri bilgi belge olması gerekir. Buna göre yetkili merciin yetkisi ve görevi dışında ya da bu yetkinin sınırlarını aşarak bilgi ve belge talep etmesi sonucu bu talebin yerine getirilmemesi halinde bu suç oluşmayacaktır.

3.Talepte bulunulan kişi bu yönde talepte bulunulabilecek bir kişi olması gerekir.

4.Son olarak usulüne uygun bir talebin yapılmış olması gerekir. Yani tebligatta da bir problem olmaması lazımdır. Bu madde uyarınca yapılacak tebligatlara Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır.[11]

Bu konuyla ilgili Yargıtay kararında: "sanığın kurula çağırılmasına rağmen belge ve bilgi vermekten kaçınması nedeni ile de mahkûmiyeti istenmiş olmakla atılı suçtan dolayı çağırının 2499 sayılı Yasanın 45. maddesi uyarınca tebligat yasasına uygun yapılması gerektiği cihetle çağrı belgesinin sanığa ulaşıp ulaşmadığı araştırılıp ulaştığının saptanması halinde bu suçun da oluşacağı gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırı görülmüştür.[12]" Yani yüksek mahkeme söz konusu suçtan ceza verilebilmesi için istenilen bilgi ve belgelerin hangisi olduğunu içeren yazılı tebligatı akıbetinin araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Ulaşması durumunda tipiklik gerçekleşeceğinden cezai müeyyide uygulamak mümkün olacaktır.

Denetimin engellenmesi suçu bakımından da tipikliğin gerçekleşme koşullarına kısaca bakmak gerekirse, Denetim görevlisine yapılan engellemenin suç oluşturması için:

1.Kendisine engel olunan kişinin denetim görevlisi sıfatını taşıyor olması gereklidir. Bunun için sermaye piyasası kurulunun yetkilendirmesi aranmaktadır. Yetkilendirilen kişinin de yetkilendirildiğine dair belgeyi ilgililere sunması gerekir.

---

11 Erol Ulusoy, Notlu-İçtihatlı Sermaye Piyasası Kanunu ve Seçilmiş Mevzuat, Ankara, Sermaye Piyasası. Yayınları, 2010, s.84-85.

12 Bkz. Yargıtay 7. Ceza Dairesi 1998/4945 E. 1998/6486 K. 07.07.1998 T. Numaralı kararı

2.Suç oluşması için yapılan engellemenin denetim görevlilerinin görevleri kapsamında yer alan bir işe yönelik olması gerekir. Denetim görevlisinin görevi dışında yapmak istediği bir işe engel olunması bu suçu oluşturmayacaktır.

A.Suçun Maddi Unsurları

a.Konu

Suçun konusu genel olarak üzerinde tipik hareketin meydana geldiği insan ya da şeydir.[13] Hareketin konusu ile korunan hukuki değer çokça birbirine karıştırılır. Korunan hukuki değer adından da anlaşılacağı gibi daha genel ve birçok suç tipinin korumaya çalıştığı unsurlardır. Suçun konusu ise sübjektiflik unsuru barındıran her suç için genellikle değişen suçun maddi unsurudur.

Suçun konusunun ne olduğunun tespitinde suçun kanuni tanımı önemlidir. Kanun metni ele alındığında, bilgi ve belge vermeme suçunda suçun konusu; yetkili merciler ile denetim görevlilerinin, Kanun kapsamındaki kuruluşlardan, 89. madde kapsamındaki denetim yetkisi dolayısıyla istedikleri bilgi ve belgelerdir. Belge kapsamına mikrofilm, mikro fiş şeklinde veya elektronik, manyetik veya benzeri ortamlardaki kayıtlar da girer. Bilgi ve belgeler demekle Kanun belli bir bilgiye ve belgeye işaret etmemiş bütün bilgi ve belgeleri kastetmiştir. Ancak bunun da bir sınırı vardır. Kurulun yetki sınırları içindeki bilgi ve belgeler istenilip de verilmez ise bu suç oluşur.

Denetimin engellenmesi suçunda bu Kanunla yetkilendirilen denetim görevlilerinin "Görevleri", diğer bir ifade ile görevi kapsamında yaptığı iş bu suçun konusunu oluşturur.

Doktrinde suçun konusunun hareketten etkilenme derecesine göre bir ayrıma tabi tutmak mümkündür. Bir suçun işlenmesiyle hareketin konusu ya zarara uğratılır ya da tehlikeye maruz bırakılır. Böylece suçları zarar suçları ve tehlike suçu olarak ikiye ayırabiliriz.[14] Bilgi ve belge vermeme suçu doktrinde tehlike suçu olarak geçmektedir. Konusu bakımından bir tehlikeye sebep vermesi yeterlidir ayrıca bir zararın oluşmasına gerek yoktur. Bilgi ve belgenin verilmemesiyle suç tamamlanır. Denetimin engellenmesi suçu ise bir zarar suçudur. Çünkü hareketin konusu zarara uğratılmaktadır. Burada kastedilene zarar maddi bir kayıp olarak algılanmamalıdır. Genel anlamda işlenen fiilin yol açtığı çıkar kaybı olumsuz kötü sonuç ve ziyan da zarar kavramı içine girer zaten denetimin

13 Koca/Üzülmez, a.g.e., s.108.

14 Koca/ Üzülmez, a.g.e., s.109.

engellenmesi suçunda düzenlenen cebir ve tehdit suçlarının ayrıca cezalandırılması hükmüne de bakacak olursak denetimin engellenmesi suçunun zarar suçu olduğunu anlayabiliriz.

b.**Hareket**

Kanunda düzenlenen her suçta insan hareketlerinin cezalandırıldığı bir fiil vardır. Tipe uygun haksızlığın gerçekleşmesi için suçun kanuni tanımında belirtilen şekil ve tarzda hareket ya da hareketlerin yapılması şarttır.[15] İnsan tarafından gerçekleştirilen davranış maddedeki kanuni tanıma girdiği ölçüde cezalandırılır. İnsan dışı varlıkların veya cansız varlıkların olası fiilleri de insan ile bağdaştığı ölçüde suçun unsuru olabilir. Genelde içinde ceza barındıran suçlar icrai hareketlerle işlenir. Bu bakımdan ihmali hareketlerin suç oluşturması istisnadır. Bilgi ve belge verme işi icrai bir hareket iken; Kanunda suç olarak düzenlenen bilgi ve belge vermeme suçu ihmali hareket ile işlenebilir. Doktrinde ihmali suçlar ikiye ayrılmıştır. Gerçek ihmali suçlar ve gerçek olmayan ihmali suçlar şeklindeki ayrıma göre, şayet belli bir suç tipinde icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün salt yerine getirilmemesi öngörülmüşse, bu durumda *"gerçek ihmali suçlar"* söz konusudur. Çünkü inceleme konusu bilgi ve belge vermeme suçunda, bilgi ve belge vermeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi öngörülmüştür. Bilgi ve belge istemine karşı hiçbir şey yapmayarak ya da istemi yazılı olarak reddederek suç işlenebilir. Doktrindeki ayrıma göre bilgi ve belge vermeme suçu meydana gelebilmesi için tek hareket yeterli olduğundan tek hareketli suçtur. Suçu oluşturan hareketin şekli konusunda bir özelleştirme yapılmadığı için serbest hareketli suçlar kategorisine girer.

Denetimin engellenmesi suçu denetim görevlilerinin görevlerini yapmalarına engel olma biçiminde öngörülmüştür. Engelleme eyleminin ne şekilde gerçekleşeceği hususu önemli değildir. Bundan dolayı serbest hareketli bir suç niteliğindedir. Suçun işlenmesi için tek hareket yeterli olduğu için tek hareketli suçlar kategorisindedir. Denetimin engellenmesi suçu icrai hareketlerle işlenebilir. Doktrine göre bazen ihmali hareketle de bu suç gerçekleşebilir. Örneğin denetim için gelindiğinde denetlenen şirket, şirketin kapısını açmadığı durumda suç ihmali hareketle işlenmiştir diyebiliriz.

Netice

Klasik suç teorisinde netice fiilin alt unsuru olarak düzenlenmiştir. Ancak günümüzde fiilden bağımsız olarak suçun kanuni tanımında yer alan bağımız bir unsur olarak incelenmektedir. Her hareketin dış dünyada ortaya çıkardığı bir netice vardır. Bundan dolayı suç içeren hareketlerinde bir neticesinin olmadığının düşünülmesi abesle iştigaldir. Dolayı-

15 Koca/Üzülmez, a.g.e., s.111.

sıyla neticesiz suç yoktur.[16] Ancak ceza hukuku bakımından netice suçun kanuni tanımında varsa bir unsur olarak dikkate alınacaktır. Dolayısıyla neticesiz suç yoktur anlayışı terkedilmiştir. Çağdaş ceza hukukunda neticenin ifade ettiği haksızlık üzerine kurulu suç teorisi yerine hareketin ifade ettiği haksızlığa dayalı bir suç teorisi geliştirilmiştir.[17] Hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik netice olarak adlandırılmaktadır. Anacak suçun neticeli olup olmadığı tasnif edilirken suçun kanuni tanımına bakılır ve bu şekilde bir suçun neticeli yada sırf hareket suçu olup olmadığına kanaat getirilir.

Bilgi ve belge verme yükümlülüğü yerine getirilmediğinde suç gerçekleşmiş olacağından suç, sırf hareket suçudur. Suçun kanuni tanımında baktığımızda "kayıtları hiç veya istenen şekliyle vermeyen kişi" şeklinde bir tanımlama yapılmıştır. Yani ihmali bir hareketin gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanmıştır. Yine denetimin engellenmesi suçunda, "kurul veya bu Kanuna göre görevlendirilen kişilerin görevlerini yapmalarını engelleyen kişi" denilmek suretiyle engellenmeni yapılması ile suç tamamlanmıştır. Denetimin sonrasında yapılıp yapılmadığı suçun işlenip işlenmediği bakımından sonucu değiştirmez. Suçun oluşumu bir neticeye bağlanmamıştır. Yani denetimin engellenmesi suçu da bir sırf hareket suçudur.

Bu noktada diğer bir sorun istenilen bilgilerin hangi durumda verilmemiş sayılacağı yani suçun işlenme zamanıdır. Günümüzde suiistimallerin önüne geçmek için bilgi ve belgeleri sunmak üzere belli bir süre verilmektedir. Denetlenen kurum gerekli görürse bazı durumlarda süre uzatması isteyebilmektedir. Bu durumda suç bu sürenin bitiminde işlenmiş olacaktır. Bazen de belli durumlarda süre vermeden makul bir süre içine Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi şirketin bilgi ermesi gerekmektedir. Yargıtay'ın verdiği bir karar bu konu ile alakalıdır. Şöyle ki; "Aracı kurumların şubelerini nakletmesi halinde de şube açmaları için bu maddede yer alan şartlar aranır ve eski şubeye ilişkin tescil terkin edilerek yukarıdaki tescile tabi hususlar yeni şube için uygulanır hükmünü içermekte olup, sanığın anılan gerekleri yerine getirmeden şube adresini değiştirme şeklinde gerçekleşen eyleminin yasaya aykırılık suçunu oluşturduğu gözlenmeden dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm tesisi bozulmuştur."[18] Kısaca açıklamak gerekirse Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi şirketin yeni açtığı şubenin adresini Sermaye Piyasası Kurulu'na (SPK) bildirmesi gerekmektedir. Bu durumun bilgi ve belge verme yükümlülüğüne aykırı olduğu gözetilmeden karar verilmiştir ve Yargıtay beraat kararını bozmuştur.

16 Hafızoğulları/Özen, a.g.e., s.175.

17 Koca/Üzülmez, a.g.e., s.118.

18 Bkz. Yargıtay 7. Ceza Dairesi 1998/6584 E. 1998/6891 K. 14.09.1998 T. numaralı kararı.

Fail

Suç teşkil eden fiili işleyen kişiye fail denmektedir. Bir diğer görüşe göre fail kanun metninde tipik eylemleri gerçekleştiren kişi olarak tanımlanmıştır. Belli bir gayeye yönelik hareket edebilme yetisi sadece insanlara özgü olduğundan sadece gerçek kişiler fail olabilir.[19] Ceza hukuku bakımından tüzel kişiler fail olamaz. Çünkü organlarında bulunan kişilerin hareket özgürlüğü vardır. Tüzel kişiliğin kendisinin hareket özgürlüğü yoktur. Tüzel kişiliği ilgilendiren bir suç işlendiği takdirde tüzel kişilik perdesi kaldırılarak tüzel kişiliğin cezalandırılabilir. Tüzel kişilerin işledikleri suçlarda hareketi yapmaya iten kişi ya da kişilerin sorumluluğu gündeme gelir. Bilgi ve belge vermeme suçunda da genel olarak şirketlerin bilgi ve belge vermemesi söz konusu olacağından dolayı bu suç işlendikten sonra verilecek olan ceza kişilere yüklenmektedir. Bilgi ve belgeyi Sermaye Piyasası Kuruluna vermekle görevli organ kurul yada tek kişiden oluşabilir. Kurul halinde bir çalışma varsa ve istenilen bilgi ve belgeler ibraz edilmemişse cezai sorumluluk olumsuz oy kullanan bütün kurul üyelerine aittir.

Bilgi ve belge vermeme suçunun özgü suç olup olmadığı konusunda öğretide tartışmalar vardır. Özgü suçun tanımını yapmak gerekirse; kanuni tanımında belli özelliğe sahip olanların fail olabilecekleri suçlara özgü suçlar denilmektedir[20]. Kanun metninde "tipik eylemleri gerçekleştiren kişi" ifadesi yer almıştır. Bu ifadeden hareketle bu suç Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi şirket ya da bunların görevlilerine özgü bir suç değildir. Hiç şüphe yok ki bu suçu işleyenlerin başında sayılan şirketler ve bunların görevlileri vardır. Ancak bu kişiler dışındaki kimselerden de bilgi belge istenebileceği gibi şirket denetimi dışındaki bir nedenle de, genel olarak sermaye piyasası düzeni ile ilgili bilgi ve belge talebi söz konusu olabilmektedir. Keza Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen bilgi ve belge vermeme suçunda da benzer bir tartışma yürütülmektedir.[21] Azınlıkta kalan ve özgü suç diyen gruba göre bu suç herkes tarafından işlenebilen bir suç değildir. Suçun faili, bu kanun hükümlerine uygun olarak istenen bilgi ve belgeleri vermek yükümlüğü gerçek kişiler ile tüzel kişi görevlileridir. Bilgi ve belgeyi vermek birkaç kişinin imzasını gerektirdiği hallerde imzalamayan suçun failidir.[22] Bilgi ve belge vermeme suçunun özgü suç

19 Koca/Üzülmez, a.g.e., s.104.

20 Koca/Üzülmez, a.g.e., s.104.

21 Selman Dursun, Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.239.

22 Can Şerbetçi, "Bankacılık Hukukunda Yöneticilerin Cezai Sorumlulukları", Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2014, s.60.

olmadığı görüşü daha uygundur. Çünkü bu suçun belli kişilerce işlenmesi cezalandırılsaydı; kanunda "kişiler" yerine başka kelimeler dde kullanılabilirdi. Örneğin eski Bankacılık Kanunu'nda "kişi" yerine "kurum görevlileri" kavramı kullanılmıştır.

Denetimin engellenmesi suçunda da fail, benzer şekilde tipe uygun eylemi gerçekleştiren kişidir. Buradaki engellemeyi, bilgi ve belge vermeme dışında herhangi bir yolla gerçekleştirilen herkes bu suçun faili olabilir. Bu konuda bir tartışma yoktur. Ancak bu suç tipini Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi şirket görevlisi kişi dışında işlenmesi daha düşük bir ihtimaldir. Fakat yine de kanunda yer alan hükme göre denetimin engellenmesi suçu özgü suç değildir.

c. **Mağdur**

Her suçun mutlaka bir mağduru olmalıdır. Genel olarak tanımlamak gerekirse mağdur, işlenen fiil nedeniyle haksızlığa uğramış kişidir.[23] Ceza hukuku kavramı olarak suçun konusunun ait olduğu kişileri ifade eder. Doktrinde tartışmalı olan bir konu ise mağdurun tüzel kişi olup olamayacağı konusundadır. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez'e göre suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabilir. Tüzel kişiler ancak suçtan zarar gören olabilir. Bu durum ceza muhakemesi hukukuyla yakından ilişkilidir. Mağdur, aynı zamanda suçun işlenmesinden zarar gören kişi olmakla birlikte suçtan zarar gören kişi her zaman suçun işlenmesi dolayısıyla mağdur edilen kişi olmayabilir.[24]

Söz konusu iki suçta da denetim ve gözetim yetkisi Sermaye Piyasası Kanunu m.88'e göre Sermaye Piyasası Kurulunda olacağından ve bu görüşe göre de tüzel kişi niteliğine sahip bir kurulun mağdur olması söz konusu olmayacağından Sermaye Piyasası Kurulu suçtan zarar gören durumundadır. Kurul zaten suçtan zarar gören olarak adlandırılmasa bile Sermaye Piyasası Kanunu'nun m.115/2 hükmü gereği ceza yargılamasında müdahil olabilmektedir.

Yine bu görüşten yola çıkarsak denetimin engellenmesi suçunda mağdur, Kurul tarafından denetimle yetkilendirilen kişidir. Cebir tehdit ve / veya engellemelere kurulca gönderilen kişi maruz kalmaktadır. Bilgi ve belge vermeme suçunda mağdur kurul olamayacağına göre bu konuda tam bir birlik yoktur. Denetimin engellenmesi suçu gibi düşünecek olursak bilgi isteyen kişi mağdur konumuna girmektedir. Bir diğer düşünüş ise bu bilgi ve belge vermemeden tüm sermaye piyasası kişileri ve buna

23 Bkz. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5725e379a60e75 .36659448 (01.05.2019).

24 Koca/Üzülmez, a.g.e., s.106-107.

bağlı olarak da tüm toplum etkileneceğinden bu suçun mağduru toplumu oluşturan herkestir diyebiliriz.

B. **Suçun Manevi Unsuru**

Suçun oluşabilmesi için maddi unsurların yanında manevi unsurun da sağlanması gerekir. Manevi unsur fail ile işlediği suçun arasındaki psikolojik bağlantıdır. Hukukta ceza içeren hükümler genelde kast ile işlenmektedir. Hukukumuzda taksirle de suç işlenebileceği kabul edilmiştir. Ancak bunun için taksirin madde metninde cezalandırılacağının belirtilmesi gerekir.[25] Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen suç tiplerinde manevi unsur olarak kasta yer verilmiştir. Bu açıdan tedbirsizlik, dikkatsizlik, yani taksirli davranışlarla bu suç tiplerinin ihlal edilmesi mümkün değildir.[26] Her iki suçun oluşabilmesi için TCK m.5 ve m. 21/1 gereği kastın varlığı şarttır. Suçların yer aldığı hükümlerde taksire ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Bu nedenle taksirle gerçekleştirilen bilgi ve belge vermeme suçu ile denetimin engellenmesi suçu manevi unsuru gerçekleşmediğinden suç teşkil etmez. Suçun oluşumu için genel kast yeterlidir. Amaç ve saikin sonuca etkisi yoktur. Bu açıdan failin bilgi ve belge vermeme suçu ile denetimin engellenmesi suçundaki amacı önemli değildir. Düşündüğü amaç farklı da olabilir. Ancak suç oluşumu için amaç önemli olmadığından cezalandırılır.

Öğretide suçun kanuni tanımında yer alan objektif unsurların bilinmesi ve istenmesi yeterlidir. Bilme ve isteme şeklinde birlikte bulunması gereken iki unsur söz konusudur. Bu unsurlardan biri gerçekleşmez ise suç oluşmayacaktır. Bu bağlamda failin kendisinden bilgi ve belge istenildiğini isteyen kişinin yetkili merci olduğunu bilgi ve belgelerin bu kişilerin görev ve yetkileri nedeniyle ve bu kapsamda istendiğini ve bu bilgi ve belgeleri vermesi gerektiğini bilmesi gerekir. Esas olarak bu suç doğrudan kastla işlenebilir. Ancak eksik bilgi verme bağlamında eksik kalan kısım yönüyle oluşacak bilgi ve belge vermeme suçunda olası kast söz konusu olabilir.[27]

Bu kapsamda kusur yeteneği ve kusurluluğu etkileyen nedenler her iki suçta gündeme gelebilir. Örneğin failin gerçekte denetim görevlisi olan kişinin sıfatında yanılarak görevliyi engellemesi halinde esaslı hata söz konusu olacak ve kusurluluk ortadan kalkacaktır. Aynı şekilde bilgi ve

25 Koca/Üzülmez, a.g.e., s.135.

26 Caner Yenidünya, "Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler", İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, 2012, s.89. Çevrimiçi https://hukuk.marmara.edu.tr/yayinlar/sempozyum-yayinlari/ipek-yolu-canlaniyor-turk-cin-hukuk-zirvesi/ (06.05.2016).

27 Dursun, a.g.e., s.247.

belgeyi isteyen kişinin yetkili olduğu hususunda hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır. Her iki suç da kasten işlenebildiğinden hata halinde taksirli sorumluk da gündeme gelmeyecektir.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Kasten işlenen suçlarda tipiklik unsurlarının gerçekleşmesiyle hukuka aykırılık var kabul edilir. Bu bir karinedir. Hukuka uygunluk nedenleri ile bu karinenin aksi ispat edilmemesi gereklidir. Aksi ispat edilmesi halinde eylem hukuka uygundur ve yargılamanın sonucunda verilecek karar beraat olacaktır.

Bilgi ve belgenin istenmesi şeklinde usulüne uygun bir talebin yapılması sonucu bu talebin yerine getirilmemesi halinde, yani tipe uygun bir eylemin gerçekleşmesi halinde karine olarak hukuka aykırılık unsuru oluşmuştur. TCK'da bir takım genel hukuka uygunluk nedenleri sayılmıştır. Bu nedenler somut olaya uygun olduğu sürece geçerliliğini bu suçlar bakımından da devam ettirmektedir.

Bilgi ve belge vermeme suçunda özellik arz eden hukuka uygunluk nedenlerinden bir hakkın kullanılması başlığı altında değerlendirebileceğimiz susma hakkı kavramıdır. Susma hakkı Anayasanın 38. maddesinin 5.fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre hiç kimse kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya zorlanamaz. Öncelikle belirtmek gerekir ki bilgi ve belgenin verilmemesinin bir cezaya bağlanması zorlama olarak görülebilir. Susma hakkı ceza hukuku kapsamında da bir müdafaa aracıdır. Sanık cevap vermeye mecbur edilemez. Sanığın cevap vermesi zorunlu tutulması halinde bunun müeyyidesi olarak işkence yoluna başvurulabilecektir. Bu durum da hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Adli makamlar önünde bu yetkiye sahip olan kişinin idari makamlar önünde sahip olmaması çelişki yaratmaktadır. Bu nedenle kendisinden bilgi ve belge istenilen kimse istenilen bilgi ve belgeyi verdiği takdirde, kendisinin veya kanunda gösterilen yakınlarının suçlanabileceği gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Bazı kurumların kanunlarında bilgi ve belge istemeye ilişkin hükümlerde[28] susma hakkının saklı olduğu işlenmiştir.[29] İlgililerin kurul denetimleri sırasında susma hakkının varlığını kabul etmek cezai müeyyide içeren maddeyi hükümsüz hale getirir. Bu durumda susma hakkının kullanılması denetimlerin güçleşeceği gerekçesiyle eleştirilebilir.[30] Ancak Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen 89/3 maddesi bu eleştirileri bir nebze de olsa azaltabilir. Bu maddeye göre: "Kurul Başkanının talepte bulunması ve sulh ceza hâkimi-

28 Bkz. Mülga Bankacılık Kanunu m.95, 96, 123.

29 Dursun, a.g.e., s.245.

30 Melikşah Yasin, Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s.201.

nin kararı üzerine gerekli yerlerde kolluk yardımı ile arama yapılabilir. Aramada bulunan ve incelenmesine lüzum görülen defterler ve belgeler ayrıntılı bir tutanakla tespit olunur ve yerinde incelemenin mümkün olmadığı hâllerde, muhafaza altına alınarak inceleme yapanın çalıştığı yere sevk edilir." Görüldüğü üzere Kanun denetim görevlilerince istenecek belgelerin verilmemesi halinde kurula imkan tanımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 1993 yılında verdiği bir kararında sözleşmenin 6. maddesinin susma hakkını zımnen garanti altına aldığını kabul etmiştir.[31]

Bundan başka istenen bilgilerin sır ya da gizli olması durumunda bir ayrım yapmak gerekir. Eğer verilmek istenmeyen bilgi veya belge özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamına girmiyorsa Kurula gizli ve sır da olsa bu bilgilerin verilmesi Kanunun 90. maddesi[32] gereği zorunludur. Eğer verilmesi istenen bilgi veya belgeler aile ve özel hayata saygı gösterilmesini isteme kapsamına giriyorsa, Anayasanın 20. maddesinin 1.fıkrasına göre istenilen bilgiyi vermek zorunda değildir. Vermediği takdirde hukuka uygunluk sebebi oluşmuştur. Bu aynı zamanda Anayasal bir hakkın kullanılması çerçevesinde sayılır ve normlar hiyerarşisine göre Anayasanın koruduğu değere itibar edilir.

Denetimin engellenmesi suçunda Kanunda bu suçla ilgili özel bir hukuka uygunluk nedeni belirtilmemiştir. Genel hukuka uygunluk nedenleri koşulları oluştuğu sürece bu suça da uygulanabilecektir.

Her iki suç bakımından da yetkili merciin emrini yerine getirme hukuka uygunluk nedenleri koşulları oluştuğunda kamu kurum ve kuruluşları görevlileri açısından uygulama alanı bulabilecektir. İstenen bilgi ve belge verilmemesinin ardından belgeyi isteyenin isteminden vazgeçmesi ise, hukuka uygunluk nedenlerinden, rıza kapsamında değerlendirilebilir. Meşru savunma ve zorunluluk halinin bu suç bakımından uygulama alanı yoktur.[33]

3. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Sermaye Piyasası Kanunu özel kanun niteliğinde olduğu için genel hükümler bakımından TCK'nın hükümleri geçerlidir. 5237 sayılı TCK'nın 35. Maddesinde suça teşebbüse yer verilmiştir. TCK'nın konuya ilişkin

31 Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları John Murray v. Birleşik Krallık (08.02.1996).

32 **MADDE 90 – (1)** 89 uncu maddenin birinci ve ikinci fıkraları çerçevesinde kendilerinden bilgi istenilen gerçek ve tüzel kişiler, bu Kanun ve özel kanunlardaki gizlilik ve sır saklama hükümlerini ileri sürerek bilgi vermekten imtina edemezler.

33 Şerbetçi, a.g.e., s.63,65.

35. Maddesinde teşebbüs, "kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması" şeklinde tanımlanmıştır. Bilgi ve belge vermeme suçu daha önceden de değinildiği gibi gerçek ihmali bir suçtur. İhmali suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Alman hukukunda gerçek ihmali suçlara teşebbüs mümkün değildir. Ancak maddede Kanunun açıkça öngördüğü hallerde bu tür suçlarda da teşebbüsün cezalandırılması mümkündür. Keza Türk hukukunda da durum böyledir.[34] Bu görüşe aykırı görüşler de vardır. Örneğin yetkili merciin belli süre içinde vermesini istediği belgelerin söz konusu süre bitiminden önce imha edilmek üzere belli bir yere gönderilirken ele geçirilmesi durumda teşebbüs mümkündür. Bu durumda ceza verilirken teşebbüsten ceza verilmesi gerekmektedir.

Teşebbüs suçun tamamlanmamasını gerektirir. Sırf hareket suçlarında Kanunda gösterilen hareketin yapılmasıyla suç tamamlandığı için sırf hareket suçlarına teşebbüsün mümkün olup olmadığı doktrinde tartışılmaktadır. Denetimin engellenmesi suçu da sırf hareket suçudur ve engelleme hareketinin yapılmasıyla sonuç gerçekleşmiş olacağından kural olarak teşebbüse elverişli değildir. Ancak bazı görüşlere göre yapılan engelleme belli zaman süresi içinde hazırlanıyorsa buna teşebbüs mümkündür. Yani suç tipi ister sırf hareket isterse neticeli suç olsun, somut olayda işlenmesi kast edilen suçun icra hareketlerinin tamamlanıp tamamlanmadığının objektif ölçütten hareketle belirlenmesi gerekir.[35]

B. İştirak

Suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde iştirak gündeme gelebilir. Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen bilgi ve belge vermeme ile denetimin engellenmesi suçlarının oluşabilmesi için tek bir fail yeterlidir. Yani bu suçlara iştirak etmek zorunlu olmamakla birlikte mümkündür. Suça iştirak TCK'nın 37, 38, 39, 40 ve 41. maddelerinde düzenlenmiştir. Suça iştirakin söz konusu olması için birden çok failin suça katılımı, suçun en az teşebbüs şeklinde aşamasında kalmış olması, iştirak iradesinin sağlanması ve her iştirak edenin suçun işlenmesinde katkısı olması gerekir. Örnekler üzerinden gitmek gerekirse bilgi ve belge vermeme suçu için, tüzel kişilerde özellikle gizli bir bilgiyi vermek için tüzel kişinin bu konuda yetkilendirilmiş karar organının oy birliği ya da oy çokluğu ile karar alması gerekebilir. Bu durumda istenilen bilginin verilmemesi şeklinde karar alınması halinde, bilgi ve belge vermeme suçu,

34 Koca/Üzülmez, a.g.e., s.410-411.

35 Koca/Üzülmez, a.g.e., s.409.

bütün koşulları varsa, müşterek faillik gerçekleşmiş olacaktır. Çünkü müşterek faillik için birden fazla kişinin birlikte suç işleme kararına bağlı olarak suçun icra hareketlerini gerçekleştirip suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurma hali gerçekleşmiştir.

Bir başka durumda, bir kamu tüzel kişiliğinde, memurun amirin emri nedeniyle bilgi ve belge vermemesi olasılığında emrin konusu suç teşkil ettiğinde emri yerine getiren fail, amir de ancak emri yerine getirende bilgi ve belge vermeme konusunda hiçbir düşünce olmaması koşuluyla azmettiren sıfatıyla sorumlu olabilecektir.

Denetimin engellenmesi suçu iştirak halinde de işlenebilir. Örneğin denetlemeye gelen kurulun yetkili kıldığı kişiler şirket görevlilerinin birlikte suç işleme kararı ile şirkete sokulmaz veya denetim görevlilerinin görevlerini yapmasını geciktirici veya imkansız hale getirici eylemlerde bulunabilirler. Bu durumda iştirak hükümleri uygulanır.

İçtima

Ceza hukukunda ana kural olarak kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır kuralı kabul edilir. Bilgi ve belge vermeme suçunda asıl olarak uygulanan gerçek içtimadır. Ancak belli durumlarda zincirleme suç mümkündür. Örneğin aynı merciin, farklı bilgi ve belge isteme taleplerinin, bir suç işleme kararı çerçevesinde yerine getirilmemesi halinde bilgi ve belge vermeme suçları birleşerek zincirleme suç biçiminde görünürler. Bu durumda birden fazla tebligat ile faklı bilgi ve belgeler istenmelidir. Zincirleme suçun tanımına bakacak olursak bir suç işleme kararı çerçevesinde aynı suçun aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi şartları aranmaktadır. Bu durumdaki suç işleme kararı bilgi ve belgeleri paylaşmamaktır. Diğer şartlarda sağlandığından dolayı zincirleme suç hükümlerine göre karar verilebilir. Fakat tek bir taleple (tebligat ile) birden fazla bilgi ve belgenin istenmiş olması durumunda, verilmeyen bilgi ve belge sayısınca suç söz konusu olmaz. Dolayısıyla zincirleme suç bu durumda oluşmaz. Tek suçtan ceza verilir.

Denetim görevlilerine engel olma suçu bilgi ve belge vermeme suçu ile birleşebilir. Denetim görevlilerine istedikleri bilgi ve belgeleri vermemek aynı zamanda denetimin engellenmesi suçuna vücut verecektir. Burada asli norm – yardımcı norm ayrımı yapılması gerekir. Çünkü denetim görevlilerine bilgi ve belge vermeme zorunlu olarak denetimi engelleme suçunu da gündeme getirecektir. Bu durumda denetim görevlilerine engel olma suçu yardımcı norm olacağından, fail sadece bilgi ve belge vermeme suçundan sorumlu olacaktır.

İnceleme konusu suçlar iki farklı suç olarak düzenlendiklerinden bir denetim görevlisinin istediği bilgi ve belgenin verilmemesi ve daha sonra diğer bir şekilde görevini yapmasının engellenmesi halinde aynı suç işleme kararı olsa bile suç tipleri farklı olduğundan zincirleme suç değil iki ayrı suç işlenmiş olacaktır.

Denetimi engelleme suçunda bu suç başka suçlarla da bir arada işlenebilir. Bu halde de fikri içtima söz konusu olabilir. Fail bir hareketi birden fazla kanun hükmüne göre suç olabilir bu durumda farklı nevi den fikri içtima kurallarına göre yüksek ceza gerektiren suçtan sorumlu olunur. Ancak Sermaye Piyasası Kanunu'nun 111.maddesinin ikinci fıkrası incelendiğinde cebir ve tehdit ile denetimin engellenmesi halinde fail ayrıca bu suçlardan dolayı da ceza alabilecektir. Yani bu durumda Kanun gerçek içtima uygulanmasını hüküm altına almıştır.

4.YAPTIRIM

Yaptırım ile ilgili açıklamalara geçmeden önce Sermaye Piyasası Kanunu madde 115'de[36] düzenlenen ve doktrinde niteliği tartışılan yazılı başvuru usulünden bahsetmek gerekmektedir. Bilindiği üzere sermaye piyasası özel hukuk karakteri ağır basan hukuk dalıdır. Kanun koyucu sermaye piyasalarının taşıdığı önem ve suçların teknik olması sebebiyle özel muhakeme kurallarına yer vermiştir. Sermaye piyasası suçları bakımından yazılı başvuru koşulunun getirilmesinin sebebi olarak ise piyasaya olan güveni korunmasını sayabiliriz. Yargılamanın sonunda beraat kararı verilmiş olsa bile konunun adliyeye yansıması güven ortamını sarsıcı nitelikte bir olaydır.[37] Öğretide Kanunda geçen muhakeme şartının niteliği tartışılmıştır. Yazılı başvuru şartını diğer muhakeme şartları ile karşılaştırarak bir çözüme ulaşılması mümkündür. Yazılı başvuru "Şikâ-

36 **MADDE 115** – (1) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir.

(2) Başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneği Kurula tebliğ edilir ve Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır.

(3) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada Cumhuriyet savcısı, Kurul meslek personelinden yararlanabilir. Bu suçlardan dolayı şüpheli veya tanık sıfatıyla kişilerin ifadesinin alınması sırasında Kurul meslek personelinin de hazır bulunması sağlanabilir.

(4) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada kovuşturmaya yer olmadığı kararının verilmesi hâlinde, Kurul bu karara karşı itiraza yetkilidir.

(5) 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8 inci maddesi, 109 uncu maddede yer alan suçlar bakımından da uygulanır.

37 Selman Dursun, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 147-148.

yet" olarak kabul edilmemiştir. Zira şikâyette bulunma hakkı asıl olarak mağdura, bazı hallerde suçtan zarar görene aittir. Şikâyet hakkı bağlamında ise suçtan zarar gören kavramının dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir.[38] Yine şikayete bağlı suçlarda "şikayete bağlı olmak üzere" "şikayet üzerine" ve benzeri ifadeler geçmektedir. Söz konusu 115. Madde incelendiğinde kanun koyucu kasıtlı olarak "şikayet" terimini kullanmamıştır.

Savcılığın harekete geçip belli birimlerden bir suçun soruşturulması için yetki alması durumu sermaye piyasası suçlarında aranmadığından yazılı başvuru izin olarak değerlendirilemez.[39] Yine savcılık makamından soruşturma yapılmasıyla ilgili bir istek gelmediğinden ve yazılı başvuru neticesinde savcılık makamı iddianame düzenlemeye mecbur olmadığından bu şartın "talep" olarak nitelendirilemeyeceğine karar verilmiştir. Son olarak bu başvuru şartı "karar" muhakeme şartıyla da örtüşmemektedir.[40]

Doktrinde bir diğer tartışma konusu bu başvuru şartının "müracaat" olup olmadığıdır. Müracaat, belli suçlarda savcılık mecbur bırakılmayacak şekilde, belirli makamlar aracılığıyla yaptığı şikayetlerdir. Kurulun başvurusu da savcılığı dava açmak zorunda bırakmayan bir şikayet olduğundan, burada başvurunun yargılama koşullarından müracaat koşulu olduğu kabul görmektedir.[41] Yazılı başvuruyu müracaat olarak kabul etmenin sonuçları ise şu şekildedir: Kurum, Fon veya Kurul'un yazılı başvuru üzerine savcılık maddi gerçeği araştıracak ve fakat kamu davasının açılmasına gerek görmez ise iddianame düzenlemeyip kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilecektir.[42] Ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu'nda şikayetteki gibi bir süreden bahsedilmemiştir. Dava zamanaşımı süresince yazılı başvuruda bulunulabilir. Yine şikayetten farklı olarak bu başvurunun geri alınması ya da bu başvurudan feragat edilemez. Savcılık herhangi bir şekilde Sermaye Piyasası Kanunu'na aykırı fiilleri işlenmesini öğrenmeleri halinde dahi doğrudan araştırma yapamazlar ve dava açamazlar. Kurulu bilgilendirmeleri gerekmekte ve yazılı başvuru olduğu takdirde araştırmalara devam etmek durumundadırlar. Suçun niteliğinin değişmesi sonucu mahkeme safhasında, suçun Sermaye Piyasası Kanunu'na giren suç olması anlaşıldığı takdirde yazılı başvuru gelene kadar mahkemece durma kararı verilmesi gerekmektedir.

---

38 Erdi Yetkin, "Bankacılık ve Sermaye Piyasası Suçlarına İlişkin Muhakeme Kuralları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Sa. 3, 2015, s.407.

39 Koca/Üzülmez, a.g.e., s.365.

40 Koca/Üzülmez, a.g.e., s.365; Yetkin, a.g.m., s.408.

41 Yasin, a.g.m.,s.206.

42 Yetkin, a.g.m., s.409.

Kurulun, savcılığın bildirimi üzerine yapacağı araştırma sonucunda, suç unsuruna rastlanmadığının bildirilmesi halinde savcı dava açarsa bu durumda, kurulun başvurusu olmadığından dolayı dava açılmaması gerekir. Yargıtay da aynı görüştedir. Yargıtay kararında "... *Sermaye Piyasası Kanunu'nda yazılı suçlardan dolayı kovuşturma yapılması Kurul tarafından suç duyurusunda bulunulmasına bağlı olup, Sermaye Piyasası Kurulunun yazılı başvurusu olmaksızın açılan kamu davasına devamla yazılı şekilde karar verilmesinin yasaya aykırı olduğu...*"[43] ifade edilmiştir.

Yazılı başvurunun müracaat muhakeme şartı olduğu konusu da doktrinde bazı yazarlarca kabul edilmemektedir. Çünkü 5237 sayılı TCK'da müracaat şartına yer verilmediği belirtilmektedir. Ayrıca yazılı başvuru şartı müracaat şartı ile birebir örtüşmediğini belirtmektedirler. Bu yazarlara göre yazılı başvuru şartı kendine özgü yapısı olan (sui generis) bir muhakeme şartıdır.[44]

Kanunun 115/2 maddesinde davaya katılma müessesesini düzenlemektedir. Buna göre iddianamenin kabulü ile kamu davası açılması anında Kurul da herhangi bir başvuru yapmaksızın katılan sıfatını kazanır. Böylece mahkeme kararı aranmaksızın Kurul katılan sıfatını kazanacaktır.

Mülga Sermaye Piyasası Kanunu iki suç tipi için de hapis cezasının yanında adli para cezası da öngörmüştür. Yeni kanun düzenlemesinde adli para cezası yaptırımından vazgeçilmiş sadece hapis cezası yaptırımı düzenlenmiştir. Düzenlenen hapis cezaları bilgi ve belge vermeme suçunda 1 yıldan 3 yıla kadarken denetimin engellenmesi suçunda daha az ceza verilmesi uygun görülmüş ve yaptırım 6 aydan 2 yıla hapis cezası şeklinde düzenlenmiştir. Kanunda süreli hapis cezalarından bir yıl veya daha az süreli cezalar kısa süreli hapis cezası olarak tanımlanmıştır. Bu hapis cezaları seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Ayrıca cezanın infazının ertelenmesi Kanun gereği iki yıl ya da daha az süreli hapis cezası verildiği takdirde gündeme gelecektir. İnceleme konusu suçların her ikisi de şartlar sağlandığında seçenek yaptırımlara ya da ertelemeye konu olabilir.

43 Bkz. Yargıtay 7. CD. 1995/12806 E. 1995/13745 K. 24.10.1995 T. Numaralı kararı

44 Sinan Bayındır, "Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. Maddesinde Yer Verilen "Yazılı Başvuru Şartı"nın Hukuki Mahiyetine ve Sonuçlarına İlişkin Bir Değerlendirme", TBB Dergisi, S. 93, 2011, s.224.

KAYNAKÇA

- Bayındır, Sinan, "Sermaye Piyasası Kanunu'nun 49. Maddesinde Yer Verilen "Yazılı Başvuru Şartının" Hukuki Mahiyetine ve Sonuçlarına İlişkin Bir Değerlendirme", *TBB Dergisi*, sa. 93, 2011, (sf.215-238).
- Çetin, Nusret/ Hatice Ebru Töremiş / Zeynep Cantimur, *6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun Sistematik Analizi,* Ankara, Yetkin Yayınları,2014.
- Dursun, Selman, *Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar,* Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Dursun, Selman, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar*, İstanbul, XII Levha, 2010.
- Günal, Vural, *Sermaye Piyasası Hukuku*, 2.Baskı, Ankara, SPK Yayınları, 1987.
- Hafızoğulları, Zeki / Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara, USA Yayıncılık, 2015.
- İçel, Kayıhan / Füsun Sokullu- Akıncı / İzzet Özgenç / Adem Sözüer / Fatih Selami Mahmutoğlu / Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, 3.Bası, İstanbul, Beta 2004.
- Koca, Mahmut / İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**,** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Şerbetçi, Can, "Bankacılık Hukukunda Yöneticilerin Cezai Sorumlulukları", Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek *Lisans Tezi*, Mersin, 2014.
- Ulusoy, Erol, *Notlu-İçtihatlı Sermaye Piyasası Kanunu ve Seçilmiş Mevzuat*, Ankara, Sermaye Piyasası Yayınları, 2010.
- Yasin, Melikşah, *Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Yenidünya, Caner, "Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler", İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Yayınları, 2012 (sf.85-96). (Bkz.https://hukuk.marmara.edu.tr/yayinlar/sempozyum-yayinlari/ipek-yolu-canlaniyor-turk-cin-hukuk-zirvesi/) (06.05.2016)
- Yetkin, Erdi, "Bankacılık Ve Sermaye Piyasası Suçlarına İlişkin Muhakeme Kuralları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. XIX, Sa. 3, 2015, (sf. 403-434).

SERMAYE PİYASASI KANUNU VE İKİNCİL MEVZUAT IŞIĞINDA HALKA AÇIK ORTAKLIKLARIN BİRLEŞMESİ

Av. Aylin BELİR

GİRİŞ

Halka açık ortaklık; Sermaye Piyasası Kanunu ("SerPKn") m. 3/f.1/e bendi uyarınca payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklardır. Bunun yanı sıra SerPKn'nun 16.maddesinde belirtildiği üzere, payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılmaktadır. Sermaye Piyasası Kanunu çerçevesinde birtakım ilkeler konulmakla birlikte, birleşme ve bölünme ortaklığın önemli faaliyetleri arasında düzenlenerek Sermaye Piyasası Kurumu'na ("SPK") bu işlemlerle ilgili düzenleme yapma yetkisi verilmiştir.[1]

Sermaye Piyasası Kanunu'nda birleşme ve bölünme işlemleri ile ilgili ana hatları ile belirlemeler bulunmasına rağmen, usul ve esaslara ilişkin düzenlemeler II.23.1 sayılı Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliğ ("Önemli İşlemler Tebliğ") ve II.23.2 sayılı Birleşme ve Bölünme Tebliği'nde ("Birleşme Tebliği") yapılmıştır. Bu tebliğlerde yer alan hükümler, bazı noktalarda Türk Ticaret Kanunu'nu açıklayıcı, bazı noktalarda Türk Ticaret Kanunu'ndan sapan ifadeler içermektedir.[2] Birleşme Tebliğ'inde, SerPKn'nun 23.maddesi ve 130.maddesinin 3.fıkrasına dayanılarak hazırlandığı belirtilmiş olsa da, doktrinde gerçekten dayanak oluşturmadığı da savunulmaktadır.[3] Önemli İşlemler Tebliğ'inde özellikli olarak, pay sahiplerinin ayrılma hakkına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca pay alım teklifi zorunluluğunun doğduğu hallerde ise, II.26.1 sayılı Pay Alım Teklifi Tebliği dikkate alınacaktır.

---

1 TURANLI, Hüsnü, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, Orion Kitabevi, Ankara, 2014, s. 205.

2 KOCAER, Şenol, Şirket Yeniden Yapılandırmaları, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 201.

3 POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 139.

Birleşme Tebliğ hükümleri incelendiğinde; 4. maddede söz konusu düzenlemeye özgü tanımlara (finansal raporlar, finansal tablolar, iştirak modeliyle kısmi bölünme vb.), 5. madde ile 8. madde arasında hem birleşmeye hem bölünmeye ilişkin ortak usul ve esaslara, 9. madde ile 13. madde arasında birleşmeye özgü usul ve esaslara, 14. madde ile 19. madde arasında bölünmeye özgü usul ve esaslara ve ekler bölümünde ise birleşme ve bölünme işlemlerinde SPK'ya gerçekleştirilecek başvurular kapsamında yol gösterici nitelikte gerekli bilgi ve belgelere yer verildiği görülecektir. Öte yandan, birleşme ve bölünme türlerine, yönetim organlarının aldığı karar ve nisaplara ve alacaklıların ve işçilerin korunması bakımından hükümler büyük ölçüde Türk Ticaret Kanunu ile parallelik göstermektedir. Ancak Türk Ticaret Kanunu'ndaki prosedürlere ek olarak; halka açık ortaklıkların birleşme ve bölünme işlemlerinde duyuru metninin hazırlanması, birleşme ve bölünmeye esas alınacak finansal tabloların hazırlanması, uzman kuruluş görüşünün alınması, kamunun aydınlatılması olmak üzere birtakım hazırlıkların yapılması gerekmektedir. Gerek Türk Ticaret Kanunu gerek Sermaye Piyasası Kanunu ve ikincil mevzuat değerlendirildiğinde; kamuyu aydınlatma, pay sahiplerinin korunması, intifa senedi sahiplerinin korunması, denkleştirme akçesi, ayrılma akçesi ile ayrılma hakkının öngörülmesi birleşme işlemleri kapsamındaki temel ilkeler olarak ifade edilebilir.

Halka açık şirket hissedarlarının menfaatlerinin korunması ve birleşme sürecinin güvenilir ve şeffaf şekilde yürütülebilmesi amacıyla birleşmeye taraf halka kapalı şirketlere de Birleşme Tebliğ hükümleri kıyasen uygulanacaktır.[4] Örnek vermek gerekirse; birleşmeye esas alınan finansal tabloların özel beğımsız denetimden geçirilmiş olması ve uzman kuruluş görüşünün alınması gibi hazırlıkların yapılması halka kapalı şirketlerden de beklenecektir.

Halka açık bir ortaklığın, halka açık olmayan bir anonim şirketle gerek devrolan gerek devralan sıfatıyla birleşmesi sonucunda, halka açık olmayan şirket herhangi bir halka arz işlemi gerçekleştirmeden, halka açılması sonucu doğacaktır.[5]

Bu çalışma kapsamında halka açık ortaklıkların birleşmesine ilişkin işlemler ve özellikli durumlar ele alınacaktır.

---

4 OKUTAN NILSSON, Gül, Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 170.

5 OKUTAN NILSSON, s. 169.

I. Halka Açık Şirketlerin Birleşmesine İlişkin İşlemler

A. Genel olarak Birleşme İşlemleri

1. Yönetim Organının Karar Alması

Birleşme süreci genellikle tarafların birleşmeye ilişkin görüşmeleri ile başlamaktadır. Bu süreçte niyet mektubu ve gizlilik anlaşmalarının yapılması ile uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Devralınacak şirket ile ilgili pek çok bilginin elde edilmesi amacıyla "due diligence" çalışması gerçekleştirilmektedir. Söz konusu çalışmanın ve müzakerelerin tamamamlanması akabinde birleşme işlemlerine karar verilmesi halinde, mevzuatta öngörülen çalışmalara başlanacaktır. Grup içi şirketler arasında gerçekleştirilen birleşmeler ise elbette bu prensibe istisna oluşturacaktır.[6]

Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre yönetim organının birleşme işlemlerine başlanması için ön karar alması gerekmemektedir.[7] Ancak halka açık ortaklıklarda Birleşme Tebliği ile yönetim organının ön karar alması zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu prensip birleşmeye katılan tüm taraflar için de geçerli olduğundan, halka kapalı şirketler tarafından da başlangıç kararı alınması gerekecektir.

Yönetim kurulunun birleşme hazırlıklarına başlamaya karar verme yetkisini devretmesinin mümkün olup olmadığı meselesi incelendiğinde, söz konusu yetkinin devredilemeyeceği söylenebilir. TTK m. 375'de yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri sayılmıştır. TTK m. 367'de ise yönetimin devri serbestisi imkanı tanınmış olup, ancak TTK m. 375'de sayılan hallerde devir yasağı getirilmiştir. TTK m. 375'de açıkça ifade edildiği üzere, şirketin üst düzeyde yönetimi ile bunlarla ilgili talimatların verilmesi yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri arasındadır. Birleşme işlemi ise şirketin işletme örgütlenmesini, temel faaliyet düzenini ve devamlılığını en üst düzeyde ilgilendiren ve bunu kalıcı biçimde değiştirmeye yönelen işlem olarak şirketin üst düzeyde yönetim kavramına dahil kabul edilmelidir. Birleşmeye hazırlık işlemleri de yönetim kurulunun üst düzey yönetim işlevi olarak kabul edileceğinden, yönetim kurulu işbu yetkisini devredemez.[8]

Yönetim organı; birleşme ile ilgili ön çalışmaların yapılmasına, gerekli yasal izinlerin alınması için başvuruların yapılmasına, birleşmeye esas

6 OKUTAN NILSSON, s. 171.

7 Birleşme işleminin niteliği değerlendirildiğinde, başlangıç aşamasında da yönetim kurulu karar alınmalıdır.

8 YÜKSEL, Sinan H. , "Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Halka Açık Anonim Ortaklıkların Devralma Şeklinde Birleşmesi", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s. 220.

alınan bağımsız denetimden geçmiş finansal tabloların, uzman kuruluş raporunun ve taslak birleşme sözleşmesinin hazırlanmasına karar vermektedir.[9] Birleşme sözleşmesinde alınan başlama kararının tarih ve numarasına yer verilecektir.

O halde yönetim organı işlemlere başlanmasına ilişkin kararı alması akabinde; uzman kuruluş görüşünün alınması, birleşme sözleşmesinin ve birleşme raporunun hazırlanması, birleşme işlemine ilişkin duyuru metninin onaylanması için SPK'ya başvurunun yapılması gibi işlemler gerçekleştirilecektir.[10]

Belirtmek gerekir ki, Birleşme Tebliği hükümleri çerçevesinde birleşme işlemlerine başlanmasına ilişkin alınan yönetim organı kararının kamuya duyurulması zorunludur.

2. Birleşmeye Esas Alınan Finansal Tablolar

Birleşme işlemlerine esas alınacak finansal tablolar; dipnotlarıyla birlikte finansal durum tablosu, kapsamlı gelir tablosu, nakit akış tablosu ve özkaynak değişim tablosunu kapsamaktadır. Birleşme Tebliği ile bilanço yerine finansal tablo terminolojisinin seçilmesinin nedeni işlevseldir. Zira bilanço da kamuyu aydınlatmanın bir aracı olmakla beraber, içeriği sınırlıdır. Buna karşılık, halka açık anonim ortaklıkların kamuyu aydınlatma yoluyla koruması gereken menfaat sahipleri kapalı anonim ortaklıklara nazaran daha fazla sayıdadır.[11]

Finansal tablolarda yer alan veriler, birleşme sözleşmesinin hazırlanması, değişim oranının hesaplanması ve hissedarların birleşme konusunda karar verebilmesi bakımından önem taşımaktadır.[12]

Finansal tabloların SPK'nın muhasebe standartlarına göre hazırlanması gerekmekte olup, özel bağımsız denetimden geçmesi gerekmektedir. Birleşmeye esas finansal tabloların SPK düzenlemeleri uyarınca bağımsız denetiminin yapılmış olması halinde, özel bağımsız denetim aranmamaktadır. Buna göre, birleşmenin yıl sonu finansal tablolar esas alınarak gerçekleştirilmesi halinde özel bağımsız denetim yaptırılmasına gerek yoktur. Elbette bu durum, yıllık finansal tabloları üzerinde bağımsız denetim yaptırmakla yükümlü ortaklıklar açısından geçerlidir. Pay senetleri borsada veya teşkilatlanmış piyasalarda işlem gören ortaklıklar ile bu nitelikte olmamakla birlikte SerPKn'na tabi anonim ortaklıklar bu kapsam-

9 OKUTAN NILSSON, s. 171.

10 KOCAER, s. 203.

11 YÜKSEL, s. 224.

12 OKUTAN NILSSON, s. 171.

dadır.[13] Ancak SPK birleşmeye katılan ortaklıklardan bağımsız denetim raporu da istemeye yetkilidir.[14] Söz konusu prensipler birleşmeye katılan tüm taraflar için, bir başka deyişle birleşmeye katılan halka kapalı şirketler için dahi aranmaktadır. Finansal tabloların şeffaflık ve kamunun aydınlatılması ile ilgisi, birleşme sonrasında ortaya çıkan durumun sermaye piyasası ve aktörlerini etkileyen yönü ile işlem güvenliği açısından finansal tabloların bir örnek olması gerekliliği dikkate alındığında, SPK'nın bu türden birleşmelerde, halka kapalı ortaklığa da kendi yükümlülüğünü getirmesinde yasaya aykırılık görmemek gerekmektedir.[15] Öte yandan, ara dönem finansal tablolar üzerinden birleşilmesi söz konusu ise, özel bağımsız denetim yapılmalıdır.[16]

Birleşme işlemine taraf şirketlerden konsolide finansal tablo düzenlemekle yükümlü olanların konsolide, diğerlerinin solo finansal tablolarını birleşme işlemlerine esas alması zorunludur.

Bağımsız denetçi, finansal raporlama standartlarına uygun olarak finansal tabloların tüm yönleriyle gerçeği dürüst bir şekilde yansıtıp yansıtmadığı hakkında görüş vermek zorundadır.[17] Bağımsız denetim raporunun çeşitli şekillerde verilmesi mümkündür. Bağımsız denetim sonucu olumsuz görüş verilmesi veya görüş vermekten çekinilmesi halinde, söz konusu finansal tablolar birleşme işlemlerine esas alınamayacaktır. Bağımsız denetim sonucu olumlu görüş verilmesine rağmen SPK tarafından değişim oranını etkileyen veya bağımsız denetim raporunda şartlı görüş verilen ve değişim oranını etkileyecek hususların tespiti halinde, finansal tabloların ve bağımsız denetim raporunun yeniden düzenlenerek SPK'ya sunulması gerekmektedir.

Birleşme işlemine esas alınan finansal tablolar birleşme sözleşmesinde belirtilecektir.

Birleşmenin önemli konulardan biri de birleşmeye esas alınan finansal tabloların tarihidir. Genel kurul toplantısının yıl içinde yapılacağı zamana göre *yıllık* veya *ara dönem* finansal tabloların esas alınması gerekmektedir.[18] Birleşmenin onaylanacağı genel kurul toplantısı hesap döneminin bitimini izleyen dördüncü ayın başı ile sekizinci ayın sonu arasında gerçekleştirilirse, *son yıllık bilançonun* esas alınması mümkündür. Ge-

13 YÜKSEL, s. 346.
14 KOCAER, s. 205.
15 YÜKSEL, s. 233.
16 YÜKSEL, s. 346.
17 YÜKSEL, s. 347.
18 KOCAER, s. 204.

nel kurul belirtilen tarih aralıkları içerisinde gerçekleştirilmiyorsa, genel kurul tarihi ile finansal tablo tarihi arasında altı aydan fazla zaman bulunmayacak şekilde *ara dönem finansal tablolar* esas alınacaktır. Dolayısıyla, genel kurul toplantısı hesap döneminin ilk üç ayı veya son dört ayı içerisinde gerçekleştiriliyorsa, ara dönem finansal tablolar dikkate alınacaktır. Ancak ara dönem finansal tabloların en az altı aylık faaliyet dönemini kapsaması ve genel kurul tarihi ile finansal tablo tarihi arasında altı aydan fazla süre geçmemiş olması gerekmektedir. Bu durumda hesap döneminin bitimini izleyen ilk üç ay içerisinde birleşmeye ilişkin genel kurul toplantısının yapılması söz konusu olursa, dokuz aylık finansal tablolar kullanılabilecektir. Hesap dönemin son dört ayı içerisinde bahsi geçen toplantı gerçekleştirilirse, altı aylık finansal tabloların esas alınması mümkündür.[19]

Birleşmeye esas alınan finansal tablo tarihi ile birleşme sözleşmesinin imza tarihi arasında işleme taraf şirketlerin malvarlıklarında değişim oranını etkileyecek önemli değişiklik olması durumunda, bağımsız denetçi tarafından söz konusu değişikliğin esas alınan finansal tabloya etkisine ilişkin ek rapor hazırlanmaktadır. Söz konusu rapor değişiklik yapılan diğer belgelerle birlikte SPK'ya sunulacaktır.

Birleşmeye taraf şirketlerde *birleşme sözleşmesinin imza tarihi ile genel kurul tarihi arasında* şirketlerin malvarlıklarında önemli değişiklik meydana gelirse, yönetim organı söz konusu durumu kendi genel kuruluna, diğer tarafa ve SPK'ya bildirmektedir. Birleşme sözleşmesinin değiştirilmesine veya birleşmeden vazgeçilmesine karar verilmesi mümkündür. Birleşme sözleşmesinin değiştirilmesine karar verilirse, birleşme sözleşmesi güncellenerek yeniden SPK'ya sunulacaktır. Birleşme sözleşmesinin değiştirilmesine gerek bulunmadığına karar verilirse, genel kurulda bu durum ayrı bir gündem maddesinde gerekçesiyle birlikte ortaklara açıklanacaktır. Bu kapsamda TTK m. 150 ile paralel bir düzenlemenin söz konusu olduğunu söylemek mümkündür.

Birleşmeye taraf şirketlerin işleme esas finansal tabloları, özel bağımsız denetim raporuyla birlikte duyuru metninin onayı için SPK'ya yapılan başvuru dosyasında yer almaktadır.[20]

3. Uzman Kuruluş Görüşü

Denetlenmiş finansal tabloların hazırlanmasının ardından, işleme taraf şirketlerin malvarlıklarının değerleri ve değişim oranları uzman ku-

19 KOCAER, s. 205.

20 KOCAER, s. 204.

ruluş görüşü ile tespit edilmektedir. Özellikli olarak malvarlıklarının değerindeki değişikliğin işleme, ortaklara ve alacaklılara etkisi, değişim oranlarının kanuna uygunluğu (adil ve makul olduğu) ile ilgili olarak görüş verilmektedir.

Birleşme işlemine esas teşkil ettiğinden, birleşme sözleşmesinde yer verilecektir.

Şirketlerin niteliklerinde göre en az üç değerleme yöntemi kullanılmaktadır. Gayrimenkul rayiç değerlerine yer verilmesi halinde, rayiç bedeller gayrimenkul değerleme şirketleri tarafından SPK'nın ilgili düzenlemeleri dikkate alınarak belirlenecektir. Bu yönüyle Türk Ticaret Kanunu'ndaki serbestiden farklılaşmaktadır. Zira Türk Ticaret Kanunu hükümleri kapsamında, şirketlerin malvarlığı değerlerinin tayini bakımından belirli bir değerleme yöntemi öngörülememiş olup, her şirket uygun gördüğü yöntemi seçmekte serbesttir.[21]

Birleşme işlemine taraf tüm şirketler adına düzenlenmekle birlikte, Birleşme Tebliği hükümlerine göre kamuya duyurulması zorunludur.

Uzman kuruluş görüşünün yukarıda belirtilen prensipler dahilinde hazırlanması, haşka açık şirketlerin birleşmelerindeki değişim oranının hesaplanmasındaki katı kurallardan biridir.[22]

4. Birleşme Sözleşmesi ve Birleşme Raporu

Uzman kuruluş görüşünün akabinde, yönetim organları tarafından birleşme sözleşmesi imzalanmaktadır. Birleşme sözleşmesini imzalama yetkisi münhasıran birleşmeye katılan yönetim organlarına ait olup, söz konusu yetki devredilemez. *Birleşme sözleşmesinde* yer alması gereken asgari unsurlara Birleşme Tebliğ'inin ekinde detaylı olarak yer verilmiştir.

Birleşme Tebliğ hükümleri çerçevesinde hazırlanan birleşme sözleşmesinin içeriği, TTK m.146'da düzenlenen birleşme sözleşmesinin içeriğinden farklı hususlar içermektedir.[23]

Birleşme sözleşmesinde alacaklıları korumaya yönelik düzenlemelere sözleşmede yer verilmesi hususunun değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Zira birleşmenin niteliği gereği külli halefiyet prensibi sonucu devrolunan şirketin borçlarının devralan şirket tarafından zaten ödeneceği doktrinde

21 İPEKEL KAYALI, Ferna, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014. s. 241.

22 İPEKEL KAYALI, s. 241.

23 BÖLTEN, Kerim, "Türk Hukukunda Birleşme", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 6, Yıl: 2014, s. 334.

ileri sürülmüştür.[24] Dolayısıyla birleşme işleminin niteliği göz önüne alındığında, borçların külliyen geçmesi sonucu alacaklıların menfaatlerine halel gelmediğini, sözleşmede alacaklıları koruyucu ifadelere yer verilmesinin sözleşmenin asli bir unsuru olmadığını söyleyebiliriz.

Bununla birlikte birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları birleşme işlemleri kapsamında *birleşme raporu* da düzenlemektedir. İşbu rapor ile pay sahiplerinin birleşme hakkında bilgilenmesi ve oy haklarını bilinçli şekilde kullanması amaçlanmaktadır. Özellikle birleşmenin hedeflerine, hukuki ve ekonomik gerekçelerine ve sonuçlarına ilişkin ifadelere yer verilmektedir.[25] Yine aynı şekilde Birleşme Tebliğ ekinde raporda bulunması gereken asgari unsurlara yer verilmiştir.

Hem birleşme sözleşmesi hem de birleşme raporunun hazırlandığı ve imzalandığı Birleşme Tebliği hükümleri uyarınca kamuya duyurulmaktadır.

5. Esas Sözleşme Değişiklik Taslağı Hazırlanması

Devralan şirketin sermaye artırım kararı alması, faaliyet konusunda veya paylara verilen imtiyazlarda veya başka konularda esas sözleşme değişikliği yapılması halinde; söz konusu değişiklik taslağının hazırlanması gerekecek ve esas sözleşme değişikliği için TTK m. 333 ile Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ'in 5. maddesi uyarınca, izin yazısı temin etmek üzere Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na başvurulacaktır.[26]

6. Sermaye Piyasası Kurulu'na Bildirim

Birleşme işlemleri kapsamında; hem duyuru metninin onaylanması için hem de birleşmeye ilişkin genel kurul kararının bildirilmesi için SPK'ya başvuruda bulunulması gerekmektedir.

Duyuru metni; yönetim organı tarafından düzenlenmekle birlikte, özellikle birleşme sözleşmesi, birleşme raporu, uzman kuruluş görüşü ve değişim oranına ilişkin bilgilere yer verilen, birleşmeyi kamuya haber veren ve şeffaflığı sağlayan belge niteliğindedir.[27]

Birleşme Tebliğ'nin 5. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, yönetim organının birleşme işlemlerine ilişkin karar alması akabinde duyuru metni SPK'nın onayına sunulmak üzere hazırlanmaktadır. SPK tarafından

24 OKUTAN NILSSON, s. 174.
25 OKUTAN NILSSON, s. 175.
26 OKUTAN NILSSON, s. 176.
27 POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 141.

ayrıntılı Duyuru Metni Formatı oluşturulmuştur. Duyuru metninde, birleşmeye taraf şirketlerin faaliyetleri, varlıkları, finansal durum ve faaliyet sonuçları, yönetim yapıları ile bilgilerin yanı sıra birleşmeyle ilgili olarak birleşmenin niteliği, aşamaları, pay sahiplerinin ayrılma hakkı, varsa ayrılma akçesi gibi hususlara ilişkin bilgilere yer verilmesi gerekmektedir.[28]

SPK'nın söz konusu onay müessesi doktrinde pek çok tartışmayı beraberinde getirmiştir. SPK'nın onayı izin niteliğinde olmayıp, kamunun aydınlatılması ve küçük yatırımcının korunma açısından öngörülmüş yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğinin kontrolüne yönelen bir ön denetim aracı olduğu görüşüne katılmak mümkündür.[29] Duyuru metni söz konusu Tebliğ'in EK-1'de belirtilen diğer belgelerle birlikte SPK'ya sunulmaktadır. Söz konusu belgelerin ek yapılması ile başvuru için gerekli şekli şartın yerine getirildiği söylenebilir.[30] Bu kapsamda SPK'ya yönelik başvuru dosyasında aşağıda yer alan belgelerin bulunması gerekmektedir.

1- Birleşme işlemine ilişkin yönetim organı kararları,

2- Birleşme işlemine taraf şirketlerin esas sözleşmeleri,

3- Sermaye artırımı veya esas sözleşme madde tadiline ilişkin yönetim organı kararları,

4- Duyuru metni,

5- Varsa ihraç belgesi,

6- Birleşme sözleşmesi,

7- Birleşmenin hukuki ve ekonomik gerekçelerini ortaya koyan birleşme raporu,

8- Uzman kuruluş görüşü,

9- Birleşme işlemine taraf şirketlerin birleşme işlemine esas finansal tabloları ve bağımsız denetim raporları,

10- Birleşme işlemine taraf şirketlerin sermayelerinin ödendiğini gösteren mali müşavirlik raporları,

11- Özkaynakların rayiç değerle değerlenmesi halinde, hazırlanan değerleme raporları,

12- Birleşme sözleşmesinde TTK'nın 141 inci maddesi uyarınca ayrılma akçesinin öngörülmesi halinde, ayrılma akçesinin değerinin tespitine ilişkin bilgi,

28 OKUTAN NILSSON, s. 177.

29 YÜKSEL, s. 248.

30 YÜKSEL, s. 248.

13- TTK'nın 140 ncı maddesi uyarınca ödenmesi planlanan denkleştirme ödemesinin tespitine ilişkin bilgi,

14- Mevcut imtiyazlı paylar veya intifa senetleri karşılığında eşdeğer haklar veya uygun bir karşılığın verilmesi halinde, söz konusu haklar veya karşılıkların tespitine ilişkin uzman görüşünü de içerecek şekilde bilgi,

15- Yeni kuruluş şeklinde birleşme işleminde yeni kurulacak şirketin esas sözleşme taslağı,

16- Devralma şeklinde birleşme işleminde devrolunan şirketin ortaklarına verilecek payların değerine veya bu payların değerine karşılık gelen nakde ilişkin bilgi,

17- Varsa Rekabet Kurumu'ndan alınan izin yazısı, işlemin Rekabet Kurumu'na başvurularak izin alınması gereken birleşme işlemi olmaması halinde, söz konusu duruma ilişkin şirket beyanı,[31]

18- Birleşmeye taraf şirketlerin tabi oldukları özel mevzuat hükümleri uyarınca diğer resmi kurumlardan alınacak onay yazıları,

19- Kurulca istenecek diğer bilgi ve belgeler.

Duyuru metninin onayı için SPK'ya başvurulduğunun kamuya duyurulması Birleşme Tebliği hükümleri çerçevesinde zorunludur.

Başvuru ile ilgili olarak birleşme işlemlerine başlanmasına ilişkin yönetim organının kararının yanı sıra uzman kuruluş görüşü, birleşme sözleşmesi ve birleşme raporunun da hazırlanmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla duyuru metninin onaylanması, inceleme hakkı tanınması genel kurul toplantısı öncesinde gerçekleştirilmiş olacaktır. Ancak birleşme sözleşmesinde zorunlu olarak belirtilmesi gereken SPK'nın duyuru metni onay tarih ve sayısının ifade edilmesi mümkün olmayacaktır.

Duyuru metninde yer alan yanlış, yanıltıcı, eksik bilgilerden dolayı yönetim kurulu üyeleri ve uzman kuruluş görüşünü hazırlayan diğer kişiler müteselsilen sorumludurlar. Kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan tazminat talebi, zararın meydana geldiği tarihten itibaren altı ay içinde zamanaşımına uğramaktadır.[32]

Birleşme işlemine ilişkin *genel kurul kararlarının*, kolaylaştırılmış usulde birleşmede *yönetim organı kararlarının*, *sermaye artırımı* veya *yeni kuruluş şeklinde birleşmede yeni kurulacak şirketin kuruluşunun*

31 Türk Ticaret Kanunu hükümleri kapsamında; ilgili onaylar alınması gerekiyorsa birleşme raporunda yer verilir.

32 KOCAER, s. 209.

tescil ve ilanına ilişkin Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilanından itibaren altı iş günü içerisinde SPK'ya bildirilmesi gerekmektedir.[33]

TTK m. 142/f. 2 kapsamında, halka açık ortaklıklarda SPK kaydına alınmasına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, yeni payların halka arzına dair hükümlerin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Devrolunan şirketin ortakları devralan şirketin paylarını kanun gereği iktisap ettiklerinden, devralan şirketin halka açık ortaklık olması halinde, bu şirket tarafından ihraç edilecek paylar halka arz olunmayacaktır. Kamuyu aydınlatma amacıyla duyuru metninin ilan edilmesi koşuluyla, SPK'nın düzenlemeleri çerçevesinde sermaye piyasası araçlarının çıkarılması durumunda izahname hazırlanmasına gerek bulunmamaktadır.[34] Bu bağlamda kamunun aydınlatılması amacıyla hazırlanan ve SPK'nın onayına sunulan diğer belge ise *ihraç belgesidir*.[35] Birleşme kararı öncesinde duyuru metninin hazırlanması yeterli olmakla birlikte, birleşme kararının alınmasından sonra ilgili paylar için ihraç belgesi hazırlanacaktır.[36]

Birleşme sonucu çıkarılan paylar için ihraç belgesi hazırlanması ve bunun SPK tarafından onaylanması zorunludur. Birleşme sözleşmesinin onaylandığı genel kurul toplantılarının, kolaylaştırılmış birleşmede birleşmeye ilişkin yönetim kurulu kararının SPK onayını takip eden altı iş günü içerisinde SPK'ya ihraç belgesi için başvurulması gerekmektedir.

7. Birleşme Kararı Alınması

Halka açık ortaklıklarda toplantı yeter sayısına ilişkin TTK m. 151/f. 1. a.'da TTK m. 421/f. 5/b'ye atıf olsa da, SerPKn'da halka açık ortaklıklar bakımından hüküm bulunduğundan, TTK m. 151/f. 1. a zımnen ilga edilmiştir. Ancak esas sözleşmede ağırlaştırılmış toplantı yeter sayısı öngörülmesi mümkündür. SerPKn m. 29/f. 6'daki düzenleme sonucu TTK m. 151/f. 1. a. zımnen ilga edilmiş olup, SerPKn'nun 23. maddesinde belirtilen önemli nitelikteki işlemlere ilişkin genel kurulda karar alınırken, toplantı nisabı aramaksızın, genel kurula katılan oy hakkına sahip payların üçte ikisinin olumlu oy vermesi aranmaktadır. Ancak toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkına sahip payların en az yarısının hazır bulunması halinde, toplantıya katılanların çoğunluğuyla karar almak mümkündür. Esas sözleşmede daha ağır nisapların öngörülmesi halinde ise bu nisaplar

33 Söz konusu Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi ilanları ile birleşme sonucu infisah eden ortaklık Sermaye Piyasası Kanunu kapsamından çıkmaktadır.

34 İPEKEL KAYALI, s. 89-90.

35 KOCAER, s. 208. Öte yandan, Sermaye Piyasası mevzuatına göre birleşme ve bölünme işlemlerinde izahname hazırlanmaz.

36 NILSSON OKUTAN, s. 176.

dikkate alınacaktır. Kanuni düzenlemenin altında nisabın esas sözleşmede kararlaştırılması ise söz konusu esas sözleşme maddesinin geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Sonuç olarak, halka açık ortaklıklar birleşme işlemlerine ilişkin kararları halka kapalı anonim şirketlere nazaran daha kolay alabilmektedir. Bu durum karşısında Sermaye Piyasası Kanunu ve ikincil mevzuat birleşmeye karşı pay sahiplerine paylarını halka açık ortaklığa satarak ortaklıktan ayrılma hakkı tanımıştır.[37]

Buna karşılık doktrinde; pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketler tarafından alınacak birleşme kararında, esas sözleşmede aksine hüküm olmaması koşuluyla TTK m. 418'deki toplantı nisabının dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu durumda sermayenin en az dörtte birini sağlayan pay sahiplerinin toplantıda hazır bulunması yeterli olacaktır.[38]

Halka açık ortaklıklarda birleşme kararının alınmasında Sermaye Piyasası Kanunu'nda özel hüküm bulunması sebebiyle, söz konusu mevzuattaki nisapların dikkate alınmasının uygun olacağı savunulabilir. Zira toplantı nisabı aranmaksızın, düşük oranlarda karar alma mekanizmasının işletilmesi halka açık ortaklıkların geniş halk kitlelerine dağılmış ortaklık yapısıyla da örtüşecektir.

8. Kamunun Aydınlatılması

Birleşme sürecine resmen başlandıktan sonra, kamunun aydınlatılması yükümlülüğü Birleşme Tebliğ'inde düzenlenmiştir.[39] Birleşme Tebliği hükümleri çerçevesinde; birleşme işlemine taraf ortaklıkların payları borsada işlem görüp görmemesine göre, ilan yükümlülüklerinin kapsamı bağlamında ikili bir ayrıma gidilmiştir.[40]

Birleşme işlemlerinde, aşağıda belirtilen hususların ilgili bilgi ve belgelerle birlikte, Kurulun özel durumlara ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde, işleme taraf şirketlerden en az birinin paylarının borsada işlem görmesi halinde KAP ve ilgili şirketlerin internet sitelerinde, payları borsada işlem görmeyen halka açık ortaklıklar için ise Kurulun ve ilgili ortaklıkların varsa internet sitelerinde kamuya açıklanması gereklidir:

---

37 KOCAER, s. 215-216.

38 İPEKEL KAYALI, s. 195.

39 Bu çalışmanın konusunu oluşturmamakla birlikte, birleşme öncesi dönemde kamunun aydınlatılmasının hukuki dayanağını ise SPK'nın Seri: VIII, No: 54 sayılı "Özel Durumların Kamuya Açıklanmasına İlişkin Esaslar Tebliği" oluşturmaktadır. Öte yandan, birleşmeye ilişkin alınan karar yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyecek kadar somut değilse, içsel bilgi olamaz. Bu halde özel durum açıklaması yapılmasına da gerek yoktur. Bkz. YÜKSEL, s. 372.

40 YÜKSEL, s. 373.

a) Birleşme işlemine ilişkin yönetim organı kararı alınması,

b) Birleşme işlemine ilişkin olarak Kurula başvuruda bulunulması,

c) Uzman kuruluş görüşünün imzalanması,

ç) Birleşme sözleşmesinin imzalanması,

d) Birleşme raporunun hazırlanması.

Aşağıda sayılan belgelerin, birleşme işleminin onaylanacağı genel kurul toplantı tarihinden en az 30 gün önce, işleme taraf şirketlerden en az birinin paylarının borsada işlem görmesi halinde KAP ve ilgili şirketlerin internet sitelerinde; payları borsada işlem görmeyen halka açık ortaklıklar için ise Kurulun ve varsa ilgili ortaklıkların internet sitelerinde kamuya açıklanması gereklidir:

a) Kurul tarafından onaylanan duyuru metni,

b) Birleşme sözleşmesi,

c) Birleşme raporu,

ç) Son üç yıllık finansal raporları,

d) Uzman kuruluş raporu,

e) Birleşme sonrası tahmini açılış bilançosu,

f) Varsa son üç yıllık bağımsız denetim raporları,

g) Varsa ara dönem finansal raporları,

ğ) Varsa gayrimenkul değerleme raporları.

Kamuya açıklanan bilgi ve belgelerin ilgili şirketlerin internet sitelerinde en az 5 yıl süreyle bulundurulması zorunludur.

Türk Ticaret Kanunu hükümleri kapsamında da, şeffaflık ilkesi ön plana çıkmış olup, birleşen şirketlerin menfaat sahiplerine inceleme hakkı tanınmıştır. İnceleme hakkı tanınan menfaat sahiplerinden biri de ortaklardır. Ortakların aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olmadıkları hallerde inceleme hakkının önemi daha büyüktür ki, bu duruma özellikle halka açık ortaklıklarda rastlanmaktadır.[41]

9. Pay Sahiplerinin Korunması

Pay sahiplerinin korunmasına ilişkin Birleşme Tebliğ'inde yer alan düzenleme TTK m. 140 ile benzerlik göstermektedir. Birleşme Tebliğ'nin 11. maddesine göre, devrolunan şirketin ortaklarının devrolunan şirkette sahip oldukları paylarını ve haklarını karşılayacak değerde, devralan şirketin payları ve hakları üzerinde istemde bulunma hakları vardır.

41 İPEKEL KAYALI, s. 181.

Birleşme işlemine taraf şirketlerin karşılıklı iştirak halinde bulunması, devralan veya devrolunan şirketin kendi paylarını elinde bulundurması, devralan şirketin devrolunan şirkette ya da devrolunan şirketin devralan şirkette pay sahibi olması ve benzeri durumlar, bu istem hakkının hesaplanmasında dikkate alınır. Söz konusu birleşmelerde, değişim oranının tespitindeki katı kurallardan biridir.[42]

İmtiyazlı pay sahiplerinin korunması çerçevesinde; devrolunan şirkette mevcut bulunan imtiyazlı paylar karşılığında, devralan şirkette eş değerde haklar veya uzman kuruluş görüşü dikkate alınarak belirlenen bir karşılık verilir. Farklı bir imtiyaz öngörülmesi veya farklı bir imtiyaz öngörülmesi ile aynı anda karşılık ödenmesi de mümkündür. Söz konusu bu durumlar karşısında, devralan ortaklıktaki pay sahipleri ayrılma haklarını ileri sürebilirler.[43]

Bununla birlikte, Birleşme Tebliği 11.maddesi kapsamında; şirket paylarının değişim oranları belirlenirken, devrolunan şirketin ortaklarına tahsis olunan şirket paylarının birleşme işlemine esas alınan değerlerinin onda birini aşmaması şartıyla, TTK'nın 140. maddesi çerçevesinde bir denkleştirme ödemesi öngörülmektedir. Nitekim doktrinde de denkleştirme akçesinin hak kayıplarını önleyeceği için faydalı olacağı ileri sürülmüştür.[44]

10. Ayrılma Hakkı

Birleşme işlemi, gerek SerPKn'nun 23. maddesi gerek Önemli İşlemler Tebliği'nin 5. maddesi çerçevesinde önemli işlem olarak kabul edilmiştir. Halka açık ortaklıkların taraf olduğu birleşme işlemlerinde, azınlık ile çoğunluk arasındaki menfaatlerin dengelenmesi gerekliliği çerçevesinde azınlık konumundaki pay sahiplerinin korunmasını amaçlayan ayrılma hakkı gündeme gelmektedir.[45] Ayrılma hakkı, önemli nitelikteki birleşme işlemi sonrasında ortaklıkta yer almak istemeyen pay sahibinin, mevzuatta belirlenen koşulları yerine getirmek suretiyle payını ortaklığa satmasını ve ortaklıktan ayrılmasını mümkün kılmaktadır.[46] Önemli İşlemler Tebliği m. 5'e göre, önemli işlemlere ilişkin olarak gerekçeli bir yönetim kurulu kararı alınması ve bağımsız yönetim kurulu üyelerinin de oyu belirtilerek, bu kararın kamuya açıklanması gerekmektedir.

42 İPEKEL KAYALI, s. 241.

43 KOCAER, s. 220.

44 İPEKEL KAYALI, s. 246.

45 TARHAN, Damla Gül, "Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşme İşlemleri Açısından Ayrılma Hakkı ve Ayrılma Akçesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:33, Sayı:1, 2017, s. 211.

46 TARHAN, s. 222-223.

Bununla birlikte önemli nitelikteki işlemlerin kural olarak, genel kurulun onayına sunulması ve nitelikli çoğunlukla karara bağlanması gerekmektedir. SerPKn m. 29/f. 6 ve Önemli İşlemler Tebliği m. 7/f. 1 kapsamında, toplantı nisabı aranmaksızın, genel kurula katılan oy hakkına haiz payların üçte ikisinin olumlu oy vermesi aranmaktadır. Toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısının hazır bulunması halinde ise, esas sözleşmede açıkça daha ağır yeter sayılar öngörülmedikçe, toplantıya katılanların çoğunluğu ile karar alınacağı belirtilmiştir. Bunun en önemli sonucu da, genel kurul toplantısına katılıp olumsuz oy kullanan ve muhalefet şerhini toplantı tutanağına işleten pay sahiplerinin paylarını ortaklığa satarak ortaklıktan ayrılma hakkına sahip olmasıdır. Toplantı yeter sayısı aranmaması ve yeter sayılarının toplantıda temsil edilen sermaye üzerinden hesaplanması nedenleriyle çok az bir sermayenin temsil edildiği toplantıda dahi önemli nitelikteki işlemin onaylanabilmesi ve karar bağlanabilmesi doktrinde eleştirilmiştir.[47] Ancak menfaati zedelenen ortaklara sağlanan ayrılma hakkı ile menfaatler dengesi sağlandığından, düşük nisaplar halka açık ortaklıkların yapısına uygundur.

Ayrılma hakkının istisnası ise Önemli İşlemler Tebliği'nin 9. maddesinde düzenlenmiştir. Pay sahibinin veya temsilcisinin önemli nitelikte işlemlere ilişkin genel kurula katılmasına haksız biçimde engel olunması, genel kurul toplantısına usulüne uygun davet yapılmaması veya gündemin usulüne uygun şekilde ilan edilmemesi hallerinde, genel kurul kararlarına muhalif kalma ve muhalefet şerhini tutanağa kaydettirme şartı aranmaksızın ayrılma hakkı kullanılabilecektir.

Kolaylaştırılmış usulde birleşmede, birleşme sözleşmesi genel kurulun onayına sunulmadığından, pay sahiplerinin Önemli İşlemler Tebliğ kapsamında ayrılma hakkı bulunmamaktadır.[48]

Ayrılma hakkının kullanım fiyatı, kullanım şekli ve süresi Önemli İşlemler Tebliğ'inde detaylı olarak ele alınmıştır. İlgili Tebliğ çerçevesinde, ayrılma hakkının karşılığının nakden ödenmesi zorunlu olup, ayrılma hakkı bedelinin tümünün veya bir kısmının başka bir ortaklığın payları veya başka bir menkul kıymet ile yerine getirilmesi mümkün değildir.

11. Zorunlu Pay Alım Teklifi

II. 26.1. sayılı Pay Alım Teklifi Tebliğ hükümleri kapsamında, kural olarak yönetim kontrolünün ele geçirilmesi durumunda pay alım teklif

47 TARHAN, s. 225.

48 Bu usulde ayrılma akçesinin gündeme gelmesine ilişkin bkz. I.B.3.

zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Bir ortaklığın aktif toplamı daha büyük bir ortaklığa devrolması halinde yönetim değişikliği gündeme gelecektir. Buna karşılık devralan ortaklık devrolunanın hakim hissedarı ise, yönetim kontrolünde değişiklik olmayacaktır. Bu durumda pay alım teklifinde bulunma zorunluluğunun söz konusu olmadığı görüşünün kabul edilmesi uygun olacaktır.[49] Önemli İşlemler Tebliğ'nin 11. maddesi ile payları borsada işlem görmeyen bir ortaklığın, payları borsada işlem görmeyen ve aktif toplamı daha büyük bir ortaklığa devrolması halinde, devralan ortaklıkta birleşme öncesi hakim ortak konumunda olanlar ile bunlarla birlikte hareket edenler tarafından pay alım teklifinde bulunma zorunluluğu getirilmiştir. Bu durumda ayrılma hakkı doğmayacaktır.

O halde Önemli İşlemler Tebliğ m. 11 kapsamındaki birleşmelerde pay alım teklifi zorunluluğu ortaya çıkacak, söz konusu hüküm haricindeki birleşmelerde ayrılma hakkı ile pay sahipleri korunacaktır.

12. Oydan Yoksunluk

SerPK'nunun 29. maddesinin 5. fıkrasında, önemli nitelikteki işlemlerde TTK m. 436'daki oydan yoksunluk hükümleri kapsamında söz konusu işlemlerin onaylanacağı genel kurul toplantılarında oy kullanamayacağı belirtilmiştir. Ancak Önemli İşlemler Tebliği'nin 7. maddesi kapsamında, ortaklıkların kendi tüzel kişilikleri ile ilgili birleşme, bölünme, tür değiştirme işlemlerinin, nihai kontrol eden ortak statüsündeki gerçek kişilerin kendileri için doğrudan kişisel nitelikte sonuç doğurmadığı kabul edilmiştir. Dolayısıyla SerPKn'nununda öngörülen oydan yoksunluk hükmü uygulanmayacaktır.

O halde halka açık ortaklığın genel kurulunda, işlemin karşı tarafı olan sermaye şirketinde yönetim kontrolüne sahip aile fertleri (pay sahibi, eşi, alt ve üst soyu) oy hakkını kullanabilecektir. Böylece halka açık olmasına rağmen aile fertleri arasında kontrol edilen şirketler arasında gerçekleştirilen birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerinde genel kurul kararı alınmasında ortaya çıkacak sorunların önüne geçilmiştir.[50]

B. Halka Açık Şirketlerin Birleşmesine İlişkin Özellikli Durumlar

Birleşme Tebliğ'nin 12. maddesinde birleşmeye ilişkin özellik arz eden durumlar sıralanmıştır. Söz konusu durumlardan ilk üçü, halka kapalı anonim şirketlerde de geçerlidir.

---

49 NILSSON OKUTAN, s. 179, dn. 508.

50 KOCAER, s. 216.

1. Tasfiye Halindeki Bir Şirketin Birleşmeye Taraf Olması

Tasfiye halindeki bir şirketin birleşmeye taraf olması halka açık anonim ortaklıklar açısından mümkün olmakla birlikte, TTK m. 138 ile paralel olarak düzenlenmiştir. Birleşme Tebliği m. 12/f. 1 uyarınca, tasfiye halindeki bir şirket malvarlığı dağıtılmaya başlanmamışsa ve devrolunan şirket olması kaydıyla birleşmeye katılabilmektedir.

2. Geçmiş Yıl Zararları Bulunan Bir Şirketin Birleşmeye Taraf Olması

Birleşme Tebliğ hükümleri çerçevesinde; birleşmeye esas finansal tablolara göre geçmiş yıl zararları bulunan bir şirket, sadece bu geçmiş yıl zararlarını karşılayabilecek miktarda özkaynağa sahip başka bir şirketle birleşebilmektedir. Halka açık ortaklıklara ilişkin bu düzenleme Türk Ticaret Kanunu'daki düzenlemeden ayrılmaktadır. Zira Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zararla kaybı söz konusuysa, kaybolan sermayeyi karşılayabilecek tutarda özvarlığa sahip bir şirket ile birleşme mümkündür. Bu sebeple Birleşme Tebliğ'inde düzenlenen özellikli durumun TTK m. 139'daki düzenlemeden ayrıldığını söylemek mümkündür.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, hem devralan şirketin hem devrolunan şirketin borca batık veya sermaye kaybı olma durumu varsa, söz konusu şirketlerin birleşmesi mümkün değildir.

3. Ayrılma Akçesi

SerPKn'nun 24. maddesinde, birleşmeye karşı pay sahiplerine ayrılma hakkı tanınmıştır. Türk Ticaret Kanunu ile tanınan ayrılma akçesinden daha ileri bir adımdır. Ayrılma hakkı kanundan doğmakta ve birleşmeye katılan ortağın talebine bağlanmaktadır. Böylelikle halka açık ortaklıklarda birleşme, bölünme ve tür değiştirme kararlarının daha kolayca alınması sağlanmaktadır.[51]

İkincil mevzuat incelendiğinde de ayrılma hakkına ilişkin hükümlerin varlığından söz etmek mümkün olacaktır. Önemli İşlemler Tebliğ, birleşme kararına olumsuz oy veren pay sahiplerine ayrılma hakkı tanınmıştır. Birleşme Tebliği'nin 12.maddesinde ise ayrılma akçesine ilişkin açıklamaya yer verilmiştir: "*Birleşme sözleşmesinde TTK'nın 141 inci maddesi çerçevesinde ayrılma akçesinin öngörülmesi durumunda; ayrılma akçesinin Türk Lirası cinsinden nakit, menkul kıymet veya kısmen nakit kısmen menkul kıymet olarak belirlenmesi mümkündür. Ancak pay sahibinin talebi halinde ayrılma akçesinin nakden ödenmesi zorunlu-*

51 KOCAER, s. 224.

dur. Ayrılma akçesinin tamamen veya kısmen menkul kıymet cinsinden belirlenmesi durumunda, menkul kıymetin borsada işlem gören bir menkul kıymet olması zorunludur. Ayrılma akçesi olarak önerilen menkul kıymet için esas alınan birim fiyat veya değişim oranı ile bu fiyatın veya değişim oranının tespitinde uzman kuruluş görüşü dikkate alınır ve hesaplanan birim fiyat veya değişim oranı duyuru metninde açıklanır."

Yukarıda belirtilen Tebliğ hükmü uyarınca, ayrılma akçesinin Türk Lirası cinsinden nakit, menkul kıymet veya kısmen nakit kısmen menkul kıymet olarak belirlenmesi mümkün olup, ancak pay sahibinin talebi halinde nakit ödenmesi zorunludur. Tamamen veya kısmen menkul kıymet verilmek istenmesi hallerinde ise bu kıymetin borsada işlem gören bir menkul kıymet olması gerekmektedir.

Ayrılma akçesinin seçimlik veya zorunlu ayrılma akçesi olarak öngörülmesi mümkündür. Her iki durumda da, TTK m. 151/f. 5 uyarınca; birleşme sözleşmesinde ayrılma akçesinin öngörülebilmesi için devrolunan şirkette birleşme kararının mevcut oy haklarının % 90'nın olumlu oyuyla onaylanması gerekmektedir. Zorunlu ayrılma akçesi bağlamında söz konusu nisabın, halka açık ortaklıklarda yerine getirilmesi pratikte çok zor olacağından, bunların ortağı çıkararak birleşmeleri zordur. Oysa halka açık ortaklık pay sahipleri, üyelik haklarının devam edip etmediklerinden çok finansal açıdan ne elde ettiklerine önem verdiklerinden, bu sonucun halka açık ortaklıklar bakımından doktrinde çelişkili görülmüştür. Ancak bir şirket paylarının % 90'nına sahip olduğu bir diğer şirket ile devralmak yoluyla birleşme suretiyle, azlık pay sahiplerini şirketten çıkarabilecektir.[52]

Halka açık ortaklıklardaki birleşmelerde görülen ayrılma hakkı ile ayrılma akçesinin birlikte uygulanması meselesi doktrinde ele alınmıştır.[53] Halka açık ortaklıkların devrolunan taraf olduğu birleşme işlemlerinde, sözleşmede ayrılma akçesine yer verilmesi halinde, devrolunan halka açık ortaklıkta hem ayrılma hakkı hem de ayrılma akçesi gündeme gelecektir. Birleşme sözleşmesinde zorunlu ayrılma akçesi öngörülmesi halinde, ortaklıktan çıkarılma söz konusu olacağından, bu kişiler bakımından ayrılma hakkı uygulanmayacaktır. Ancak diğer pay sahiplerinin olumsuz oyu varsa, bunların ayrılma hakkını kullanması mümkündür. Birleşme sözleşmesinde seçimlik ayrılma akçesinin öngörülmesi halinde ise, tarafların serbest iradeleri çerçevesinde yer verdikleri ayrılma akçesinin uygulan-

52 İPEKEL KAYALI, s. 266.

53 TARHAN, s. 247-249.

masına öncelik verilmeli, bu durumda ayrılma hakkının uygulanmasının istisna olması gerektiği doktrinde savunulmuştur.

Doktrinde ayrılma hakkı ile ayrılma akçesi ayrımı halka açık ortaklıklar açısından tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Önemli İşlemlere İlişkin Tebliğ'de düzenlenen ayrılma hakkı ile ayrılma akçesi arasında farklar olmasına rağmen, amaçları itibariyle birbirine yakındır. Nitekim TTK m.141'de düzenlenen ayrılma akçesinden yararlanabilmek için her ne kadar kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da, devrolunan şirketin ortaklarının birleşme sözleşmesine ilişkin genel kurul kararına olumsuz oy vermiş olması gerekmektedir. Bu durumda halka açık ortaklıkların birleşmesinde ayrılma akçesinin öngörülmesi uygun görülmemektedir.[54] Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu hükümlerinde açık bir şekilde olumsuz oy kullanma gerekliliğinin yer almaması sebebiyle, ayrılma akçesinin kullanılmasının olumsuz oy kullanma koşuluna bağlanmadığını savunanlar da bulunmaktadır.[55]

4. Sermaye Artırım Sınırlamaları

Birleşme Tebliğ'nin 12. maddesinde, halka açık ortaklıklar bakımından yapılamayacak birleşmeler ifade edilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nda doğrudan geçerli olmayan birleşmeler belirtilmese bile, TTK m. 137'de geçerli birleşmeler düzenlenerek dolaylı olarak geçerli olmayan birleşmeler gösterilmektedir.[56] Tebliği'nin ilgili maddesi ile birleşmelerde sermaye artırım sınırlamaları düzenlenerek birtakım birleşme yasakları getirilmiştir.

Sermaye artırım sınırlamaları, payları borsada işlem gören bir şirket ile payları borsada işlem görmeyen şirket arasındaki birleşmelerde uygulanmaktadır. Amaç, hem payları borsada işlem gören şirketlerin hissedarlarının azınlık konumuna geçmesini engellemek, hem de aslında halka açılma amacı taşıyan halka kapalı bir şirketin, normal halka açılma prosedürü izlemek yerine, küçük bir borsa şirketiyle birleşerek halka açılmasını engellemektir.[57] Birleşme Tebliğ hükümleri çerçevesinde; payları borsada işlem gören ortaklığın devralan taraf, payları borsada işlem görmeyen tarafın devrolunan taraf olması halinde sermaye artırım sınırlamaları uygulanmaktadır. Devralan tarafın payları borsada işlem görmüyorsa, sermaye artırım sınırları bulunmamaktadır. Ancak devralan şirketin birleşme öncesindeki paylarına borsada satış yasakları gündeme gelecektir.[58]

54 TURANLI, s. 219.

55 TARHAN, s. 242.

56 BÖLTEN, s. 335.

57 OKUTAN NILSSON, s. 185.

58 **KOCAER**, s. 225.

Birleşme Tebliği'nin 12. maddesinin 4. fıkrası uyarınca; birleşme işlemine taraf olan şirketlerin sayısının iki olduğu, payları borsada işlem gören halka açık bir ortaklık ile payları borsada işlem görmeyen bir şirketin;

a) Devralma şeklinde birleşme işlemlerinde; payları borsada işlem gören halka açık ortaklığın sermayesinin %100'den fazla artması ile sonuçlanacak şekilde,

b) Yeni kuruluş şeklinde birleşme işlemlerinde ise; payları borsada işlem gören halka açık ortaklığın ortaklarına tahsis olunacak payların, yeni kurulacak ortaklığın sermayesinin yarısından azını oluşturacak şekilde, bir birleşme işlemi yapılamaz.

Birleşme Tebliği'nin 12. maddesinin 5. fıkrası uyarınca; birleşme işlemine taraf olan şirketlerin sayısının ikiden fazla olduğu, payları borsada işlem gören halka açık ortaklıklar ile payları borsada işlem görmeyen şirketlerin;

a) Devralma şeklinde birleşme işlemlerinde; payları borsada işlem görmeyen devrolunan her bir şirket için yapılacak sermaye artırımı tutarının, payları borsada işlem gören halka açık ortaklığın birleşme öncesi sermayesini aşacak şekilde,

b) Yeni kuruluş şeklinde birleşme işlemlerinde ise; payları borsada işlem gören halka açık ortaklığın ortaklarına tahsis olunacak payların, yeni kurulacak ortaklığın sermayesinde birleşmeye taraf olan her bir şirketin önceki hissedarlarına verilecek pay miktarından az olacak şekilde, bir birleşme işlemi yapılamaz.

Birleşme Tebliği, payları borsada işlem gören şirketlerin birleşme yoluyla yönetim kontrolünü kaybedeceği birleşmeleri yasaklarken, Önemli İşlemler Tebliği, böyle bir birleşmeye izin vererek, pay sahiplerine yapılacak zorunlu pay alım teklifi yoluyla borsa yatırımcısının menfaatinin korunması yöntemini tercih etmiştir. Bu sebeple şirketlerin ihtiyaçlarına göre yapılanmasına engel olmak yerine, zorunlu pay alım teklifi yoluyla pay sahiplerinin menfaatlerinin korunmasının tercih edilmesi görüşüne katılmak uygun olacaktır.[59]

5. Borsada Satış Sınırlamaları

Borsada satış sınırlamaları, payları borsada işlem görmeyen ortaklığın devralan taraf; payları borsada işlem gören ortaklığın ise devrolunan taraf olduğu birleşmelerde görülmektedir. Amaç, halka açıklık oranını ve borsada işlem gören pay sahiplerini korumaktır.

59 OKUTAN NILSSON, s. 186.

Payları borsada işlem görmeyen bir şirketin devralan taraf olduğu birleşme işlemlerinde; devralan şirketin birleşme öncesindeki payları, şirket paylarının borsada işlem görmeye başladığı tarihten sonraki 6 aylık dönemde borsada satılamaz. Tebliğ'in 12. maddesinin 6. fıkrası çerçevesinde, bu paylar altı aydan sonra da ancak kademeli olarak satış imkanına kavuşmaktadır. Ayrıca bu payları borsa dışında satın alan kişiler, aynı borsada satış kısıtlamasına tabi olacaktır.

Yukarıda belirtilen satış kısıtlamasına ek olarak, payları borsada işlem görmeyen bir ortaklığın, payları borsada işlem gören bir ortaklığı devralması durumu için 2015 yılında Birleşme Tebliği'nde yapılan değişiklikle dikkat edilmesi gereken ek düzenleme getirilmiştir. Devralan payları borsada işlem görmeyen ortaklık Pay Tebliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen SerPKn'unun kapsamından çıkma şartlarını sağlamamalıdır.

II. Halka Açık Şirketlerin Kolaylaştırılmış Usulde Birleşmesi

Birleşme Tebliğ hükümleri ile hakim-bağlı şirket ilişkisinin olduğu hallerde kolaylaştırılmış birleşme öngörülmüştür. Ancak Türk Ticaret Kanunu'ndaki hükümlerden farklı olarak, oy hakkı veren paylarının %100'üne veya %90'nına sahip olma şeklinde iki farklı düzenleme değil, sadece %95'ine sahip olma durumu düzenlenmiştir.

Birleşme Tebliğ'nin 13. maddesine göre, *"Bir veya birden fazla sermaye şirketinin oy hakkı veren paylarının %95 veya daha fazlasına sahip bir halka açık ortaklık tarafından devralınması suretiyle birleşmede, halka açık ortaklık paylarından devrolunan şirketlerin ortaklarına pay verilmesini gerektirmeyen durumlarda veya halka açık ortaklık paylarından devrolunan şirketlerin ortaklarına pay verilmesi gereken ancak halka açık ortaklık paylarının nakit karşılığının devrolunan şirketlerin ortaklarına seçimlik hak olarak* önerilmesi durumlarında, kolaylaştırılmış usulde birleşme uygulanabilir."

Kolaylaştırılmış usulde birleşmede, devralan halka açık ortaklığın devrolunan sermaye şirketinin en az %95'ine sahip olması aranmaktadır. Devralan halka açık ortaklığın devrolunan sermaye şirketinin paylarının tamamına sahip olması halinde, halka açık ortaklıkta sermaye artırımı yapılması gerekmemektedir. Bununla birlikte devrolunan şirketin ortaklarına pay verilmemekte olup, yeni pay çıkartılmasına da gerek bulunmayacaktır. Devralan halka açık ortaklık devrolunan sermaye şirketinin paylarının tamamına sahip değilse, bir başka deyişle devrolunan ortaklığın azınlık pay sahiplerinin bulunması ihtimalinde; devrolunan şirketin ortaklarına nakit olarak seçimlik ayrılma akçesi önerilmesi gerekmektedir.

Söz konusu usulün uygulandığı birleşme işlemlerinde, birtakım usuli kolaylıklar gündeme gelecektir. Bu doğrultuda bağımsız denetim raporu, birleşme raporu ve uzman kuruluş görüşü aranmamaktadır. Bununla birlikte birleşme sözleşmesinin genel kurulun onayına sunulması da zorunlu değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, duyuru metni prosedürünün yerine getirilmesi kolaylaştırılmış usuldeki birleşmelerde de gerekmektedir.

Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, kolaylaştırılmış usulde birleşmelerde ayrılma hakkı gündeme gelmeyecektir.

SPK'nın 16.12.2014 tarihli ve 2014/34 sayılı Bülten'de yayınlanan i-SPK. 23.2 (16.12.2014 tarih ve 35/1207 s.k.) sayılı ilke kararı uyarınca; *"Türk Ticaret Kanunu'nun 155 nci maddesinin birinci fıkrasında öngörülen şartlara uyan kolaylaştırılmış usulde birleşme işlemlerinde, Kurulumuzun II-23.2 sayılı "Birleşme ve Bölünme Tebliği'nin 8'inci maddesinin ikinci fıkrasında sayılan belgelerin kamuya açıklanmasına ilişkin 30 günlük sürenin uygulanmamasına ve uygulamanın bu şekilde yönlendirilmesine"* karar verilmiştir. O halde kolaylaştırılmış birleşmelerde, kamunun aydınlatılması kapsamında birleşme kapsamında birtakım belgelerin internet sitesi veya KAP'ta yayınlanması ile ilgili kurala 30 günlük süreler içerisinde riayet edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

SONUÇ

Halka açık ortaklıkların birleşme ve bölünme işlemleri Sermaye Piyasası Kanunu'nda açıkça belirtildiği üzere, önemli nitelikte işlemlerdir. Bu nitelikleri dolayısıyla sermaye şirketleri için Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hükümlerden farklılaşan durumlar gündeme gelmektedir. Uygulanacak hükümler; Sermaye Piyasası Kanunu, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki hükümlere dayanılarak çıkarılan tebliğler ve belirtilen mevzuatta özel düzenleme bulunmaması halinde Türk Ticaret Kanunu olarak ifade edilebilir.

Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan birleşme ve bölünme işlemlerine ilişkin hükümlerden farklı hükümlerin Sermaye Piyasası Kanunu ve ikincil mevzuatta düzenlenmesinin asıl amacı, halka açık ortaklıklarda şeffaflığın sağlanarak yatırımcının korunmasıdır. Bu bağlamda kamunun aydınlatılması, uzman kuruluş görüşünün temin edilmesi gibi halka açık ortaklıklara özgü işlemler gerçekleştirilmektedir. Söz konusu halka açık ortaklıklara özgü düzenlemelerin yanı sıra, Türk Ticaret Kanunu'ndaki alacaklıların ve çalışanların korunmasına ilişkin hükümler halka açık ortaklıklar bakımından da geçerlidir. Çalışma kapsamında da yapılan incelemede tespit edildiği gibi, halka açık ortaklıklarda pay sahiplerinin

korunmasına yönelik detaylı düzenlemeler mevcuttur. Böylece menfaat gruplarından pay sahiplerinin haklarının korunmasına özel bir önem verildiği söylenebilir.

Sonuç olarak, halka açık ortaklıkların birleşme ve bölünme işlemlerinde getirilen yasal düzenlemelerin nitelikleri itibariyle amaca hizmet ettiği söylenebilir.

KAYNAKÇA

- BÖLTEN, Kerim: "Türk Hukukunda Birleşme", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 88, Sayı: 6, Yıl: 2014, s. 305-336.
- İPEKEL KAYALI, Ferna: Türk Ticaret Kanunu'na Göre Birleşmeler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- KOCAER, Şenol: Şirket Yeniden Yapılandırmaları, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- OKUTAN NILSSON, Gül : Sermaye Piyasası Hukukunda Birleşme Amaçlı Ortaklık, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- TARHAN, Damla Gül: "Halka Açık Anonim Ortaklıkların Birleşme İşlemleri Açısından Ayrılma Hakkı ve Ayrılma Akçesi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt:33, Sayı:1, 2017, s. 211-260.
- TURANLI, Hüsnü : Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, Orion Kitabevi, Ankara, 2014.
- YÜKSEL, Sinan H.:"Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Halka Açık Anonim Ortaklıkların Devralma Şeklinde Birleşmesi", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011.

5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU'NUN 155. VE 156. MADDELERİNDE YER ALAN SUÇLARIN VE BU SUÇLARIN KOVUŞTURMA USULLERİNİN İNCELENMESİ

Stj. Av. Caner BİRDAL[1]

GİRİŞ

Bir ülkenin ekonomisi, o ülkede yaşayan vatandaşların yaşamını şekillendirir. Ekonominin insan hayatına değmediği bir nokta bulmak güçtür. Her insan, ihtiyaçlarını karşılayabilmek için toplumsal hayatta hemen her gün ekonomik bir faaliyette bulunur. Bu faaliyetlerin yapısı bakımından bankaların çok önemli ve etkin bir rolü vardır. Bankalar günümüzde ekonomik hayatın vazgeçilemez kurumları haline gelmiştir. Bu vazgeçilemez kurumların da ülke ekonomisinin sağlığı için düzen içerisinde çalışması, itibarını koruması, yerli ve yabancı müşterilerine güven verebilmesi gerekmektedir. Bu gereklilik sebebiyle bankacılık sektörünün devlet organları aracılığıyla denetlenmesi ve düzenlenmesi oldukça büyük önem arz etmektedir. Elbette bu denetleme ve düzenleme faaliyetlerinin amaca ulaşması için ceza hukuku yaptırımlarının varlığı da gerekmektedir.

Bu doğrultuda kanun koyucu 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun ikinci bölümünde bankacılık suçlarını düzenlemiştir. Bu bölümde çeşitli suçlara yer verilmiştir. Çalışmamızda bu suçlardan sadece Kanun'un 155. ve 156. maddelerinde düzenlenenler incelenmiştir. Bu maddeler dışındaki suçlar bu çalışmanın kapsamında değildir. Belirtmek gerekir ki tüm çalışmamızda daha çok tartışmalı hususlar üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde Bankacılık Kanunu'nun 155. maddesinde yer alan "Gerçeğe Aykırı Beyanda Bulunma" suçu incelenmiştir. Suç incelenirken, madde metninde geçen 'bu kanun kapsamındaki kuruluşlar' ifadesinden hareketle Bankacılık Kanunu kapsamına giren kuruluşlar incelenmiş, bu kuruluşların neler olduğuna ilişkin tartışmalara yer verilmiştir. Suçun konusu olan belgelerin neler olduğu incelenmiş, hangi belgelerin bu madde kapsamındaki suça ilişkin olacağı üzerinde durulmuştur. Suçun konusu olan belgeler asıl belge ve dayanak belge olarak ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmiştir. Bu bölümde cezalandırılabilme şartı üzerinde de durulmuş, suçun çeşitli se-

1 İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

beplerle işlenemez suç olduğu savunulmuştur.

İkinci bölümde Bankacılık Kanunu'nun 156. maddesinde yer alan suçlar üç ayrı başlık altında incelenmiş ve bu üç ayrı suç incelemesinden sonra maddenin ikinci cümlesinde yer alan bağımsız denetim kuruluşu görevlilerinin sorumluluklarına değinilmiştir. "İşlemleri Kayıt Dışı Bırakma" suçu üzerinde madde metninin başarısız bir şekilde yazılması sebebiyle daha çok durulmuştur.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde 155. ve 156. maddelerde yer alan suçlar incelendikten sonra 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun üçüncü bölümünü oluşturan kovuşturma usullerine değinilmiştir. Kovuşturma usulleri bölümü Kanun'un 162-167 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Çalışmamızda 155. ve 156. maddelerde yer alan suçlar incelendiğinden sadece bu suçlarla ilgili kovuşturma usullerine değinilmiştir: 162. maddeyle düzenlenen yazılı başvuru ve müdahale, 163. maddeyle düzenlenen itiraz ve bildirim, 164. maddeyle düzenlenen özel görev ve 165. maddeyle düzenlenen bilirkişi incelemesi.

Bu açıklamalardan sonra, çalışma kapsamında ulaşılan sonuçlar toplu bir şekilde "Sonuç" başlığı altında ifade edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM
GERÇEĞE AYKIRI BEYANDA BULUNMAK
(BANKACILIK KANUNU M. 155)

A. GENEL OLARAK

Gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçu Bankacılık Kanunu'nun 155. maddesinde düzenlenmiştir.

Gerçeğe aykırı beyanda bulunmak

Madde 155 — Bu Kanun kapsamındaki kuruluşların, bu Kanunda gösterilen merciler ile denetim görevlilerine ve mahkemelere verdikleri veya yayımladıkları belgelerdeki gerçeğe aykırı beyanlardan dolayı, bunları ve bunların düzenlenmesine esas teşkil eden her türlü belgeleri imza edenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve binbeşyüz günden az olmamak üzere adlî para cezası ile cezalandırılır.

B. SUÇUN UNSURLARI AÇISINDAN İRDELEME

1. Maddi Unsurlar

a. Suçun Faili

155. maddedeki suçun faili Bankacılık Kanunu kapsamındaki kuruluşların mensuplarıdır.[2] Bu nedenle suç özgü bir suçtur. Banka adına

2 Aksi görüş, Uğur Yiğit, Bankacılık Suçları, Yaydağ, İstanbul, 2006, s. 339. Yazara göre

imzaya yetkili olmasına rağmen belge veya belgeleri imzalamış bulunmayan kişiler suçun faili sayılamaz.[3] Bununla birlikte Kanun'da imza atacak kişi veya kişilerin açıkça belirlendiği durumlarda bunlar dışındaki kişiler fail sayılamaz. Örneğin Kanun'un 39. maddesinin 1. fıkrasında finansal raporları imzalayacak kişiler sayıldığından bu kişilerin dışındaki kişiler raporu imzalarlarsa bu suçun faili olamayacaklardır.[4]

Burada Kanun kapsamındaki kuruluşların neler oldukları üzerinde durmak gerekir. Bankacılık Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 2. maddesine göre kuruluşlar belirlenebilir.

Kapsam

Madde 2 — Türkiye'de kurulu mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları, yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri, finansal holding şirketleri, Türkiye Bankalar Birliği, Türkiye Katılım Bankaları Birliği, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bunların faaliyetleri bu Kanun hükümlerine tâbidir.

Kanun maddesinin lafzi yorumuna göre bankalar, finansal holding şirketleri, kuruluş birlikleri, kurum ve fon kuruluşlar arasında sayılabilir. Bununla birlikte Kanun'un 15., 33., 34., 35. maddeleri hükümleri gereğince bağımsız denetim, değerlendirme, derecelendirme ve destek hizmeti kuruluşlarının ve 93/I-a maddesi gereğince finansal kiralama, faktöring ve finansman şirketlerinin de Kanun kapsamındaki kuruluşlar arasında sayıldığı söylenebilir.[5] Burada belirtmek gerekir ki 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun "Kapsam" başlıklı 2. maddesinin 2. fıkrasına göre "Bankalarca yapılan faktoring işlemleri ile katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarınca yapılan finansal kiralama işlemleri bu Kanun hükümlerine tabidir". 6361 sayılı Kanun'da da gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçu düzenlendiğinden bankalarca yapılan faktöring işlemleri, katılım bankalarınca yapılan finansal kiralama işlemleri ve kalkınma ve yatırım bankalarınca yapılan finansal kiralama işlemleri ile ilgili olarak gerçekleşecek gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçunda Bankacılık Kanunu'nun 155. maddesi değil, 6361 sayılı Kanun'un 48. maddesi uygulanacaktır.[6]

---

imzalayanın, belgeyi veren veya yayımlayan kuruluşun görevlisi olması şart olmamakla birlikte aralarında vekalet akdi vb. hukuki ilişkiden doğan bir bağın olması gerekmektedir.

3 Sahir Erman, Bankacılık Suçları, İstanbul, 1984, s. 139.

4 Akın, Parlar, Hatipoğlu, Bankacılık Ceza Hukuku, Ankara, 2010, s. 176.

5 Yaşar Alıcı, Bankacılık Kanunu Şerhi, On İki Levha, İstanbul, 2017, s.2004.

6 Servet Taşdelen, Bankacılık Kanunu Şerhi, Adalet, Ankara, 2015, s. 1410.

Kanun'un 2. maddesinde de belirtildiği gibi BDDK ve TMSF bu kanun kapsamındaki kuruluşlar içerisinde yer alır. Aynı zamanda BDDK ve TMSF 'bu kanunda gösterilen merciler' ve 'bu kanunda gösterilen denetim görevlileri' içine de girmektedir. Kanunilik ilkesi gereğince kimlerin kimlere belge vereceği açıklıkla düzenlenmediğinden burada tuhaf bir durum oluşmaktadır.[7] Kurumun bir dairesinin mensubunun gerçeğe aykırı beyanı içeren belgeyi imzalayarak kurumun diğer dairesine vermesi durumunda bu suç oluşacak mıdır? Kanaatimizce burada da suçun gerçekleştiğinden bahsedilebilir. Zira BDDK'nin veya TMSF'nin bir mensubunun olası bir durumda mahkemeye gerçeğe aykırı beyanların bulunduğu bir belgeyi vermesi mümkündür. Diğer bir deyişle hükmün kurum veya fon için de geçerli olduğu durumlar mevcuttur.[8]

O halde 155. maddede düzenlenen gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçunun faili belgeleri imzalayan bankanın, şirketin, kuruluşun, kurumun veya fonun mensubu olabilir. İleride değineceğimiz üzere 'verme ya da yayımlama' eylemleri suçun cezalandırılabilme şartları olduğundan gerçeğe aykırı beyanları içeren belgeyi veren ya da yayımlayan kişinin fail olarak kabul edilmesi mümkün değildir.[9]

b. Suçun konusu

Gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçunun konusu yukarıda sayılan kanun kapsamındaki kuruluşların mensuplarının gerçeğe aykırı bir şekilde imzaladıkları her türlü belgedir.

5465 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesi kapsamındaki harcama belgesi, nakit ödeme belgesi, alacak belgesi; 37. madde kapsamındaki banka kartı, kredi kartı, kredi kartı veya üye işyeri sözleşmesi veya eki belgeler; 41. madde kapsamında istenen bilgi ve belgeler bu suçun konusu dışındadır.[10]

Bankanın açtığı veya kendi aleyhine açılan bir dava nedeniyle mahke-

7 Servet Taşdelen, a.e., s. 1408.

8 Aksi görüş, Servet Taşdelen, a.e., s. 1408. Yazara göre kamu kuruluşlarının görevlilerinin statüsü memur hukuku içerisinde aranmalıdır ve bir kamu kuruluşuna karşı işlenmesinin yaptırım altına alındığı suçta o kamu kuruluşunun görevlilerinin de aynı zamanda o suçun faili olması mümkün değildir. Uğur Yiğit, a.g.e., s. 337. Yiğit, Kanun'un bir bütün halinde değerlendirilmesi sonucunda Kanun kapsamındaki kuruluşlar arasında Kurum ve Fonu saymamıştır.

9 Aksi görüş, Uğur Yiğit, a.e., s. 340. Yazar gerçek dışı belgeleri verme ve yayımlama fiillerini suçun maddi unsurlarından saymakta fakat veren ya da yayımlayanın cezalandırılmadığı, cezasının imzalayana verildiğini eleştirmektedir. Veren ya da yayımlayan kişinin failliğini ceza anlamında faiillik saymayıp fiili gerçekleştiren anlamında faillik saymaktadır.

10 Uğur Yiğit, a.e., s. 333-334.

meye sunduğu iddialarını veya savunmalarını içeren dilekçeler bu madde kapsamında belge değildir.[11] Yani bu dilekçeler suçun konusunu oluşturamaz. Yine imzasız yazılar belge olarak kabul edilmeyecek, suça konu edilemeyecektir. Belgelerde yer almayan, gerçeğe aykırı sözlü beyanlar da bu hükmün kapsamı dışındadır.[12]

Bankacılık Kanunu'nun "Belgelerin Saklanması" başlıklı 42. maddesinde belgelerin asılları yanında sıhhatlerinden şüpheye mahal vermeyecek kopyalarının da saklanmasını kabul etmesi ve yine belgelerin mikrofilm, mikrofiş şeklinde veya elektronik, manyetik veya benzeri ortamlarda saklanmalarını mümkün kılması sebebiyle bunların da belge olarak kabul edilmesi gerekir.[13] Ayrıca cetvel, rapor, defter, karne ve bilanço belge kapsamındadır.[14]

(1) Asıl Belge

Doğrudan, eldeki verilerle düzenlenebilen veya asıl belgenin oluşturulması aşamasında asıl belgeye dayanak belgelerden yararlanılarak oluşturulan belgeler asıl belgelerdir. Bu suç açısından bir belgenin asıl belge olarak kabul edilebilmesi için belgenin imzalanmış olması, bu kanun kapsamındaki kuruluşlar tarafından kanunda gösterilen yerlere verilmeye ya da yayımlanmaya elverişli olması gerekmektedir.[15]

(2) Dayanak Belge

Asıl belgenin düzenlenmesine esas teşkil eden, ikincil, yardımcı, alt belgelerdir. Kanun maddesinde 'bunların düzenlenmesine esas teşkil eden her türlü belgeler' ifadesiyle dile getirilen bu tür belgelerdir. Dayanak belgenin suç teşkil edebilmesi için asıl belgenin bu belgeye dayalı olarak oluşturulması gerekmektedir. Ayrıca dayanak belgede de gerçeğe aykırı beyanlar bulunmalıdır. Asıl belge birden çok belgeye dayalı olarak hazırlanmış fakat asıl belgedeki gerçeğe aykırılığın kaynağı bu dayanak belge değilse bu dayanak belgeyi düzenleyen kişi açısından suç oluşmayacaktır.[16]

Dayanak belgelerin de imzalanmış olması gerekmektedir. Zira madde

---

11 Yaşar Alıcı, a.g.e., s.2005; Seza Reisoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi, Yaklaşım, Ankara, 2007, s. 1694.

12 Asuman Aytekin İnceoğlu, "5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nda Düzenlenen Suçların Değerlendirilmesi", Banka Hukuku: Atölye Çalışmaları II, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2008, s. 108. Seza Reisoğlu, a.g.e., s. 1693.

13 Taşdelen, a.g.e., s. 1411.

14 Uğur Yiğit, a.g.e., s. 335.

15 Uğur Yiğit, a.e., s. 336-337.

16 Uğur Yiğit, a.e., s. 339.

metninde açıkça "*bunların düzenlenmesine esas teşkil eden her türlü belgeleri imza edenler*" ifadesine yer verilmiştir. Bu açıdan imza atmamasına rağmen asıl belgenin oluşumu için sözlü bilgi veren kişilerin de sorumlu tutulmasına yönelik görüşe[17] katılmamız mümkün değildir.

c. Fiil

Suçun fiil unsurunu gerçeğe aykırı beyanları içeren belge veya belgeleri imzalamak oluşturmaktadır.[18] Burada el ile imza olabileceği gibi 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesindeki "Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur." hükmü gereğince elektronik imza da olabilir. Suçun oluşumu açısından imzalama eylemi yeterlidir, ayrıca bir zararın varlığı aranmayacaktır. Gerçeğe aykırı beyanları taşıyan belgeden dolayı kimse bir zarara uğramamış ya da genel bir zarar doğmamış olsa bile suç oluşacaktır.[19] Diğer bir değişle suçun doğuracağı sonuçlar bu suç açısından önemsizdir.

d. Netice

Her ne kadar bazı yazarlar, 155. maddede kanun koyucunun cezalandırmak istediği neticenin "merci, mahkeme veya kamuoyunun yanıltılması" olduğunu ve bu neticenin verme veya yayımlanma ile gerçekleştiğini[20] söyleseler de kanaatimizce buradaki netice değil bir cezalandırılabilme şartıdır. Bu sebeple suçun unsurları dışında kalan bir husus olarak unsurların incelenmesinden sonra cezalandırılabilme şartı başlığı altında bu hususa değinilecektir.

2. Manevi Unsur

Genel kastla işlenebilen bir suçtur, suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Kanun kapsamında sayılan kuruluşların mensuplarından biri dayanak belgedeki gerçeğe aykırı beyandaki imzaya güvenerek asıl belgeyi imzalarsa, yani dayanak belgede yer alan beyanların gerçeğe aykırı olduğunu bilmiyor ise burada kişinin suç işleme kastından bahsedilemez. Burada sadece gerçeğe aykırı beyanlar içeren, asıl belgeyi oluşturacağı bilinen dayanak belgeyi bilerek ve isteyerek imzalayanın sorumluluğuna gidilir.21 Asıl belgeyi imzalayan kişi dayanak belgede yer alan beyanların

17 Süheyl Donay, Bankacılık Ceza Hukuku, Beta, İstanbul, 2007, s. 79.

18 Karşı görüş, Uğur Yiğit, a.g.e., s. 333. Yazara göre imzalama başlıbaşına suç değildir, kullanma koşuluna bağlıdır.

19 Sahir Erman, a.g.e., s. 141.

20 Yaşar Alıcı, a.g.e., s. 2005.

21 Aksi görüş, Servet Taşdelen, a.g.e., s. 1413. Yazara göre suç icraidir fakat ihmali olarak da işlenebilir. Asıl belgenin imzalanması sırasında bu belgenin düzenlenmesine esas belgelerin yeterince incelenmemesi suçun oluşumu sonucunu doğurabilir. Bu durumda asıl belgeyi imzalayan kişinin de suçu ihmali hareketle işlediği söylenebilir.

gerçeğe aykırı olduğunu biliyor ise hem bu kişinin hem de dayanak belgeyi imzalayan kişinin sorumluluğu gündeme gelir.[22]

C. CEZALANDIRILABİLME ŞARTI

Gerçeğe aykırı beyanları içeren belgelerin ilgili merciler ile denetim görevlilerine veya mahkemelere *verilmesi veya yayımlanması* suçun neticesi değil cezalandırılabilme şartıdır.[23] Cezalandırılabilme şartı suçun tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş olmasına rağmen failin cezalandırılması için kanunun ayrıca aradığı ve gerçekleşmedikçe faile karşı yaptırımın uygulanamadığı objektif şartlardır.[24]

Cezalandırılabilme şartları açısından bir diğer görüş fiilin haksızlık oluşturma özelliğini taşımakla birlikte bu şartlar gerçekleşmediği sürece fiilin suç oluşturmadığı ve dolayısıyla kişiye ceza verme imkanının bulunmadığıdır.[25] Bu görüşe, cezalandırma şartlarını suçun unsurlarının dışında, bu unsurlardan bağımsız olarak saydığımız için katılmamız mümkün değildir. Cezalandırılabilme şartları fiil, netice gibi maddi unsurlardan bağımsız, failin cezalandırılabilmesi için gerekli şartlardır. Zira kanun koyucu suç siyasetine dayanan birtakım düşüncelerle failin cezalandırılması için birtakım şartların ayrıca gerçekleşmesini aramakta ve bunları adeta beklemektedir. Kanun koyucu bu gibi fiilleri cezalandırmak bakımından tereddütlü davranmakta ve ancak cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesi halindedir ki, bu tereddüdünü yenerek, faile ceza verilmesini kabul etmektedir.[26] Yani eylemin suç sayılması başka cezalandırılabilir olması başka şeydir.[27]

Gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçu açısından da imzalama eylemi ile suç gerçekleşmiş olur. Diğer bir değişle fiilin gerçekleşmesiyle suç oluşmuştur. Fakat bu fiilin yani gerçeğe aykırı beyanları içeren belgenin imzalanmasının cezalandırılabilmesi için mercilere, denetim görevlilerine veya mahkemelere verilmiş veya yayımlanmış olması gerekmektedir. Suç imzalama hareketiyle gerçekleşeceğinden, imzalama anı esas alınmalıdır.[28]

---

22 Yaşar Alıcı, a.g.e., s. 2007.

23 Asuman Aytekin İnceoğlu, a.g.e., s. 108.

24 Veli Özer Özbek ve diğerleri, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. bs., Seçkin, Ankara, 2016, s. 423.

25 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. bs., Seçkin, Ankara, 2018, s. 680.

26 Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Genel Kısım, Cilt: I, 14. bs., Beta, İstanbul, 1997, s.317-318.

27 Veli Özer Özbek ve diğerleri, a.g.e., s. 423-425.

28 Aynı görüş, Asuman Aytekin İnceoğlu, "Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 275. Aksi görüş, Alıcı, a.g.e., s. 2005.

Taşdelen, suçun oluşumunu iki safhaya ayırmıştır. Suçun birinci safhasının bir belgenin düzenlenip imzalanması, ikinci safhasının imzalanan belgenin yasadaki merci veya denetim görevlileri veya mahkemeler tarafından istenmesi veya failin olanlara vermesi veya yayımlanması olduğunu belirtmiştir.[29] Safhalara ayırma sonucunda çeşitli olasılıklar ortaya çıkmaktadır. İlk olasılıkta fail belgeyi bilerek ve isteyerek imzalamış fakat ikinci safhada veren veya yayımlayan görevli kastla hareket etmemiş olabilir. Bu durumda suç yine de gerçekleşmiştir. İkinci olasılıkta birinci safhada belgeyi imzalayan kişi kastla hareket etmemiş olmasına rağmen ikinci safhada belgenin gerçeğe aykırı beyanlar taşıdığını bilmesine rağmen belgeyi ilgili mercilere veren veya yayımlayan kişi kastla hareket etmiş olabilir. Üçüncü olasılıkta gerçeğe aykırı beyan içeren bir belge kasten düzenlenip imzalandığı halde yasada gösterilen merciler tarafından istenmediği ya da bunlara verilmediği ve yayımlanmadığı için suç tamamlanmış olmayacaktır. Son iki olasılıkta suçun manevi unsuru oluşmamaktadır.[30] Ancak kanaatimizce, 155. maddede düzenlenen suçun fiil unsurunu "imzalamak" eylemi oluşturduğundan ve "vermek veya yayımlamak" eylemleri cezalandırılabilme şartı olduğundan yazarın suçu iki safhaya ayırması isabetsizdir. Verme veya yayımlama eylemleri cezalandırılabilme şartları olduğundan üçüncü olasılıkta suç imzalama eylemi ile oluştuğundan suçun oluştuğu kabul edilmelidir fakat cezalandırılabilme şartları gerçekleşmediğinden suç cezalandırılamayacaktır. İkinci olasılıkta ise cezalandırılabilme şartları gerçekleşmiştir fakat suçun manevi unsuru olan kast olmadığından suç oluşmayacaktır.

D. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs ve İştirak

Objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre objektif cezalandırılabilme şartları suçun yapısında haksızlık ve kusurluluk alanının dışında kalmaktadır. Dolayısıyla haksızlık alanıyla ilgili olmayan objektif cezalandırılabilme şartlarının, haksızlık alanıyla ilgili bir konuyu engellemesi, yani suçu teşebbüse elverişsiz hale getirmesi mümkün değildir.[31] Bir diğer görüş cezalandırılabilme şartları içeren suçlarda suça teşebbüsün mümkün olmadığını kabul etmektedir.[32] Kanaatimizce objektif cezalandırma şartı

29 Aynı görüş, Uğur Yiğit, a.g.e., s. 333.

30 Servet Taşdelen, a.g.e., s. 1413.

31 Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2018, s. 353.

32 Asuman Aytekin İnceoğlu, "5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nda Düzenlenen Suçların Değerlendirilmesi", Banka Hukuku: Atölye Çalışmaları II, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2008, s. 109.

taşıyan suçlarda teşebbüs söz konusu olabilir. Burada cezalandırılabilme şartlarının varlığı halinde teşebbüsün gerçekleşip gerçekleşmediğini anlamak için Artuk ve Alşahin'in ayrımlarına bakılabilir:

Objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suçlara teşebbüsün gerçekleşip gerçekleşmemesi konusunda dört farklı ayrım yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Birinci ihtimalde, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suç tüm unsurları ile gerçekleşmiş, buna karşılık objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmemişse, teşebbüs söz konusu olmaz ve fail cezalandırılmaz. İkinci ihtimalde, icra hareketleri kısımlara ayrılabilen ve objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bir suçta fail suçun icra hareketlerini tamamlayamamış ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmişse, failin cezai sorumluluğu belirlenirken teşebbüs hükümlerinin dikkate alınması gerekecektir. Üçüncü ihtimalde, icra hareketleri kısımlara ayrılabilen ve objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden bir suçta fail suçun icra hareketlerini tamamlayamamış, aynı zamanda objektif cezalandırılabilme şartı da gerçekleşmemişse, teşebbüs söz konusu olmayacak ve fail cezalandırılmayacaktır. Dördüncü ihtimalde, objektif cezalandırılabilme şartı ihtiva eden suç hem tüm unsurları ile gerçekleşmiş hem de objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmişse teşebbüs söz konusu olmayacak ve fail tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılacaktır.[33]

Bu ayrımdan hareketle gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçu açısından suçun icrai hareketlerinin kısımlara ayrılıp ayrılamayacağı incelenmelidir. Suçun icrai hareketi yasadaki yerlere verilmesi veya yayımlanması muhtemel belgelerin imza edilmesidir. Bu suçun icrai hareketinin kısımlara ayrılması mümkün değildir. Sırf hareket suçu niteliğinde olan bu suçun teşebbüse elverişli olmadığı söylenebilir.

Belgelerin birden fazla kişi tarafından düzenlenip imzalanmış olması halinde suça iştirakten söz edilebilir.[34] Kanun'un açıkça imza yetkisi verdiği kişiler dışındaki kişilerin belgeleri imzalaması durumunda, Kanun kapsamındaki kuruluşlarla aralarında vekalet akdi vb. bir hukuki ilişki de varsa bu kişilerin suça yardım eden veya azmettiren konumunda suça iştirak edebilecekleri söylenebilir.[35]

---

33 Mehmet Emin Artuk, Mehmet Emin Alşahin, "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı", T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt: 19, S: 2, Beta, İstanbul, 2013, s.22-23.

34 Taşdelen, a.g.e., s. 1414.

35 Akın, Parlar, Hatipoğlu, a.g.e., s. 176.

E. YAPTIRIM

Gerçeğe aykırı beyanda bulunma suçunda hapis ve para cezası bir arada öngörülmüştür. Hapis cezası bir yıldan üç yıla kadardır. Adli para cezası "*binbeşyüz günden az olmamak üzere*" uygulanacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesinin birinci fıkrasına göre adli para cezasının alt limiti beş gün, üst limiti ise aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz gündür. Bankacılık Kanunu'nun 155. maddesinde düzenlenen bu suçta öngörülen cezanın alt sınırı bin beş yüz gündür ve bir üst limit belirtilmemiştir. Burada Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesinin birinci fıkrasına göre üst limiti yedi yüz otuz gün kabul etme imkanı da bulunmamaktadır. Bu durumda adli para cezasının üst sınırını hakim takdir edecektir. "*Binbeşyüz gün*" ifadesini adli para cezasının üst sınırı kabul eden görüşe bu açıdan katılmamız mümkün değildir.[36] Adli para cezasının üst sınırının belirlenmemiş olması suçta ve cezada belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.[37]

İKİNCİ BÖLÜM

İŞLEMLERİN KAYIT DIŞI BIRAKILMASI VE GERÇEĞE AYKIRI MUHASEBELEŞTİRME

(BANKACILIK KANUNU M. 156)

A. GENEL OLARAK

Bankacılık Kanunu'nun 156. maddesinde işlemlerin kayıt dışı bırakılması, işlemlerin gerçek mahiyetlerine uygun düşmeyecek bir şekilde muhasebeleştirilmesi, mutabakat sağlanmadan bilançonun kapatılması suçları ve bağımsız denetim kuruluşu görevlilerinin sorumluluğu düzenlenmiştir.

İşlemlerin kayıt dışı bırakılması ve gerçeğe aykırı muhasebeleştirme

Madde 156 — Bu Kanun kapsamındaki kuruluşların işlemlerinin kayıt dışı bırakılmasından, gerçek mahiyetlerine uygun düşmeyen bir şekilde

36 Asuman Aytekin İnceoğlu, "Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 285. Yazara göre hükümde para cezasının alt limiti gösterilmemiş ise de bu husus suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihmal etmemektedir. Zira, Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesi uyarınca, bu hükümde öngörülmüş olan para cezasının alt limiti beş gün olarak kabul edilecektir.

37 Adem Sözüer, "Yeni Bankacılık Kanunu'nda Suçlar", Hukuki Perspektifler Dergisi, S.5, İstanbul, Aralık 2005, s. 174. Yazara göre suçun işlenmesinden dolayı hükmedilecek adli para cezası ancak bin beş yüz gün olabilir. Aynı yönde görüş, Donay, a.g.e., s. 81. Donay da verilecek adli para cezasının bin beş yüz gün ile sınırlı olduğu görüşündedir. Yazara göre burada bir ifade hatası vardır ve 'bin beş yüz güne kadar' kavramının kullanılması gerekmektedir.

muhasebeleştirilmesinden, kanunî ve yardımcı defter ve kayıtları, şubeleri, yurt içi ve yurt dışındaki muhabirleri ile hesap mutabakatı sağlanmadan yıl sonu bilançolarını kapatmalarından dolayı, bunları ve bunların düzenlenmesine esas olan her türlü belgeleri imza edenler bir yıldan üç yıla kadar hapis ve binbeşyüz günden az olmamak üzere adlî para cezası ile cezalandırılır. Gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğini bildiği halde bu belgeleri onaylayan bağımsız denetim kuruluşu görevlileri de aynı şekilde cezalandırılır.

Sözlük anlamı hesaplaşma, karşılıklı hesap görme, hesap işleriyle uğraşma, hesapların bütünü, hesap işlerinin yürütüldüğü yer, saymanlık olan muhasebe; işletmelerin iktisadi etkinlikleri sonucu ortaya çıkan, varlıkları ve yükümlülükleri üzerinde değişme yaratan mali nitelikli işlemlere ilişkin bilgileri kaydetme, sınıflandırma, özetleme, çözümleme ve yorumlama ilke ve yöntemleridir. Bankacılık muhasebesi ise mevduat toplama, kredi verme, türev ürünler ve bankacılık hizmetleri dolayısıyla genel müdürlük ile şubelerde ortaya çıkan işlemlerin Tekdüzen Hesap Planına uygun bir şekilde kayıt altına alınması şeklinde tanımlanabilir.[38]

Tüm ekonomiyi etkileyen bir sektör olan bankacılık sektörünün düzen içinde işlemesi; bankaların dürüstlük, tarafsızlık, güvenilirlik, saydamlık ilkelerine bağlılık içerisinde hareket etmesi gerekmektedir. Böylelikle tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatleri sağlanarak adil bir bankacılık düzeni yaratılacak, mali piyasalarda güven ve istikrar, toplumda yarar sağlanacaktır. Tüm bunların sağlanması için de bankaların muhasebe ve raporlama sistemlerine özen göstermeleri gerekmektedir. Kanun koyucu da bu doğrultuda Bankacılık Kanunu'nun 37. maddesinde bankaların Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun ve kuruluş birliklerinin görüşü alınmak suretiyle Kurulca belirlenecek usul ve esaslara uygun olarak muhasebe sistemlerinde tek düzeni uygulamak; Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunca yayımlanan muhasebe ve finansal raporlama standartlarına uygun olarak tüm işlemlerini gerçek mahiyetlerine uygun surette muhasebeleştirmek ve finansal raporlarını bilgi edinme ihtiyacını karşılayabilecek biçim ve içerikte, anlaşılır, güvenilir ve karşılaştırılabilir, denetime, analize ve yorumlamaya elverişli, zamanında ve doğru şekilde düzenlemek zorunda olduklarını hükme bağlamıştır. Muhasebe ve raporlama sisteminin etkin, güvenli ve düzenli bir şekilde işlemesi için Bankacılık Kanunu'nun 156. maddesinde sayılan eylemlere aykırılıklar suç olarak düzenlenmiştir.

38 Cemal İbiş, Özgür Çatıkkaş, Neşe Çoban Çelikdemir, Banka Muhasebesi İlkeler ve Uygulamalar, Türkiye Bankalar Birliği, İstanbul, 2018, s. 73.

B. İŞLEMLERİN KAYIT DIŞI BIRAKILMASI

Bankacılık Kanunu'nun 156. maddesinde düzenlenen suçlardan ilki işlemlerin kayıt dışı bırakılmasıdır. Kanun metninde "işlemlerin kayıt dışı bırakılması" ifadesi cümle sonunda "bunları ve bunların düzenlenmesine esas olan her türlü belgeleri imza edenler" ifadesiyle tamamlanmıştır. Burada başarısız bir kanun maddesi yazımı vardır. Zira işlemlerin kayıt dışı bırakılması imza edilebilir bir belge mahiyetinde değildir, imza edilecek bir belge bulunmamaktadır.[39] Yani bir belgenin değil bir davranışın imzalanması şeklinde tuhaf bir anlam çıkmaktadır.[40] Bu nedenle "bunları ve bunların düzenlenmesine esas olan her türlü belgeleri imza edenler" ifadesinin bu suçla bir ilgisi yoktur.[41] Yiğit, mantık kurallarına aykırı yazımı nedeniyle işlemlerin kayıt dışı bırakılması suçunun işlenemez suç olduğu görüşündedir.[42]Bankacılık Kanunu'nun 160. maddesinin gerekçesinde bu suçun madde metnine alınma amacı açıklanmıştır:

"Maddenin birinci fıkrası ile esasen önceki gerçeğe aykırı beyanda bulunmak ile işlemlerin kayıt dışı bırakılması ve gerçek mahiyetlerine aykırı şekilde muhasebeleştirilmesine ve hesap uygunluğu sağlanmadan bilançolann kapatılmasına ilişkin maddelerde yer alan fiillere ilişkin boşluğun doldurulması amaçlanmıştır. Örneğin işlemler, kendilerinin herhangi bir iştiraki olmaksızın, görevli kişilere bilgi ulaştınlmaması nedeniyle kayıt dışı kalabilmektedir. Bu durumda yukandaki suçlarda öngörülen netice doğmasına rağmen kasten bu neticenin oluşmasına neden olan şahıslar cezalandınlamamaktadır. Madde ile bu boşluk doldurulmuştur. Maddeyle ihdas edilen suç için öngörülen müeyyide netice açısından benzerlik nedeniyle belirtilen iki madde ile aynı olarak belirlenmiştir."

Kanaatimizce kanun koyucunun boşluk doldurma amacıyla hareket ettiği bu maddede, işlemlerin kayıt dışı bırakılması suçu işlenebilir bir suç değildir.[43] Bunun sebebi kanun koyucunun neticeyi bir suç olarak göstermiş olmakla birlikte, bu suç açısından maddi unsurların belirsiz olmasıdır. Kanun maddesiyle kanun koyucu, banka işlemlerini yapmakla yetkili kişinin, yaptığı işlemi kayıt altına geçirmemesi sonucu madde metninde sayılan diğer suçların meydana gelmesinden hareketle, meydana

39 Adem Sözüer, a.g.m., s. 173.

40 Uğur Yiğit, a.g.e., s. 353.

41 Yaşar Alıcı, a.g.e., s. 2011.

42 Uğur Yiğit, a.g.e., s. 354.

43 İşlenemez Suç: Eğer, failin kastettiği netice, kanunda suç olarak gösterilmiş bulunmakla beraber, harekete içkin bir elverişsizlik yahut hareketin maddî mevzuunun (= oggetto materiale dell'azione) yokluğu sebebiyle gerçekleşememişse, söz konusu olan durum bir işlenemez suçtur. Uğur Alacakaptan, İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, t.y, s. 9.

gelen bu suçlarda sorumluluğu bulunan fakat önceki kanunlarda hüküm bulunmaması sebebiyle ceza verilemeyen bu kişileri cezalandırmak istemektedir. Söz gelimi, banka işlemini yerine getiren bir banka personelinin bunu kayıt altına alması gerekmektedir. Zira bankacılık sektöründe yapılan tüm işlemlerin kayıt altına alınması finansal raporların hazırlanma sürecinde önem arz etmektedir ve yine muhasebeleştirme için bu işlem kayıtlarından yararlanılır. Kişinin burada yapmakla yükümlü olduğu işi yapmaması, kayıt altına alması gereken işlemi kayıt altına almaması bu suçun faili olabileceği düşüncesine sebep olabilir. Ama ne var ki fail ile suç arasında uygunluk tam değildir. Zira işlemin imza edilmesi söz konusu değildir.[44] Bankacılık işlemleri çoğunlukla tek bir imzayla yapılan, basit işlemler değillerdir. Bir banka işlemi imzalanıp muhasebe birimine ulaştırıldığında muhasebe birimindeki kişilerce kayıt altına alınmazlarsa burada işlemin kim tarafından yapıldığı dahi anlaşılamayacaktır. Bu da suç ile kimin cezalandırılacağı açısından bir belirsizlik yaratmaktadır. Doktrinde banka görevlisi olmayan bir kişinin de teorik olarak bu fiili işleyebileceğini mümkün gören bir görüş[45] de vardır. Bu görüş kabul edilirse bu belirsizliğin alanının artacağı söylenebilir.

Hangi banka işlemlerinin kayıt altına alınacağına dair bir kesinlik de bulunmamaktadır. Madde metninde hangi işlemlerin kayıt altına alınacağı belirtilmediğinden başta banka olmak üzere diğer kuruluşların Bankacılık Kanunu kapsamında olmayan işlemleri dışında, "işlem" niteliğinde yaptıkları bütün faaliyetlerin kayda geçirilmesi gerektiğini söyleyen görüşle birlikte[46] bankaların faaliyet konularının dışında kalan (örnek olarak yemekhaneye yiyecek-içecek alımı) işlemlerin de kayıt altına alınması gerektiğini söyleyen, aksi durumun çeşitli suiistimallere yol açacağını belirten bir görüş de vardır.[47]

Hükmün suç ve cezada belirlilik ilkesine aykırı olduğunu belirtmek gerekir. Doktrinde madde metninden çıkan anlam konusunda birlik yoktur. Suçun nasıl işleneceği, fiil unsurunun ne olduğu, failin nasıl ortaya çıkacağı açık değildir. Suç ve ceza içeren hükümlerin suçun unsurları ile açık ve seçik olması; hangi davranışın suç oluşturduğunun ve bunlar için öngörülen yaptırımların nelerden ibaret olduğunun herkesin anlayabileceği açıklıkta olması gerekir. Belirlilik ilkesi TCK'nın 2. maddesinde:

44 Servet Taşdelen, a.g.e., s. 1418.

45 Asuman Aytekin İnceoğlu, "5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nda Düzenlenen Suçların Değerlendirilmesi", Banka Hukuku: Atölye Çalışmaları II, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2008, s. 110.

46 Selam Dursun, Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara, 2006, s. 265.

47 Asuman Aytekin İnceoğlu, a.g.e., s. 111.

"Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz." şeklinde ifade edilmiştir.[48] Belirlilik ilkesine riayet edilmemesi, kanunilik ilkesini işlevsiz kılar.[49] Kanunilik ilkesinin işlevsiz kılınması da kişiye suçtan ceza verilemeyeceği ve güvenlik tedbiri uygulanamayacağı anlamına gelmektedir.

İşlemlerin kayıt dışı bırakılması suçu işlenemez suç olarak kabul edildiğinden incelemeye madde metninde düzenlenen diğer suç tipleriyle devam edilecektir.

C. İŞLEMLERİN GERÇEK MAHİYETLERİNE UYGUN DÜŞMEYECEK BİR ŞEKİLDE MUHASEBELEŞTİRİLMESİ

Suçun faili işlemlerin gerçek mahiyetlerine uygun düşmeyecek bir şekilde muhasebeleştirilmesine sebep olan her türlü belgeleri imzalayan kişilerdir. Muhasebeleştirme işi herkesin yapma yetkisinin olduğu bir iş olmadığından, suç da özgü bir suçtur. Suç, yanlış muhasebeleştirmeye bilerek ve isteyerek sebep olan kişiler tarafından, yani genel kastla işlenebilir. Suç gerçeğe aykırı muhasebeleştirmede esas alınan veya düzenlenme aşamasında kullanılan belgeleri imza etmeyle gerçekleşecektir. İmzanın atılması ile suç oluşur, bu nedenle şekli suçtur; zarar şartı aranmadığından tehlike suçudur.[50] Suçun fiil unsurunun gerçekleşmesi için belgelerin imzalanması gerektiğinden bugün muhasebeleştirme işlemlerinin büyük oranda elektronik ortamda yapıldığını göz önüne alarak her zaman için imzalanacak bir belgenin mevcut olmadığını belirten ve gerçeğe aykırı muhasebeleştirme suçunun fiil unsurunu imzalamakla sınırlandırmayan görüşe[51] katılmamız mümkün değildir. Kanaatimizce madde metnini bu konuda açıkça kabul etmek gerekir. Suçun konusu olan belgelerin imzalanmış olması gerekmektedir. Aksi belirlilik ilkesine aykırılık meydana getirecektir.

Suçun oluşabilmesi için imzalanan belgelerdeki muhasebeleştirme kayıtlarının gerçeğe uygun olmaması gerekmektedir. Muhasebeleştirme prosedürlerine uygun olmaması durumunda bu suç oluşmayacaktır.[52] Yani

48 Neslihan Göktürk, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmez, Ceza Hukukuna Giriş, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir, 2012, s. 10.

49 Muhammed Emre Tulay, "Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması Ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu", T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt: 22, S. 3, Beta, İstanbul, 2016, s. 2718.

50 Yaşar Alıcı, a.g.e., s. 2014.

51 Asuman Aytekin İnceoğlu, "Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 294.

52 Uğur Yiğit, a.g.e., s. 371.

muhasebeleştirme prosedürlerine aykırı, usul yönünden hatalı düzenlenmiş belgeler işlemlerin gerçek mahiyetlerine uygun bilgiler ihtiva ediyorsa suç oluşmayacaktır. Burada sadece idari ceza gündeme gelecektir.

D. MUTABAKAT SAĞLANMADAN BİLANÇO KAPATMA SUÇU

Banka finansal raporlarından biri olan bilanço, bankanın belirli bir tarihteki iktisadi ve mali durumunu yansıtan, varlıklarını, borçlarını ve özkaynaklarını, aktif ve pasif hesaplar şeklinde gerçeğe uygun ve doğru bir biçimde gösteren tablodur.[53] Hesap mutabakatı ise bankaların muhabirler nezdindeki hak, alacak ve borçları ile, muhabirlerin banka nezdindeki hak, alacak ve borçlarının teyit edilmesi ile sağlanır. Teyit yazılı olarak yapılır.[54]

Bankacılık Kanunu'nun 39. maddesinin birinci ve ikinci cümlesine göre;

Finansal raporların imzalanması, sunulması, ilânı ve denetimi

Madde 39 — Bankalar tarafından hazırlanan finansal raporlardan Kurulca belirlenecek olanların, yönetim kurulu başkanı, denetim komitesi üyeleri, genel müdür ile finansal raporlamadan sorumlu genel müdür yardımcısı ve ilgili birim müdürü veya bu unvanlara eşdeğer kişiler tarafından ad, soyad ve unvan belirtilmek suretiyle finansal raporlamaya ilişkin düzenlemelere ve muhasebe kayıtlarına uygun olduğu belirtilerek imzalanması zorunludur. İmza yükümlülüğü, Türkiye'de şube açmak suretiyle faaliyette bulunan bankalarda müdürler kurulu üyelerince yerine getirilir.

Mutabakat sağlanmadan bilanço kapatma suçunda fail[55] öncelikle yönetim kurulu başkanı, denetim komitesi üyeleri, genel müdür ile finansal raporlamadan sorumlu genel müdür yardımcısı ve ilgili birim müdürü veya bu unvanlara eşdeğer kişiler; Türkiye'de şube açmak suretiyle faaliyette bulunan bankalarda müdürler kurulu üyeleri olacaktır. Bu kişiler dışında imza atanlar bu suçun faili olamayacaktır. Bu bakımdan özgü ve çok failli bir suçtur.

Suç bilançonun mutabakat sağlanmadan imzalanması ile oluşacaktır. Burada ihmal suretiyle icra edilen bir hareket mevcuttur. Madde metnin-

53 Cemal İbiş, Özgür Çatıkkaş, Neşe Çoban Çelikdemir, a.g.e., s. 93.

54 Yaşar Alıcı, a.g.e., s. 2015.

55 Selman Dursun, a.g.e., s. 271. Dursun, 3182 sayılı Kanun'da bu suçun failine ilişkin olarak yer alan "bankacılık işlerini fiilen yöneten mensuplar" deyiminin ve daha somut olarak, bilançonun hesap uygunluğu sağlanarak kapatılması işini fiilen yöneten, gerçekleştiren görevliler ifadesinin, bu suçun failini belirtme açısından daha uygun olduğu ve yürürlükteki Kanun'da fail olarak soyut bir şekilde belgeleri imza eden kişilerin gösterilmesinin yerinde olmadığı görüşündedir.

de yer alan "bilanço kapatma" eylemi bir icrai suç olsa da suçun "hesap uygunluğu sağlanmaması" şeklinde bir ihmali hareketle gerçekleştirilmesi sebebiyle ihmal suretiyle icra edilen bir suç ortaya çıkmaktadır.[56] Genel kastla işlenebilen bir suçtur.

Mutabakat sağlanmadan bilanço kapatma suçu açısından mutabakatın kesin bir mutabakat olup olmaması noktasında doktrinde tartışmalar vardır. Burada kesinlikten kasıt madde metninde sayılan kanun kapsamındaki kuruluşların kanunî ve yardımcı defter ve kayıtları, şubeleri, yurt içi ve yurt dışındaki muhabirleri topyekûn olarak bir hesap mutabakatı sağlanıp bilançonun kapatılmasıdır. Kanaatimizce hesap mutabakatının kesin olması gerekmektedir. Örneğin bilanço kapatılacakken bankaların yurt dışındaki muhabirleriyle bir iletişim sorunu yaşayarak yurt dışı muhabirlerinin en son yolladıkları, yılsonu bilançosunun kapatılması için kesin nitelikte olmayan belgeleri kabul ederek bilançoyu kapatmaları durumunda mutabakatın kesinliğinden söz edilemeyecektir. Burada mutabakat sağlanmadan bilanço kapatma suçu gündeme gelebilecektir.[57]

İhmal suretiyle icra suçlarına teşebbüs doktrinde kabul edilmektedir. İhmal suretiyle icra suçlarında da bir netice bulunduğuna göre, teşebbüs bakımından bir sorun bulunmamaktadır. İcra suçlarında neticeyi icrai bir davranış meydana getirirken ihmal suretiyle icra suçlarında icrai davranışın yerini ihmali bir davranış almaktadır.[58] İhmal suretiyle icra suçlarına teşebbüs her ne kadar mümkün olsa da mutabakat sağlanmadan bilanço kapatma suçunda, suçun sonucu harekete bitişik olduğundan bu suçun teşebbüse elverişli olmadığı söylenebilir.

E. BAĞIMSIZ DENETİM KURULUŞU GÖREVLİLERİNİN SORUMLULUĞU

Gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğini bildiği halde muhasebe bilgilerini veya bilançoyu içeren belgeleri onaylayan denetim görevlilerinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Suçun faili bağımsız denetim kuruluşu görevlileridir.

---

56 Selman Dursun, a.g.e., s. 271. Aksi görüş, Asuman Aytekin İnceoğlu, a.g.e., s. 295. İnceoğlu, suçun hem ihmali bir hareket olan hesap uygunluğunun sağlanmaması, hem de icrai bir hareket olan bilanço kapatma ile işlendiğini; hem icra, hem de ihmal hareketler içeren bu suçun karma hareketli bir suç olduğunu belirtmektedir.

57 Selman Dursun, a.g.e., s. 272. Yazara göre kesin uygunluğun sağlanamamaması, tipe uygun eylemden ziyade kusurluluk konusuyla ilgili bir durum görünümü arz etmektedir. Auman Aytekin İnceoğlu, a.g.e., s. 297. İnceoğlu da günümüzde bilgisayar üzerinden iletişimin hızlanmış olduğundan bahisle postada gecikme yaşanamayacağını belirtmekte ve hükmün kesin bir hesap uygunluğu olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır.

58 Önder Tozman, "İhmal Suçlarında Teşebbüs Ve Gönüllü Vazgeçme", TBB Dergisi, S. 84, Ankara, 2009, s. 166.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İNCELENEN SUÇLARDA KOVUŞTURMA USÛLÜ

A. YAZILI BAŞVURU VE MÜDAHALE (BANKACILIK KANUNU M. 162)

Yazılı başvuru ve müdahale usulü Bankacılık Kanunu'nun 162. maddesinde düzenlenmiştir.

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 ıncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturmalar Kurumun veya Fonun yazılı bildirimi üzerine veya gecikilmesinde 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.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesine göre Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Bankacılık Kanunu'ndaki bu maddeyle CMK'nın 160. maddesinden farklı bir usul uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre Cumhuriyet savcısı her ihbarla veya suçun işlendiği izlenimini edindiği herhangi bir durumda doğrudan kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar veremeyecektir. Soruşturma ve kovuşturma yapılması Bankacılık Kanunu kapsamındaki suçlarda Kurum (BDDK) veya Fon (TMSF)'un yazılı başvuruda bulunmasına bağlanmıştır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir. Ceza davasının açılabilmesi için bulunması gerekli olan şartlarla, mahkemenin yargılama yapabilmesi için bulunması gerekli olan şartların hepsine ceza muhakemesinin şartları denir.[59] Söz konusu şartlar bir diğer yönüyle muhakeme engeli olarak da nitelenebilir.[60]

59 Bahri Öztürk, v.d., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. b.s., Seçkin, Ankara, 2017, s. 44.

60 Veli Özer Özbek, v.d., Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. b.s., Seçkin, Ankara, 2017, s. 105.

Bu düzenlemenin nedeni bankacılıkla ilgili suçların değerlendirilebilmesinin özel bilgi ve uzmanlık gerektirmesidir; bankaların güven ve itibar müesseseleri olmaları ve hassas ve kırılgan bir yapıya sahip olmalarıdır.[61] Her ihbar üzerine savcılığın harekete geçtiği varsayımında bankalara duyulan güvenin ve itibarın azalacağı söylenebilir.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Teşkilat Yönetmeliği'nin 7. maddesinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun görev ve yetkileri düzenlenmiş olup, kurulun görevleri arasında "Kanun ve ilgili diğer mevzuat uyarınca kuruluşların mensupları ve ilgili kişiler hakkında adlî ceza uygulanması için suç duyurusunda bulunulmasına" ifadesiyle suç duyurunda bulunulması sayılmıştır. Buna göre Kurumun suç duyurusunda bulunabilmesi için Kurul kararı gerekmektedir. Fon açısından suç duyurusunda bulunulma yetkisi kurul kararına bağlanmamıştır. Buna göre Fon başkanı, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Teşkilat Yönetmeliği'ne göre gerekli durumlarda Hukuk İşleri Daire Başkanlığı ve I. Tahsilat Daire Başkanlığı suç duyurusunda bulunabilecektir.

Kanunda hem soruşturma hem de kovuşturma için muhakeme şartı öngörüldüğünden savcılık Kanun'da yazılı suçların işlendiğini başvuru üzerine veya resen öğrense bile soruşturmaya başlayamaz. Durumu ilgilisine göre Kurum veya Fona bildirmeli ve bunların başvurusunu beklemelidir.[62] Bu kuralın istisnaları bulunmakla birlikte incelediğimiz suçlar açısından bir istisna bulunmamaktadır. Soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi hem 155. hem de 156. maddedeki suçlar açısından Kurum veya Fonun yazılı başvurusuna bağlıdır. Buradaki yazılı başvuru müracaat niteliğinde olup, müracaat kural olarak süreye bağlı değildir ve geri alınabilir.[63] Kanun'un 162. maddesinde de herhangi bir süreye yer verilmemiştir. Süreyle ilgili bir sınıra yer verilmediği için örneğin Kurul 2005 yılında gerçekleşen bir suç için 2010 yılında yazılı başvuruda bulunabilecektir. Bu durum kovuşturma mecburiyeti ilkesine[64] aykırılık yaratmaktadır. Böyle bir davranış tazminat ve ceza sorumluluğunu ortaya çıkarabilecektir.[65]

61 Yaşar Alıcı, a.g.e., s. 2075.

62 Yaşar Alıcı, a.e., s.2076.

63 Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 8. b.s., Seçkin, Ankara, 2017, s. 66.

64 Kovuşturma mecburiyeti ilkesi: Bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, bu fiilleri takibe yetkili makamlar tarafından derhal hazırlık soruşturmasına başlanmasını, bunun neticesinde, ceza veya emniyet tedbiri gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli emareler teşkil edecek vakıaların bulunması yani şüphelerin ciddi olduğunun tespit edilmesi ve dava şartlarının gerçekleşmiş olması durumunda yetkili makam tarafından kamu davasının açılmasını, nihayet açılan kamu davasının, muhakeme sonuçlanıncaya kadar savcılıkça yürütülmesini ifade eden ilkeye denir. Hüsamettin Uğur, "Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine", TBB Dergisi, S. 73, Ankara, 2007, s. 257.

65 Bahri Öztürk, a.g.e., s.56.

Maddede yazılı başvuru üzerine yapılan soruşturmalar neticesinde açılacak kamu davasında Kurum veya Fonun müdahil (katılan) sıfatıyla kamu davasına katılacağı hüküm altına alınmıştır. Kurum veya Fonun müdahil sıfatını kazanmasında zarar görme koşulu aranmayacaktır. Mahkeme başkanı veya yargıcın katılmaya ilişkin başvurunun kabulü yönünde bir kararına ihtiyaç duyulmayacaktır. Zira maddede "başvuru tarihinde" bu sıfatın kazanılacağı ifade edilmiştir.[66] Burada müdahalenin amacı davanın kamu adına izlenmesidir.[67]

Birinci bölümde gerçeğe aykırı beyanda bulunmak suçu açısından Kurum veya Fonun mensuplarının da suçun faili olabileceklerini belirtmiştik. Buna göre Kurum veya Fonun mensuplarının işledikleri suçlar hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması Bankacılık Kanunu'nun 104. ve 127. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler fail açısından da muhakeme şartı oluşturmaktadır.[68] 104. ve 127. maddelerin ikinci fıkralarına göre soruşturma izni verilmesi için ön koşul olarak özel kastın varlığı aranmaktadır.[69] Bu kişilerin kendilerine veya üçüncü kişilere çıkar sağlamak veya Kuruma ya da Fona ya da üçüncü kişilere zarar vermek kastıyla hareket ederek bu işlemler sonucunda kendilerine veya üçüncü kişilere çıkar sağlamış olmaları hususunda açık ve yeterli emarelerin olması gerekir.

B. İTİRAZ VE BİLDİRİM (BANKACILIK KANUNU M. 163)

İtiraz ve bildirim usulü Bankacılık Kanunu'nun 163. maddesinde düzenlenmiştir.

---

66 Selman Dursun, "Yeni Bankacılık Kanununda Yer Alan Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hükümleri", Ceza Hukuku Dergisi, S: 4, Ağustos 2007, s. 270.

67 Servet Taşdelen, a.g.e., s. 1487.

68 Kurul üyeleri ile Kurum personelinin cezaî ve hukukî sorumluluğu

Madde 104 — Kurul Başkan ve üyeleri ile Kurum personelinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalar, Kurul Başkan ve üyeleri için ilişkili Bakanın, Kurum personeli için ise Başkanın izin vermesi kaydıyla genel hükümlere göre yapılır. Kurul üyeleri ile Kurum personelinin iştirak hâlinde işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalarda Kurum personeli hakkında soruşturma izni verme yetkisi ilişkili Bakana aittir.

Fon Kurulu üyeleri, Fon personeli, Fonun atadığı veya Fonu temsilen seçilen yöneticilerin, iflas idare memurlarının ve Fon personelinin sorumlulukları

Madde 127 — Fon Kurulu Başkanı ve üyeleri ile Fon personelinin, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalar, Fon Kurulu üyeleri için ilişkili Bakanın, Fon personeli için ise Fon Kurulu Başkanının izin vermesi kaydıyla genel hükümlere göre yapılır. Fon Kurulu üyeleri ile Fon personelinin iştirak hâlinde işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin soruşturmalarda Fon personeli hakkında soruşturma izni verme yetkisi ilişkili Bakana aittir.

69 Ali Parlar, İstinaf ve Yargıtay Emsal Kararlarıyla Bankacılık Suçları, Aristo, İstanbul, 2017, s. 203.

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.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 172. maddesine göre kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın verilmesinden sonra bu karar suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilir. Bankacılık Kanunu'nda ise kanun koyucu kovuşturmaya yer olmadığına dair verilen kararda, kararın ilgilisine göre ya Kuruma ya da Fona ve ilgili bankaya tebliğ edileceğini belirterek farklı bir yol izlemiştir. Kurum, Fon veya ilgili banka karara itiraz edebilecektir. Bunlar tarafından yapılacak itirazda "suçtan zarar görme şartı" aranmayacaktır.[70]

C. ÖZEL GÖREV (BANKACILIK KANUNU M. 164)

Özel görev

Madde 164 — Bu Kanunda tanımlanan düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almamak, 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 amacına 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.

Özel görev başlıklı 164. maddedeki hükme göre "İşlemlerin Kayıt Dışı Bırakılması ve Gerçeğe Aykırı Muhasebeleştirme" suçuna ilişkin dava, fiilin işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı ağır ceza mahkemesinde görülecektir.

70 Yaşar Alıcı, a.g.e., s. 2082.

"Gerçeğe aykırı beyanda bulunmak" suçu bakımından genel hükümler uygulanacaktır. Bu suç asliye ceza mahkemesinin görevine girmektedir ve yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir.

D. BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ (BANKACILIK KANUNU M. 165)

Bilirkişi incelemesi

Madde 165 — Bu Kanunun uygulaması 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 sebep olduğu masrafları ödemeye ve ayrıca beşyüz güne kadar adlî 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, yaptırılacak 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 adlî para cezasına mahkûm edilirler.

Bankacılık Kanunu'nun bilirkişi incelemesi ile ilgili 166. maddesinde kanun koyucunun bilirkişiye hakim tarafından verilebilecek ek süreyi genel hükümlere nazaran kısalttığı söylenebilir. CMK m. 66/1 hükmüne göre ek süre 3 ayken Bankacılık Kanunu'na göre bu süre 2 aydır.

Ayrıca genel hükümlerden farklı olarak 165/I. maddede dosyanın bilirkişiye tevdi tarihinde dava zamanaşımı süresinin duracağı hükme bağlanmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun "Dava zamanaşımı süresinin durması veya kesilmesi" başlıklı 67. maddesinde bilirkişi incelemesi dava zamanaşımını durduran sebepler arasında sayılmamıştır. Bu hükümle kanun

koyucunun bankacılıkla ilgili suçların zamanaşımına uğrayarak davanın düşmesini engellemek amacında olduğu söylenebilir. Her ne kadar bankacılık düzeninin korunması amacıyla burada farklı bir düzenleme yapılmış olsa da bu düzenlemenin Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu söylenebilir. Zira sadece Bankacılık Kanunu'ndaki düzenlemeyle bankacılık suçlarına ilişkin olarak bilirkişi incelemesi aşamasında zamanaşımının durması ile bankacılık suçunun faili ile bankacılık suçları dışındaki bir suçun failinin ceza yargılamasında eşit muameleye tabi olmadığı söylenebilir. Bilirkişi incelemesi sırasında zamanaşımının durması bu açıdan isabetli olmamıştır.

SONUÇ

Bu başlık altında "Gerçeğe Aykırı Beyanda Bulunmak", "İşlemlerin Kayıt Dışı Bırakılması Ve Gerçeğe Aykırı Muhasebeleştirme" ve "İncelenen Suçlarda Kovuşturma Usulü" şeklinde üç bölümden oluşan çalışmamızda ortaya koyduğumuz görüşler ve ulaştığımız sonuçlar kısaca belirtilmeye çalışılacaktır. Her bölümde ulaşılan sonuçlar ayrı ayrı açıklanacaktır.

Çalışmamızın birinci bölümünde Bankacılık Kanunu'nun 155. maddesinde düzenlenen "Gerçeğe Aykırı Beyanda Bulunmak" suçu incelenmiştir. Bu suç açısından suçun faili belgeleri imzalayan bankanın, şirketin, kuruluşun, kurumun veya fonun mensubu olabilir. "Verme ya da yayımlama" eylemleri suçun cezalandırılabilme şartları olduğundan gerçeğe aykırı beyanları içeren belgeyi veren ya da yayımlayan kişinin fail olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Suçun konusu kanun kapsamındaki kuruluşların mensuplarının gerçeğe aykırı bir şekilde imzaladıkları her türlü belgedir. Her türlü belgelerle kast ettiğimiz suçun oluşumunu sağlayan asıl belgeler veya dayanak belgelerdir. Genel kastla işlenebilen bu suçun fiil unsurunu gerçeğe aykırı beyanları içeren belge veya belgeleri imzalamak oluşturmaktadır. Doktrinde suçun neticeli bir suç olduğu yönünde görüşler olsa da gerçeğe aykırı beyanları içeren belgelerin ilgili merciler ile denetim görevlilerine veya mahkemelere *verilmesi veya yayımlanması* suçun neticesi değil cezalandırılabilme şartıdır. Objektif cezalandırılabilme şartı taşıyan suçlara teşebbüs tartışmalıdır. Burada suçun icrai hareketinin kısımlara ayrılıp ayrılmamasına göre yaptığımız incelemede, sırf hareket suçu niteliğinde olan bu suçun teşebbüse elverişli olmadığı sonucuna varılmıştır. Belgelerin birden fazla kişi tarafından düzenlenip imzalanmış olması halinde suça iştirakten söz edilebilir. İmza yetkisi olmayan kişilerin vekalet akdi vb. bir hukuki ilişki ile suça iştirak etmeleri halinde yardım eden veya azmettiren konumunda olabilecekleri söylenebilir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde Bankacılık Kanunu'nun 156. maddesinde düzenlenen "İşlemlerin Kayıt Dışı Bırakılması Ve Gerçeğe Aykırı Muhasebeleştirme" suçu incelenmiştir. Madde metninde işlemlerin kayıt dışı bırakılması, gerçeğe aykırı muhasebeleştirme, hesap uygunluğu sağlanmadan bilançonun kapatılması suçları ve bu suçlarda bağımsız denetim kuruluşu görevlilerinin sorumluluğu birlikte düzenlendiğinden çalışmamızda bu suçlar ayrı başlıklar altında incelenmiştir. İşlemlerin dışı bırakılması suçu açısından başarısız bir kanun maddesi yazımı vardır. Madde metninden bir belgenin değil bir davranışın imzalanması şeklinde tuhaf bir anlam çıkmaktadır. Kanun koyucunun boşluk doldurma amacıyla hareket ettiği bu maddede suç kanaatimizce işlenebilir bir suç değildir. Bunun sebebi kanun koyucunun neticeyi bir suç olarak göstermiş olmakla birlikte, bu suç açısından maddi unsurların belirsiz olmasıdır. Ayrıca hüküm suçta ve cezada belirlilik ilkesine aykırılık taşımaktadır. Gerçeğe aykırı muhasebeleştirme suçu, yanlış muhasebeleştirmeye bilerek ve isteyerek sebep olan kişiler tarafından, genel kastla işlenebilir. Suç gerçeğe aykırı muhasebeleştirmede esas alınan veya düzenlenme aşamasında kullanılan belgeleri imza etmeyle gerçekleşecektir. Usul yönünden muhasebeleştirme prosedürlerine aykırı belgeler, işlemlerin gerçek mahiyetlerine uygun bilgiler ihtiva ediyorsa suç oluşmayacaktır. Mutabakat sağlanmadan bilançonun kapatılması suçunda fail bilançoyu kapatma yetkisine sahip yönetim kurulu başkanı, denetim komitesi üyeleri, genel müdür ile finansal raporlamadan sorumlu genel müdür yardımcısı ve ilgili birim müdürü veya bu unvanlara eşdeğer kişiler; Türkiye'de şube açmak suretiyle faaliyette bulunan bankalarda müdürler kurulu üyeleri olacaktır. Bu kişiler dışında imza atanlar bu suçun faili olamayacaktır. Bu bakımdan özgü ve çok failli bir suçtur. Suç bilançonun mutabakat sağlanmadan imzalanması ile oluşacaktır. Hesap mutabakatının kesin olması gerekmektedir. "Bilanço kapatma" eylemi bir icrai suç olsa da suçun "hesap uygunluğu sağlanmaması" şeklinde bir ihmali hareketle gerçekleştirilmesi sebebiyle ihmal suretiyle icra edilen bir suç ortaya çıkmaktadır. İhmal suretiyle icra edilen suçlara teşebbüs doktrinde kabul edilse de bu suçun sonucu harekete bitişik olduğundan teşebbüse elverişli değildir. Madde metninde son olarak gerçeğe aykırı olarak düzenlendiğini bildiği halde muhasebe bilgilerini veya bilançoyu içeren belgeleri onaylayan denetim görevlilerinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu suçun faili bağımsız denetim kuruluşu görevlileridir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde birinci ve ikinci bölümlerde incelenen suçlarla ilgili kovuşturma usullerine değinilmiştir. Bu suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması Kurum veya Fon tarafından Cum-

huriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Kovuşturmaya yer olmadığına dair verilen karar, kararın ilgilisine göre ya Kuruma ya da Fona ve ilgili bankaya tebliğ edilir. Kurum, Fon veya ilgili banka karara itiraz edebilecektir. Bunlar tarafından yapılacak itirazda "suçtan zarar görme şartı" aranmayacaktır. "İşlemlerin Kayıt Dışı Bırakılması ve Gerçeğe Aykırı Muhasebeleştirme" suçuna ilişkin dava, fiilin işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan (1) numaralı ağır ceza mahkemesinde görülecektir. "Gerçeğe aykırı beyanda bulunmak" suçu bakımından genel hükümler uygulanacaktır. Bu suç asliye ceza mahkemesinin görevine girmektedir ve yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesidir. Bankacılık suçlarına ilişkin olarak dosyanın bilirkişiye tevdi tarihinde dava zamanaşımı süresi durur. Burada zamanaşımının durması ile bankacılık suçunun faili ile bankacılık suçları dışındaki bir suçun failinin ceza yargılamasında eşit muameleye tabi olmadığı söylenebilir. Bilirkişi incelemesi sırasında zamanaşımının durması bu açıdan eleştirilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akın, Mustafa, Ali Parlar, Mustafa Hatipoğlu: **Bankacılık Ceza Hukuku**, Ankara, 2010.
- Alacakaptan, Uğur: İşlenemez Suç, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, t.y.
- Alıcı, Yaşar: **Bankacılık Kanunu Şerhi**, İstanbul, On İki Levha, 2017.
- Artuk, Mehmet Emin, Mehmet Emin Alşahin: "Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı", **T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan**, Cilt: 19, S: 2, İstanbul, Beta, 2013, s. 17-44.
- Donay, Süheyl: **Bankacılık Ceza Hukuku**, İstanbul, Beta, 2007.
- Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I**, 14. bs., İstanbul, Beta, 1997.
- Dursun, Selman: "Yeni Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Ceza Hukuku ve İnfaz Hükümleri", **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 4, Ankara, Seçkin, Ağustos 2007, s. 263-275.
- Dursun, Selman: **Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin, 2006.
- Erman, Sahir: **Bankacılık Suçları, Ticari Ceza Hukuku V**, İstanbul, 1984.
- Göktürk, Neslihan, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmez: **Ceza Hukukuna Giriş**, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi, 2012.
- İbiş, Cemal, Özgür Çatıkkaş, Neşe Çoban Çelikdemir: **Banka Muhasebesi İlkeler ve Uygulamalar**, İstanbul, Türkiye Bankalar Birliği, 2018.
- İnceoğlu, Asuman Aytekin: "Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar", **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.
- İnceoğlu, Asuman Aytekin: "5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nda Düzenlenen Suçların Değerlendirilmesi", **Banka Hukuku: Atölye Çalışmaları II**, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2008.
- Koca, Mahmut, İlhan Üzülmez: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin, 2018.

- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bs., Ankara, Seçkin, 2016.
- Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, İsa Başbüyük, Serkan Meraklı: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. b.s., Ankara, Seçkin, 2017.
- Özgenç, İzzet: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Seçkin, 2018.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden Tütüncü: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, ed. Bahri Öztürk, 11. b.s., Ankara, Seçkin, 2017.
- Parlar, Ali: İstinaf ve Yargıtay Emsal Kararlarıyla Bankacılık Suçları, İstanbul, Aristo, 2017.
- Reisoğlu, Seza: **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Ankara, Yaklaşım, 2007.
- Sözüer, Adem: "Yeni Bankacılık Kanunu'nda Suçlar ve Yaptırımlar", **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S.5, İstanbul, Aralık 2005, s. 166-191.
- Şahin, Cumhur: **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 8. b.s., Ankara, Seçkin, 2017.
- Taşdelen, Servet: **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Ankara, Adalet, 2015.
- Tozman, Önder: "İhmal Suçlarında Teşebbüs Ve Gönüllü Vazgeçme", **TBB Dergisi**, S. 84, Ankara, 2009, s. 160-187.
- Tulay, Muhammed Emre: **"**Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu"**, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, Cilt: 22, S. 3, İstanbul, Beta, 2016, s. 2715-2736.
- Uğur, Hüsamettin: "Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine", **TBB Dergisi**, S. 73, Ankara, 2007, s. 256-288.
- Yiğit, Uğur: **Bankacılık Suçları**, İstanbul, Yaydağ, 2006.

İNANÇ SÖZLEŞMESİNE DAYALI TAPU İPTAL VE TESCİL DAVASI

Av. Cihangir ÇAKIR

İnanç sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı muamelenin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan tarafından inanana geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir. Yargıtay bazı kararlarında inançlı işlemleri, " *inananın, bir hakkını belirli bir süre veya belirli bir amaçla inanılana geçirmeyi, inanılanın da inananın emir ve talimatlarına göre kullanıp, amaç gerçekleşince veya süre dolunca hakkı tekrar inanana devretmeyi yüklendiği sözleşmeler*" olarak tanımlamıştır. Bu sözleşmeler, taraflarının hak ve borçlarını kapsayan bağımsız bir akit olup, alacak ve mülkiyetin naklinin hukuki sebebini teşkil eder.

Taraflar böyle bir sözleşme ve buna bağlı işlemle genellikle, teminat teşkil etmek ve iade edilmek üzere, mal varlığına dâhil bir şey veya hakkı, aynı amacı güden olağan hukuki muamelelerden daha güçlü bir hukuki durum yaratarak, inanılana inançlı olarak kazandırmak için başvururlar. Diğer bir anlatımla, bu işlemle borçlu, alacaklısına malını rehin edecek, yani yalnızca sınırlı ayni bir hak tanıyacak yerde, malının mülkiyetini geçirerek rehin hakkından daha güçlü, daha ileri giden bir hak tanır.

Sözleşmenin ve buna bağlı temlikin, değinilen bu özellikleri nedeniyle, taşınmazı inanç sözleşmesi ile satan kimsenin artık sadece, ödünç almış olduğu parayı geri vererek taşınmazını kendisine temlik edilmesini istemek yolunda bir alacak hakkı; taşınmazı, inanç sözleşmesi ile alan kimsenin de borcun ödenmesi gününe kadar taşınmazı başkasına satmamak ve borç ödenince de geri vermek yolunda yalnızca bir borcu kalmıştır.

Diğer bir bakış açısıyla taşınmazın mülkiyeti inanılana (alacaklıya) geçmiştir. Taşınmazda inanarak satanın (borçlu) mülkiyet hakkı kalmadığı gibi, alıcının bu mülkiyet hakkı üzerinde kurulmuş olan bir rehin hakkından da söz edilemez. Bu durumda; gayrimenkul rehni bakımından geçerliliği olan M.K.nun 873. maddesinin inanç sözleşmelerine dayalı temlike konu taşınmazlar bakımından uygulama yeri olmadığı da kuşkusuzdur. Nitekim bu düşünce Hukuk Genel kurulunun 23.5.1990 gün ve l990/1-202-315 sayılı kararında da aynen benimsenmiştir.

Görüldüğü üzere inanç sözleşmeleri, tarafların karşılıklı iradelerine uygun bulunduğu için, onlara karşılıklı borç yükleyen ve alacak hakkı veren geçerli sözleşmelerdir. (Borçlar Kanunu mad.81) Kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydı ile taraflar arzu ettikleri amaca ulaşabilmek için, karşılıklı güvene dayanan bir inançlı işlem yapabilirler. Bu amaçlardan biri de borca teminat ya da kredi sağlamaktır. İnanç sözleşmesi kapsamında, mülkiyet hakkı teminat amacıyla devredilerek; borçlu (inanan) alacaklıya (inanılan) taşınmazın mülkiyetini, alacağı garanti altına almak amacıyla devretme; alacaklı (inanılan) da bu mülkiyeti garanti kapsamının dışına çıkmayacak şekilde kullanmayı ve alacak ödenince de mülkiyeti geri döndürme yükümlülüğü altına girer.

Anılan sözleşmelerde, taraflar, sözleşmenin kendilerine yüklediği hak ve borçları belirlerken, inançlı işlemin sona erme sebeplerini; devredilen hakkın inanılan tarafından inanana iade şartlarını, bu arada tabii ki süresini de belirleyebilirler. Bunun dışında, akde aykırı davranışın yaptırımına da sözleşmelerinde yer verebilirler. Buna dair akit hükümleri de Borçlar Kanununun 19 ve 20 maddelerine aykırılık teşkil etmediği sürece geçerli sayılır.

İnançlı İşleme dayalı tapu iptal ve tescil davası hukuk sistemimizde 05.02.1947 tarihli 20/6 sayılı Yargıtay İnançları birleştirme kararı doğrultusunda yer bulmuş; eski hukuka göre mümkün ve geçerli olan muvazaa ve nam-ı müstear iddialarının, dinlenebilir ve yazılı delil ile ispatının mümkün olduğuna, hükmolunmuştur.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 05.02.1947 Tarih, 1945/20 Esas, 1947/6 Karar sayılı kararında kabul edildiği üzere, inançlı işlemin ya da inanç sözleşmesinin varlığının mutlaka davacının inançlı işleme yönelik iddiasını tarafların imzasını içeren ve en geç işlem tarihinde düzenlenmiş yazılı delil ile ispat edilmesi gerekmektedir. Yazılı delil olmamakla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 202. maddesinde tanımlandığı şekliyle, yazılı delil başlangıcı niteliğindeki belgelerle de inançlı işlemin ispatı mümkündür. Yazılı delil başlangıcı; iddia konusunun ispatına tek başına yeterli olmamakla, iddia konusunu olası gösteren ve karşı tarafça verilmiş veya yollanmış belgedir.

İnanç sözleşmesinde temlik alan, öngörülen ifa süresi içinde sırf sözleşmeyi imkânsız kılmak amacıyla, temlik konusunu üçüncü bir şahsa muvazaalı olarak geçirirse, bu kişinin de ilk temlik alanla birlikte hasım gösterilerek tapu iptal- tescil davasında davalı olması mümkündür. Devralırken iyi niyetli olmadığı, inanılan ile iş birliği içinde olduğu, yani 2. devir işleminin muvazaalı olduğu her türlü delil ile ispat edilerek tapunun iptali talep edilebilir.

İnançlı işlemlerde zamanaşımı hususunda gerek Türk Borçlar Kanununda (TBK) gerekse diğer mevzuatta bir düzenleme yer almamaktadır. TBK›nun 146. maddesinde zamanaşımı; «*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.04.2011 Tarih, 2011/13-14 Esas, 2011/189 Karar sayılı ilamında da açıkça değinildiği üzere, on yıllık zamanaşımı süresi inançlı işlemler için de kabul edilmiştir.

İnanç sözleşmesine ve buna bağlı işlemle alacaklı olan taraf, ödeme günü gelince alacağını elde etmek için dilerse; teminat için temlik edilen şeyi " ifa uğruna edim" olarak kendisinde alıkoyabileceği gibi; o şeyi, açık artırma yoluyla veya serbestçe satıp satış bedelinden alma yoluna da başvurabilir. Bu sonuçlar kendine özgü bu akdin tabiatında mevcuttur. Sözleşme ile öngörülen ifa süresi içerisinde, sırf sözleşmeyi imkânsız kılmak amacıyla muvazaalı olarak yapılan temliklerin yasal koruma altında tutulamayacağı izahtan varestedir. Hukuk sistemimizde her hangi bir düzenleme olmamasına karşın; inanç sözleşmelerinin, yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde uygulama yeri bulan kendine özgü bir müessese olduğu, öğreti ve uygulamada kabul edilen bir olgudur.

Peki tüm bu açıklamalardan sonra taşınmaz mallar ya da şekle bağlı akitlerde inanç sözleşmelerinin ne gibi hukuki sonuç doğuracaktır? Diğer bir ifadeyle, sözleşmede öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, taşınmaz mülkiyetinin nakli sebebi oluşur mu?

İnanç sözleşmeleri bir yandan mülkiyeti nakil borcu doğurması bakımından tarafları bağlayıcı, diğer yandan, mülkiyetin naklinin sebebini teşkil etmesi açısından tasarruf işlemlerini bünyesinde barındıran sözleşmelerdir. Bu durumda koşulların oluşması halinde taşınmaz mülkiyetini nakil özelliğini taşıdığı kabul edilmelidir.

5.2.1947 tarih ve 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme kararının sonuç bölümünde ifade olunduğu üzere, inançlı işleme dayalı olup dinlenilirliği kabul edilen iddiaların ispatı, şekle bağlı olmayan yazılı delildir. Ayrıca İnanç sözleşmesine dayanak belgenin taşınmazın temlikinden sonra düzenlenmemiş olması gerekir.(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2007/1-756, K. 2007/848, T. 14.11.2007). İnanç sözleşmesi olarak adlandırılan bu belgenin sözleşmeye taraf olanların imzasını içermesi gereklidir. Bunun dışındaki bir kabul hem İçtihadı Birleştirme kararının kapsamının genişletilmesi, hem de taşınmazların tapu dışı satışlarına olanak sağlamak anlamını taşıyacağından kendine özgü bu sözleşmelerle bağdaştırılamaz.

YARGITAY KARARLARI

TC

YARGITAY

HUKUK GENEL KURULU

E. 2007/1-756 K. 2007/848 T. 14.11.2007

ÖZET : Dava, inanç sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil talebine ilişkindir. İnanç sözleşmesi, inanan la inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, devredilen hakkın, inanılan tarafından inanana geri verme şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir. Uyuşmazlık, inanç sözleşmelerinin şekle tabi olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. İnanç sözleşmeleri tarafların imzalarını içeren ve en geç sözleşmeye konu işlem tarihinde düzenlenmiş yazılı belge ispat edilebilir. İnançlı işlem iddiası, şekle tabi olmayan yazılı delil ile ispat edilebilir. Dosya kapsamından davaya dayanak belgenin taşınmazın temlikinden sonra düzenlendiği anlaşılmaktadır. Söz konusu belge ispat vasıtası olarak kabul edilemez. Açıklanan nedenlerle davanın reddi gerekir.

(... Dava, inançlı işleme dayalı tapu iptal ve tescili isteğine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Bilindiği üzere; inanç sözleşmesi, inananla inanılan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inançlı muamelenin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanılan tarafından inanana geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir. Bu sözleşme, taraflarının hak ve borçlarını kapsayan bağımsız bir akit olup, alacak ve mülkiyetin naklinin hukuki sebebini teşkil eder.

Taraflar böyle bir sözleşme ve buna bağlı işlemle genellikle, teminat teşkil etmek veya iade olunmak üzere, mal varlığına dahil bir şey veya hakkı, aynı amacı güden olağan hukuki muamelelerden daha güçlü bir hukuki durum yaratarak, inanılana inançlı olarak kazandırmak için başvururlar.

Diğer bir anlatımla, bu işlemle borçlu, alacaklısına malını rehin edecek, yani yalnızca sınırlı ayni bir hak tanıyacak yerde, malının mülkiyetini geçirerek rehin hakkından daha güçlü, daha ileri giden bir hak tanır.

Sözleşmenin ve buna bağlı temlikin, değinilen bu özellikleri nedeniy-

le, taşınmazı inanç sözleşmesi ile satan kimsenin artık sadece, ödünç almış olduğu parayı geri vererek taşınmazını kendisine temlik edilmesini istemek yolunda bir alacak hakkı; taşınmazı, inanç sözleşmesi ile alan kimsenin de borcun ödenmesi gününe kadar taşınmazı başkasına satmamak ve borç ödenince de geri vermek yolunda yalnızca bir borcu kalmıştır.

Diğer bir bakış açısıyla, taşınmazın mülkiyeti inanılana (alacaklıya) geçmiştir.

Taşınmazda inanarak satanın (borçlu) mülkiyet hakkı kalmadığı gibi, alıcının bu mülkiyet hakkı üzerinde kurulmuş olan bir rehin hakkından da söz edilemez.

Bu durumda; gayrimenkul rehni bakımından geçerliliği olan M.K.'nun 873. maddesinin inanç sözleşmelerine dayalı temlike konu taşınmazlar bakımından uygulama yeri olmadığı da kuşkusuzdur. Nitekim bu düşünce Hukuk Genel Kurulu'nun 23.05.1990 gün ve 1990/1-202-315 sayılı kararında da aynen benimsenmiştir.

Bilindiği gibi, inanç sözleşmeleri, tarafların karşılıklı iradelerine uygun bulunduğu için, onlara karşılıklı borç yükleyen ve alacak hakkı veren geçerli sözleşmelerdir (Borçlar Kanunu mad. 81). Anılan sözleşmelerde, taraflar, sözleşmenin kendilerine yüklediği hak ve borçları belirlerken, inançlı işlemin sona erme sebeplerini; devredilen hakkın inanılan tarafından inanana iade şartlarını, bu arada tabi ki süresini de belirleyebilirler. Bunun dışında, akde aykırı davranışın yaptırımına da sözleşmelerinde yer verebilirler. Buna dair akit hükümleri de Borçlar Kanunu'nun 19. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil etmediği sürece geçerli sayılır.

İnanç sözleşmesine ve buna bağlı işlemle alacaklı olan taraf, ödeme günü gelince alacağını elde etmek için dilerse; teminat için temlik edilen şeyi «ifa uğruna edim « olarak kendisinde alıkoyabileceği gibi; o şeyi, açık artırma yoluyla veya serbestçe satıp satış bedelinden alma yoluna da başvurabilir. Bu sonuçlar kendine özgü bu akdin tabiatında mevcuttur. Sözleşme ile öngörülen ifa süresi içerisinde, sırf sözleşmeyi imkansız kılmak amacıyla muvazaalı olarak yapılan temliklerin yasal koruma altında tutulamayacağı izahtan varestedir. Mer›i hukuk sistemimizde herhangi bir düzenleme olmamasına karşın; inanç sözleşmelerinin, yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde uygulama yeri bulan kendine özgü bir müessese olduğu, öğreti ve uygulamada kabul edile gelen bir olgudur. İnanç sözleşmelerinin tarafları arasında, onların gerçek iradelerini ve

akitten amaçladıklarını yansıtması bakımından geçerli olduğu; taraflarına Borçlar Kanunu çerçevesinde nisbi haklarını talep etme olanağını verdiği tartışmasızdır.

Burada üzerinde durulması gereken husus, taşınmaz mallar ya da şekle bağlı akitlerde, inanç sözleşmelerinin ne gibi hukuki sonuç doğuracağıdır. Diğer bir anlatımla, sözleşmede öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde, taşınmaz mülkiyetinin naklinin sebebini oluşturup oluşturmayacağıdır.

Bilindiği üzere; uygulamada mesele, 05.02.1947 tarih 20/6 sayılı İnançları Birleştirme Kararı ile ilişkilendirilip, bu karar dayanak yapılmak suretiyle çözüme gidilmektedir.

Söz konusu kararda; eski hukuka göre mümkün ve geçerli olan muvazaa ve nam-ı müstear iddialarının, Medeni Kanun'un yürürlüğünden sonra taşınmaz mallar hakkında dinlenip dinlenemeyeceği tartışılmıştır.

Anılan kararda; çeşitli sebep ve amaçlarla bir taşınmaz kaydına gerçek malik yerine başka bir nam ve bir sözleşmede akitlerden biri yerine üçüncü bir şahsın gösterilmesinin mümkün olduğu, bu gibi hallerde vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına yaptığı tasarruflarda olduğu gibi hukuki bir durum veya herhangi bir maksatla üçüncü şahıslardan gerçeği gizleme gayesi güdülebileceği, "kötü niyetli ve haksız gizlemeler" dışında, belirtilen olasılıklara göre açılacak bir davanın, gerçekten, ya mevcut bir hakka dayanarak bir el değiştirme veya bir hakkın korunması niteliğini taşıyacağı; bu durumun da, temsil ve vekalet ilişkisinde, mülkiyette halefiyet esası olarak kabul edilmiş bir husus olup, halefiyeti düzeltme amacıyla öncelikle mülkiyetin vekile aidiyeti düşünülse bile, temsil hükümlerine aykırı olduğundan bunun korunması ve devamına hükmolunamıyacağı, zira Borçlar Kanunu'nun "müvekkil vekili ne karşı muhtelif borçlarını ifa edince vekilin kendi namına ve müvekkili hesabına üçüncü şahıstaki alacağı müvekkilin olur" hükmünün bu düşünceyi doğruladığı, öte yandan gerek taşınır, gerek taşınmaz mallara ilişkin olsun nam-ı müstear hadiselerinde, meselenin bir istihkak ve mülkiyet davası niteliğini geçemeyeceğinden, ne resmi senet, ne de şekil meselesinin bahse konu olamayacağı, meselenin akitte ve isimde muvazaayı kapsamına alan Borçlar Yasası'nın 18. maddesi kapsamında düşünülmesinin kanunun amacına uygun düşeceğine, değinildikten sonra sonuçta, nam-ı müstear davalarının dinlenebilir ve yazılı delil ile ispatının mümkün olduğuna, hükmolunmuştur.

İçtihadı Bileştirme Kararlarının konularıyla sınırlı, sonuçlarıyla bağlayıcı bulunduğu tartışmasızdır. Nam-ı müstear için düzenleme getiren 1947 tarihli kararın, teminat amacıyla temlike dair inanç sözleşmelerini kapsadığı da kuşkusuzdur. Uygulamada anılan sözleşmeler gerek özü, gerek işleyişi açısından, genelde muvazaa, özelde ise nam-ı müstear başlıkları altında nitelendirilegelmektedir.

Belirtilen İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da değinildiği üzere; inanç sözleşmeleri bir yandan mülkiyeti nakil borcu doğurması bakımından tarafları bağlayıcı, diğer yandan, mülkiyetin naklinin sebebini teşkil etmesi açısından tasarruf işlemlerini bünyesinde barındıran sözleşmelerdir. Bu durumda koşulların oluşması halinde taşınmaz mülkiyetini nakil özelliğini taşıdığı kabul edilmelidir.

İçtihadı Birleştirme Kararı'nın sonuç bölümünde ifade olunduğu üzere, inançlı işleme dayalı olup dinlenilirliği kabul edilen iddiaların ispatı, şekle bağlı olmayan yazılı delildir. İnanç sözleşmesi olarak adlandırılan bu belgenin sözleşmeye taraf olanların imzasını içermesi ve en geç sözleşme konusu işlem tarihinde düzenlenmiş olması gereklidir. Bunun dışındaki bir kabul, hem İçtihadı Birleştirme Kararı'nın kapsamının genişletilmesi, hem de taşınmazların tapu dışı satışlarına olanak sağlamak anlamını taşıyacağından kendine özgü bu sözleşmelerle bağdaştırılamaz. Belirtilen bu düşünceler dairenin yerleşik uygulamasına yansıdığı gibi Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenmiştir (HGK. 28.12.2005 tarih 2005/14-677-774).

Somut olaya gelince; çekişme konusu 61 parsel sayılı taşınmazın 16.07.1991 tarihinde davaya katılan H.1.'ye onun tarafından da 26.12.2002 günü davalı Abdulllah'a satış suretiyle temlik edildiği anlaşılmaktadır. Davaya dayanak yapılan belgenin ise 03.11.1992 tarihinde, temlikten sonra düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu belgenin yukarıda ifade edilen 05.02.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda öngörülen ispat vasıtası olarak kabulü olanaksızdır. Bu durumda davanın reddi gerekirken kabulü doğru değildir...),

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

KARAR: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre,

Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E. 2005/14-677 K. 2005/774 T. 28.12.2005

ÖZET: İnanç sözleşmesi, inanç gösterilene bir hakkın kullanılmasında davranışlarını, inanç gösterenin tespit ettiği amaca uydurmak borcunu yükler.

İnanç sözleşmeleri ancak yazılı delil ile kanıtlanabilir. Bu yazılı delil tarafların getirecekleri, onların imzalarını taşıyan ve inanç gösterilen kişi adına taşınmazın tapuda tescil edildiği tarihten önce düzenlenmiş bir belge olmalıdır. Bu özelliklere sahip yazılı delil bulunmasa da, yanlar arasındaki uyuşmazlığın tümünü kanıtlamaya yeterli sayılmamakla beraber bunun vukuuna delalet edecek karşı taraf elinden çıkmış yazılı delil başlangıcı niteliğinde bir belge varsa inanç sözleşmesinin tanık dahil her türlü delil ile kanıtlanması olanaklıdır.

İddiasını yazılı delille veya yazılı delil başlangıç niteliğinde bir belge varsa her türlü delille kanıtlayamayan davacının yemin deliline dayanması durumunda mahkemenin davacıya bu hakkını hatırlatması gerekir.

Olayda, birlikte satın almaya dayalı yazılı herhangi bir delile dayanılmadığından arsanın birlikte alımının tanık beyanları ile kanıtlanması olanaklı değildir. Buna göre, yarı payın davacı adına tescili yolundaki istemin reddedilmesi gerekir.

(...Dava, inanç sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. 05.02.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği gibi; inanç sözleşmesi, inanç gösterilene bir hakkın kullanılmasında davranışlarını, inanç gösterenin tespit ettiği amaca uydurmak borcunu yükler. Diğer bir anlatımla, inanç gösterilen kişi, inanç gösteren namına yapılacak bir işlemden sonra, taşınmazın mülkiyetini ona, yani inanç gösterene geçirme yükümlülüğü altına girmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi istenebilir. İnanç sözleşmeleri anılan İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ancak, yazılı delil ile kanıtlanabilir. Bu yazılı delil, tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan ve inanç gösterilen kişi adına taşınmazın

tapuda tescil edildiği tarihten önce düzenlenmiş bir belge olmalıdır. Açıklanan nitelikte bir yazılı delil bulunmasa da, yanlar arasındaki uyuşmazlığın tümünü kanıtlamaya yeterli sayılmamakla beraber bunun vukuuna delalet edecek karşı taraf elinden çıkmış yazılı delil başlangıcı (HUMK. m. 292) niteliğinde bir belge varsa inanç sözleşmesinin "tanık" dahil her türlü delil ile kanıtlanması olanaklıdır.

İddiasını yazılı delille veya yazılı delil başlangıç niteliğinde bir belge varsa her türlü delille kanıtlayamayan davacının yemin deliline dayanması durumunda mahkemenin davacıya bu hakkını hatırlatması gerekir.

Bu ilkeler ışığında somut olaya bakıldığında;

Davacı, kardeş oldukları davalı ile birlikte iş ortaklıklarının devam ettiğini oradan edindikleri ortak gelir ile davaya konu 7176 parsel numaralı taşınmazı satın aldıklarını ve üzerine de birlikte kazançları ile bina yaptıklarını ileri sürerek satın alma sırasında yarı payın ileride kendisine intikal ettirileceği güvencesi verildiğinden temlik sırasında tapunun kardeşi Kenan adına yapıldığını, ne var ki sonradan yarı payın istenmesine rağmen devredilmediğini bildirerek parsele ait tapunun yarı payının adına tescilini istemiş, davalı davanın reddini savunmuş, mahkemece iptal ve tescile ilişkin istemin kabulüne karar verilmesi üzerine hüküm davalı tarafça temyiz edilmiştir.

Dava dilekçesinde birlikte satın almaya dayalı yazılı herhangi bir delile dayanılmamıştır. Yargılama safhasında da birlikte alımı ortaya koyabilecek davalı imzasını taşıyan başka bir belge ve delil de sunulmamıştır. Yukarıya özeti yapılan 05.02.1947 tarih 20/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın kabul için öngördüğü biçimde bir belge sunulmadığına göre, arsanın birlikte alımının tanık beyanları ile kanıtlanması olanaklı değildir. Açıklanan nedenle yarı payın davacı adına tescili yolundaki istemi reddedilmesi gerekirken, yasaya ve yasa hükmündeki içtihada uygun düşmeyen gerekçe ile birinci istemin kabul altına alınması doğru görülmemiş, davacının tazminata yönelik ikinci istemi hakkında bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

KARAR: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyul-

mak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

E. 2005/14-395 K. 2005/421 T. 29.6.2005

ÖZET: Dava, inanç sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. İnanç sözleşmesi, inanç gösterilene bir hakkın kullanılmasında davranışlarını, inanç gösterenin tespit ettiği amaca uydurmak borcunu yükler. Diğer bir anlatımla, inanç gösterilen kişi, inanç gösteren namına yapılacak bir işlemden sonra, taşınmazın mülkiyetini ona yani inanç gösterene geçirme yükümlülüğü altına girmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi istenebilir. İnanç sözleşmeleri, yazılı delille ispat edilebilir. Davacı taraf yazılı delil veya davanın tamamen ispatına kafi olmamakla beraber vukuuna delalet edebilecek karşı taraf elinden çıkmış bir belgeyi dosyaya ibraz edememiş ve iddiasını yazılı delil veya yazılı delil başlangıcı ile kanıtlayamamıştır. Bu durumda, davacı delil listesinde sair delillere de dayandığını bildirdiğinden mahkemece davacı tarafa davalıya yemin teklif etme hakkı hatırlatılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir.

(...Dava, inanç sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir.

05.02.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği gibi; inanç sözleşmesi, inanç gösterilene bir hakkın kullanılmasında davranışlarını, inanç gösterenin tespit ettiği amaca uydurmak borcunu yükler. Diğer bir anlatımla, inanç gösterilen kişi, inanç gösteren namına yapılacak bir işlemden sonra, taşınmazın mülkiyetini ona yani inanç gösterene geçirme yükümlülüğü altına girmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi istenebilir.

İnanç sözleşmeleri, anılan İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca;

Yazılı delil ile kanıtlanabilir. Bu yazılı delil, olayın kanıtlanmasına tek başına yeterli olmalı ve kendisine inanç gösterenin imzasını taşımalıdır. Böyle bir yazılı belgenin bulunmaması halinde ise en azından olayın tamamının ispatına yeterli olmamakla birlikte bunun vuukuna delalet edebilecek ve karşı taraf elinden çıkmış delil başlangıcı niteliğinde bir belgenin söz konusu olması halinde de inanç sözleşmesinin tanık dahil her türlü delil ile kanıtlanması mümkün olabilir.

Bunlardan hiçbirinin olmaması durumunda dava redde mahküm ise de, eğer davacı taraf delilleri arasında yemine de dayanmışsa, mahkemece davalıya yemin teklifine hakkı olduğu hatırlatılması gerekir. Bu ilkeler ışığında somut olaya bakıldığında;

Davacı taraf yukarıda belirtilen İçtihadı Birleştirme Kararında belirtilen yazılı delil veya davanın tamamen ispatına kafi olmamakla beraber vukuuna delalet edebilecek karşı taraf elinden çıkmış bir belgeyi dosyaya ibraz edememiş ve iddiasını yazılı delil veya yazılı delil başlangıcı ile kanıtlayamamıştır. Bu durumda, davacı delil listesinde sair delillere de dayandığını bildirdiğinden mahkemece davacı tarafa davalıya yemin teklif etme hakkı hatırlatılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir iken yazılı gerekçelerle kabul kararı verilmesi doğru görülmemiştir...)

Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüşüldü:

KARAR: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

T.C. YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

E. 2003/5267 K. 2003/8127 T. 17.11.2003

ÖZET: Davacının inanç sözleşmesine dayalı olarak açtığı iade istemine ilişkin bu davada Borçlar Kanunun 125. maddesindeki 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcının, dava konusu taşınmazın davalı tarafından kendisine verileceği ümit ve inancının sona erdiği tarihten itibaren hesaplanması gerekir.

DAVA : Davacı vekili tarafından, davalı aleyhine 18.8.2000 gününde verilen dilekçe ile tapu iptali tescil veya bedelin tahsili istenmesi üzerine yapılan duruşma sonunda; tescil isteminin reddine, alacak isteminin kabulüne dair verilen 25.3.2003 günlü hükmün Yargıtayca incelenmesi taraf vekilleri tarafından istenilmekle süresinde olduğu anlaşılan temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra dosya ve içerisindeki bütün kağıtlar incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR: Dava, inanç sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil, bu mümkün olmadığı takdirde tazminat istemine ilişkindir.

Davalı iddiaların doğru olmadığını, istemin zamanaşımına uğradığından davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme tescil isteminin zamanaşımına uğraması nedeniyle reddine, tazminat talebinin kabulüne karar vermiş, hükmü taraflar temyize getirmiştir.

Dosya kapsamına, toplanan delillere göre davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddine karar vermek gerekmiştir.

Davacı temyizine gelince;

Davacı, yurt dışında yaşadığını, yazları geldiğinde kalabileceği bir eve ihtiyaç duyması nedeniyle nizalı bağımsız bölümü inşaat halindeyken yükleniciden 25.000 Kanada Doları karşılığı satın aldığını, bir kısım kaparo verdiğini, bakiye bedeli Kanada'ya döndükten sonra davalı aracılığı ile ödediğini, bu bağımsız bölümle ilgili işlemleri takip etmesi için de davalıya vekalet verdiğini, ancak davalının tapuda adına tescil yaptırdığını, kendisine de iade etmediğini belirterek iptal ve tescil istemiştir. Davalı zamanaşımı defini ileri sürmüştür.

5.2.1947 tarih 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği üzere, inanç sözleşmesi inanç gösterilene bir hakkın kullanılmasında davranışlarını inanç gösterenin tespit ettiği amaca uydurmak borcunu yükler. Diğer bir anlatımla, inanç gösterilen kişi, inanç gösteren namına yapılacak bir işlemden sonra taşınmazın mülkiyetini ona yani inanç gösterene geçirme yükümlülüğü altına girmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi istenebilir.

Davacının inanç sözleşmesine dayalı olarak açtığı iade istemine ilişkin bu davada Borçlar Kanunun 125. maddesindeki 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcının, dava konusu taşınmazın davalı tarafından kendisine verileceği ümit ve inancının sona erdiği tarihten itibaren hesaplanması gerekir. Dava konusu bağımsız bölüm 21.9.1989 tarihinde tapuda davalı adına tescil edilmiştir. Davacı yurtdışında yaşadığından yurda geldiği tarihleri pasaportundan tespit etmek mümkündür. 6.9.1989 tarihinde yurtdışına gittikten sonra 1994 ve 2000 yıllarında tekrar yurda giriş yaptığı davacı pasaportundaki kaşelerle sabittir. Davalının tapuyu kendisine artık iade etmeyeceği hususundaki davacı inancı en son yurda giriş yaptığı 2000 yılında sona erdiğinden zamanaşımı süresinin bu tarihten itibaren hesaplanması gerekir. Belirtilen tarih dikkate alındığında ise davacının inançlı işleme dayalı olarak tapusunun kendisine iadesi hususundaki dava açma hakkının zamanaşı-

mına uğradığından söz edilemeyeceğinden mahkemenin tapuda davalı adına yapılan tescil tarihini esas alarak tescil istemi hakkında zamanaşımı geçtiğinden karar verilmediği hususundaki gerekçesi yerinde değildir.

Davalı vekili 28.11.2000 tarihli cevap dilekçesinde, davacının söz konusu bağımsız bölümü almak için yüklenici Y.ile anlaştığını, bir miktar kaparo verdiğini, daha sonrada bu işlemlerin takibi için davalıya vekaletname vererek Kanada'ya döndüğünü, ancak Kanada'ya gittikten sonra davacının dava konusu bağımsız bölümü satın almaktan vazgeçtiğini bildirmesi üzerine davalının bu yeri satın almaya karar verdiğini, kalan bedeli davalının ödediğini hatta ödemelerde güçlük çektiğinde ise davacıdan borç aldığını, sonradan aldığı bu borcuda davacıya ödediğini savunmuş, ancak davacının dava konusu bağımsız bölümü satın almaktan vazgeçtiği ve kalan bedelin kendisi tarafından ödendiği hususunu ispat edememiştir.

Dosyada bulunan ve davacının delil olarak dayandığı belgelerden 2.8.1989 tarihli harici sözleşmede davalı ile satıcı arasındaki satış bedeli Kanada Doları olarak belirlenmiştir. Bir miktarda kaparo verilmiştir. Davacı bu sözleşmenin düzenlenmesinden sonra 5.9.1989 tarihli vekaletname ile 4856 parselde bulunan 6 numaralı daireyi satın alma, ferağ takririni kabul etme, tapuda her türlü işlemleri yapma, oturma ruhsatı alma, elektrik su bağlama gibi işlemler için davalı kardeşini yetkilendirmiştir. Dava konusu taşınmazın davacı tarafından satın alındığı ve işlemlerin takibi için kendisine yetki verildiği hususu, yetkili vekilin verdiği 28.11.2000 tarihli dilekçede belirtildiği üzere davalının kabulündedir. Harici satış sözleşmesinde tespit edilen satış bedelinin Kanada Doları üzerinden olması, davalının kabulü ve bu kabulü destekleyen taraf delilleri birlikte ele alındığında dava konusu bağımsız bölümün davacı tarafından bedeli ödenerek satın alındığı, ancak davalının aralarındaki anlaşma ve vekalete aykırı olarak tapuda kendi adına işlem yaptığı anlaşılmakla, tapunun iptali ile tescile karar vermek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

SONUÇ : Yukarıda yazılı nedenlerle;

1-Dosya kapsamına, toplanan delillere göre yerinde görülmeyen davalı vekilinin temyiz itirazlarının REDDİNE,

2-Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile usul ve yasaya aykırı hükmün BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde yatırana iadesine, 17.11.2003 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ANA HATLARIYLA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASININ TARİHSEL SÜRECİ İLE AMACI VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKI

Kadir Can ÖZEL[1]

ÖZET

Kişisel verilerin korunması, tarihsel süreç içerisinde gelişmiştir. Bu gelişim Türkiye'de de yaşanmıştır. İç hukukumuzda, Anayasa'nın 20. maddesinde düzenleme yapılmış ve müstakil bir kanun olan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu bağlamda, özel hayatın gizliliği önem kazanmış ve kişisel verilerin korunması hakkı gündeme gelmiştir. Buna ek olarak, kişisel verilerin korunması hakkı ile unutulma hakkı arasındaki bağlantı da dikkate değerdir. Bu sebeplerden ötürü, çalışmamızda, anılan konular genel hatlarıyla ele alınmıştır.

GİRİŞ

Kişisel verilerin korunması alanındaki ilerlemeler göz önüne alındığında, Türkiye'nin gelişmiş ülkeleri daha geriden takip ettiği görülmektedir. Nitekim gelişmiş ülkelerin çoğunda uzun yıllardır kişisel verilerin korunmasına ilişkin müstakil bir kanun, buna paralel ilgili mevzuat ve hatta veri koruma otoritesi varlığını gösterirken, ülkemizde bu yönde atılan adımlar somut olarak 2016 yılında yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'yla (KVKK) karşılığını bulmuştur. Bu anlamda, KVKK'nın yürürlüğe girmesi geç kalınmış; ancak olumlu görülebilecek bir adımdır. Kanun yürürlüğe girdikten sonra Kanun'a dayanılarak çıkarılan çeşitli düzenleyici işlemlerin yürürlüğe girdiği ve kişisel verilerin korunması alanındaki kurum ve kuralların yeni yeni oturmaya başladığı gözlemlenmektedir.

Bahsedilen bu önemi nedeniyle, çalışmamızda, yargı kararlarından, öğreti görüşlerinden ve mevzuat düzenlemelerinden yararlanarak kişisel verilerin korunmasıyla ilgili temel bazı konularda genel bir çerçeve çizilmesi hedeflenmektedir. Bu bağlamda, kişisel verilerin korunmasının tarihsel süreci, amacı, kişisel verilerin korunması hakkı, kişisel verilerin her zaman korunması gerekliliği ve kişisel verilerin korunması ile unutulma hakkı arasındaki bağlantı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

---

1 Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

I. Kişisel Verilerin Korunmasının Tarihsel Süreci

A. Genel Olarak

Sanayi devrimiyle birlikte herkesin birbirini tanıdığı küçük yerleşim birimleri ortadan kalkmış ve devletlerin ağırlığı hissedilmeye başlamıştır. Bu dönemde devletlerin koyduğu vergiler ve uyguladığı sosyal politikalar neticesinde elde ettikleri kişisel veriler gün geçtikçe artmaya meyletmiştir. Bu bağlamda, kişisel verilerin korunması konusu 1960'lı yılların sonunda ve 1970'li yılların başında gündeme gelmeye başlamıştır[2]. Kişisel verilerin korunmasının bu yıllarda gündeme gelmesinin en önemli nedeni, hem özel hem de kamu sektöründe bilgisayar ve elektronik veri iletme yöntemlerinin artan şekilde kullanılmaya başlaması olmuştur[3].

Öncelikle kişisel verilerin, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan ve 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanarak 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 'Özel ve aile hayatına saygı hakkı' başlıklı 8. maddesi kapsamında doğrudan olmasa da dolaylı olarak korunduğu söylenmelidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) *Leander / İsveç*[4], *Szuluk / Birleşik Krallık*[5] gibi kimi kararları da bu düzenlemeyle ilgilidir.

Kişisel verilerin korunmasını doğrudan hedefleyen ilk çalışmalar ise, Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) 1970'li yıllara dayanmaktadır. Ayrıca, bu dönemde birçok ülkede de kişisel verilerin korunmasına ilişkin çeşitli yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda, 1970 yılında ABD'de Dürüst Kredi Raporlama Kanunu, yine bu tarihte Almanya'da (genel anlamda kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk kanun olarak kabul edilen) Verilerin Korunması Kanunu, 1973 yılında İsveç'te Verilerin Korunmasına İlişkin Kanun, 1974 yılında ABD'de Özel Alanın Korunmasına İlişkin Kanun *(Privacy Act)*, 1977 yılında Kanada'da İnsan Hakları Kanunu, 1978 yılında Fransa'da Elektronik Veri İşlenmesi, Veriler ve Özgürlük Haklarına İlişkin Kanun, aynı dönemde Danimarka, Norveç ve İsviçre'de verilerin korunmasına ilişkin yasal düzenlemeler yapılmış ve verilerin işlenmesi sırasında kişisel verilerin korunmasını amaçlayan kanunlar çıkarılmıştır[6].

---

2 Kaya, Cemil: İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 88.

3 Tezcan, Durmuş: "Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması", Anayasa Mahkemesi'nin 29. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu (25-27 Nisan 1991), Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı: 8, 1991, s. 385; Tortop, Nuri: "Çağımızın Önemli Sorunu: Kişisel Bilgilerin Güvenliği Sorunu", Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 3, 2000, s. 2.

4 AİHM, Başvuru No. 9248/81, T. 26.03.1987, www.hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57519 (Erişim Tarihi: 07.09.2019).

5 AİHM, Başvuru No. 36936/05, T. 02.06.2009, www.hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-119628 (Erişim Tarihi: 07.09.2019).

6 Şimşek, Oğuz: Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 10-11.

23 Eylül 1980 tarihine gelindiğinde, Avrupa ülkelerinin yanı sıra ABD, Kanada, Yeni Zelanda, Meksika, Japonya gibi ülkelerin de dahil olduğu Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) tarafından, üye devletler açısından bağlayıcı olmayan "Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınırötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeler" bir Konsey Tavsiyesi olarak kabul edilmiştir. Rehber İlkeler tavsiye niteliğinde olduğundan, bu ilkeler üye devletler için bağlayıcı olmamıştır. Bundan dolayı, Rehber İlkeler'in içeriğini iç hukuklarına aktarıp aktarmamak üye devletlerin serbestisinde olmuştur[7].

28 Ocak 1981 tarihinde ise, kişisel verilerin korunması alanındaki ilk uluslararası bağlayıcı sözleşme olan ve bir Avrupa Konseyi düzenlemesi olarak görülebilecek "108 No'lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi" kabul edilmiştir. 108 No'lu Sözleşme, 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu dönemde, Avrupa'da kişisel verilerin korunmasına ilişkin yeni bir aşamaya geçilmiş ve birçok gelişmiş ülkedeki yasal düzenlemeler 108 No'lu Sözleşme'nin hükümlerinden etkilenmeye başlamış ve yeniden gözden geçirilmiştir. Bununla birlikte, Türkiye, 108 No'lu Sözleşme'yi 28 Ocak 1981 tarihinde imzalayan ilk ülkelerden birisi olmuştur. Ancak, Türkiye 108 No'lu Sözleşme'yi imzalamasına rağmen, KVKK'nın yürürlüğe girdiği tarihe kadar (7 Nisan 2016) iç hukukumuzda herhangi bir müstakil kişisel verilerin korunması kanunu bulunmadığından, ulusal mevzuatımızda bir kanunla verilerin hukuki rejiminin tanımlaması yapılmadığından[8] ve dolayısıyla 108 No'lu Sözleşme'de belirtilen ilkeler yasal düzeyde garanti altına alınmadığından 108 No'lu Sözleşme uzunca bir süre Türkiye'de uygulanmamıştır. 2016 yılına gelindiğinde ise, 108 No'lu Sözleşme'nin onaylanması 30 Ocak 2016 tarihli ve 6669 sayılı Kanun'la[9] uygun bulunmuş ve 108 No'lu Sözleşme, (mülga) Bakanlar Kurulu'nun 29 Şubat 2016 tarihli ve 2016/8576 sayılı kararıyla onaylanıp 17 Mart 2016 tarihli Resmi Gazete'de[10] yayımlanarak iç hukukumuza dahil olmuştur.

Öte yandan, Türkiye, yine bir Avrupa Konseyi düzenlemesi olan ve taraf devletlerin ülkelerinde kişisel verilerin korunması alanında görevlerini bağımsız bir şekilde yerine getirecek denetleyici makam kurmayı taahhüt ettiği "181 No'lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'ne Ek Denetleyici Makamlar ve Sınıraşan Veri Akışına İlişkin Protokol"ü de 8 Kasım 2001 tarihinde imzalamıştır. Protokol, 5 Mayıs 2016 tarihli Resmi Gazete'de[11] yayımlana-

7 Şimşek, Anayasa, s. 12-13.

8 **Akıllıoğlu, Tekin:** "İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması", www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm (Erişim Tarihi: 07.09.2019).

9 R.G., T. 18.02.2016, S. 29628.

10 R.G., T. 17.03.2016, S. 29656.

11 R.G., T. 05.05.2016, S. 29703.

rak iç hukukumuza dahil olmuştur. Nitekim bunun gereği olarak Kişisel Verileri Koruma Kurumu (Kurum) ihdas edilmiştir. Kurum, halihazırda Kişisel Verileri Koruma Kurulu (Kurul) ile Başkanlıktan oluşmakta ve görevlerine yerine getirmektedir (KVKK 19/4).

Bununla birlikte, 1990'lı yılların ikinci yarısından itibaren internetin yaygınlaşması ve son dönemde mobil teknolojilerin hızlı bir şekilde gelişmesi kişisel verilerin toplanmasını, saklanmasını, paylaşılmasını ve analizini bir hayli kolaylaştırmıştır[12]. Bundan dolayı, 24 Temmuz 1995 tarihinde, bir Avrupa Birliği düzenlemesi olan "95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi" kabul edilmiştir. Bundan sonra, Avrupa Birliği üyesi olan devletler, kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevcut yasal düzenlemelerini bu Direktif hükümlerine uyumlu hale getirmeye çaba göstermişlerdir.

Süreç böyle devam ederken 2012 yılında Avrupa Birliği kişisel verilerin korunması alanında ortaya çıkan eksiklikleri karşılamak üzere bir tüzük çalışması başlatmıştır. Bu bağlamda, Avrupa Parlamentosu, Avrupa Konseyi ve Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan "2016/679 Sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü" kabul edilmiş ve Tüzük, 95/46/EC sayılı Direktif'i ilga ederek 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

B. Türkiye'deki Tarihsel Süreç ve Müstakil Kanunun Ortaya Çıkışı

Uluslararası alandaki gelişmeler bu şekilde sürerken, ulusal mevzuatımızda yer alan normatif düzenlemelerle kişisel verilerin korunmasının sağlanamadığı ve yönetmelik düzeyindeki düzenlemelerin de yetersiz kaldığı, kişisel verilerin toplanması, depolanması ve kullanılmasının verilerin gizliliğine ilişkin bir müdahale olduğu, bu gizliliğe müdahalenin usul ve esaslarının müstakil / özel bir kanunla düzenlenmesi gerektiği ve bunun Anayasa'nın 'Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması' başlıklı 13. maddesi ile 'Özel hayatın gizliliği' başlıklı 20. maddesinin açık bir gereği olduğu anlaşılmıştır[13]. Bunun yanı sıra Avrupa Birliği'nin 95/46/EC sayılı Direktifi, Avrupa Birliği'ne uyum süreci ve Avrupa Birliği'nin ilerleme raporları[14], Türkiye'de kişisel verilerin korunması alanında düzenleme

12 **Keser, Leyla / Kaya, Mehmet Bedii / Kınıkoğlu, Batu:** Türkiye'de Kişisel Verilerin Korunmasının Hukuki ve Ekonomik Analizi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü ile Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı (TEPAV) Yayını, İstanbul 2014, s. 2.

13 **Zafer, Hamide:** "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı", Güncel Hukuk Dergisi, Cilt: 148, Sayı: 4, 2016, s. 27.

14 Avrupa Birliği 2002 Yılı İlerleme Raporu, Brüksel 2002, s. 106; Avrupa Birliği 2003 Yılı İlerleme Raporu, Brüksel 2003, s. 67.

yapılmasını, bu alanda müstakil bir kanuna ihtiyaç olduğunu ve bu kanunun çıkarılmasının bir zorunluluk olduğunu ortaya koymuştur[15]. Ayrıca, 108 No'lu Sözleşme de KVKK yürürlüğe girene kadar doğrudan uygulanmaya elverişli olmadığından, bir uygulama kanunu aracılığıyla 108 No'lu Sözleşme'nin hükümlerinin ülkemiz şartlarına uydurulması gerekliliği de ortaya çıkmıştır[16].

Görülmektedir ki, Türkiye'de kişisel verilerin korunması alanında düzenleme yapılması ihtiyacı, ulusal etkenlerin yanında daha ziyade uluslararası etkenlerden doğmuştur. Böylelikle son yıllarda ülkemizde kişisel verilerin korunmasına ilişkin anayasal teminatın gerçekleştirilmesine yönelik çalışmalar yürütülmüş ve bunun yanı sıra müstakil bir kişisel verilerin korunması kanununun eksikliği üzerine çalışmalar yapılmıştır.

Bu bağlamda, kişisel verilerin korunması alanında anayasal düzeydeki düzenleme, 7 Mayıs 2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'la[17] olmuştur. Anayasa'nın 20. maddesine 3. fıkranın eklenmesiyle *"kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı"* açıkça kabul edilmiştir.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin müstakil kanun çalışmaları ise, 1989 yılına dayanmaktadır. Bu konuda Adalet Bakanlığı nezdinde, 2000'li yıllara kadar çeşitli taslak metinler hazırlanmıştır. 2006 yılında (mülga) Başbakanlık'a gönderilen taslak metin, ilk kez 22 Nisan 2008 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlığı'na sevk edilmiş, 'Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı' ismiyle yasalaştırılmaya çalışılmış; ancak yasalaşma süreci başarısız olmuştur. Çeşitli sebeplerle yasalaşma sürecini tamamlayamayan Tasarı'nın tamamlanamamış olması, Avrupa Birliği nezdinde Türkiye için düzenlenen ilerleme raporlarında yoğun bir şekilde eleştirilmiştir[18].

2011 yılına gelindiğinde, Adalet Bakanlığı nezdinde oluşturulan bir komisyonda, taslak metin yenilenmiş ve 2012 yılında Başbakanlık'a gönderilmiştir. 2014 yılında ise, yeni bir tasarı metni tekrardan TBMM Başkanlığı'na sevk edilmiştir. Söz konusu tasarı, seçimlerden ve siyasi atmosferden ötürü TBMM'de görüşülemeden hükümsüz kalmıştır.

İlerleyen süreçte, Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan ve Bakanlar Kurulu'nca 4 Ocak 2016 tarihinde kararlaştırılan 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı' TBMM Başkanlığı'na sevk edilmiştir. İlk önce, yukarıda da bahsedilen 108 No'lu Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 30 Ocak 2016 tarihli ve 6669 sayılı Kanun kabul edilmiş ve ardından Tasarı,

15 **Yüksel Civelek, Dilek:** Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi, Uzmanlık Tezi, Ankara 2011, s. 128.

16 **Akıllıoğlu**, İdari Usul.

17 R.G., T. 13.05.2010, S. 27580.

18 **Keser, Leyla:** "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı", Güncel Hukuk Dergisi, Cilt: 148, Sayı: 4, 2016, s. 22.

TBMM Genel Kurulu'nun 24 Mart 2016 tarihli oturumunda kabul edilmiştir. Kabul edilen Tasarı, 7 Nisan 2016 tarihli Resmi Gazete'de[19] 6698 sayılı 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu' ismiyle yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

KVKK'nın yürürlük tarihine kadar Türkiye'de kişisel verilerin korunmasına dair müstakil bir kanun olmadığından, Türk hukukunda genel esaslara gidilerek[20] ve çeşitli kanunlar ile bunlara dayanılarak hazırlanan yönetmelik, tebliğ gibi düzenleyici işlemlerin getirdiği düzenlemelere başvurularak kişisel verilerin korunması sağlanmaya çalışılmıştır. Hatta KVKK yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, bu düzenlemelerin zaman zaman özel ve teknik konularda uygulama alanı bulduğu da söylenebilir.

Bu bağlamda, özel hukukta kişisel verilerin korunması genel anlamda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndaki[21] 'Kişiliğin korunması' başlığı altındaki 23 vd. maddeler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki[22] 'Kişilik hakkının zedelenmesi' başlığını taşıyan 58. madde, 4857 sayılı İş Kanunu'nda[23] 'İşçi özlük dosyası' başlığını taşıyan 75. madde ve idari para cezalarını içeren 'İş hayatının denetim ve teftişi ile ilgili hükümlere aykırılık' başlığını taşıyan 107. madde kapsamında ele alınmaktadır.

Kamu hukuku alanında ise, kişisel verilerin korunması genel olarak 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda[24], 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda [25] 'Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar' başlığını taşıyan dokuzuncu bölümde yer alan 135 vd. maddelerde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda[26], 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nda[27], 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda[28], 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda[29], 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nda[30], 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nda[31], 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nda[32], 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda[33], 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'n-

19 R.G., T. 07.04.2016, S. 29677.

20 Özdemir, Hayrunnisa: Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 76.

21 R.G., T. 08.12.2001, S. 24607.

22 R.G., T. 04.02.2011, S. 27836.

23 R.G., T. 10.06.2003, S. 25134.

24 R.G., T. 24.10.2003, S. 25269.

25 R.G., T. 12.10.2004, S. 25611.

26 R.G., T. 17.12.2004, S. 25673.

27 R.G., T. 14.07.1934, S. 2751.

28 R.G., T. 10-11-12/01/1961, S. 10703-10704-10705.

29 R.G., T. 01.11.2005, S. 25983 (Mükerrer).

30 R.G., T. 18.11.2005, S. 25997.

31 R.G., T. 05.02.1972, S. 14090.

32 R.G., T. 01.06.2005, S. 25832.

33 R.G., T. 29.04.2006, S. 26153.

da[34], 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nda[35], 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda[36] yer alan çeşitli mevzuat düzenlemeleriyle sağlanmaya çalışılmaktadır.

II. Kişisel Verilerin Korunmasının Amacı ve Her Zaman Korunması Gerekliliği

A. Kişisel Verilerin Korunmasının Amacı

Kişisel verilerin korunmasının, en temelde özel hayatın gizliliği ile temel hak ve özgürlükler bağlamında olduğu kabul edildiğinde, insan hakları ve insan onuruyla[37] ilgili şemsiye altında var olduğu düşünüldüğünde, kişisel verilerin korunmasındaki amacın ne olması gerektiği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, kişisel verilerin korunmasının amacı, soyut olarak verilerin değil, esas olarak kişilerin korunması ve bireyin temel hak ve özgürlüklerinin, yani özel alanının korunması olmalıdır[38]. Böylelikle özel hayatın gizliliği hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı arasındaki ilişki yadsınmaz boyutta görülmelidir. Nitekim ABD, Yeni Zelanda, Avustralya, Kanada gibi Anglo-Amerikan sistemin geçerli olduğu ülkelerde kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin özel hayatın gizliliği hakkı başlığı altında toplanması da bunun açık bir göstergesidir[39]. Türkiye'de de, kişisel verilerin korunması isteme hakkının Anayasa m. 20'de 'Özel hayatın gizliliği' başlığı altında ele alınması, kişisel

34 R.G., T. 23.01.2004, S. 25355.

35 R.G., T. 10.11.2008, S. 27050 (Mükerrer).

36 R.G., T. 15.05.1987, S. 19461.

37 İnsan hakları ve insan onuruyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Aybay, Rona:** İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s. 79-83**; Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz / Önok, Rifat Murat:** İnsan Hakları El Kitabı, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 27-31; Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK'daki Yeni Değişikliklere Göre Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 40-43; **Kaboğlu, İbrahim Özden:** Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, Yenilenmiş ve Sadeleştirilmiş 10. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 216-223; **Gören, Zafer:** Temel Hak Genel Teorisi, Geliştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 51; **Akyılmaz, Bahtiyar:** İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya 2004, s. 65-67; Öğütçü, Muhlis: "Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Özel Sayı, 2005, s. 556-567. Ayrıca, Danıştay 2011 tarihli bir kararında, kişisel verilerin korunması konusunun insan hakları kavramıyla ve insan haklarının korunması alanındaki gelişmelerle paralellik gösterdiğini vurgulamıştır. Bkz. Dş. 10. D., T. 14.10.2011, E. 2011/7001, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 07.09.2019).

38 **Küzeci, Elif:** Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 13.

39 **Küzeci, Elif:** Kişisel Verilerin Korunması, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s. 73. Buna karşın, öğretide, genel olarak insan hakları, özel olarak ise, özel hayatın gizliliği hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkının birbirinden ayrı olarak düşünülmesi gerektiğini dile getiren görüşler de vardır. Bkz. **Corien, Prins:** "Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of Our Identity", The Future of the Public Domain (Haz.: L. Guibault, P. B. Hugenholtz), Kluwer Law International, Hollanda 2006, s. 227-228.

verilerin korunmasının amacının özel hayatın gizliliğiyle bağlantılı olduğu düşüncesini kuvvetlendirmektedir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu da 2015 yılında verdiği bir kararında, ilgililerden kişisel veri alınması niteliğinde olan parmak izi taramasını, özel hayatın gizliliği ilkesi kapsamında değerlendirmiştir[40].

Ayrıca, KVKK m. 1'de kanunun amacı açıklanırken, *"... kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ..."* denilmektedir. Böylece yalnızca KVKK'nın değil, aynı zamanda kişisel verilerin korunmasının amacı olarak da özel hayatın gizliliğini sağlama kabul edilmektedir.

B. **Kişisel Verilerin Her Zaman Korunması Gerekliliği**

Eskiden insanlar hakkındaki kişisel veri niteliğindeki kayıtlar elle tutulmaktayken, günümüzde daha çok otomatik araçlar yoluyla tutulmaktadır; ancak bu durum kişisel verilerin her aşamada ve her zaman korunması gerekliliğine etki etmemelidir[41]. Zira her ne şekilde olursa olsun kişisel verilerin niteliği gereği, verilerin sadece otomatik işleme faaliyetleri sırasında değil, geleneksel olarak dosya yahut kartlar içerisinde elle yapılan veri işleme[42] faaliyetleri sırasında da korunması gereklidir[43].

Bu bakımdan, gerek geleneksel yöntemler gerekse teknolojik araçlar kullanılırken işlenen kişisel verilerin her zaman korunmasına özen gösterilmelidir. Yalnızca bir kişisel veri işlenirken değil, aynı zamanda o veri işlendikten sonra ilgili merciler tarafından muhafaza edilirken de sıkı bir şekilde korunmalıdır. Bu bakımdan, örneğin, bir hastanenin hastalarından aldığı kan örnekleri, röntgen filmleri, yaptığı muayeneler, tetkik ve teşhisler gibi konularda hastalarına dair elde ettiği kişisel verileri koruma yükümlülüğü vardır. Yahut bir veri sorumlusu[44] olarak görülebilecek kargo firmasının, alıcı ve gönderici kişilerin telefon numaraları ve adreslerini elinde tutması söz konusu olduğundan, bu bilgileri KVKK gereğince ilgili kişinin açık rızası[45] olmaksızın kimseye aktarmaması gerekmektedir.

40 Dş. İDDGK., T. 09.12.2015, E. 2014/2242, K. 2015/4991, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 07.09.2019).

41 **Akıllıoğlu, Tekin:** "Yönetsel Yargıda Manevi Giderim ve Bilgi Hukuku Gelişmesi", Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2, 1989, s. 108.

42 Veri işleme şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk, Bahri / Altınok Çalışkan, Elif: "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Genel Değerlendirmeler ve Anayasaya Aykırılık Sorunu", Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 100, 2018, s. 300 vd.

43 **Zeybek Ünsal, Çağrı:** "Google'ın Yeni Gizlilik Politikası Google Inc. Tarafından 1 Mart 2012 Tarihinde Yayımlanan Politikasının Kişisel Verilerin Korunması İlkeleri ile Uyumluluğu ve Avrupa Birliği'nin 95/46/Ec Sayılı Veri Koruma Direktifi Açısından Değerlendirilmesi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, 2013, s. 103.

44 KVKK 3/1-ı'ya göre, veri sorumlusu, *"Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi"* ifade etmektedir.

45 Öztürk / Altınok Çalışkan, s. 291-294.

Aksi halde, hem kişisel verileri işlenen, muhafaza edilen kişinin özel hayatının gizliliği ve kişisel verilerinin korunması hakkı ihlal edilmiş olacak hem de ilgili veri işleyen[46] ve / veya veri sorumlusu bakımından sorumluluk doğabilecek, KVKK m. 18'de düzenlenen kabahatlerden dolayı Kurul tarafından bu kişiler hakkında idari para cezası uygulanabilecektir.

III. **Kişisel Verilerin Korunması Hakkı**

A. **Genel Olarak**

Öncelikle belirtilmelidir ki, kişisel verilerin korunmasının temel işlevi, demokratik bir toplumda yaşayan ve yaşamını kendi özgür iradesiyle belirlemek isteyen kişi ile bu kişiye ait kişisel verilerin korunmasıdır[47]. Aynı zamanda kişisel verilerin korunması, kişisel veri niteliğinde olan bilgilerin toplanması, depolanması, değiştirilmesi, yok edilmesi, kamuya açıklanması ve üçüncü kişilere aktarılması işlemlerinin, hangi amaçlar ve yöntemlerle yapılabileceğinin belirlenmesini ve bu sınırların aşılması halinde hangi hukuki yollara başvurulması gerektiğini ifade etmektedir[48].

Bireylerin ismi, soy ismi, doğum yeri, doğum tarihi gibi vatandaşlık bilgileri, sağlık bilgileri, mesleki sırları, fotoğrafları, videoları, e-posta yazışmaları ve buna benzer bilgileri 'kişisel veri' olarak kabul edildiğinde, bu veriler / bilgiler üzerinde bireylerin "kişisel verilerin korunması hakkı" olduğu da kabul edilmelidir.

Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi, "Nüfus Sayımı" *(Census)* kararında, kişisel nitelikteki veriler üzerinde bu hakkın varlığını kabul etmiştir. Bu hakkın, kişiliğin serbest geliştirilmesi hakkı ile insan onurundan kaynaklanan genel kişilik hakkının bu alandaki garantisi olduğu belirtilmelidir[49]. Kişisel veriler üzerinde ilgili kişilerin bir hakkının bulunması, aynı zamanda bu kişilere verilerin korunmasını isteme hakkını da vermektedir[50]. Aksi halde, bireyler bilgi gücünü elinde bulunduran idareye veya makama bağımlı kılınacak ve bireylerin üzerinde temel hak ve özgürlükler açısından büyük bir tehdit oluşacaktır[51].

Gerçekten de bireyin bir hakkı olduğu kabul edildiğinde, bu hakkın kullanılmasını ilgili mercilerden istemesi, talep etmesi de bir gerekliliktir.

---

46 KVKK 3/1-ğ'ye göre, veri işleyen, *"Veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiyi"* ifade etmektedir.

47 Şimşek, Anayasa, s. 111.

48 **Aksoy, Hüseyin Can:** Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010, s. 1.

49 BverfGE 65, 1-Volkszaehlungsgesetz. Bkz. Şimşek, Oğuz: "4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun 4. Maddesine Göre Kayıt ve Verilerin İncelenmesi ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması", **İzmir Barosu Dergisi, Sayı: 1, 2001, s. 97.**

50 **Kaya,** s. 88.

51 **Akıllıoğlu, Tekin:** "Yönetimde Açıklık - Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 46, Sayı: 3-4, 1991, s. 11.

Örneğin, ilgili kişinin kişisel verileriyle ilgili bir ihlalin olması durumunda kişinin veri sorumlusuna başvurması; ancak veri sorumlusunun bu başvuruyu reddetmesi, başvuruya yetersiz cevap vermesi veya hiç cevap vermemesi durumunda, ilgili kişi Kurul'a başvurup kişisel verilerinin korunması isteyerek bu hakkını kullanabilir (KVKK m. 14).

Kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin KVKK'da, ilgili kanunlarda ve hatta düzenleyici işlemlerde çeşitli düzenlemelere rastlanırken, bu konuda en üst düzey düzenleme şüphesiz Anayasa'nın 20/3 hükmünde yer almaktadır. Buna göre, *"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir"*.

Kişisel verilerin korunması hakkı Anayasa Mahkemesi kararlarında da kendini göstermektedir. Mahkeme'nin 2014 tarihli bir kararında, kişisel verilerin korunması hakkının, kişinin onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olduğu, bu hakkın bireyin hak ve özgürlüklerini **kişisel verilerin işlenmesi sırasında** korumayı amaçladığı vurgulanmıştır[52]. Ancak, Mahkeme, bireysel başvuruyla önüne gelen 'N.B.B. Başvurusu'na ilişkin 2016 yılında verdiği kararda, "*... kişisel verilerin korunması hakkı* ***sadece kişisel verilerin işlenmesi sırasında değil, bu veriler işlendikten sonra da*** düzeltilmesini veya silinmesini talep etme hakkını içermektedir. Bu hak, sadece kamu otoritesini kullanarak işlenen kişisel verileri değil, gerçek ve tüzel kişiler tarafından işlenen verileri de kapsamaktadır ..." şeklinde bir hükme vararak kişisel verilerin korunması hakkının, kişisel veriler işlendikten sonra da geçerli olacağını vurgulamıştır[53]. Kararda, kişisel verilerin korunması hakkının kimlere karşı kullanılabileceği de belirtilmiştir. Buna göre, bu hak, kişisel verilerin işlenmesinde yetkili olan, kamu gücü kullanan merciler ile gerçek veya tüzel kişilere karşı kullanılabilecektir.

Öte yandan, kişisel verilerin korunması hakkının bir diğer anayasal dayanağı ise, Anayasa'nın 90/5 hükmü dolayısıyla kanun hükmünde olan AİHS m. 8'dir[54]. Kişisel verilerin korunması açısından AİHS m. 8'deki dü-

52 AYM., T. 09.04.2014, E. 2013/122, K. 2014/74, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 07.09.2019).

53 AYM., Başvuru No. 2013/5653, T. 03.03.2016, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 07.09.2019).

54 Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasında, *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası*

zenlemeye dayanarak AİHM'in vermiş olduğu kararlar da kişisel verilerin korunması açısından önem taşımaktadır. Mahkeme'nin kişisel verilerin korunması alanındaki kararları yavaş bir şekilde gelişmiş olsa da, *Leander / İsveç*, *Szuluk / Birleşik Krallık* gibi aldığı kararlar kişisel verilerin korunmasına katkı sağlamaktadır[55].

B. **Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ile Unutulma Hakkı Arasındaki Bağlantı**

İçinde bulunduğumuz şu günlerde, kişisel verilerin korunması alanında, kişisel verilerin korunması hakkından bağımsız olarak 'unutulma hakkı' *(the right to be forgotten* ya da *the right to oblivion)* tartışılmaya ve gündeme gelmeye başlamıştır. Unutulma hakkıyla ilgili tartışmalar eskilere dayansa da Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Mayıs 2014 tarihinde verdiği *Google* kararı[56] tartışmalara yeni bir boyut kazandırmıştır[57].

Bu konuda iç hukukumuzdaki KVKK 7/1 hükmüne bakıldığında, *"Bu Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir"* denildiğinden, burada unutulma hakkının zımnen düzenlendiği söylenebilir.

Öğretide, unutulma hakkı, özgürce yaşamını sürdürmek isteyen kişiye, artık bilinmesini istemediği geçmişine ait kişisel verilerinin dijital dünyada silinmesi isteme hakkını bahşeden bir hak olarak tanımlanmaktadır[58]. Bir başka tanıma göre ise, unutulma hakkı, bireyin, dijital hafızada yer alan fotoğrafının, kimlik bilgisinin, adresinin ve diğer kişisel içeriklerinin kendi talebi üzerine bir daha geri getirilmeyecek şekilde ortadan kaldırılmasıdır[59].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2015 tarihli bir kararına göre ise, unutulma hakkı, "... üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanılan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve

---

andlaşma hükümleri esas alınır" denilmektedir.

55 **Atak, Songül:** "Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 87, 2010, s. 120.

56 Kararın Türkçe çevirisi için bkz. **Kaya, Mehmet Bedii:** "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Mayıs 2014 Tarihli Google Unutulma Hakkı Kararı", Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Sayı: 17, 2015.

57 Önok, Murat: "Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında "Unutulma Hakkı" ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 1, 2017, s. 163.

58 **Akgül, Aydın:** "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: "Unutulma Hakkı" ve AB Adalet Divanı'nın "Google Kararı"", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 116, 2016, s. 11.

59 **Gülener, Serdar:** "Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak "Unutulma Hakkı"", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 102, 2012, s. 226.

yayılmasının önlemesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir. …”[60]. Ayrıca, karara göre, “ … ***unutulma hakkı ve bununla ilişkili olan gerektiği ölçüde ve en kısa süreliğine kişisel verilerin depolanması veya tutulması konuları, aslında kişisel verilerin korunması hakkının çatısını oluşturmaktadır. Her iki hakkın temelinde bireyin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesini, geçmişin engeline takılmaksızın geleceğe yönelik plan yapabilmesini, kişisel verilerin kişi aleyhine kullanılmasının engellenmesini sağlamak yatmaktadır.*** *Unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesi sağlanmaktadır. Bireyin geçmişinde yaşadığı olumsuz etkilerden kurtularak geleceğini şekillendirebilmesi bireyin yararına olduğu gibi toplumun kalitesinin gelişmişlik seviyesinin yükselmesine etkisi de tartışılmazdır. …”*.

Bu karardan yola çıkılarak denilebilir ki, kişisel verilerin korunması hakkı ile unutulma hakkı iç içe haklardır. Dahası, unutulma hakkı, kişisel verilerin korunması hakkını da kapsayan bir hak olarak görülebilir. Zira örneğin bir kişisel verinin unutulma hakkı kapsamında dijital ortamdan silinmesi, kişisel verilerin korunması hakkına da hizmet etmiş olacaktır.

Öğretideki görüşler ve özellikle Yargıtay'ın söz konusu kararı incelendiğinde, birbirine bu kadar sıkı sıkıya bağlı olan kişisel verilerin korunması hakkı ile unutulma hakkının ortak noktalarını da belirlemek ve bazı çıkarımlarda bulunmak mümkündür. Nitekim her iki hak da;

1) Bireyin, kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesine,

2) Bireyin, geçmişin engeline takılmaksızın geleceğe yönelik planlar yapabilmesine,

3) Kişisel verilerin kişinin aleyhine kullanılmasının engellenmesini sağlamaya,

4) Bireyin geçmişiyle barışık yaşamasına,

5) Hem bireyin hem toplumunun kalitesinin yükselmesine

hizmet etmektedir.

SONUÇ

İnsan yaşamının soluk aldığı ve insan elinin değdiği hemen her alanında kişisel veriler kendine yer edinmektedir. Buna paralel olarak, kişisel verilerin korunması gerekliliği de zaman içinde daha yoğun bir şekilde kendini göstermiştir. Bu yönde, 1970'li yılların başından itibaren birçok

60 Yrg. HGK., T. 17.06.2015, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, www.kazanci.com (Erişim Tarihi: 07.09.2019).

gelişmiş ülke kendi iç hukukunda ulusal düzenlemeler yapmıştır. Ancak, bununla yetinilmeyip uluslararası boyutta da birçok Avrupa Birliği düzenlemesi de uygulamaya dahil edilmiştir. Bu süreci Türkiye her ne kadar geriden takip etmiş olsa da, özellikle KVKK'nın 2016 yılında yürürlüğe girmesiyle birlikte, ülkemiz de kişisel verilerin korunması alanına daha fazla sahip çıkmaya, gerekli hassasiyeti göstermeye ve müstakil bir kanunla bu alanı koruma altına almaya başlamıştır. Bu bağlamda, veri koruma otoritesi olan Kurum da ihdas edilmiştir. Kurum, KVKK'da verilen görevleri yerine getirmek üzere, idari ve mali özerkliğe sahip ve kamu tüzel kişiliğini haiz bir yapıya sahip kılınmış (KVKK 19/1), 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi'yle de Adalet Bakanlığı'yla ilgilendirilmiştir.

Özel hayatın gizliliğini ve dolayısıyla kişisel verileri korumakla yetkili ve görevli olan Kurum, bu işlevini yerine getirirken, kişisel verilerin işlenmesi sırasındaki genel ilkeleri, (özel nitelikli) kişisel verilerin işlenme şartlarını, kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi, anonim hale getirilmesi, (yurt dışına) aktarılması sürecini gözetmektedir. Kurum, ilgili kişilerin haklarının korunması, veri sorumlusu tarafından aydınlatılması, veri güvenliğinin sağlanması sürecinin de teminatı ve denetleyicisidir. Buna ek olarak, Kurul'un gözetiminde Başkanlık tarafından kamuya açık olarak Veri Sorumluları Sicili tutulmaktadır. Böylece hem işlenen kişisel veriler güvence altına alınmakta hem de verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler veri işlemeye başlamadan önce ve sonra denetim altına alınmaktadır. Bununla birlikte, Kurul, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler, veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler, Kurul kararlarını yerine getirmeyenler ve Veri Sorumları Sicili'ne kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında idari para cezaları uygulayarak (KVKK m. 18) kişisel verilerin korunmasını sağlamaktadır.

Öte yandan, kişisel verilerin korunması hakkının 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle anayasal güvence altına alınması da olumlu bir adım olarak görülmelidir. Nitekim bu düzenleme, 2016 yılında yürürlüğe giren KVKK'nın anayasal alt yapısını, dayanağını oluşturmuş ve dolayısıyla 108 No'lu Sözleşme'nin Türkiye'de uygulanmasının önünü açmıştır.

Ayrıca, belirtilmelidir ki, öğretideki kimi görüşler, Anayasa 20/3'te kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının düzenlendiği yer, KVKK m. 1'de düzenlenen kanunun amacı, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın çalışmamızda ele alınan kararları göz önünde bulundurulduğunda, kişisel verilerin korunması hakkının "özel hayatın gizliliği" kapsamında değerlendirilmesi isabetli gözükmektedir.

Son olarak kişisel verilerin korunması hakkı ile unutulma hakkı arasındaki bağlantıya değinecek olursak, öğretideki görüşler ve Yargıtay'ın 2015 tarihli kararı gözetildiğinde, her iki hakkın birbiriyle ilişkili olduğu, birbirini tamamlar nitelikte olduğu, birbirinden soyut ve ayrı düşünülmemesi gerektiği söylenebilir.

KAYNAKÇA

Akgül, Aydın: "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: "Unutulma Hakkı" ve AB Adalet Divanı'nın "Google Kararı"", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 116, 2016.

Akıllıoğlu, Tekin: "İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması", www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm (Erişim Tarihi: 07.09.2019).

Akıllıoğlu, Tekin: "Yönetimde Açıklık - Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 46, Sayı: 3-4, 1991.

Akıllıoğlu, Tekin: "Yönetsel Yargıda Manevi Giderim ve Bilgi Hukuku Gelişmesi", Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2, 1989.

Aksoy, Hüseyin Can: Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010.

Akyılmaz, Bahtiyar: İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya 2004.

Atak, Songül: "Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 87, 2010.

Aybay, Rona: İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.

Corien, Prins: "Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of Our Identity", The Future of the Public Domain (Haz.: L. Guibault, P. B. Hugenholtz), Kluwer Law International, Hollanda 2006.

Gören, Zafer: Temel Hak Genel Teorisi, Geliştirilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000.

Gülener, Serdar: "Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak "Unutulma Hakkı"", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 102, 2012.

Kaboğlu, İbrahim Özden: Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, Yenilenmiş ve Sadeleştirilmiş 10. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015.

Kaya, Cemil: İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

Kaya, Mehmet Bedii: "Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Mayıs 2014 Tarihli Google Unutulma Hakkı Kararı", Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Sayı: 17, 2015.

Keser, Leyla / Kaya, Mehmet Bedii / Kınıkoğlu, Batu: Türkiye'de Kişisel Verilerin Korunmasının Hukuki ve Ekonomik Analizi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü ile Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı (TEPAV) Yayını, İstanbul 2014.

Keser, Leyla: "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı", Güncel Hukuk Dergisi, Cilt: 148, Sayı: 4, 2016.

Küzeci, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

Küzeci, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

Öğütçü**, Muhlis:** "Doğal Hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Özel Sayı, 2005.

Önok**, Murat:** "Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında "Unutulma Hakkı" ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 1, 2017.

Özdemir**, Hayrunnisa:** Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

Öztürk, Bahri / Altınok Çalışkan**, Elif:** "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Genel Değerlendirmeler ve Anayasaya Aykırılık Sorunu", Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 100, 2018.

Öztürk, Bahri / Erdem**, Mustafa Ruhan:** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, TCK'daki Yeni Değişikliklere Göre Güncellenmiş 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.

Şimşek**, Oğuz:** "4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun 4. Maddesine Göre Kayıt ve Verilerin İncelenmesi ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması", İzmir Barosu Dergisi, Sayı: 1, 2001.

Şimşek**, Oğuz:** Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.

Tezcan, Durmuş: "Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması", Anayasa Mahkemesi'nin 29. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu (25-27 Nisan 1991), Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı: 8, 1991.

Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Sancakdar, Oğuz / Önok, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

Tortop, Nuri: "Çağımızın Önemli Sorunu: Kişisel Bilgilerin Güvenliği Sorunu", Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 3, 2000.

Yüksel Civelek, Dilek: Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi, Uzmanlık Tezi, Ankara 2011.

Zafer, Hamide: "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı", Güncel Hukuk Dergisi, Cilt: 148, Sayı: 4, 2016.

Zeybek Ünsal, Çağrı: "Google'ın Yeni Gizlilik Politikası Google Inc. Tarafından 1 Mart 2012 Tarihinde Yayımlanan Politikasının Kişisel Verilerin Korunması İlkeleri ile Uyumluluğu ve Avrupa Birliği'nin 95/46/Ec Sayılı Veri Koruma Direktifi Açısından Değerlendirilmesi", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, 2013.

FUTBOLDA ARTAN IRKÇILIK VE NEFRET SÖYLEMLERİ GÖLGESİNDE BİR PARILTI: ŠİMUNİĆ'İN TEZAHÜRATINA İLİŞKİN YARGISAL SÜREÇ VE AİHM KARARI

Av. Ozan Can ÖZBALÇIK[1]

I. İtalya'da Koulibaly, Kean ve Lukaku Olayları ile Haksız Tahrik Meselesi

Futbolun günümüzün küreselleşen dünyasında, ana karaların dört bir yanından gelen paydaşların oluşturduğu çok sesli ve renkli bir senfoni olacağı beklentisinin artık uzak bir hayal olduğunu söylemek mümkün müdür?

Bu beklentinin uzak olmasa dahi, yakın da görünmediği pekâlâ söylenebilir. Zira geride bıraktığımız dönemde yeşil sahalarda ırkçılık ve nefret söylemlerinin yükseldiğini gözlemlemek mümkün. Özellikle geçtiğimiz sezon İtalya'da Napoli forması giyen siyahi futbolcu Kalidu Koulibaly'nin, Inter maçının 80. dakikasında gördüğü kırmızı kartla sahayı terk edene kadar maruz kaldığı saldırıların ardından yeniden gündeme oturan, Juventus forması giyen siyahi futbolcu Moise Kean'in gol sevinci sonrasında Cagliari tribünlerinin benzer davranışlarına maruz kalmasıyla ayyuka çıkan ve son olarak İnter forması giyen siyahi futbolcu Romelu Lukaku'nun attığı gol sonrası yine Cagliari tribünlerince gerçekleştirilen eylemler futbol merkezinde senenin gündemlerinden birisini oluşturmakta[2]. Anılan olaylara ilişkin futbol paydaşlarının (genellikle siyahi olanların) olayları kınadığı görülse de Kean'in aynı zamanda takım arkadaşı olan beyaz İtalyan futbolcu Leonardo Bonucci'nin, yaşananlarda Kean'i de yarı oranda "**kusurlu**" bulması, meselenin yalnızca kimi kötü kalpli insanların sorunu değil, genele yayılan bir düşünüş tarzından kaynaklandığını ve çözümün de ancak tüm paydaşların katılımıyla gerçekleşebileceğini göstermesi açısından önemli.

---

1 İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

2 Benzer olaylar geçtiğimiz ay İngiltere'nin en üst düzey futbol ligi olan Premier League'de de yaşanmış ve yine siyahi futbolcular Tammy Abraham, Marcus Rashford ve Paul Pogba bu tarz davranışlara maruz kalmıştı. (Çevrimiçi) https://www.aa.com.tr/tr/dunyadan-spor/manchester-united-oyuncusu-pogba-irkci-saldirilar-beni-daha-da-guclendirir/1564528 Erişim Tarihi: 10 Eylül 2019

Her ne kadar Bonucci, Kean'in rakip taraftarın önünde onlara dönük sevinç gösterisi yapmasını bir kışkırtma olarak değerlendirip, "**futbolcuların** örnek ve profesyonel olma**sı**" gerektiğini ifade etse de bu düşünüş tarzı özellikle Türkiye'de de gündemi meşgul eden "haksız tahrik" meselesine göz kırpıyor. Üstelik haksız tahrikin hukuki açıdan suçu ortadan kaldırmayan yönünün de görmezden gelinmesine sebebiyet veriyor. Zira hukuken haksız tahrik, suçun varlığını ortadan kaldırmayan, ancak suçtan dolayı verilecek cezada bu sebeple indirim yapılmasını öngören bir kurumdur. Haksız tahrik durumunda fiilin haksızlık içeriğinde bir azalmadan bahsedilemez. Suçun haksız tahrik altında işlendiğinin kabulü ise ancak ve ancak suç işleyen kişiye karşı haksız bir fiilin gerçekleşmesi ve bunun meydana getirdiği hiddetin etkisi altında bir suç işlenmesi durumunda mümkündür[3].

Kean'in attığı golden sonra ellerini iki yana açarak rakip tribünlerin karşısında durmasından ibaret eyleminin ise haksız olduğunu söylemek mümkün değildir. Bir an için bu hareketin kışkırtıcı olduğu düşünülse bile bu kışkırtmaya verilecek tepkinin ırkçı nitelikte olmasının kabul edilemezliğini açıklamaya gerek yoktur. Dolayısıyla Bonucci'nin üstü kapalı biçimde ifade ettiği tahrik olgusunun gerek ahlâk gerekse hukuk normları bakımından isabetli olmadığını belirtmek gerekir.

Futbol merkezinde gündeme gelen ancak son dönemde her alanda yaygınlaştığı gözlemlenen bu ırkçı, ayrımcı, nefret içerikli söylem ve davranışlara karşı duruş ile bunlarla mücadele açısından bu yılın başında Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi (AİHM) tarafından karara bağlanan Josip Šimunić v. Hırvatistan davası hem yer verdiği tespitler hem de bu olguyla mücadelede hukuk araçlarının gücünü vurgulaması açısından önemli görünüyor[4].

II. Šimunić'in Irkçı Tezahüratı ve Sonrasındaki Yargı Süreci

2006 Dünya Kupası'nda aynı maçta 3 sarı kart görmesiyle ünlenen Hırvat futbolcu Šimunić[5], 19 Kasım 2013 tarihinde oynanan ve Hırvatistan'ın 2-0 üstünlüğüyle sonuçlanan İzlanda maçı sonrasında elinde mikrofonla

---

3 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 430.

4 Josip Šimunić v. Croatia App. No: 20379/17. (Çevrimiçi) https://hudoc.echr.coe.int Erişim Tarihi: 10 Eylül 2019

5 Kupada oynanan Avustralya maçında hakem Graham Poll tarafından daha önce sarı kartı olan oyuncuya 90. dakikada bir sarı kart daha verilse de hakemin ilk kartı unutması sebebiyle Šimunić oyuna devam etmiş, normal süresi berabere biten maçın ardından uzatma bölümünde gördüğü 3. sarı kart sonrasında oyundan atılmıştı. (Çevrimiçi) http://www.hurriyet.com.tr/hakem-poll-simunic-e-3-sari-1-kirmizi-gosterdi-4632686 Erişim Tarihi: 10 Eylül 2019

sahaya gelip tribünlere "Za Dom!" (Vatan İçin!) diye bağırmış, tribünlerden de "Spremni!" (Hazırız!) cevabını almış ve bu karşılıklı tezahürat üç defa daha tekrarlanmıştı. Görünüşte yalnızca milliyetçi olarak algılanabilecek bu tezahüratlaşma Hırvat yetkilileri ve FIFA'yı derhal harekete geçirmişti. Zira bu sloganların 2. Dünya Savaşı esnasında Hırvatistan'ı yöneten Nazi destekçisi faşist Ustaşa rejimi ile Bağımsız Hırvatistan Devleti (NDH) hareketine dayandığı, bunların resmi selamlaşma biçimi ve bunun ırkçı olduğu düşünülmekteydi.

Başlayan soruşturmalar neticesinde Šimunić aleyhinde FIFA Disiplin Kurulu tarafından 10 maç men ve 30.000 İsviçre Frangı para cezasına hükmedilirken, Hırvat Mahkemeleri tarafından da Spor Müsabakalarında Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu uyarınca "ırk, milliyet ve inanç temelinde nefreti kışkırtma" gerekçesiyle mahkûmiyet hükmü kurulmuş, futbolcu 25.000 Hırvat Kunası para cezasına çarptırılmıştı[6]. Karar gerekçesini oluşturan tespitler ise oldukça veciz nitelikteydi:

"**Bu selamlaşma ırkçı ve faşist hareketlere dayanmakta ve böylece farklı bir dini veya etnik kimliği olan insanlara ırkçı tezahürünün yanı sıra insanlığa karşı suç mağdurlarını aşağılamaya yönelik nefreti de sembolize etmektedir**"

Hırvat mahkemelerinin bu kararına karşı Šimunić, önce Hırvatistan Anayasa Mahkemesi'ne, sonrasında ise AİHM'e bireysel başvurular gerçekleştirmiş ve diğer itirazlarının yanında hakkında verilen mahkûmiyet hükmüyle "ifade özgürlüğünün de ihlal edildiğini" ileri sürmüştü.

Konuyu inceleyen AİHM, 22 Ocak 2019 tarihinde Šimunić'in bireysel başvurusunu reddetmiş ve kararında futbolcuların spor sahalarındaki davranış ve söylemlerinin niteliği bakımından görüşünü şu biçimde açıklamıştır:

"Ünlü bir futbolcu ve birçok futbol taraftarı için bir rol model olan başvuru sahibinin, provokatif söyleminin izleyicilerin davranışları üzerindeki olası olumsuz etkisinin farkında olması ve böyle bir davranıştan kaçınması gerekmektedir"[7]

6 İlgili kanunun iç hukukta açısından muadili 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine İlişkin Kanundur. Bu kanunun "hakaret içeren tezahürat" başlıklı 14/2 maddesi ırkçılığa ilişkin şu düzenlemeyi içermektedir: "Spor alanlarında veya çevresinde toplum kesimlerini din, dil, ırk, etnik köken, cinsiyet veya mezhep farkı gözeterek hakaret oluşturan söz ve davranışlarda bulunan kişi, fiili daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

7 Šimunić v. Croatia para. 45.

Mahkeme, Šimunić'in diğer itirazlarını da reddederek Hırvat mahkemelerinin değerlendirmeleri ile sürecinin bütününde herhangi bir hak ihlali yaşanmadığına, söylenen sözlerin ırkçı ve faşist hareketlerin selamlaşma biçimi olması sebebiyle verilen cezanın spor yoluyla yapılan ayrımcılığa karşı mücadeledeki çıkarlar arasında adil bir denge oluşturulduğuna karar vermiştir. Bu karar, hem spor sahalarında meydana gelen nefret içerikli söylemlere tolerans gösterilmemesi hem de sporcuların izleyenler ve toplum açısından rol model teşkil edebilme ihtimallerine binaen davranış ve söylemlerini buna göre gerçekleştirmesi gerekliliği açısından şimdiden oldukça önemli bir noktadadır.

Keza ırkçı ve nefret içerikli söylemlerle mücadelede hukuk kurallarının mevcudiyeti ile bunların uygulanabilirliğini göstermesi bakımından da çözüm yollarından biri olarak değerlendirilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki anılan mücadelede bu durum tek başına yeterli olmayacak; özellikle tüm paydaşların doğru gerekçelerle doğru yerden bakış açısı sağlamalarına yönelik bilinç oluşturulması gerekecektir. Tıpkı Bonucci'nin açıklamalarında ifade ettiği gibi: "Futbolcuların örnek ve profesyonel olması gerekliliği" çok doğrudur. Esas mesele bunun hangi değerler temelinde gerçekleşeceğidir.

KAYNAKÇA

İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

(Çevrimiçi) https://www.aa.com.tr/tr/dunyadan-spor/manchester-united-oyuncusu-pogba-irkci-saldirilar-beni-daha-da-guclendirir/1564528

(Çevrimiçi) https://hudoc.echr.coe.int

(Çevrimiçi) http://www.hurriyet.com.tr/hakem-poll-simunic-e-3-sari-1-kirmizi-gosterdi-4632686

ANAYASA MADDE 26 ve İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ MADDE 10 KARŞILAŞTIRMALI DÜŞÜNCE VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMLARI İLE BARIŞ İÇİN AKADEMİSYENLER BİLDİRİSİ HAKKINDA ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ İNCELENMESİ

Elif Aycan TÜRKKAN[1]

"Kalemimizi dilimizi kullandığımız gibi,
kendimizi tehlikeye ve riske atarak
kullanmak doğal hakkımızdır."
Voltaire. 1764. Basın Özgürlüğü[2]

GİRİŞ

İnsan hakları kavramı, tarih boyunca meydana gelmiş sayısız savaş, soykırım ve hak ihlallerinden ders alınarak 20. Yüzyılda maddi hukukta-vaat düzeyinden çıkarak somutlaşma evresine geçmeyle- önem kazanmaya başlamış, uluslararası anlaşmalarla birlikte pek çok anayasanın ilk maddelerinde klasik tasnife göre bir, iki, üçüncü sınıf haklar; gelişmeci tasnif yüntemine göre ise bir, iki, üç ve dördüncü kuşak haklar arasında "hak ve özgürlükler" şeklinde yerini almıştır. Bu sınıflandırmada klasik tasnif metodunda bahsedilen birinci sınıf haklar(negatif statü haklar) kişi hak ve özgürlüklerini; ikinci sınıf haklar (pozitif statü haklar) sosyal ekonomik hak ve özgürlükleri; üçüncü sınıf (aktif statü-katılma) ise siyasi hak ve özgürlükleri ifade eder. Kuşak yaklaşımını benimseyerek yapacağımız sıralamada da klasik tasnif metoduna paralel olarak ilk sırayı kişisel haklar alır. Kişisel haklar günümüzde anayasanın ilk maddeleri arasında yer alarak önemini hissettirmektedir, 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlükler on iki ve yetmiş dördüncü maddeler arasında düzenlenmiş olup bu özgürlükler içinde en önemlilerinden biri şüphesiz ifade özgürlüğüdür. Demokratik sistemin temelinde ifade özgürlüğü yer almaktadır öyle ki İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararlarında demokrasinin üç temel unsuru hoşgörü, açık fikirlilik, çoğulculuk olarak ifade edilmiştir.

1 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dördüncü sınıf öğrencisi.

2 Voltaire, 1764 (Aktaran Wolfgang Benedek, 2014)

Özgürlük haktan farklı anlaşılmalıdır, haklarda bir talep söz konusu olduğu için pozitif yükümlülüğü olan devletin genel kuralı inşa etmektir; Özgürlüklerde genel kural karışmamak, kaçınmakla birlikte yatay ihlalleri-bireyler arası ihlaller- önlemektir. Devletin özgürlükler konusunda negatif yükümlülüğü söz konusu olsa da, hak ihlallerini gerçekleşmeden önlemesi için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü bulunduğunu İHAM çeşitli kararlarında ifade etmektedir (İHAM, Dink/ Türkiye Kararı).[3] Düşünen bir varlık olarak insan, sosyal hayat içerisinde düşüncelerini paylaşma, toplumun diğer fertleriyle iletişim halinde olma gereksinimi duyar. Bu iletişimin doğru şekilde sağlanabilmesi bireyin fikir ve hislerini karşısındakine anlaşılabilir şekilde yansıtmasıyla gerçekleşir. Toplumda insanlar bu şekilde fikir paylaşımında bulunabilirler meğerki ifade özgürlükleri kısıtlanmasın.

I. İHAS MADDE 10, İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN UNSURLARI

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması, dünyada barışın sağlanarak korunmasının temellerinin atılması adına 1950 yılında Roma'da Avrupa Konseyi'ne üye devletlerce imzalanmıştır. 1953'te yürürlüğe giren sözleşme, Türkiye'de 1954 tarihinde onaylanmıştır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. Maddesine göre:

"1- Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2-Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için

3 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 14.09.2010 tarihli Dink / Türkiye Kararı'nda;

"(...) İfade özgürlüğünün gerçek ve etkili bir biçimde kullanımı yalnızca devletin her türlü müdahaleden imtina etme görevine bağlı değildir. Bu hakkın kullanımı bireyler arasındaki ilişkilerde dahi pozitif koruma tedbirlerinin alınmasını gerekli kılar. Esasen, bazı durumlarda devlet, ifade özgürlüğü hakkını gerçek kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı da korumakla yükümlüdür." Şeklinde açıklanmıştır.

gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

İlk paragrafı unsurlarına ayırarak inceleyecek olursak, *kanaat özgürlüğü* bireyin bir görüşe sahip olma, kendi fikirlerini üretebilme özgürlüğünü ifade eder. Toplumda yaşayan birey, çevresinden aldığı etkiler ve yaşam deneyimi sonucu kendi görüşlerini üretir ve toplumda bu görüşleri ile tanınır. Her birey kendine özgü karakter yapısına sahiptir, bu karakter yapısı onun olayları algılayış biçimini yönlendirir. Özet olarak, her birey, olayları kendi perspektifinden görmektedir. Olayları kendi bakış açısından gören birey, iç dünyasında engellenemez biçimde olay hakkındaki düşüncelerini kendi yaşam deneyimine, yetiştiği çevre koşullarına göre algılayıp fikirlerini kendine özgü olarak oluşturacaktır.

Fikir sahibi olma özgürlüğü aynı zamanda fikirlerini açıklamaya zorlanamamayı da içinde barındırır. ''Sessiz kalma şeklinde, olumsuz yönüyle de ifade özgürlüğü 10. madde tarafından güvence altına alınmıştır. Sözleşme'nin 6. maddenin bir unsuru olarak kendini suçlayan ifade vermeme veya susma hakkı, 10. madde kapsamında değerlendirilmektedir."[4]

İfade özgürlüğünün korunması kapsamı yalnızca naif, zararsız fikir açıklamalarından ibaret görülmemelidir. AİHM'nin Handyside / Birleşik Krallık Davası'nda belirtildiği üzere:[5]

"İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü 10. maddenin sınırları içinde sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, aynı zamanda devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz."

Karardan anlaşıldığı üzere belli kesimi rahatsız edebilecek, kışkırtabilecek nitelikteki ifadeler de madde 10 kapsamında korunur. *Haber ve görüş alma özgürlüğü,* bireyin bilgi edinme ve fikir alma hürriyetini ifade etmekte olup basın özgürlüğüyle yakından ilişkilidir. Basının kamuoyunu ilgilendiren, güncel, makul haberleri toplumda yaşayan bireyleri birincil olarak ilgilendirdiğinden bireylerin bunlara erişiminin engellenmesi düşünülemez. Toplumun bir parçası olan birey hayatın akışında

4 Osman Doğru, Atilla Nalbant, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar, Pozitif Baskı, Ankara, 2013, s. 183

5 Handyside / Birleşik Krallık Davası. Doğru, Osman., Nalbant Atilla. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, 2. Baskı. Ankara. 2013. s. 245 vd.

kendisini ilgilendiren, merakını uyandıran haber ve bilgileri edinebileceği kaynaklara erişebilmeli, üstelik bu kaynakların nicelik itibariyle fazla olması, bireyin çoğulcu sistemde kendi görüşlerini oluşturabilmesinde ona yardım edebilecek ve kendi görüşlerinin artı eksi yönlerini görmesinde ona yardımcı olacaktır.

Düşünceyi açıklama hürriyeti, bireyin kendi zihinde oluşturduğu düşünceyi dış dünyaya yansıtmasını ifade eder. Düşüncenin açıklanması yalnızca söz ve yazı ile gerçekleştirilmez, resim[6], fotoğraf[7], eylem[8], kıyafet[9] bile düşünceyi açıklama kapsamına girebilir. Birey bu aşamada artık kendi zihin egemenliğinden çıkmış, oluşturduğu düşünceyi dış dünyaya aktarmaktadır. Düşünmenin engellenmesi eşyanın tabiatına aykırıdır, fikrin zihinde oluşturulması engellenemeyen bir süreçtir. Ancak fikrin zihin egemenliğinden çıkıp dış dünyaya aktarılması yani düşünceyi açıklama özgürlüğü belli şartlarla sınırlanabilir. Bu sınırlama istisna olarak görülmeli ve mutlaka dar yorumlanmalı, hakkın özüne dokunacak bir sınırlama demokratik sistemin özüne zarar vereceğinden kabul edilmemelidir. Madde 10'un ikinci fıkrasında sınırlama rejimi düzenlenmiş, sınırlamanın hangi durumlarda ve ne şekilde yapılacağı belirtilmiştir.

B. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

Sınırlandırmanın haklı veya haksız olma durumunun değerlendirmesine geçilmesi için öncelikle mevcut bir hak, özgürlük olması gerekir. İkinci olarak bu hakka/özgürlüğe müdahale edilmiş olmalıdır. Daha sonra bu müdahalenin haklılaştırılabilir olup olmadığı incelenir.

Devlet müdahalesinden; kamu gücünü kullanan her tür makamın; yürütme kuruluşları, yargı organları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ifade özgürlüğünün kullanımını kısıtladıkları veya bu sonucu yaratan her tür müdahalesi veya bu sonucu doğuran ihmali anlaşılır.[10]

İHAM kendisine gelen davalarda ön şart olarak müdahalenin varlığını aramaktadır. Bir müdahale olduğunu tespit ederse "üç aşamalı test" olarak ifade edilen sınamaya geçer, sınırlandırmanın kanuni, meşru amaca uygun, demokratik toplumda gerekli olup olmadığı incelenir.

---

6 Müller (Aktaran Dominika Bychawska- Siniarska, 2017)

7 Chorherr (Aktaran Dominika Bychawska- Siniarska, 2017)

8 Steel (Aktaran Dominika Bychawska- Siniarska, 2017)

9 Stevens (Aktaran Dominika Bychawska- Siniarska, 2017)

10 Tanju Erhan. AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü. 1. Baskı. Ankara. 2012. s.168 (Akt. Eda Biçgin, 2017)

- Kanunilik ve Hukukilik

Öncelikle kanunilik ve hukukilik kavramının eş anlamlı kavramlar olmadığı ifade edilmelidir. Hukuken öngörülmüş olma meselesinde, kanunilik dendiğinde meclisin yaptığı yasalarla bağlı kalınması anlaşılırken; hukukilik dersek kanun, kanun hükmünde kararname, içtihat hatta mahkeme kararlarını da kapsayacak şekilde yazılı ve yazılı olmayan hukukun tümünü ifademize katarız. Müdahalenin temeli olup olmadığı; hakkın belli bir kanun, içtihat ya da karara dayanılarak mı yoksa keyfi ve temelsiz olarak mı sınırlandırıldığı iç hukukta yapılan inceleme sonucunda saptanır.

Ülkedeki hukuk,

Erişilebilir, yurttaşın kolayca ulaşabileceği ve böylelikle olası bir davranışının sonuçlarını öngörebileceği

Açık(anlaşılır) ve

Kötüye kullanmaya karşı tedbirler alınmış yani yetki verilen kişilerin olası bir istismarına, suistimaline izin vermemek adına yetkileri süre, kişi, yer, konu vb. yönlerden sınırlandırılmış olduğu müddetçe kaliteli bir hukuktan söz edilir.[11]

İHAM üç aşamalı test metodunda kanunilik ve hukukilik, meşru amaca uygunluk, demokratik toplumda gereklilik koşullarını bu sıralama ile incelemektedir. Kanunilik ve hukukilik incelemesi tamamlandıktan sonra müdahalenin haksız olduğu tespit edildi ise ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmeder. Müdahale kanunilik yönünden haklılaştırılabiliyor ise incelemeye devam edilerek meşru amaca uygun olup olmadığının incelenmesine geçilir.

- Meşru Amaca Uygunluk

Müdahalenin meşru amaca uygunluğunun incelenmesinde dikkate alınacak temel ölçüt İHAS madde 10'un ikinci paragrafı[12] olup bu paragrafta sınırlandırma koşulları ''...Demokratik toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın,

11 (Doğru ve Nalbant, 2013)

12 2-Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.''

başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması…" şeklinde ifade edilmiştir. İHAM meşru amaca uygunluk kriterini incelerken uygulanan sınırlandırmanın hangi amaçla gerçekleştirildiğine bakacak ve bahsedilen amaçların madde metninde ifade edilenlerle örtüşüp örtüşmediğini inceleyecektir. İHAM kararlarında istisnaların dar, özgürlükler geniş yorumlanması gerektiğini birçok defa ifade etmiştir binaenaleyh madde metninde sayılan sınırlandırma sebeplerinin sınırlı sayı prensibine uygun incelenmesi yerinde olacaktır.

Demokratik toplumda ulusal güvenliğin sağlanması, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla sınırlandırmalara gidilebileceği maddede ifade edilmiştir. "Suç işlenmesinin önlenmesi görece olarak açık bir tanımlama olsa da, 'düzensizliğin önlenmesi' ya da başka bir ifadeyle 'kamu düzeninin korunması' kavramlarının soyut olduğunu kabul etmek gerekir."[13] Soyut kavramlar söz konusu olduğunda sınırlandırmanın haklılığının tespiti zorlaşır. Demokratik toplumda ulusal güvenliğin sağlanması sınırlama sebebine devlet sırlarını gizleme sebebiyle başvuruldu ise halkın bilgi alma hakkının sınırsız olarak kısıtlanmaması gerektiği hususuna dikkat edilmelidir. Devletlere bırakılan takdir marjının kapsamı belirlenirken hakkın önemi, eylem, sınırlandırma amacı ve devletin o dönem içinde bulunduğu koşullar dikkate alınmalıdır.

*Sağlığ*ın veya ahlakın korunması hususunda İHAM'a gelen başvurular genellikle genel ahlak konusunda olup ahlakın ülkeden ülkeye, insandan insana değişen bir mesele olması tekrar dikkat çekebileceğimiz üzere kültürler arası farkların görüşlere yansımasının, ifade özgürlüğünün ve açık fikirliliğin hayati öneme sahip olduğunun bir kanıtıdır. Toplumda bir gruba normal gelebilecek türden davranışlar diğer bir gruba farklı ve rahatsız edici gelebilir. Bu konuda İHAM'ın *Müller ve Diğerleri – İsviçre*[14] davasında vermiş olduğu karar örnek gösterilecek olursa, bir resim sergisinde insan ve hayvanların kabaca cinsel birleşmesinin tasavvur edildiği tablo hakkında sergiden çıkarılması ve el konulması talebinin yerine getirilmesi üzerine başvurulan mahkeme, madde 10'un ihlal edilmediğine karar vermiş, "olağan duyarlılıktaki kişilerin cinsel adabına büyük ölçüde karşı" olduğu değerlendirmesine katılmıştır.

---

13 Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, 2. Baskı. Ankara. 2013. s. 229

14 24.05.1988 tarihli Müller ve Diğerleri / İsviçre Davası, Başvuru No. 10737/84. Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt. 2. Baskı. Ankara. 2013. s. 245 vd.

Mahkeme, Eşcinsel onur yürüyüşünün yasaklanmasına ilişkin *Alekseyev – Rusya kararı*nda ise başvuranın devletin ileri sürdüğü kamu güvenliğinin korunması, düzensizliğin önlenmesi, ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması istisnalarının yürüyüşün yasaklanmasına uygun gerekçeler olmadığı ve hukuki olmadığı yönündeki itirazı, müdahalenin zaten demokratik bir toplumda gerekli olmadığı gerekçesiyle incelenmemiştir. Fakat Mahkeme müdahalenin meşru bir amaç taşıyıp taşımadığının denetimini yaptığı bu aşamada gerekli görmediği incelemeyi, demokratik toplumda gereklilik denetimi sırasında yapmıştır. Devletin kamu güvenliğinin korunmasına ilişkin bazı argümanlarını inandırıcı bulmadığı gibi, ahlaka ilişkin argümanlarınınsa iç hukukta böyle bir yürüyüşün engellenmesi için düzenlenen gerekçelerden herhangi birini karşılamadığına ve bununla bağlantılı olarak da güvenlik gerekçesine odaklanan iç hukuktaki yargılamalarda ahlakın korunmasına ilişkin argümanların tartışılmadığına dikkat çekmiştir.15

"*Başkalarını*n şöhret ve haklarının korunması amacı, ulusal makamların ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri haklı göstermek için en fazla başvurdukları nedenlerdendir. Bu alandaki temel tartışma konusu, ifade özgürlüğünün kullanılması ile kişilik haklarına yönelik taciz arasındaki sınırın nasıl ve hangi ölçütlere göre saptanacağı ile ilgilidir. Kişilik hakkının korunma gerekçesiyle ifade özgürlüğü kullanılamaz bir hak haline getirilmemelidir."[16]

Mahkeme müdahalenin meşru amaca uygunluğunun incelenmesi sırasında müdahaleyi haklılaştırılabilir bulursa, ihlal tespit etmezse incelemesine devam ederek demokratik toplumda gereklilik kriterinin incelenmesine geçecektir.

- Demokratik Toplumda Gereklilik

İHAM *Silver ve diğerleri/ Birleşik Krallık* Kararında ''demokratik bir toplumda gerekli olmak'' deyimini şu şekilde ifade etmiştir:

"(...) 'demokratik bir toplumda gerekli olmak' deyimi, bir müdahalenin Sözleşme'ye uygun olabilmesi için, diğer şeylerle birlikte, 'toplumsal ihtiyaç baskısını karşılamak' ve 'izlenen meşru amaçla orantılı olmak' zorunda olduğu anlamına gelir."[17]

15 Alekseyev v. Russia , para. 69, 74, 78-79. (Akt. Esra Demir Gürsel, 2014)

16 Doğru, Osman., Nalbant, Atilla. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, 2. Baskı. Ankara. 2013. s. 232

17 AİHM'nin 25.03.1983 tarihli Silver ve Diğerleri / Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No. 5947/72. Doğru, Osman. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt 1. 1. Baskı. Legal Yayıncılık: İstanbul. 2004. s. 571 vd (Aktaran Eda Biçgin, 2017)

Ulusal makam incelemesi sırasında sınırlamanın istisna olduğunu bilincinde olarak müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını tespit etmesi ve karşıladığı sonucuna varırsa müdahale ile bu zorunlu toplumsal ihtiyaç arasında bir denge kurarak müdahalenin meşru amaç ile orantılı hale getirilmesini sağlamalıdır.

Bağlam incelemesi yapılırken ifadenin içeriği, ifadeyi kullanan kişi ve ifadenin muhatabı, ifadenin yeri ve zamanı ile açıklandığı ortam, ifadenin açıklanmasında kullanılan araç ve yöntem dikkate alınmalıdır.

II. ANAYASA MADDE 26, DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA VE YAYMA HÜRRİYETİ İLE KARŞILAŞTIRMA

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

Yukarıda İHAS madde 10 içerisinde gerekli kavramlar yer yer incelendiğinden yeni kavramlar ve farklılıklar üzerinde durularak ilerlenecektir.

Öncelikle maddi yönden bir inceleme yapacak olursak İHAS madde 10'da düzenlenen ifade özgürlüğü Anayasada on üç maddeye yayılarak inceleniştir. Sözleşmenin onuncu maddesi ifade özgürlüğünü korumakta iken, Anayasa 26. Maddede düşünce ve kanaatleri açıklama ve yayma özgürlüğünü düzenlemektedir. Haber almak, fikir almak ya da vermek serbestliğini kapsar ve bu özgürlüklerin resmî makamların müdahalesi

olmaksızın kullanılabileceği hükme bağlanmıştır. Hem sözleşmenin 10. Maddesinde hem de anayasanın 27 ve 28. Maddelerin 3. Fıkrasında bilim sanat ve basın özgürlüklerinin kullanılmasının, yabancı yayınların ülkeye girmesinin ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel olmadığı belirtilmiştir.

"İfade özgürlüğüne bir müdahalenin haklı olabilmesi için 10 (2). fıkrasındaki şartlara uygunluğu aranır. Oysa Anayasanın 26 (3). fıkrasına göre, yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması (müdahale) sayılmaz."[18] Madde 10'un ikinci fıkrasına göre uygulanacak müdahale iç hukukta öngörülmüş olmalıdır, anayasa madde 26'da ise devlete bu hürriyetin kullanılmasında uygulanacak 'şekil, şart ve usuller'i 'kanunla' düzenleme görevi verilmiştir. Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasında mahkeme hakkında da bir detaya değinilmiş, yargılamanın nasıl yapılacağı hakkında bir hükümde bulunulmuştur, müdahale demokratik bir toplumda gerekli olacağı gibi yargılamada da bu esas gözetilerek verilecek kararın demokratik toplumda gereklilik ölçütüne uyması gereği hükümde belirtilmiştir. Anayasa'da ise buna değinilmemiş, ''müdahalenin hangi sınırlar içinde (demokratik toplumda gereklilik) yapılacağı gösterilmemiştir; ancak Anayasanın 13. maddesinde, hak ve hürriyetlere yapılan müdahalelerin (sınırlamaların), 'demokratik toplum düzeninin gerekleri'ne ve 'ölçülülük ilkesi'ne aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bu madde, ifade özgürlüğü alanında uygulanır."[19]

Sözleşme'nin 10. Maddesinde

Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması olarak sayılan sınırlandırma sebepleri;

Anayasa'nın 26. Maddesinde millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi olarak sayılmıştır.

18 Osman Doğru, ANAYASA İLE KARŞILAŞTIRMALI İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ ve MAHKEME İÇTÜZÜĞÜ, 2010, s.62

19 Osman Doğru, ANAYASA İLE KARŞILAŞTIRMALI İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ ve MAHKEME İÇTÜZÜĞÜ, 2010, s.64

III. BARIŞ İÇİN AKADEMİSYENLER BİLDİRİSİ HAKKINDA ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ İNCELENMESİ

Anayasa Mahkemesinin Başvurucuları Zübeyde Füsun Üstel, Sharo İbrahim Garip, Yasemin Gülsüm Acar, Ayda Rona Aylin Altınay Cingöz, Canan Özbey, Melda Tunçay, İzzeddin Önder, Nazlı Ökten ve Zübeyde Gaye Çankaya Eksen olan 26 Temmuz 2019 tarihli kararında başvurunun konusu 2000'i aşkın akademisyenin imzacısı olduğu "Bu suça ortak olmayacağız!" adlı bildiriye imza veren başvurucuların terör örgütü propagandası yapma suçundan cezalandırılması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

Bildirinin Yayımlanmasından sonra kamuoyunda bildiriye yönelik sert eleştirilerde bulunulmuştur. İmzacı akademisyenler hakkında ceza soruşturmaları başlatılarak kamu davaları açılmış ve bazı üniversiteler, akademisyenlerin işine son vermiştir. Akademisyenlerin bir kısmı olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri (KHK) ile kamu görevinden ihraç edilmiş, bir kısmı çalıştıkları üniversitelerin yönetimlerince işten çıkarılmıştır. İmzacı akademisyenler hakkındaki disiplin işlemleri çeşitlilik göstermektedir. Bunlardan bir kısmı istifaya davet edilmiş veya emekli edilmiş, diğer bir kısmı ise üniversite öğretim üyeliğinden veya kamu görevinden çıkarılması talebiyle Yükseköğretim Kuruluna sevk edilmiş, görevden uzaklaştırılmış veya idari göreve son verilmesi işlemine maruz kalmıştır. Eldeki verilere göre çok sayıda akademisyen istifa etmiştir. Anayasa Mahkemesine sunulan belgelere göre bildiri nedeniyle gözaltına alınan ve tutuklanan akademisyenlerin de olduğu anlaşılmaktadır.

Başvurunun görüşüldüğü tarih itibarıyla imzacı 2200 akademisyenden 785'i hakkında terör örgütü propagandası yapma suçundan ceza davası açılmıştır. Bunların bir kısmı hakkında ceza davaları devam ederken geri kalanlar değişen miktarlarda hürriyeti bağlayıcı cezalar ile cezalandırılmıştır.

Anayasa Mahkemesi Nihai Değerlendirmelerde şu ifadeleri kullanmıştır:

"Açıklanan bir düşüncenin salt ağır olması, yetkilileri sert biçimde eleştirmesi, keskin bir dil kullanılarak ifade edilmesi ve hatta tek taraflı, çelişkili ve subjektif olması şiddete tahrik ettiği, topluma, devlete ve demokratik siyasal düzene yönelik olarak bir tehlike ortaya çıkarttığı ve buna bağlı olarak kişileri kanunlara aykırı eylemler yapmaya teşvik ettiği anlamına gelmez."

Yukarıdaki paragrafta Anayasa Makhemesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin klasikleşmiş Handyside / Birleşik Krallık Davası kararı

ile benzer bir yaklaşımda bulunarak ifadenin bazı kesimler için kışkırtıcı ve rahatsız edici olması, toplumdaki tabulara dokunacak nitelikte olması halinde dahi korunması gerektiğinin altını çizmiştir.

"Başvurucuların imzaladığı bildirideki düşüncelerin toplumun büyük çoğunluğunun düşüncelerinden açıkça farklı olduğu ortadadır. Ancak tam da bu sebeple bu tür açıklamaların korunması noktasında daha hassas davranılması gerekir. Çünkü bu tür müdahaleler kamuoyunun ülkede meydana gelen son derece önemli olaylar hakkındaki farklı bakış açılarının -onların büyük çoğunluğu için bu bakış açısının kabul edilmesi ne kadar zor olursa olsun- öğrenme hakkına ağır bir sınırlama getirmektedir.

En geniş siyasi özne olan devlete yönelik eleştirinin sınırlarının bireylere yöneltilen eleştirilere göre çok daha geniş olduğunda bir tereddüt olamaz. Yaklaşık on ay boyunca on bir şehirde terör örgütüne karşı yürütülen ve milyonlarca insanın hayatını etkileyen operasyonların kamuoyu tarafından takip edilmesi ve operasyonlar hakkında farklı değerlendirmeler yapılması normal karşılanmalıdır."

Anayasa Mahkemesi bu ifadeleriyle Anayasa'nın 26. Maddesinde düzenlenen haber alma özgürlüğünün sınırlarını bir kez daha netleştirmiş, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ile aynı görüşü benimseyerek ifade özgürlüğünden yana ağırlığını koymuştur.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi, hukukla içli dışlı olacak her kişi tarafından benimsenmesi gereken "Fikirlerinizi paylaşmıyorum, efendim. Ama onları ifade etme hakkınız için hayatımı tehlikeye atarım."[20] düsturuna uygun olarak şu açıklamada bulunmuştur:

"Dahası başvurunun odağında yer alan bildirinin belirli bir perspektiften ve tek yanlı hazırlandığı, abartılı yorumlar içerdiği, güvenlik güçlerine karşı incitici ve saldırgan bazı ifadeler barındırdığı da kabul edilmelidir. Buna ilave olarak Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün korumasından faydalanması gerektiği yönündeki yorumları Anayasa Mahkemesinin bildiride yer alan düşünceleri paylaştığı veya desteklediği anlamına da gelmez."

"Hazırlanmasında veya imzalanmasında güdülen diğer amaçlar ne olursa olsun ve hangi dil ve üslup kullanılırsa kullanılsın nihai olarak bildiride o tarihlerde sürmekte olan çatışmaların sona erdirilmesi talebinin baskın olduğu değerlendirilmiştir.

20 Voltaire (Aktaran Wolfgang Benedek, 2014)

Dolayısıyla bildirinin örgütün başa çıkılması imkânsız bir güç olduğu ve amacına ulaşabileceği kanaatini toplum üzerinde oluşturmak, örgütün terör eylemlerine karşı olan kişi ve kuruluşları ortadan kaldırmak, sindirmek, halkın örgüte aktif desteğini sağlamak amacıyla ilan edildiği kanaatine ulaşılmamıştır.

Bildirinin imzalanmasına neden olan operasyonları yürüten kamu gücüne karşı ağır eleştirilerde bulunulabileceğinin öngörülmesi ve demokratik çoğulculuk açısından bunlara daha fazla tahammül edilmesi gerekir. Yukarıdaki bilgiler dikkate alındığında başvurucuların mahkûmiyetlerinin zorunlu toplumsal bir ihtiyaca karşılık gelmediği sonucuna ulaşılmıştır."

Anayasa Mahkemesi İfade özgürlüğünün *ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna* oybirliğiyle,

Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan *ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine* oyçokluğuyla karar vermiş, başvuruculara manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

KAYNAKÇA

- Benedek, Wolfgang. İnsan Haklarını Anlamak, İnsan Hakları Eğitimi El Kitabı. Türkçe Baskısı: SIDA Desteği ile RWI ve Türkiye Adalet Akademisi İşbirliği Kapsamında hazırlanmıştır. Türkiye Adalet Akademisi Yayınları: Ankara. 2014.
- Biçgin, Eda " İfade Özgürlüğüne İlişkin Davalarda Üç Aşamalı Test Kapsamında Bağlam Değerlendirmesi", Avrupa Konseyi (der.), İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÜZERİNE MAKALELER ULUSLARARASI KAPANIŞ SEMPOZYUMU'NA KATKI KİTABI, Ankara, Matus Basımevi Reklam ve Yayımcılık Ticaret Limited Şirketi, 2017, syf. 87-113
- Demir Gürsel, Esra, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddelerinde Korunan Haklar ve Demokratik Toplumun Sınırları, (Prof. Dr. Osman Doğru), Marmara Üniversitesi, 2013, (Marmara Üniversitesi Prof. Dr. Orhan Oğuz Kütüphanesi)
- Doğru, Osman, Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü, 2010
- Doğru, Osman, Nalbant, Atilla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi - Açıklama ve Önemli Kararlar, Pozitif Baskı, Ankara, 2013, s. 183
- Dominika Bychawska- Siniarska, AHİS Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması Uygulayıcılar İçin El Kitabı, Strazburg, MRK Baskı ve Tanıtım Hizmetleri, 2017, s.20
- Voltaire. 1764. Liberty of the Press. In: Philosophical Dictionary. Reprint edition 1984. London: Penguin Classics.

YARGITAY KARARLARI

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARLARI

MÜTESELSİL SORUMLULUK • TAZMİNAT HESABI • KUSUR ORANI

ÖZET: Davacının müteselsil sorumluluk ilkesine dayanarak seçimlik hakkını kullanarak müteselsil borçlulardan bir tanesine karşı açtığı tazminat davasında;

Dava dışı olan diğer müteselsil borçluların da dahil olduğu tüm kusur oranına göre tazminat hesabı yapılmalıdır.

Bu nedenle sadece davalı gösterilen borçlunun kusur oranına göre tazminat hesaplanması doğru olmamıştır.

Y. HGK E: 2015/837 K: 2019/253 T. 07.03.2019

...1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle, kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine,

2-Dava, iş kazası nedeniyle sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile, taleple bağlı kalınarak 1.000,00 TL maddi tazminatın ve 50.000,00 TL manevi tazminatın 18.09.2010 tarihinden itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerin incelenmesinden; iş kazası sonucu davacı sigortalının sürekli iş göremezlik oranının % 50 olduğu, SGK Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından olayın iş kazası olduğunun tespit edildiği, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi kusur raporunda olayın meydana gelmesinde işveren davalı şirketin % 20, dava dışı karşı araç sürücüsünün % 40, davacı işçinin % 40 oranında kusurlu olduklarının belirtildiği anlaşılmaktadır.

Birden çok kimsenin birlikte neden oldukları zarardan sorumluluklarını düzenleyen 818 sayalı Borçlar Kanunu'nun 50. maddesi ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi(tam dayanışmalı sorumluluk) ya da birden çok kimsenin değişik nedenlerle meydana getirdikleri aynı zarardan sorumluluklarını düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 51. maddesi ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddeleri(eksik dayanışmalı sorumluluk) uyarınca davacı, zararının tümünü müteselsil sorumlulardan biri aleyhine açacağı bir dava ile isteyebileceği gibi, sorumluların hepsi aleyhine açacağı tek bir dava ile de talep edebilir. Teselsül, ister yasadan, ister sözleşmeden doğmuş olsun, bu kuraldan yararlanmak için, zarara uğrayanın, daha geniş bir deyimle alacaklının talebi gereklidir.

Somut olayda; dava dilekçesinin içeriğinden yol genişletme çalışması sırasında karşı yönden gelen aracın kendisine çarpması ile trafik iş kazası geçirerek yaralanan davacının, seçimlik hakkını kullanarak davalıişveren aleyhine müteselsil sorumluluk esasına dayanarak maddi ve manevi tazminat isteminde bulunduğu anlaşıldığından, davacının kusur oranı dışındaki toplam kusurun % 60 olduğu gözetilerek maddi tazminat hesabı yapılması gerekirken, hükmün gerekçesinde sadece iş verenin kusuru esas alınarak hesaplama yapılması doğru olmamıştır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul olunmalı ve hüküm bozulmalıdır…"

gerekçesiyle 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 belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, iş kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkilinin Balıkesir-Manisa yolunun 17 ile 500. kilometresinde yol yapım işini üstlenen davalı şirkette laboratuvar teknisyeni olarak çalıştığını, davacının kazanın meydana geldiği 19.08.2009 tarihinde iş makinesi tarafından yola fırlatılan taş parçasını yoldan almaya

çalışırken MY'nin sevk ve idaresinde bulunan 72 AD 566 plakalı aracın çarpması neticesinde yaralandığını ve sol bacağının kesildiğini, olayda müvekkilinin bir kusurunun bulunmadığını, kusurun davalı işverene ait olduğunu ileri sürerek meydana gelen iş kazası nedeniyle 1.000,00TL maddi tazminat ile 100.000,00TL manevi tazminatın kaza tarihinden itibaren işleyecek en yüksek banka mevduat faizi ile birlikte davalı şirketten tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... Taah. İnş. San. ve Tic. A.Ş. vekili; meydana gelen kazada müvekkili şirketin bir sorumluluğunun bulunmadığını belirterek haksız olarak açılan davanın reddinin gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece; iş kazası nedeniyle davacıda %50 oranında sürekli iş göremezlik kaybının oluştuğu ve bu oranın kesinleştiği, durumun tespiti amacıyla bilirkişi kurulundan aldırılan raporlarda kaza nedeniyle davacının %40, davalı şirketin %20, kazanın meydana gelmesine neden olan 3. kişi MY'ıın ise %40 oranında kusurlu olduğunun tespit edildiği, raporların iş güvenliği mevzuatı hükümlerine uygun olduğu, bu durumda davacı lehine maddi tazminata hükmedilmesinin doğru olacağı; diğer yandan olayın oluş şekli, tarafların kusur oranları, olay tarihi, davacının yaşı, maluliyet oranı birlikte değerlendirildiğinde davacı için manevi tazminata da hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle davalı şirketin %20 kusuruna isabet eden ve hesaplanan 2.066,29TL tutardan dava dilekçesinde istenilen miktar (1.000,00TL) dikkate alınarak ve taleple bağlı kalınarak maddi tazminat talebi yönünden davanın kabulüne, manevi tazminat talebi yönünden ise davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine karar Özel Dairece, yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece; dava dilekçesinin içeriğinden davanın sadece davalı şirkete karşı açıldığı, davacının, "teselsül hükümlerinden yararlanmak" şeklinde bir talebinin bulunmadığı dikkate alındığında, dava konusu olayın meydana gelmesinde kusuru bulunan dava dışı 3. kişi MY'nin kusuruna isabet eden maddi zararın davalı şirketten tahsilinin mümkün olmadığı belirtilerek direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davacı vekilinin 09.08.2010 harç tarihli dava dilekçesi dikkate alındığında, maddi tazminata yönelik eldeki davada, davacı vekilinin seçimlik hakkını kullanarak davalı işveren aleyhine müteselsil sorumluluk esasına dayanıp dayanmadığı; burada varılacak sonuca göre davacının kusur oranı dışın-

da kalan toplam %60 kusur oranının mı yoksa sadece davalıişveren için hesaplanan %20 kusur oranının mı esas alınması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Konunun aydınlatılması için öncelikle müteselsil sorumluluk kavramı üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır.

Müteselsil borçluluk bir irade beyanı veya kanun hükmü dolayısıyla bir edimin birden ziyade borçlulardan her birinin tamamını ifa etmekle yükümlü bulunduğu, alacaklının ise tamamını ancak bir defa ifa etmek üzere edimi borçlulardan dilediği birinden talep etmeye yetkili olduğu ve borçlulardan birinin ifası veya ifa yerini tutan fiiliyle diğerlerinin bu oranda alacaklıya karşı borçtan kurtulacakları bir birlikte borçluluk halidir (Akıntürk, T.: Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s.35).

Gerçekten de birden ziyade kimse, alacaklıya karşı aynı sebepten dolayı ve her biri borcun tamamı için "asıl borçlu" sıfatıyla borçlu olurlarsa, müteselsil borçluluktan bahsedilebilecektir (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s.285).

Müteselsil borçluluğun kaynakları, diğer bir ifadeyle birden fazla borçlular arasında teselsül ilişkisinin hangi sebeplerden ileri geldiği, 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu'nun (BK) 141'inci maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre,

"Alacaklıya karşı, her biri borcun mecmuundan mesul olmağı iltizam ettiklerini beyan eden müteaddit borçlular arasında teselsül vardır.

Böyle bir beyanın fıkdanı halinde teselsül ancak kanunun tayin ettiği hallerde olur".

Benzer düzenleme 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 162'nci maddesinde de yer almıştır. İlgili madde,

"Birden çok borçludan her biri, alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiğini bildirirse,müteselsil borçluluk doğar.

Böyle bir bildirim yoksa, müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hâllerde doğar." Hükmünü içermektedir.

Görüldüğü üzere hem 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 141'inci maddesinde hem de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 162'nci maddesinde müteselsil borçluluğu doğuran iki kaynak kabul edilmiştir. Bunlardan ilki birinci fıkra uyarınca irade beyanı ile meydana gelen, "iradeden" kaynaklanan müteselsil borçluluk, diğeri ise ikinci fıkrada belirtildiği üzere

kanunun öngördüğü hallerde ortaya çıkan "kanundan" kaynaklananmüteselsil borçluluktur.

Kanundan kaynaklanan teselsül müteselsil borçluluğun doğrudan doğruya bir kanundan kaynaklanması halidir. Diğer bir ifadeyle bizzat kanun koyucu tarafından öngörülen müteselsil borçluluk durumudur.

Kanundan kaynaklanan müteselsil borçluluk hallerinden biri de 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu'nun 50'nci ve 51'inci maddeleri ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 61'inci ve 62'nci maddelerinde düzenlenenmüteselsil sorumluluk halidir. Kanun koyucu birden fazla kimselerin müşterek kusurlarıyla bir zarara sebebiyet vermeleri halinde, bu kimselerin zarara uğrayana karşı müteselsilen sorumlu olmalarını öngörmüştür (Akıntürk, s.123).

Birden çok kişi aynı zarardan aynı sebepten veya çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olabilir. Bu durum iki veya daha çok kişinin şahsında sorumluluğun ya da herhangi bir tazminat yükümlülüğünün şartlarının gerçekleşmesi halinde söz konusu olur. Buna göre birden çok kişi aynı zarara birlikte sebep olabilecekleri gibi, çeşitli nedenlerle de sebep olabilirler. İkinci halde sorumlulardan yalnız biri söz konusu zarara sebebiyet verirken, diğeri sebebiyet vermediği böyle bir zararı başka bir nedenle tazmin zorunda kalabilir (Eren, F.:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s.831).

Yukarıda söylenenlere uygun olarak müteselsil sorumluluk üç halde doğabilir. Birinci halde, zarar verenlerden her birinin ayrı ayrı sorumlu olduğu iki veya daha fazla sebep bir araya gelmekte ve bu suretle zararlı sonucu meydana getirmektedir.

İkinci halde ise zarar, iki veya daha çok sebepten değil, hukuken önem taşıyan bir tek sebepten doğmaktadır. Ancak burada hukuk düzeni bu tek sebep için iki ayrı kişiyi sorumlu tutmaktadır.

Üçüncü halde ise, zarar yine bir tek sebepten meydana gelmekle birlikte, sorumluluk hukukuna göre bu zarardan sadece bir kişi sorumlu olmaktadır. Ancak, zarar veren yanında üçüncü bir kişi de bir sözleşme gereğince söz konusu zararı gidermeyi (sorumluluğu) üzerine almaktadır (Eren, s.831, 832).

Aynı zarardan dolayı birden çok kişinin zarar görene karşı sorumluluğu, hukuk politikası açısından üç ayrı şekilde düzenlenebilir. Bunlar; sorumlulukların paylaştırılması, sorumlulukların toplanması ve sorumlulukların yarışmasıdır.

Sorumlulukların paylaştırılmasında, aynı zarardan sorumlu olan birden çok kişinin kısmî sorumluluğu söz konusu olur. Burada zarar verenlerden her biri, zarara sebep olduğu oranda sorumludur.

Sorumlulukların toplanmasında, birden çok kişiden her biri, diğerinden bağımsız olarak zararın tamamından sorumludur. Zarar gören, uğradığı zararı sorumluların her birinden ayrı ayrı talep eder. Birinin zararı tazmin etmesi, diğerinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Burada zarar verenlerin sorumlulukları, toplanmaktadır.

Son olarak taleplerin yarışmasında tazminat yükümlülerinden her biri zarar görene karşı, diğer yükümlü veya yükümlüler tarafından zararın tamamı tazmin edilinceye kadar sorumludur. Tazminat yükümlülerinden her biri, sanki zarara tek başına sebebiyet vermiş gibi, zararın tamamı tazmin edilinceye kadar bundan sorumlu olur. Taleplerin yarışmasında zarar bir defa tazmin edilir. Ancak zarar görenin zararı tazmin edilinceye kadar zarar verenlerin tamamı bundan sorumlu olur.

Taleplerin yarışması sisteminde zarar görene ayrıcalık tanınmakta, ona sorumluların tamamına ve dilediğine dava açma hakkı tanınmaktadır.

Tazminat yükümlülerinden biri zararı tazmin ettiği oranda diğerleri de sorumluluktan kurtulmaktadır. Zararın tamamı tazmin edilirse, sorumluluğun tamamı, bir kısmı tazmin edilirse, o kısmı sona erer. Bu bakımdan, taleplerin yarışması ilkesi borcu sona erdirici bir niteliğe sahiptir. Burada zarar gören uğramış olduğu zarardan daha fazla tazminat alamaz, zarar bir defa tazmin edilir. Bu niteliği itibariyle de taleplerin yarışması, zarar görenin sebepsiz zenginleşmesini önler. Zira burada zenginleşme yasağı geçerlidir. Sorumlulukların (taleplerin) yarışmasına müteselsil sorumluluk da denir (Eren, s.832).

Tük hukukunda hakim olan ilke, taleplerin yarışması ilkesidir.

Birden çok kişinin aynı zarardan sorumluluğuna, "Müteselsil sorumluluk" adı verilmektedir. Doktrinde buna "taleplerin yarışması" da denilmektedir (Eren, s.833). Müteselsil sorumluluk birden çok kişinin aynı zarardan, yükümlülerden her birinin zarar görene karşı, diğer yükümlüler tarafından zararın tamamını tazmin edinceye kadar sorumlu olmasıdır (Kırca, Ç.: Müteselsil Sorumlulukta Borçlar Kanunu Tasarısı ile Getirilen Değişiklikler, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.644).

Müteselsil sorumluluk, hem maddi zararın hem de manevi zararın tazmininde söz konusu olur. Birden çok kişinin bir zarardan sorumlu olma-

sı için bu zararın tek ve aynı zarar olması gerekir. Bölünemeyen, zarar verenlerden her birine paylaştırılması mümkün olmayan zarara tek zarar denilir. Buna karşılık, zarar verenlerden her biri, bağımsız bir zarara neden olmuş veya zararın tespiti mümkün bir kısmına sebep olmuşsa, müteselsil sorumluluk değil, kısmi sorumluluk söz konusu olur. Bu taktirde zarar verenlerden her biri, sebep olduğu zararı veya kısmi zararı tazmin eder (Eren, s.833).

Müteselsil sorumluluğu doğuran sebepler 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu'nun 50'nci maddesinde ve Türk Borçlar Kanunu'nun 61'inci maddesinde ortaya konulmuştur.

818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu'nun "Müteselsil mesuliyet" ana başlığını, "Haksız fiil halinde" alt başlığını taşıyan 50'nci maddesinin birinci cümlesi "Birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ika ettikleri takdirde müşevvik ile asıl fail ve fer'an methali olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar." şeklinde düzenlenmiştir.

Benzer açıklama 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) "Müteselsil sorumluluk" ana başlığını, "Dış ilişkide" alt başlığını taşıyan 61. maddesinde de yer almaktadır. Madde;

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

Müteselsil sorumluluk aynı sebebe dayanabileceği gibi değişik sebeplere de dayanabilir.

Müteselsil sorumluluğu doğuran sebeplerden ilki, birden çok kişinin aynı zarara birlikte sebep olmalarıdır. Buna göre doğan zarar aynı sebebe dayanmaktadır.

Müteselsil sorumluluğu doğuran "aynı sebep" veya "birlikte sebep" kusur olabileceği gibi, sözleşme veya kanun da olabilir (Eren, s.834).

Aynı zarara birlikte sebep olunmasından doğan müteselsil sorumluluk da kendi içinde üç başlık altında incelenebilir.

Bunlardan ilki birden çok kişinin kusuruna, dolayısıyla kusur sorumluluğuna dayanan tazminat yükümlülüğüdür. Ancak bu tazminat yükümlülüğünde de kusur ikiye ayrılır.

Birincisi "ortak kusur sorumluluğu, diğeri ise "bağımsız kusur sorumluluğu"dur.

-Ortak kusur sorumluluğuna dayanan tazminat yükümlülüğü;

Birden çok kişi aralarında önceden veya en geç olay sırasında anlaşarak, bilerek, isteyerek ya da en azından birbirlerinin davranışından haberdar olarak haksız bir fiille zarara sebep oldukları taktirde, ortak kusur sorumluluğu söz konusu olur. Ortak kusur şartının varlığı, birden çok zarar verende birlikte davranma iradesinin bulunmasına bağlıdır. Bu, kasta veya ihmale dayanabilir.

Birden çok kişinin ortak kusur sorumluluğunun doğması için üç şartın bir arada bulunması gerekir. Bunlar; zarara birlikte sebep olma, ortak kusur ve tek zarar şartlarıdır. Ortak illiyet, yarışan illiyet ve seçimlik illiyet hallerinde birlikte sebep olma şartı gerçekleşmiş olur (Eren, s.834).

-Bağımsız kusur sorumluluğuna dayanan tazminat yükümlülüğü;

Burada zarar verenlerin her birisinin kusurlu davranışı bulunmaktadır ve bu davranış nedeniyle zarara sebep olmaktadırlar. Ancak aralarında bir işbirliği bulunmamaktadır. Bağımsız kusurun bulunduğu bu durumun da TBK'nın 61'inci maddesine göre aynı sebepten doğan müteselsil sorumluluk sayılması gerekir.

Zira burada da zarar verenlerin her biri, kusurlarıyla aynı zarara birlikte sebebiyet vermekte, dolayısıyla zararın sebebini birden çok kişinin kusuru oluşturmaktadır. Bağımsız da olsa her bir kusur, meydana gelen zararın kısmi sebebini teşkil etmekte, sonuçta kısmi kusurlar birlikte bir zarara sebebiyet vermektedir (Eren, s.838).

Aynı zarara birlikte sebep olunmasından doğan müteselsil sorumluluğun ikinci başlığı, birden çok kişinin kusursuz sorumluluğuna dayanan tazminat yükümlülüğüdür. Burada birden çok zarar veren vardır ve aynı ya da değişik türden kusursuz sorumluluk durumuna göre tazminat ödeme yükümlülüğü altına girerler.

Aynı zarara birlikte sebep olunmasından doğan müteselsil sorumluluğun son başlığı ise, sözleşme sorumluluğuna dayanan tazminat yükümlülüğüdür.

Bu hallerde de birden çok kişi gerçekleşen zararı müteselsil sorumluluk esasına göre tazmin etmek zorundadır (Eren, s.838). Burada taraflar kendi aralarında bir sözleşme imzalar ve bu sözleşmedemüteselsil sorumluluk esasının uygulanacağını kararlaştırır iseler, sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkması durumunda müteselsil sorumluluk doğar. Bu durum aynı zamanda kanundan kaynaklanan nedenler dolayısıyla yapılan sözleşmeler için de geçerlidir. Yani bu tür sözleşmelerde de sorumluluk sözleşmeden doğabilir.

Müteselsil sorumluluk aynı sebebe dayanabileceği gibi değişik sebeplere de dayanabileceği yukarıda ifade edilmişti. Buna göre birden çok kişi aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olabilir.

Aynı zararı doğuran çeşitli sebepler, kusur sorumluluğu (haksız fiil), sözleşme ve kusursuz sorumluluk (kanun) olabilir. Bu suretle, birden çok zarar verenden biri, aynı zararı haksız fiil, diğeri sözleşme, bir başkası da özen veya tehlike sorumluluğuna göre tazmin zorundadır (Eren, s.839)

Müteselsil sorumluluk iki ilkeyi beraberinde getirir. Bu ilkelerden birisi zarar verenle zarar gören arasındaki ilişki, diğer bir anlatımla dış ilişki (BK'nın 50'nci, TBK'nın 61'inci maddesi); ikincisi ise zarar verenler arasındaki ilişki, diğer bir anlatımla iç ilişkidir (TBK'nın 62'nci maddesi).

Zarar gören ile zarar veren arasındaki ilişkiyi düzenleyen dış ilişki müteselsil sorumluluğun ilk ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Müteselsil sorumluluk, zarar görene diğer borç ilişkilerine oranla zarar verenler karşısında daha güçlü ve ayrıcalıklı bir durum sağlar. Buna göre, zarar gören tazminatın tamamını, dilediği taktirde zarar verenlerin tamamından talep edebileceği gibi, bir kısmından veya sadece birinden de talep edebilir (Eren, s.840).

Diğer bir ifadeyle alacaklı, borçluların hepsini birden takip veya dava edebileceği gibi, bunların içinden dilediği birini veya bir kaçını da takip veya dava edebilir. İşte alacaklının, borçlulardan dilediğini ya da dilediklerini ifa istemine muhatap tutabilmesi, onun bir seçim hakkına sahip bulunduğunu gösterir. Alacaklının bu hakkı borç tamamen ödeninceye kadar devam eder (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.285). Bu durumda kişilerin yarışmasından (Personenkonkurenz) bahsedilir (Antalya, G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2017, s.545).

Alacaklının, ifayı borçluların birinden istemesi ya da yalnız onu dava etmesi veya ifaya mahkûm ettirmesi, diğer borçluları borçtan kurtarmaya yetmez. Diğer borçluları ifa yükümünden kurtaran şey, ifa istemine muhatap olan borçlunun ifada bulunmasıdır; sadece mahkûm olması değil! Kısaca, alacaklı, borçlulardan birini takip veya dava ettikten, hatta onu mahkûm ettirdikten sonra bile -ifayı tamamen elde etmedikçe- diğer borçlulara başvurmak hakkını muhafaza eder (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.286).

Tazminatın tamamının zarar verenlerden yalnız birisine karşı açılan davada talep edebilmesi, zarar görene ispat ve tahsil kolaylığı sağlar. Buna göre, zarar gören tazminat davasını en sağlam ispat araçlarına sa-

hip olduğu zarar verene karşı açabileceği gibi, böyle bir davayı, tazminatı ödeme gücü en fazla olan zarar verene karşı da açabilir. Bu sayede zarar gören zarar verenlerden her birini ayrı ayrı dava edip, sayısız zahmetlere katlanacağı yerde, tamamı aleyhine açacağı bir tek dava ile de kolayca sonuca ulaşabilir. Keza, zarar görenin, tazminat alacağının bir kısmını, bir zarar verenden, diğer kısmını da diğer zarar verenden istemesi mümkündür. Ancak, burada "tek zarar, tek tazminat ilkesi" geçerli olduğundan, tazminat ödeme borcu, zarar verenlerden biri tarafından yerine getirildiği oranda sona erer. Zarar verenlerden biri, tazminatın tamamını ödediği taktirde, borç ortadan kalkar, dolayısıyla, zarar gören böyle bir halde artık diğer zarar verenlerden tazminat talep edemez (Eren, s.840).

Zarar verenlerin her biri zarar görenin uğramış olduğu zararın nedeniyle doğan tazminatın tamamından sorumlu olup, bu sorumluluk borcun ödenmesine kadar devam eder.

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) "Borçluların sorumluluğu" başlıklı 163'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre (BK 142/1'inci maddesi); "… Alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir."

Bu maddede zarar görenin zarar karşılığı isteyeceği tazminatın nasıl ve ne miktarda talep edebileceği belirtilmiştir.

Aynı Kanun'un 163'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre ise (BK 142/2'nci maddesi); "…Borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder." şeklindeki düzenleme ile borcun ancak tamamen ödenmesi ile son bulacağına vurgu yapılmış; "Borcun sona ermesi" başlıklı 166'ncı maddesindeki "Borçlulardan biri, ifa veya takasla borcun tamamını veya bir kısmını sona erdirmişse, bu oranda diğer borçluları da borçtan kurtarmış olur.

Borçlulardan biri, alacaklıya ifada bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, diğer borçlular bundan, ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler.

Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır." yönündeki hükmü ile de bu durum desteklenmiştir.

Müteselsil sorumluluğun getirdiği ikinci ilke, zarar verenler arasındaki ilişki, diğer bir anlatımla iç ilişkidir.

Zarar görenin zararını tazmin eden müteselsil sorumlu, giderdiği tazminatı kendi üzerinde mi yaşayacaktır; taşımayacaksa yerine getirdiği

tazminatı diğer müteselsil sorumlularla mı paylaşacaktır: paylaşacaksa hangi oranda soruları, müteselsil sorumluların iç ilişkisinin konusunu teşkil eder (Antalya, s.553).

TBK bu sorulara ilişkin olarak, tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil borçlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olacağı hükmünü getirmiştir (Antalya, s.554).

İç ilişki, rücu ilişkisidir. Yani tazminat borcunun ortaya çıkmasına neden olan sorumluların birbirleri ile olan ilişkisidir. Rücu ilişkisinden doğan hak ise rücu hakkıdır.

Rücu, kendisine veya başkasına ait bir borç ifa ederek borçluyu tatmin eden kişinin, alacaklıya yaptığı edanın tamamını veya bir kısmını başka kişiden talep etmesidir.

Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsilsorumlulara karşı rücu hakkına sahip olur (Antalya, s.554).

TBK'nın 62'nci maddesi iç ilişkiyi düzenlemiştir. Bu maddeye göre tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahiptir ve zarar görenin haklarına halef olur ve buradaki rücuda teselsül değil, pay esası geçerlidir.

TBK. m. 62, sorumluluk hukuku yönünden bir rücu düzeni öngörmüştür. TBK. m. 167 ise, sözleşmeye dayalımüteselsil borçlarda rücu düzenini belirlemiştir. Aynı husus KTK. m. 88/II'de de araç işletenin sorumluluğu yönünden düzenlenmiştir.

Müteselsil sorumlulukta sorumluların birbirlerine karşı rücu ilişkisinde göz önünde tutulacak ilkeler TBK. m. 62/I'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "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." Kusur, hafif ihmalden başlayarak en ağır şekli olan kasta doğru bir yükselme gösterir. Rücu ilişkisinde kasten zarar veren ihmali ile zarar verene oranla daha yüksek bir paya sahip olur. Birlikte zarar verenlerin yarattıkları tehlikenin yoğunluğundan amaç, onların davranış, faaliyet veya işletmelerinin zararlı sonucun doğmasındaki etkinlik ve elverişlilik derecesidir (Eren, s.844).

TBK'nın 165'inci maddesine göre (BK 144'üncü madde) müteselsil sorumlulardan birisi kendi davranışı ile diğer müteselsil sorumluların durumunu ağırlaştıramaz.

Kanun koyucu bir borçlunun, diğerlerinin durumunu ağırlaştırmaması gerekliliğinin özel bir uygulaması olarak, durumu birlikte sorumlu olduğu diğer kişilere bildirme yükümü öngörülmüştür.

TBK. m. 73'te, kendisinden tazminat istenen kişiye, bu durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirim yükü getirilmiştir. Kendisinden tazminat istenen kişi bu bildirim yükümlülüğünü yerine getirmezse zamanaşımı, bu bildirimin dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihten itibaren başlayacaktır (Antalya, s.553).

Bununla birlikte TBK'nın 167'nci maddesinin 3'üncü fıkrası ile de borçlulardan birisinden tahsil edilemeyen bir tazminat miktarının bulunması durumunda bu miktarı diğer borçlular payları oranın da üstlenmekle yükümlü olurlar.

İç ilişkide sorumluluk, müteselsil sorumluluk olarak kabul edilmez. Burada herkes kendi kusur oranı doğrultusunda sorumlu olur. Bu sorumluluk dağılırken kişilerin yarattığı tehlike ile kusurun ağırlığı önem taşır. Ödemeyi yapan sorumlu eğer kendisinin ödemesi gereken miktardan daha fazlasını ödemek zorunda kalır ise zarar görene o oranda halef olur.

Müteselsil sorumluluğa ilişkin bu açıklamalardan sonra somut olaya bakıldığında; davalı şirkette laboratuvar teknisyeni olarak çalışan davacının 19.08.2009 tarihinde iş makinesi tarafından yola fırlatılan taş parçasını yoldan almaya çalışırken 3. kişi Memduh Yalçınkaya'nın sevk ve idaresinde bulunan 72 AD 566 plaka sayılı aracın çarpması neticesinde yaralandığı ve sol bacağının kesildiği, bu yaralanma neticesinde davacının işgöremezlik derecesinin %50 olarak belirlendiği, olayın meydana gelmesinde davacı işçinin %40, davalı şirketin %20, dava dışı araç sürücüsünün ise %40 oranında kusurlu olduğu, söz konusu kazanın meydana gelmesinde hem davalı işveren şirketin hem de dava dışı 3. kişi konumunda bulunan Memduh Yalçınkaya'nın sorumluluğunun bulunduğu anlaşılmıştır.

Gerek davacının gerek davalı şirketin gerekse dava dışı 3. kişinin kusur oranları birlikte değerlendirildiğinde; meydana gelen zarar nedeniyle davacının, zararın tümünü müteselsil sorumlu durumunda bulunan davalı şirketten isteyebileceği gibi dava dışı Memduh Yalçınkaya'dan da talep etme hakkına sahip olduğu, taleplerin (sorumlulukların) yarışması ilkesine göre tazminat yükümlüsü davalı şirketin, zarar gören davacı-

ya karşı sanki zarara tek başına sebebiyet vermiş gibi yükümlülüğünün bulunduğu, dolayısıyla zarardan sorumlu olan şirketin ve dava dışı 3. kişinin kusur oranlarının tazminat talebinde bulunan davacıyı etkilemeyeceği açıktır. Bu durumda davacı, zararın tamamını müteselsil sorumlu konumunda bulunan davalı işverendenisteyebilecektir. Unutulmamalıdır ki, zarar verenlerin kusur oranları ancak kendi iç ilişkilerinde önem arz edecektir.

Bu itibarla, davacının sadece davalı işverene karşı açtığı davanın müteselsil sorumluluk hükümlerine dayalı olduğu ve iş kazası nedeniyle davalı işverenin gerçekleştiren dava dışı sürücünün kusurundan da sorumlu olduğu gözetilerek davacının müterafik kusuru tenzil edilmek suretiyle % 60 kusur üzerinden davalıişverenin sorumluluğu tespit edilerek bu oran üzerinden maddi tazminat hesabı yapılması gerekmektedir.

Öte yandan, her ne kadar davacı vekili tarafından manevi tazminat yönünden verilen karar da temyiz edilmiş ise de; yerel mahkemenin verdiği ilk kararın maddi ve manevi tazminat yönünden temyiz edildiği ve Özel Dairece sair temyiz itirazlarının reddine karar verildikten sonra kararın, "davacının kusur oranı dışındaki toplam kusurun % 60 olduğu gözetilerek maddi tazminat hesabı yapılması" gerektiği gerekçesiyle bozulduğu anlaşılmakla, manevi tazminat yönünden verilen 50.000,00TL'lik miktarın kesinleştiği, bu itibarla bu kısma yönelik temyiz incelemesi yapılamayacağı hususu Genel Kurulda yapılan görüşmeler sırasında kabul edilmiştir.

Hâl böyle olunca, maddi tazminat yönünden Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uymak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3'üncü maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429'uncu maddesi gereğince **BOZULMASINA,** karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 07.03.2019 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

KOOPERATİFE AİT İNŞAAT • ANAHTAR TESLİMİ

ÖZET: Bir kooperatife ait konutların bütünüyle yapımını üstlenen müteahhit firma ile işi veren kooperatif arasında İş K'nun 2/6 maddesinde asıl işveren – alt işveren ilişkisi yoktur.

Bu durumda anahtar teslimi koşuluyla bir işin devri söz konusudur.

Y.HGK E: 2015/1743 K:2019/588 T:21.5.2019

Taraflar arasındaki "rücuen tazminat" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda .... sayılı karar davacı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekili tarafından temyiz edilmekle, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 06.06.2013 tarihli ve 2013/10740 E., 2013/12686 K. sayılı kararı ile;

(...Davalılardan yapı kooperatifinin kuruluş amacı inşaat işi olup; işin yaptırıldığı davalılardan şirket ile aralarında 506 sayılı Kanunun 87. maddesinde belirtilen asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu kabul edilerek, yeniden alınacak kusur raporu ile kusur oran ve aidiyeti buna göre belirlenip, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; işi, davalılardan şirkete anahtar teslimi verdiğinden bahisle davalılardan kooperatifin sorumlu olmayacağı gerekçesi ile, yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davacı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...)

gerekçesiyle oy çokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, rücuen tazminat istemine ilişkindir.

Davacı ... vekili; davalı E. İnş. Tur. San. Tic. A.Ş.'ninişçilerinden iken 18.05.2003 tarihinde maruz kaldığı iş kazası sonucu vefat eden HY'in hak sahiplerine 44.481.883.966TL (eski TL) peşin sermaye değerli gelir

bağlandığını, kazanın işyerinde sigortalının başına 8. kattan kalıp parça düşmesi sonucu meydana geldiğini, kaza sonucu sigortalının vefat ettiğini, olay sebebiyle T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı iş güvenliği müfettişliğince tanzim olunan 31.03.2004 tarih raporda olayın meydana gelmesinde işveren E. A.Ş.'nin %100 oranında kusurlu olduğunun tespit edildiğini, kusurlu davranışları ile iş kazasına sebep olan davalıların Kurum zararından sorumlu olduklarını ileri sürerek Kurum zararı olan 44.481.883.966TL (eski TL)nin davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar E. İnş. Tur. San. Tic. A.Ş. vekili ve S.S. Yenişehir Kent Konut Yapı Koop. vekili usulüne uygun tebliğe rağmen cevap dilekçesi sunmamışlardır.

Mahkemece; Davacı Kurum sigortalısı HY'in davalılardan E. İnş. Turizm San. Ve Tic. A.Ş.nin işyerinde çalışmakta iken iş kazası geçirerek vefat ettiği, davacı Kurumca sigortalının hak sahiplerine peşin sermaye değerli gelir bağlandığı, böylece davacı Kurumun zararının oluştuğu belirtilerek davalı E. İnş. Tur.San. Ve Tic. A.Ş. nin %80 kusuruna tekabül eden ve hesap bilirkişi raporu ile tespit edilen 33.855,34TL rucuen tazminatın davalı E. İnş. Turizm San. Tic. A.Ş. den alınarak davacı Kuruma verilmesine, davalılardan S.S. Yenişehir Kent Yapı Kooperatif Başkanlığının olayda kusuru bulunmadığından bu davalı aleyhine açılan davanın reddinin gerektiğine karar verilmiştir.

Hükmün davacı ... vekili ve davalı E. İnş. A.Ş. vekili tarafından temyizi üzerine Özel Dairece; mahkemece davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunup bulunmadığı belirlenip sonucuna göre karar verilmesi gerektiği, yine davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Kanun'un 26. maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca, Kurumun rücu alacağının hak sahiplerinin tazmin sorumlularından isteyebileceği maddi zarar (tavan) miktarı ile sınırlı olduğu, tazminat davasında alınan raporun rücu davası yönünden bağlayıcılığının bulunmadığı, ayrıca ceza davasının sonucunun araştırılarak yargılamanın devam ettiğinin anlaşılması durumunda kesinleşmesi beklenip tüm olgular ve davalılar arasındaki hukuki ilişki de gözetilerek, kusur oran ve aidiyetinin belirlenmesi için yeniden kusur raporu alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken tazminat davasındaki kusur raporuna dayanılarak karar verilmiş olmasının usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçeleriyle bozma kararı verilmiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyularak verilen 26.12.2012 tarihli kararda; davacı Kurum sigortalısı HY'in davalılardan E. İnş. Turizm San. Ve Tic. A.Ş.nin işyerinde çalışmakta iken 18.05.2003 tarihinde iş kazası

geçirerek vefat ettiği, davacı Kurumca sigortalının hak sahiplerine peşin sermaye değerli gelir bağlandığı, böylece davacı Kurumun zararının oluştuğu, son alınan bilirkişi raporuna göre işveren E. İnş. Tur. San. A.Ş nin olayda % 90 oranında, müteveffa işçi HY'in ise % 10 oranında kusurlu olduğu belirtilerek davalı E. İnş. Tur.San. Ve Tic. A.Ş. nin %90 kusuruna tekabül eden ve hesap bilirkişi raporu ile tespit edilen 38.087,22TL'nin davalı E. İnş. Turizm San. Tic. A.Ş. den alınarak davacı Kuruma verilmesine, davalılardan S.S. Yenişehir Kent Yapı Kooperatif Başkanlığının olayda kusuru bulunmadığından bu davalı aleyhine açılan davanın reddinin gerektiğine karar verilmiştir.

Davacı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekilinin temyizi üzerine hüküm, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle oy çokluğu ile bozulmuştur.

Mahkemece; davalılardan S.S. Yenişehir Kent Yapı Kooperatif Başkanlığının işyerinde işçisinin çalışmaması, işin anahtar teslimi suretiyle diğer davalı şirkete verildiğinden alt işveren olarak kabulünün mümkün olmadığı ve olayda kusuru bulunmadığından bu davalı aleyhine açılan davanın reddi gerektiği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davacı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda davalılar E. İnş. Tur. San. Tic. A.Ş. ve S.S. Yenişehir Kent Konut Yapı Koop. arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

506 sayılı (Mülga) Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 87'nci maddesinde "aracı", 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/VI'ncı maddesinde ise "asıl işveren-alt işveren" ilişkisinin tanımına yer verilmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, "aracı" olarak nitelenen üçüncü kişi, gerek mevzuatta, gerekse öğreti ve yargı kararlarında; alt işveren, taşeron, tali işveren, alt müteahhit, alt ısmarlanan vb. adlarla da anılmaktadır.

Bunlardan; asıl işverenin yanında "taşeron" olarak adlandırılan başka işverenlerin de işyerinden iş almaları ve kendi sigortalılarını çalıştırmaları ile uygulama kazanmış olan "asıl işveren-alt işveren" ilişkisini Sosyal Sigortalar Kanunu açısından ele alan 506 sayılı Kanun'un 87'nci maddesi hükmü, tıpkı mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 1/son ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/VI'ncı maddelerinde olduğu gibi, aracının yanında asıl işvereni de sorumlu tutan bir içerik taşımaktadır.

506 sayılı Kanun'un "Üçüncü kişinin aracılığı" başlıklı 87'nci maddesi; "Sigortalılar 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 işveren de sorumludur. Bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir." hükmünü içermektedir.

Aracı kavramı her şeyden önce "asıl işveren"in varlığını, bir başka işverenin asıl işverene ait asıl işin bir bölümünü yapmayı üstlenmesini ve nihayet, asıl işverene ait işyerinde veya işyerinin bir bölümünde iş alanın kendi adına sigortalı çalıştırmasını gerektirir. Asıl işverenle, aracı arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin önemi yoktur. Önemli olan yön, asıl işverene ait asıl işin aracı tarafından yapımının sağlanmasıdır.

Aracının asıl işverenden bir bölüm iş alması ve bu işte kendi adına sigortalı çalıştırması, aracı kavramının belirleyici özelliğini oluşturmaktadır.

İşveren kavramı ise; 506 sayılı Kanun'un 4/1'inci maddesinde, "... bu Kanunun 2. maddesinde belirtilen sigortalıları çalıştıran gerçek yada tüzel kişi...", 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2'nci maddesinde "Bir iş sözleşmesine dayanarak ...işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi, yahut tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluşlar..." olarak tanımlanmakta olup, işveren niteliği işçi çalıştırmanın doğal sonucudur.

5510 sayılı Kanun'un 12/1 fıkrasında işveren tanımı yapılmıştır. Buna göre; "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." Yine 12/son fıkrasında da alt işverenin tanımı yapılmıştır; "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."

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/VI'ncı maddesinde ise asıl işveren-alt işveren ilişkisi "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." şeklinde tanımlanmıştır.

Kanunun tanımından hareketle, "asıl işveren-alt işveren" ilişkisi için, işyerinde iş sahibinin de işçi çalıştırıyor olması koşulu aranır. Sigortalı çalıştırmayan "işveren" sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanlar da aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında müteselsil sorumluluk doğmayacaktır.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde yasa koyucu konuyu işçi yararı yönünden ele almıştır. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin en önemli sonucu her iki işverenin, alt işverenin işçilerine karşı birlikte sorumlu olmalarıdır.

Alt işveren, asıl işverenin vekili durumunda değildir. Asıl işverenle arasında istisna, kira, taşıma vb. sözleşme vardır ve yüklendiği işi asıl işveren adına değil, kendi adına ve hesabına, ayrı bir işveren olarak kendi işçileri ile yapmaktadır.

Alt işveren ilişkisinin varlığı için gerekli koşullar ise,

a)İşyerinde işçi çalıştıranın asıl işverenin bulunması,

b)İşin asıl işverene ait işyerinde yapılması,

c)İşin işyerinde yürütülen asıl işe: mal ve hizmet üretimine ilişkin olması,

d)İşletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren bir iş olması,

e)İşçilerin sadece asıl işverene ait işyerinde çalıştırılması, şeklinde sıralanabilir,

İşverenden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte ise, işi alan kimse aracı değil, bağımsız işverendir. İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, Sosyal Sigortalar Kanunu anlamında bir alt işverenlik, dolayısıyla dayanışmalı sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Burada önemli olan yön, "devir" olgusunun somut olayda gerçekleşmesidir. Bu kapsamda, 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. Ekonomik olarak birbirleriyle bağlantılı bulunsalar da, bu işyerleri bağımsız sonuç elde etmeye yöneliktirler. İşin devri söz konusu değilse, bu kişiler işveren vekili olarak kabul edilebilecek, bu durumda Kanun'un öngördüğü ödevlerden, işi bölüp dağıtan iş sahibi, işveren niteliği ile sorumlu olacaktır.

Diğer işyerlerinde sigortalı çalıştırması nedeniyle "işveren" sıfatına sahip olan kimse de, işverenlik sıfatına (devredilen iş dolayısıyla) sahip olmadığı için, asıl işveren olarak sorumlu bulunmayacaktır.

Eldeki davada, yapımını E. İnş.at Turizm San. Tic. A.Ş.'nin üstlendiği S.S. Yenişehir Kent Yapı Kooperatifine ait olan çok katlı mesken inşaatları işyerinde, binanın sekizinci katında sökümü yapılan 200x25 cm ebadındaki sac kalıp parçasının sıçrayarak bina dışında zemine düşerken bu sırada düşme noktasında bulunan kazalı işçi HY'in başına çarpması sonucu kaza meydana gelmiş, meydana gelen kazada sigortalı HY vefat etmiştir. Davalılar E. İnş. Tur. San. A.Ş. ile S.S. Yenikent Konut Yapı Kooperatifi arasında yapılan "İnşaat Yapım Sözleşmesi" nin incelenmesinde sözleşmenin Kooperatife ait Kayseri İli, Kocasinan İlçesi hudutları dahilindeki tüm mahallerde Kooperatif tarafından toplanan ve Kocasinan Belediyesi ile yapılacak anlaşma sonucu imar parseline dönüştürülecek tüm arsalar üzerinde yapılacak inşaatların tamamı için düzenlendiği, yüklenici E. İnş. Tur. San. A.Ş.'nin Kooperatife ait söz konusu inşaatların tamamını Bayındırlık ve İskan Bakanlığı birim fiyatları esasına göre her poz için ayrı ayrı ve işin tamamına şamil olmak üzere %1.00 (Yüzde bir tam) tenzilatla yapmayı kabul ve taahhüt ettiğinin belirtildiği görülmüştür.

Yukarıdaki bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; S.S. Yenikent Konut Yapı Kooperatifi tarafından "İnşaat Yapım Sözleşmesi" ile E. İnş. Tur. San. A.Ş.'ye yapılmakta olan konutların, bölüm ve eklentilerinden tamamen bağımsız bir sonuç elde etmeye yönelik, işi alan E. İnş. Tur. San. A.Ş.'ye bağımsız bir işveren kimliği kazandıracak anahtar teslim olacak şekilde bir işin devrinin söz konusu olduğu, bu nedenle S.S. Yenikent Konut Yapı Kooperatifinin asıl işveren sıfatının bulunmadığı açıktır.

Şu hâlde yukarıda açıklanan nedenler gözetildiğinde direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, Özel Dairece davacı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekilinin diğer temyiz itirazlarına yönelik temyiz incelemesi yapılmamıştır.

Hâl böyle olunca, davacı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekilinin esasa dair diğer temyiz itirazları ile ilgili inceleme yapılmak üzere dosya Özel Daireye gönderilmelidir.

SONUÇ

Direnme uygun bulunduğundan davacı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı vekilinin işin esasına ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **10. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE,** karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 21.05.2019 gününde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

EVLİ KİŞİYLE BİRLİKTE OLMA
•
MANEVİ TAZMİNAT DAVASI

ÖZET: Evlilik birliği devam ederken eşlerden biri ile evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişiye karşı diğer eş tarafından manevi tazminat davası açılması mümkün değildir.

Y.HGK E: 2019/211 K: 2019 / 686 T:18.6.2019

"…Dava, kişilik haklarına saldırı nedeni ile uğranılan manevi zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, istem kısmen 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 eşi ile ilişkisinin boşanmadan sonra başladığını, iddiaların asılsız olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, toplanan delillere göre davalının, davacının eşi ile evli olduğunu bilerek ilişkiye girdiği, davalının bu eyleminin davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde bulunduğu kabul edilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

TMK'nın 185. maddesine göre, "Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Eşler birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar." Aynı Kanun'un 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 Kanunu'ndaki sonuçları, boşanma ve boşanma sebebi olması durumunda, bu olaylar yüzünden kişilik haklarının saldırıya uğraması halinde manevi tazminat talep edilebileceğidir.

TBK'nın 49. maddesine göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Yine TBK'nın 58. maddesinde "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir." Haksız fiile dayalı bir borcun doğabilmesi için, hukuka aykırı bir fiil bulunmalı, fiili işleyenin kusuru olmalı, sonuçta bir zarar doğmalı, zarar ile işlenen fiil arasında da uygun nedensellik bağı bulunması gerekir.

Somut olaya gelince, davalının ve dava dışı eşin davacıya yönelik ve bütün olarak aldatma mahiyetindeki davranışlarının manevi tazminatı gerektirip gerektirmeyeceğinin tartışılması gereklidir.

Yukarıda incelenen yasa maddeleri uyarınca, davacının dava dışı eşinin TMK'nın evlenmeyle eşe yüklediği ödevler arasında bulunan sadakat yükümlülüğünü ihlali nedeniyle, Kanun'un 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 Kanun'da yükümlülüğünü ihlal eden eşin eylemini birlikte gerçekleştirdiği kişiler yönünden herhangi bir düzenleme getirilmemiştir.

6098 sayılı TBK'nın müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerinin de uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Zira, söz konusu Kanun'un 61. 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, TBK'nın 58. maddesine göre, davalının eylemi, davacının kişilik değerlerine saldırı oluşturacak nitelikte bir eylem olarak kabul edilemez. Mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, davacının manevi tazminat isteminin tümden reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle, yazılı biçimde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir....”

gerekçesiyle oy çokluğuyla bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava haksız eylem nedeniyle kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkilinin, dava dışı eşi... ile 15.09.2001 tarihinde evlendiğini, dava dışı eşin müvekkiline ve müşterek çocuğa karşı olan davranışlarından şüphelenen müvekkilinin yaptığı araştırma sonucu eşi ile davalının birliktelik yaşadığını öğrendiğini ve boşanma davası açmak zorunda kaldığını, HŞ’in evli olduğunu bildiği hâlde onunla ilişki yaşayan davalının eyleminin davacının aile bütünlüğüne, kişilik haklarına ve toplum içindeki sosyal değerlerine haksız ve çirkin bir saldırı oluşturduğunu, davalının haksız eylemi sonucu davacının şahsiyet hakkının hukuka aykırı bir biçimde tecavüze uğradığını ve manevi zarar gördüğünü ileri sürerek 10.000,00TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı vekili; davanın süresinde açılmadığını, davacının boşanma davası nedeniyle ancak TMK’nın 174. maddesi gereği eşinden tazminat talep edilebileceğini, davalıdan ise manevi tazminat talep edilmeyeceğini, davacının haksız kazanç elde etme peşinde olduğunu, HŞ’in pek çok kadınla ilişki yaşadığının davacı tarafından ileri sürüldüğünü, aldatma delili olarak sunulan facebook yazışma tarihinin boşanma kararından sonraki tarih olduğunu, davalının davacının eşi H. ile ilişkisi olmadığını hukuka ve ahlaka aykırı bir eylemi olmadığı gibi davacının müvekkilden kaynaklı bir manevi zararı da olmadığını bu nedenle davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Yerel Mahkemece; davalının, dava dışı...'in evli olduğunu bildiği halde, onunla evlilik dışı ilişkisini sürdürmesi nedeniyle davacı ve eşinin bo-

şanmasına yol açtığı, davalı ve dava dışı eş arasındaki ilişkinin ahlaka aykırı olduğu bu durumun da davacının aile bütünlüğüne, sosyal ve kişilik değerlerine ağır saldırı oluşturduğu gerekçesiyle 7.500,00TL manevi tazimatın davalıdan tahsiline, karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine karar Özel Dairece, yukarıda açıklanan gerekçelerle oy çokluğuyla bozulmuştur.

Yerel Mahkemece, önceki karardaki gerekçeler tekrar edilerek direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyiz etmiştir.

Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen uyuşmazlık; evlilik birliği devam ederken, davacının eşi ile evli olduğunu bilerek birlikte olan davalının bu eylemi nedeniyle davacının manevi tazminat isteminde bulunup bulunamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Direnme kararının temyiz incelemesi aşamasında Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunca verilen 06.07.2018 tarihli ve 2015/5 E., 2018/7 K. sayılı içtihadı birleştirme kararı ile "Evlilik birliği devam ederken eşlerden biri ile evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişiye karşı diğer eşin manevi tazminat isteminde bulunamayacağına" karar verilmiştir.

Bu nedenle Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmede, anılan içtihadı birleştirme kararının eldeki uyuşmazlığa etkisi tartışılıp değerlendirilmiştir.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun "İçtihadların birleştirilmesini istemek yetkisi ve bağlayıcılığı" başlıklı 45. maddesinde;

"İçtihadların birleştirilmesini Birinci Başkan, doğrudan doğruya veya Yargıtay dairelerinin veya genel kurulların verdikleri karar sonucunda veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının bizzat yazı ile başvurması hâlinde, ilgili kuruldan ister. Bu istemlerin gerekçeli olması zorunludur.

Diğer merci veya kişilerin gerekçe göstererek yazılı başvurmaları hâlinde, içtihadı birleştirme yoluna gitmenin gerekip gerekmediğine Birinci Başkanlık Kurulu karar verir. Bu karar kesindir.

İçtihadı birleştirme kararlarının değiştirilmesi veya kaldırılmasının istenmesi de yukarıdaki usule bağlıdır.

İçtihadı birleştirme görüşmeleri, alınmış olan ilke kararları çerçevesinde yürütülür ve kararları yazılır.

İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.

İçtihadı birleştirme kararlarının niteliğini açıkça belirten özeti, kararın verilmesini izleyen en kısa zamanda Adalet Bakanlığına bildirilir. Adalet Bakanlığı bütün adliye mahkemelerine ve Cumhuriyet savcılıklarına bu kararları gecikmeksizin duyurur.

İçtihadı Birleştirme Kurulları, genel kurulların veya dairelerin kararlarındaki gerekçe ve görüşlerle bağlı olmaksızın sorunu başka bir görüşle karara bağlayabilirler."

Hükmü yer almaktadır.

Anılan yasal düzenleme gereğince, içtihadı birleştirme kararlarının benzer hukuki konularda Yargıtay genel kurulları, daireleri ve adliye mahkemeleri için gerekçeleri ile açıklayıcı, sonucu ile bağlayıcı olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Tüm bu açıklamalar, yasal düzenlemeler ve 06.07.2018 tarihli ve 2015/5 E., 2018/7 K. sayılı içtihadı birleştirme kararı ışığında somut olay incelendiğinde;

Davacının dava dışı eşi ile evli olduğunu bilerek birlikte olan davalının bu eyleminin, davacının kişilik haklarına saldırı niteliğinde bulunduğu iddiasıyla manevi tazminat talep edildiği anlaşılmaktadır.

Davacının dava dilekçesinde manevi tazminat istemine dayanak olarak gösterdiği maddi olgular; evlilik birliğinin devamı sırasında davacının dava dışı eşi tarafından sadakat yükümlülüğünün ihlali niteliğindeki eylemini birlikte gerçekleştirdiği kişi olan ve evlilik birliğinin tarafı olmaması nedeniyle üçüncü kişi konumunda bulunan davalının salt evli bir kişiyle birlikte olmak şeklindeki eylemine ilişkindir. Davalının, dava dışı eş ile evli olduğunu bilerek birlikte olmaktan ibaret olduğu anlaşılan eyleminden başka doğrudan doğruya davacıya yönelik olarak bağımsız, özel ve nitelikli bir kişilik hakkı ihlalinde bulunduğuna dair bir iddia da bulunmamaktadır. Bu nedenlerle eldeki davanın konusu itibariyle 06.07.2018 tarihli ve 2015/5 E., 2018/7 K. sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararı kapsamında değerlendirilmesi gereklidir.

Hâl böyle olunca; yukarıda açıklanan ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 45/5 maddesi gereğince bağlayıcı olan söz konusu içtihadı birleştirme kararı ile "Evlilik birliği devam ederken eşlerden biri ile evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişiye karşı diğer eşin manevi tazminat isteminde bulunamayacağına" karar verilmiş olmakla davacı tarafından

üçüncü kişi konumundaki davalı aleyhine açılan manevi tazminat davasında mahkemece verilen direnme kararının Özel Dairenin bozma kararında belirtilen gerekçe ve yukarıda belirtilen ilave gerekçe ve nedenlerle bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen ve yukarıda belirtilen ilave gerekçe ve nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, aynı Kanun'un 440/III-1 maddesi gereğince karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 18.06.2019 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

TEREKE HAKLARININ KORUNMASI
•
MENFİ TESPİT DAVASI

ÖZET: Elbirliği mülkiyetinde ortaklardan her biri tek başına topluluğun haklarını koruyacak girişimler yapabilir.

Mirasçılık durumunda da menfi tespit davası terekedeki hakların korunmasına yönelik olduğundan mirasçıların herhangi bir diğer mirasçıların katılımı veya onayı olmaksızın murise atfedilen borçtan dolayı menfi tespit davası açılabilir.

Y.HGK E: 2017/839 K: 2019/690 T: 18.06.2019

Taraflar arasındaki "menfi tespit" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Kütahya 2. Asliye Hukuk Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen 10.02.2015 tarihli ve 2012/402 E., 2015/42 K. sayılı karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmekle Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 07.12.2015 tarihli ve 2015/6489 E., 2015/16309 K. sayılı kararı ile;

"...Davacılar vekili, müvekkillerinin murisinin kardeşi olan davalının müvekkilleri hakkında murislerinin keşidecisi olduğu bir senede dayalı olarak kambiyo senetlerine özgü icra takibi başlattığını, ancak

takibe konu senetteki imzanın müvekkillerinin murisine ait olmadığını belirterek müvekkillerinin davalıya borçlu olmadıklarının tespitine ve takibin iptaline, ayrıca davalı aleyhine %40 kötüniyet tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, takibe konu senet üzerindeki imzanın davacıların murisine ait olduğunu savunarak davanın reddini ve davacılar aleyhine %40 tazminata hükmedilmesini istemiştir.

Mahkemece toplanan delillere göre; dava konusu senetteki imzanın davacıların murisi eli ürünü olmadığının tespit edildiği, dolayısıyla davacıların bu senet nedeniyle sorumluluklarının olmadığı, bunun yanında davalının senedi takibe koymakta haksız ve kötüniyetli olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, davacıların takibe konu senet nedeniyle davalıya borçlu olmadıklarının tespitine, takibin iptali talebi hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına, davalı aleyhine %20 kötüniyet tazminatına karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava konusu bonoyu keşide eden muris İK'ın mirasçıları arasında davacıların yanı sıra dava dışı MÇ, EÇ, EÇ, DK, UK, MK ve H.İ.K'ın da bulunduğu dosya arasındaki veraset ilamından anlaşılmaktadır. Keşideci muris İK'ın vefatı üzerine terekesi elbirliği(iştirak) halinde olduğundan mirasçıları arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Bu durumda mahkemece davada taraf teşkilinin sağlanması için tüm mirasçıların davaya katılımının sağlanması ya da terekeye temsilci tayin ettirilerek temsilci vasıtasıyla yargılamaya devam edilmesi gerektiği gözetilmeksizin yargılamaya devam olunarak yazılı şekilde hüküm tesisinde isabet görülmemiştir…"

gerekçesi ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava; kambiyo senedinden dolayı borçlu olunmadığının tespiti istemine ilişkindir.

Davacılar vekili; muris İK ile davalının kardeş olduklarını, murisleri İbrahim Kaplan'ın 04.12.2010 tarihinde vefat ettiğini, davalı tarafından 15.03.2007 tanzim, 15.04.2009 vade tarihli ve 36.550,00TL bedelli sene-

de istinaden müvekkilleri aleyhine Kütahya 1. İcra Dairesinin 2012/637 sayılı dosyası ile kambiyo senetlerine mahsus icra takibi başlatıldığını, ancak senette bulunan imzanın müvekkillerinin babası muris İbrahim Kaplan'a ait olmadığını, imza incelemesi sonucunda bu durumun açıkça ortaya çıkacağını ileri sürerek müvekkillerinin davalıya borçlu bulunmadığının tespitine, takibin tedbiren durdurulmasına, davalının %40 üzerinden kötü niyet tazminatına mahkûm edilmesini istemiştir.

Davalı vekili; açılan davayı kabul etmediklerini, aynı sebebe dayalı olarak 01.02.2012 tarihinde Kütahya İcra (Hukuk) Mahkemesinde 2012/58 esas sayılı dosyasında imzaya itiraz edildiğini, yargılama sonucunda davanın reddine karar verildiğini, kararın henüz kesinleşmediğini, dolayısıyla derdestlik itirazında bulunduklarını, ayrıca senet üzerindeki imzanın muris İbrahim Kaplan'a ait olduğunun bilirkişi incelemesi ile ortaya çıkacağını, davacıların borca itirazlarını da kabul etmediklerini, tanık dinletmeye muvafakat etmediklerini belirterek davanın reddine, davacıların %40'tan az olmamak üzere icra inkâr tazminatına mahkûm edilmelerine karar verilmesini talep etmiştir.

Yerel Mahkemece; toplanan delillere göre, dava konusu senetteki imzanın davacıların murisinin eli ürünü olmadığının tespit edildiği, dolayısıyla davacıların bu senet nedeniyle sorumluluklarının olmadığı, bunun yanında davalının senedi takibe koymakta haksız ve kötü niyetli olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, davacıların takibe konu senet nedeniyle davalıya borçlu olmadıklarının tespitine, takibin iptali talebi hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına, davalı aleyhine %20 kötü niyet tazminatına mahkûm edilmesine karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyiz üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık kısmında açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece önceki gerekçelere ek olarak; dava konusu bonoyu keşide eden muris İK'ın mirasçıları arasında, murisin vefatı üzerine terekesi elbirliği hâlinde olmakla birlikte mirasçılar arasında söz konusu uyuşmazlık yönünden zorunlu dava arkadaşlığının söz konusu olmadığı, davacılar ... ve ... tarafından açılan menfi tespit davasından bütün ortakların yararlanacağı, mirasçılar arasında müteselsil borçluluk esası olup 6098 sayılı TBK'nun 163. maddesi gereğince alacaklı borcun tamamını veya bir kısmının ifasını dilerse borçluların hepsinden dilerse yalnız birinden isteyebileceğinden tüm mirasçıların davada taraf olması aranmadığı gibi, onların muvafakatinin de zorunlu ve gerekli olmadığı, bu nedenle dava dışı mirasçıların muvafakatinin alınması, davaya katılımının sağlanması ya da terekeye temsilci tayininin zorunlu olmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olay bakımından muris İbrahim Kaplan mirasçıları arasında elbirliği mülkiyetinin bulunduğu uyuşmazlık dışı olan bonodan dolayı borçlu bulunmadığının tespiti istemine ilişkin eldeki davada, dava dışı mirasçılar bulunduğu hâlde mirasçıların tamamının katılımı olmadan bir veya birkaç mirasçının dava açıp açamayacakları, burada varılacak sonuca göre tüm mirasçıların davaya katılımının sağlanması ya da terekeye temsilci tayin ettirilerek temsilci vasıtasıyla yargılamaya devam edilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Türk Medeni Kanununun 640. maddesinin birinci fıkrasına göre, birden çok mirasçı bulunması hâlinde mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan miras ortaklığı meydana gelir. Maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre de miras ortaklığında mirasçılar arasında elbirliği mülkiyeti bulunmaktadır.

Elbirliği (iştirak) hâlinde mülkiyet, yasa veya yasada gösterilen sözleşmeler uyarınca, aralarında ortaklık bağı bulunan kişilerin, bu ortaklık nedeniyle bir mala veya hakka birlikte malik olma durumudur.

Türk Medeni Kanunun 701-703. maddelerinde düzenlenen bu tür mülkiyetin (ortaklığın) tüzel kişiliği olmadığı gibi, ortaklardan her birinin doğrudan doğruya bir hakkı da bulunmamaktadır. Mülkiyet, bir bütün olarak ortakların hepsine aittir. Başka bir deyişle, ortaklık tasfiye ile sona erinceye kadar ortaklardan her birinin ayrı bir mal veya hakkı olmayıp, hak sahibi ortaklıktır. Elbirliği (iştirak) hâlinde mülkiyet türünde malikler, mülkiyet payları ayrılmadığından paydaş değil, ortaktır. Bu ilke Türk Medeni Kanunu'nun 701. maddesinde "...Kanun ve kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir.

Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır..." biçiminde yer almıştır.

Bu itibarla elbirliği (iştirak) hâlinde mülkiyette, ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır. Yasada veya elbirliği (iştirak) hâlinde mülkiyeti oluşturan anlaşmada ortaklık adına hareket etme yetkisinin kime ait olacağı belirtilmemişse ortaklığın tasfiyesini isteme hakkı dışındaki tüm işlemlerde ortakların (iştirakçilerin) oy birliği ile karar almaları ve birlikte hareket etmeleri zorunludur.

Türk Medeni Kanunun 702/2. maddesi "...Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, gerek yönetim, gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir..." hükmünü getirmiştir. Ne var ki bu kural, uygulamada yumuşatılarak 11.10.1982 tarihli ve 1982/3-2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla bir ortağın tek başına dava açabileceği; ancak, davaya devam edebilmesi için öteki ortakların olurlarının alınması veya miras şirketine atanacak temsilci aracılığıyla davanın sürdürülmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Türk Medeni Kanunun 702/4. maddesinde "...ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır..." hükmü öngörülmüştür. Türk Medeni Kanunun 640. maddesinde de vurgulanan korumadan yine aynı Kanunun 702/2. maddesinde sözü edilen tasarruf işlemleri sözlerinden anlaşılması gerekenin ne olduğu, uyuşmazlığın ana noktasını oluşturmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 702. maddesinin gerekçesinde ortaklardan her birinin, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabileceği, bu korumadan da bütün ortakların yararlanacağının kabul edildiği, elbirliği mülkiyetinde ortaklardan her birinin ortaklığa giren hakları dava veya diğer yollarla koruma yetkisine sahip olacağı, bu korumadan bütün ortakların yararlanacağı, fakat davacının davasını kaybetmesinin diğer ortakların haklarını etkilemeyeceği ifade edilmiş olup, somut olayda ortaklardan birinin açacağı dava ile tüm maliklerin hakkının korunması yanında terekenin yararına da bir sonuç doğduğu, keşideci muris İbrahim Kaplan'ın terekesinin elbirliği mülkiyeti hükümlerine tabi olmakla birlikte, menfi tespit talebi yönünden mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığının bulunmadığı, menfi tespit davasının tereke üzerinde tasarruf işlemi olmayıp terekedeki hakların korunmasına yönelik bir dava olduğu, davacının davaya konu kambiyo senedindeki imzanın murisine ait olmadığına ilişkin talebi açısından mahkemece verilen kararın terekeye yönelik verilmiş bir karar olacağı cihetle mahkemece dava dışı mirasçıların muvafakatinin alınması, davaya katılımının sağlanması ya da terekeye temsilci tayininin zorunlu olmadığına yönelik direnme kararı vermesi yerindedir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığının bulunduğu, taraf teşkilinin sağlanması için tüm mirasçıların davaya katılımının sağlanması veya terekeye temsilci tayin ettirilerek temsilci vasıtasıyla yargılamaya devam edilmesinin gerekeceği görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararı uygun ve yerindedir. Ne var ki Özel Dairece işin esasına yönelik temyiz itirazları henüz incelenme-

miştir. Bu hususa ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Dairesine gönderilmelidir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle verilen direnme kararı uygun olup, işin esasına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **19. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE,** kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 18.06.2019 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ VE KALDIRILMASI
•
HAK DÜŞÜMÜ SÜRESİ • TEBLİĞ KOŞULU

ÖZET: Bir yıllık itirazın iptali davası açma süresi ve altı aylık icra mahkemesine başvurma süresi borçlu itirazının alacaklıya tebliğinden itibaren başlar.

Alacaklının icra dosyasında işlemler yapması tebliğ anlamına gelmez

Y. HGK E:2017/1651 K:2019/707 T: 18.6.2019

Taraflar arasındaki "itirazın iptali" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda Bursa 2. Asliye Ticaret Mahkemesince davanın hak düşürücü sürenin geçmesi nedeniyle reddine dair verilen 27.03.2013 tarihli ve 2012/429 E., 2013/103 K. sayılı karar davacı vekili tarafından temyiz edilmekle; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 16.04.2014 tarihli ve 2013/9747 E., 2014/7508 K. sayılı kararı ile;

(...Davacı vekili; dava dışı şirket ile B. A.Ş. arasında akdedilen genel kredi sözleşmesinde davalının kefil olduğunu, kredi borcunun ödenmemesi üzerine alacağın tahsili için başlatılan icra takibine itiraz edildiğini belirterek itirazın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; itirazın iptali davasının İİK'nun 67. maddesi uyarınca itirazın tebliği, tebligat yoksa öğrenilmesi tarihinden itibaren 1 yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılması gerektiği, davalının takibe itiraz

dilekçesi davacıya tebliğ edilmemiş ise de, davacının icra dosyasında itirazdan sonra İİK işlem yaptığı 04.02.2011 tarihinde itirazdan haberdar olduğu, dava tarihi olan 20.07.2012 tarihinde 1 yıllık hak düşürücü sürenin dolduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İİK'nın 67/1 maddesi uyarınca itirazın iptali davalarında 1 yıllık hak düşürücü süre itirazın alacaklıya tebliği tarihinden itibaren başlar. İtiraz tebliğ edilmedikçe süre başlamaz. İcra dosyasında alacaklının icra işlemleri yapmış olması itirazın tebliği anlamına gelmez. Somut olayda borçlunun itirazı alacaklıya tebliğ edilmediğine göre davanın süresinde açıldığı kabul edilerek işin esasına girilmesi gerekirken somut olaya uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve direnme kararının verildiği tarih itibariyle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun Geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 26.09.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla değişikliği öncesi hâliyle 438. maddesinin ikinci fıkrası gereğince direnme kararlarının temyiz incelemesinde duruşma yapılamayacağından davacı vekilinin duruşma isteğinin reddine karar verilip dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, itirazın iptali istemine ilişkindir.

Davacı vekili; davalının dava dışı borçlu Y.Tekstil San. ve Tic A.Ş. ile B. Bank A.Ş. arasında 15.04.1999 tarihinde tanzim edilen Genel Kredi Sözleşmesinden ve daha sonraki tarihlerde limit yükseltme sözleşmelerinden kaynaklanan müşterek borçlu ve müteselsil kefil konumunda olduğunu, asıl borçlulara ve kefillere gönderilen ihtarnamaye rağmen borcun ödenmediğini, alacağın tahsili amacıyla başlatılan icra takibinin de davalının itirazı üzerine durduğunu, takibe konu nakdi alacağın komisyon ile ilgili olduğunu, müvekkili şirketin hisselerinin tamamen TMSF'ye devredildiğini, davaya konu alacak TMSF alacağı olduğundan zamanaşımı süresinin 20 yıl olduğunu ileri sürerek vaki itirazın iptali ile davalının %40'dan aşağı olmamak üzere icra ve inkâr tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili; icra takibine 20.01.2011 tarihinde itiraz edildiğini, davanın ise 19.07.2012 tarihinde açıldığını, davacının icra dosyasına yapılan itirazı dosyada yapmış olduğu çeşitli işlemler sırasında öğrenmiş olduğunu ve öğrenme tarihinden itibaren de bir yıllık sürenin geçmiş olduğunu, takip konusu alacağın daha önce de yargı kararına konu edildiğini belirterek davanın zamanaşımı, derdestlik ve mükerrerlik nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece; itirazın iptali davasının İİK'nın 67. maddesi uyarınca itirazın tebliği, tebligat yoksa öğrenilmesi tarihinden itibaren 1 yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılmasının gerektiği, davalının takibe itiraz dilekçesi davacıya tebliğ edilmemiş ise de, davacının icra dosyasında itirazdan sonra İİK işlem yaptığı 04.02.2011 tarihinde itirazdan haberdar olduğu, dava tarihi olan 20.07.2012 tarihinde 1 yıllık hak düşürücü sürenin dolduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı vekilinin temyizi üzerine hüküm, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece önceki gerekçeler genişletilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK) 67. maddesi uyarınca açılan itirazın iptali davalarında hak düşürücü sürenin, borçlunun itirazının alacaklıya tebliği ile başlayıp başlamayacağı, burada varılacak sonuca göre borçlunun itiraz dilekçesi kendisine tebliğ edilmeyen davacı alacaklının icra dosyasında yapmış olduğu işlemler nedeniyle borçlunun itirazından haberdar olduğunun ve hak düşürücü sürenin bu tarihten itibaren başladığının kabulünün mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle konu ile ilgili kavramların ve yasal düzenlemelerin irdelenmesinde fayda bulunmaktadır.

İtirazın iptali davası, müddeabihi takip konusu yapılmış ve borçlunun itiraz etmiş olduğu alacak olan, normal bir alacak (eda) davasıdır. Takip alacaklısı tarafından (süresi içinde) ödeme emrine itiraz etmiş olan borçluya karşı açılır; yani davacı alacaklı, davalı ise takip borçlusudur. Davacı alacaklı bu davada, borçlunun itiraz etmiş olduğu alacağın mevcut olduğunu bildirerek, borçlunun itirazının iptaline karar verilmesini (ve istiyorsa, borçlunun icra inkâr tazminatına mahkûm edilmesini) talep eder (Kuru, B.: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013, s. 251).

İİK'nın 67/1. maddesi uyarınca itirazın iptali davası bir süreye tabi olup alacaklı, bu davayı, itirazın kendisine (varsa, vekiline) tebliği tarihinden itibaren bir yıl içinde açabilir.

Bir yıllık süre içinde açılan dava, teknik anlamda bir itirazın iptali davasıdır ve ancak bir yıl içinde açılan davanın kazanılması hâlinde borçlunun itirazı iptal edilmiş olur. Bunun üzerine, alacaklı, itiraz ile durmuş olan icra takibine devam edilmesini (yani haciz) isteyebilir. İcra inkâr tazminatına da, yalnız bir yıl içinde açılmış olan itirazın iptali davasında hükmedilebilir.

Alacaklı bir yıl içinde itirazın iptali davası açmazsa, yaptığı ilamsız takip düşer. Fakat bir yıllık süreyi geçiren alacaklının, genel hükümlere göre alacağını dava etmek hakkı saklıdır. Yani alacaklı, alacağı zamanaşımına uğramadığı sürece, genel mahkemelerde bir alacak (tahsil) davası açabilir. Ancak, alacaklı böyle bir dava sonucunda alacağı ilam ile eski (düşmüş olan) ilamsız icra takibine devam edilmesini isteyemez; yalnız ilamlı icra takibi yapabilir.

Bir yıl içinde itirazın iptali davası açılması ile derdest olan ve itiraz ile durmuş bulunan icra takibi iptal edilmiş olmaz; bilâkis, takip durmakta devam eder. Davayı kazanan alacaklı, mahkemeden alacağı ilâm ile itiraz üzerine durmuş olan ilamsız takibe devam edilmesini (haciz) isteyebilir. Dava devam ettiği sürece, bir yıllık haciz isteme süresi işlemez (Kuru, s. 255).

Alacaklı, itirazın kendisine tebliğinden önce de, itirazın iptali davası açabilir. Gerçekten de alacaklı, itirazın iptali (İİK, m. 67) veya kaldırılması (İİK, m. 68-68a) yoluna başvurabilmek için, ödeme emrine itiraz edildiğinin kendisine tebliğ edilmesini beklemek zorunda değildir. Ne var ki, bir yıllık itirazın iptali davası açma süresi ve altı aylık icra mahkemesine başvurma süresi, itirazın alacaklıya tebliğ edildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (İİK, m 67/I) (Yavuz, N: İtirazın İptali ve Tahsil (Eda) Davası, Ankara 2007, s.168).

Açıklanan bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, alacaklı tarafından itirazın iptali davasının, borçlunun icra dosyasına yaptığı itirazın tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde açılması zorunludur. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.11.2013 tarihli ve 2013/11-360 E., 2013/1605 K. sayılı kararında da aynı ilke benimsenmiştir.

İİK'nın 67. maddesinde gösterilmiş olan süre hak düşürücü süredir. Yerel Mahkeme ve Özel Daire arasında bu sürenin hak düşürücü süre olup olmadığı konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Hak düşürücü

süre hak sahibinin hakkın korunması için kanun veya sözleşme ile belirlenen süre içerisinde belirlenen eylem veya işlemleri yapmaması nedeniyle hakkın sona ermesi sonucunu doğuran süredir.

Hak düşürücü sürelerin kanunla düzenlenmesi asıldır. Tarafların sözleşme ile hak düşürücü süreleri belirlemeleri, bu süreleri değiştirmeleri veya ortadan kaldırmaları mümkün değildir Hak düşürücü süreler hakkı tamamen sona erdiren, yok eden, düşüren sürelerdir. Hak sahibi alacaklı kanunla veya sözleşme ile belirlenen süre içerisinde öngörülen eylem veya işlemleri yapmadığı takdirde o hak tamamen ortadan kalkmakta, silinmekte düşmektedir. Artık o hakkın istenmesi, dava ve takip edilmesi mümkün değildir.

Hak düşürücü sürenin sonunda hakkın sona ermesi için karşı tarafın borçlunun bir eylem veya işlem yapmasına gerek yoktur. Hak düşürücü süre geçmekle kendiliğinden son bulur (Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul, 1985-1988, s. 1385 vd , Reisoğlu, S.: Genel Hükümler, İstanbul, 2002, s. 348).

Hak düşürücü süreler itiraz niteliği taşırlar. Taraflar hak düşürücü süreyi davanın her aşamasında hatta kararın bozulmasından sonra da ileri sürülebilirler. Ayrıca hak düşürücü sürelerin incelenmesi tarafların iradelerine bırakılmamıştır. Hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulması, araştırma ve inceleme konusu yapılması gerekmektedir (Feyzioğlu, N. Feyzi: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1-2, İstanbul 1976, s. 521).

Bu bilgiler ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Bursa 1.İcra Müdürlüğü'nün 2011/66 esas sayılı dosyasının incelenmesinde; alacaklı ... tarafından, borçlular Yazıcılar Tekstil San. Ve Tic. A.Ş, Aziz Yazıcılar ve ... aleyhine 58.871,40TL asıl alacak,16.461,41TL vadelerinden değişen oranlarda işlemiş yasal faizi olmak üzere toplam 75.332,81TL alacağın tahsili için icra takibine başlanıldığı, 20.01.2011 tarihinde (süresinde) itiraz edildiği, ödeme emrine itiraz dilekçesinin takip alacaklısına tebliğ edilmediği, davacı tarafından da 20.07.2012 tarihinde itirazın iptali davası açıldığı, 03.10.2012 tarihinde (işbu itirazın iptali istemine ilişkin yargılamanın devamı sırasında) borçlulardan ... yönünden takibin durduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, itirazın iptali davası, bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılması gereken bir dava olup, açık kanuni düzenlemeye göre dava açma süresi itirazın tebliği ile başlayacaktır. Ödeme emrine itiraz, 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine uygun

olarak takip alacaklısına tebliğ edilmez ise dava açma süresi başlamayacaktır. İİK'nın 67/1. maddesindeki düzenleme dikkate alındığında icra dosyasında alacaklının icra işlemleri yapmış olmasının itirazın tebliği anlamına gelmeyeceği de açıktır. Bu durumda, mahkemece açılan davanın süresinde olduğu gözetilerek, işin esasına girilip sonucuna göre bir karar verilmelidir.

O hâlde, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 18.06.2019 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

TAŞIMA ÜCRETİ
•
GÖNDEREN İLE GÖNDERİLENİN SORUMLULUĞU

ÖZET: Taşımaya konu olan eşyanın gönderilen tarafından kabul edilmesiyle gönderen ve gönderilen taşıma ücretinden müteselsil olarak sorumlu olacaklardır.

Y. HGK E: 2017/408 K: 2019/917 T:19.9.2019

"... Davacı vekili, davalıdan nakliye bedeli nedeniyle alacaklı olduklarını, tahsil edilemeyen alacak için icra takibi başlattıklarını, davalının takibe haksız ve yersiz itiraz ettiğini ileri sürerek itirazın iptali ve takibin devamına, davalı aleyhine %20 icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, taraflar arasında taşıma sözleşmesi olmadığını, taşınan makinenin dava dışı kişiye kiralandığını nakliyenin de bu kişi tarafından gerçekleştirildiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davacının davalıya ait iş makinesini taşıma işini gerçekleştirmiş olduğu, bu sebeple davacının 7.316 TL alacaklı olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile itirazın iptaline ve %20 icra inkar tazminatının tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava, taşıma akdinden kaynaklanmakta olup, yukarıda yapılan özetten de anlaşılacağı üzere davalı akdi ilişkiyi inkar etmiş ve taşındığı belirtilen makineyi dava dışı AK'a kiraladığını savunmuş, bu savunmanın aksi de davacı tarafça kanıtlanmamıştır. 6102 sayılı TTK'nın 871/2. maddesi uyarınca da aksine sözleşme olmadığı takdirde taşıma ücretinin ödenmesi gönderilene aittir. Her ne kadar dosya içeriğinden davalı tarafından, davacı tarafça navlun alacağının tahsili için, kendisine tebliği edilen faturaya itiraz etmediği anlaşılmakta ise de bu fatura ticari defterlere kaydedilmediğinden, faturaya itiraz edilmemesi aksine sözleşme olduğu şekilde yorumlanamaz. Bu itibarla mahkemece anılan hususlar nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir…"

gerekçesi ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda dosya kendisine gönderilen İzmir 5. Asliye Ticaret Mahkemesince önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, yurtiçi eşya taşıma sözleşmesinden kaynaklanan taşıma ücreti nedeniyle başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir

Davacı vekili; müvekkili ile davalı arasında taşıma sözleşmesi yapıldığını ve sözleşme gereğince "Liebherr 932 Kırıcılı Ekskavatör"ün İzmir'den Mersin'e taşınarak gönderilene teslim edildiğini, taşıma ücretine ilişkin 7.316,00TL bedelli faturanın davalıya gönderildiğini, fatura bedelinin ödenmemesi üzerine müvekkili tarafından davalı aleyhine icra takibine başlandığını, ancak davalının icra takibine haksız olarak itiraz ettiğini ileri sürerek itirazının iptali ile icra inkâr tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; müvekkili ile davacı arasında taşıma sözleşmesi bulunmadığını, taşımaya konu iş makinesinindava dışı AK tarafından kiralan-

dığını ve nakliyesinin de bu kişi tarafından üstlenildiğini,müvekkilinin sadece iş makinesini taşınmak üzere davacıya teslim ettiğini ve sevk irsaliyesi düzenlediğini, ayrıca müvekkiline hiçbir şekilde taşıma faturası gönderilmediğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece; davacı tarafından düzenlenen fatura ve davalı tarafından düzenlenen sevk irsaliyesi dikkate alındığında davacı tarafından davalıya ait iş makinesinin İzmir'den Mersin'e taşınması işinin gerçekleştirildiği, bu nedenle icra takibine itirazın haksız olduğu gerekçesiyle davanın kabulü ile davalının icra dosyasına vaki itirazının iptaline ve asıl alacağın %20'si oranında icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; taraflar arasında taşıma sözleşmesinin bulunup bulunmadığı ve buradan varılacak sonuca göre davalının taşıma ücretinden sorumlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için taşıma sözleşmesine ilişkin yasal düzenlemelerin ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki; hem mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (6762 sayılı TTK) hem de yürürlükte bulunan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (6102 sayılı TTK) hükümleri, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) anlamında içinde yabancılık unsuru bulunmayan hâllerde uygulanacaktır. Buna karşılık, yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklarda ise, öncelikle Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri (CMR, CIV/CIM) doğrudan tatbik edilecek; ayrıca MÖHUK hükümlerine göre tarafların yapmış oldukları hukuk seçimleri de dikkate alınacaktır.

Bu itibarla somut olayda yabancılık unsuru bulunmadığı için dava tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 6102 sayılı TTK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Taşıma işleri, 6102 sayılı TTK'nın dördüncü kitabında 850. ilâ 930. maddeleri arasında düzenlenmiş olmakla birlikte taşıma sözleşmesinin tanımına yer verilmemiştir. Ayrıca taşıma hukukuna ilişkin diğer özel düzenlemelerde de taşıma sözleşmesinin tanımı yer almamaktadır.

6102 sayılı TTK'nın 850/1. maddesinde taşıma sözleşmesinin tarafı olan taşıyıcı; "ücret mukabilinde yolcu ve eşya taşıma işlerini üzerine alan kimsedir" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan yola çıkılarak taşıma sözleşmesi; "ücret karşılığında taşıyıcının eşyayı bir yerden bir yere taşımayı, yolcuyu ise bir yerden bir yere götürmeyi taahhüt ettiği tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme" olarak tanımlanabilir. Buna göre taşıma sözleşmesinin temel unsurları taşıyıcının taşıma taahhüdünde bulunması ve gönderenin veya yolcunun ise taşıma ücretini vermeyi borçlanmasıdır.

Tarafların iradeleri ile oluşan taşıma sözleşmesinde taşıyıcı yönünden ortaya çıkan temel edim, taşıma işinin taahhüt (üstlenme) edilmesidir. Taşıma taahhüdü, taşınacak olan eşya, yolcu ve yolcu ile bagaj olmasına bağlı olarak değişir. Zira taşınanın eşya ve insan olmasına göre taşımadaki yan edimler değişmekte ve sorumluluk da aynı şekilde farklılaşmaktadır. Eşya taşımalarında ise taşıyıcının taahhüdü, eşyayı kendi gözetimi ve sorumluluğu altında bir yerden bir yere nakletmeyi ifade etmektedir.

Taşıma sözleşmesinin diğer bir temel unsuru ise taşıma ücretidir. Taşıma ücret karşılığında yapılır ve ücret içermeyen taşımalar hatır taşıması olarak adlandırılır. Hatır taşıması ise taşıma hukuku mevzuatı açısından taşıma sözleşmesi olarak değerlendirilemez. Bununla birlikte taşıma işi bir ticari işletme faaliyeti olduğundan taşıma ücreti kararlaştırılmamış olsa dâhi 6102 sayılı TTK'nın 20. maddesi gereğince taşıyıcı uygun bir ücret talep edebilecektir.

Eşya taşıma sözleşmesinde taşıma sözleşmesinin tarafları taşıyıcı ve gönderen olmakla birlikte, taşıma ücretinden, kural olarak sözleşmenin tarafı olan gönderen sorumludur. Bu husus 6102 sayılı TTK'nın 850/2. maddesinde; "Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşyayı varma yerine götürmeyi ve orada gönderilene teslim etmeyi veya yolcuyu varma yerine ulaştırmayı; buna karşılık, eşya taşımada gönderen ve yolcu taşımada yolcu, taşıyıcıya, taşıma ücretini ödemeyi borçlanır." şeklinde düzenlenmiştir. Gönderen, taşıma işinin ifasını talep ederek taşıyıcı ile sözleşmesel bir ilişki içerisine girdiği için taşıma ücretini de borçlanmaktadır. Başka bir deyişle taşıma sözleşmesinin kurulması anından itibaren gönderen taşıma ücretinin borçlusu konumuna gelmektedir.

Gönderen taşıma sözleşmesinin akabinde taşıma ücretini ödeyebileceği gibi taşıyıcıyla aralarındaki sözleşmeye bağlı olarak taşıma ücretinin tamamını veya bir kısmını daha sonra da ödeyebilir. 6102 sayılı TTK'nın 870/1. maddesindeki, taşıma ücretinin eşyanın teslimi ile muaccel olacağı yönündeki düzenleme ise tamamlayıcı hukuk normudur. Başka bir deyişle taşıma ücreti, taşınan eşya gönderilene teslim edildiği anda ödenecek

bir borç hâline dönüşmekle birlikte gönderen taşıma başlamadan önce taşıma ücretini ödeyebileceği gibi taşıma sözleşmesinde taşıma ücretinin gönderilen tarafından ödeneceği de kararlaştırılabilir.

Taşıma konusu eşyanın tesliminde var olan menfaati sebebiyle taşıma sözleşmesinde üçüncü kişi konumunda olan gönderilen, eşyanın teslim yerine varması hâlinde bazı şartların gerçekleşmesiyle taşıma ücretinin borçlusu hâline gelmektedir. Bu durumda taşıma sözleşmesi gönderilen açısından üçüncü kişi yararına sözleşme niteliği taşımaktadır.

6102 sayılı TTK'nın 871/1. maddesinin birinci cümlesi; "Eşyanın teslim yerine varmasından sonra gönderilen, taşıyıcıdan, taşıma sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi karşılığında, eşyanın kendisine teslim edilmesini isteyebilir." hükmünü haizdir. Gönderilenin 6102 sayılı TTK'nın 871/1. maddesigereğince eşyanın teslimini (veya tazminatı) istemesi durumunda 6102 sayılı TTK'nın 871/2. maddesigereğince; gönderilen taşıma ücretini, taşıma ücretinin bir bölümü ödenmiş ise kalan bölümünü taşıma senedinde gösterilen tutarla sınırlı olmak üzere ödemekle yükümlüdür. Taşıma senedi düzenlenmemiş veya gönderilene ibraz edilmemişse yahut ödenmesi gereken tutar taşıma senedinden anlaşılamıyorsa, gönderilen, makul olması şartıyla, gönderen ile taşıyıcı arasında kararlaştırılan taşıma ücretini ödemek zorundadır (6102 sayılı TTK, m. 871/2).

Gönderilenin eşyanın teslimini (veya tazminatı) istemesi, taşıma sözleşmesinde üçüncü kişi olan gönderilenin edimi kabul etmesi anlamına gelmektedir. Esasen burada gönderilen tek taraflı bir irade beyanıyla ve bu beyanın taşıyıcıya varma anıyla birlikte taşıma ücretini ödeme borcu altına girmektedir. Gönderilenin 6102 sayılı TTK'nın 871/1. maddesi gereğince istem hakkını kullanması ile birlikte taşıma ücretinin borçlusu hâline gelmesinin kaynağı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 201. maddesindedüzenlenen borca katılmaya dayanmaktadır. Ayrıca gönderilenin borcu doğrudan kanun hükmü gereğince gerçekleştiğinden burada borca kanuni katılma söz konusudur.

Borca katılma "mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte borçtan sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir" şeklinde ifade edilir. Başka bir deyişle borca katılma durumunda da aynı müteselsil sorumlulukta olduğu gibi asıl borçlu, borçlu olarak kalmaya devam ederken borca katılan kişi de asıl borçlunun yanında yeni ve ikinci bir borçlu olarak yer almaktadır. Bu çerçevede gönderilen, eşyanın teslimini (veya tazminatı) isteme hakkını kullanarak, daha önceki bir anda taşıma söz-

leşmesinden doğan borçlardan (taşıma ücreti ve diğer alacaklar) dolayı gönderen ile birlikte müteselsil sorumlu olmaktadır. Ayrıca bu durum, 6102 sayılı TTK'nın 871/4. maddesinde; "Gönderenin sorumluluğu, sözleşmeye göre ödenmesi gereken bedeller için devam eder" şeklinde ifade edilmiştir.

Sonuç olarak, gönderenin taşıma ücretinin borçlusu olması durumu taşıma ücretinin tam olarak ödenmesine kadar devam eder. Gönderilenin eşyanın teslimini (veya tazminatı) isteme hakkını kullanarak taşıma ücretinin borçlusu olması gönderenin bu sıfatını etkilemeyecektir. İstem hakkının kullanılması ile birliktemüteselsil borçlu hâline gelen gönderen ile gönderilen taşıma ücretini ödedikleri oranda birbirlerini borçtan kurtaracaklardır.

Hemen belirtilmelidir ki; taşıma sözleşmesi bir şekle bağlı olmayıp, yazılı, sözlü veya tarafların kabul ettiği bir şekilde yapılabilir. Hatta 6102 sayılı TTK'nın 856/2. maddesi gereğince, eşyanın taşıyıcıya teslimi, taşıma sözleşmesinin varlığına karinedir. Başka bir deyişle taşıma senedi tanzim edilmemiş olsa bile eşyanın taşıyıcıya teslimi ile sözleşme taraflar arasında kurulmuş olmaktadır.

Eşya taşıma sözleşmelerinde 6102 sayılı TTK'nın 856/1. maddesi gereğince; gönderen, taşıyıcıya talebi hâlinde iki nüsha olarak bir taşıma senedi vermeye mecburdur. Taşıma senedi taşımaya ait önemli hususların kayıt altına alındığı, taşıma açısından ispat fonksiyonunun öne çıktığı bir belgedir. Taşıma senedi hem gönderen hem de taşıyıcı tarafından imzalandığı için taşıma sözleşmesinin varlığına karine teşkil eder. Taşıma senedinin içeriği 6102 sayılı TTK'nın 857. maddesinde düzenlenmiş olup, 857/1-k maddesindetaşıma ücretini gönderenden başka birinin ödeyecek olması hâlinde buna ilişkin kaydı da içermesi gerektiği belirtilmiştir.

6102 sayılı TTK'nın 859/1. maddesi gereğince, taşıma senedi düzenlenmediği hâllerde gönderenin talebi üzerine taşıyıcı, taşıma senedine yazılacak hususları ihtiva eden bir ilmühaber (yük senedi) imzalayıp vermeye mecburdur. İlmühaber, eşyanın taşınmak üzere taşıyıcı tarafından teslim alındığını ispata yarayan bir belgedir.

Ayrıca 6102 sayılı TTK'nın "refakat belgeleri" başlığını taşıyan 860. maddesi gereğince; gönderen, resmî nitelik taşıyan bilgi ve belgeleri eşyanın tesliminden önce taşıyıcıya teslim etmek zorundadır. Anılanmadde; "Gönderen, eşyanın tesliminden önce, resmî nitelik taşıyan, özellikle gümrük işlemleri için gerekli bulunan bilgileri taşıyıcıya vermek ve söz konusu belgeleri taşıyıcının tasarrufuna bırakmak zorundadır" hükmünü

haizdir. Buna göre, eşya hakkında en iyi bilgiye sahip olan gönderen; ilgili mevzuat gereğince resmî işlemler için gerekli olan veya resmî makamlar tarafından sorgusunun yapılması muhtemel olan bilgi ve belgeleri taşıyıcıya vermek zorundadır.

Bu aşamada uyuşmazlık konusu itibariyle sevk irsaliyesinin taşıma hukuku kapsamında hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

08.01.2018 tarihli ve 30295 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde sevk irsaliyesi; "malın alıcıya teslim edilmek üzere, satıcı tarafından taşındığı veya taşıttırıldığı hallerde satıcının, teslim edilen malın alıcı tarafından taşınması veya taşıttırılması halinde alıcının, taşınan veya taşıttırılan mallar için, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 230'uncumaddesi uyarınca düzenlediği belgeyi" ifade etmektedir. Aynı Yönetmeliğin 39/(3). maddesinde ise "yetki belgesi sahiplerinin, yurtiçi eşya taşımalarında ilgili mevzuatın öngördüğü usule göre düzenlenmiş sevk irsaliyesinin iki nüshası ile taşıma irsaliyesi ve taşıma senedinin birer nüshasını taşıtlarında bulundurmaları zorunludur" düzenlemesi mevcuttur. Aynı düzenlemeler yürürlükten kaldırılan 11.06.2009 tarihli ve 27255 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nde de bulunmaktaydı.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 230/(2)-5. maddesi; "malın alıcıya teslim edilmek üzere satıcı tarafından taşındığı veya taşıttırıldığı hâllerde satıcının, teslim edilen malın alıcı tarafından taşınması veya taşıttırılması hâlinde alıcının taşınan veya taşıttırılan mallar için sevk irsaliyesi düzenlemesi ve taşıtta bulundurulması şarttır" hükmünü haizdir. Buna göre, vergi mükellefi olan gönderen yurtiçi eşya taşımalarında ilgili mevzuatın öngördüğü usule göre düzenlenmiş sevk irsaliyesini taşıyana teslim etmek zorundadır. Başka bir deyişle eşya taşıma sözleşmelerinde resmî işlemlerde kullanılması gereken sevk irsaliyesinin düzenleyeni gönderen olmak zorundadır. Bu durumda 6102 sayılı TTK'nın 860. maddesigözetildiğinde gönderen tarafından düzenlenmesi gereken sevk irsaliyesinin refakat belgeleri kapsamında olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla usulüne göre düzenlenmiş ve taşıyan ile gönderen veya gönderilenin imzasını haiz bir sevk irsaliyesi de eşyanın taşınmak üzere taşıyıcı tarafından teslim alındığını veya eşyanın gönderilene teslim edildiğini ispata yarayan bir belgedir.

Bununla birlikte taşıma sözleşmesine ilişkin bir ihtilaf çıktığında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 200. maddesinde belirtilen miktarın üzerindeki hususların senet ile ispatı şarttır. Bu itibarla taşıyıcı ve gönderen tarafından imzalanmış taşıma senedi 6100 sayılı

HMK'nın 199. maddesi gereğince belge niteliğinde olup, taşıma sözleşmesinin yapıldığına, içeriğine ve eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığına kanıt oluşturur. Ancak taşıma sözleşmesi gereğince düzenlenmiş ilmühaber (yük senedi) ve sevk irsaliyesinin varlığı taşıma sözleşmesinin varlığına ilişkin başlı başına senet olarak kabul edilmez ise de 6100 sayılı HMK'nın 202. maddesi gereğince delil başlangıcı olarak kabul edilmesinde bir engel bulunmamaktadır. Zira 6100 sayılı HMK'nın 202/2. maddesinde delil başlangıcı; iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belge olarak tanımlanmıştır. Delil başlangıcının varlığı hâlinde hâkim, hem delil başlangıcı hem de diğer takdiri delilleri serbestçe değerlendirerek bir karar verecektir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davalının İzmir'den Mersin'e taşınması için davacıya teslim ettiği iş makinesinin davacı tarafından taşınarak AK'a teslim edildiği, taraflar arasında yazılı bir taşıma sözleşmesi bulunmadığı ve ayrıca taşıma senedi de düzenlenmediği, ancak davalı tarafından mevzuat gereğince zorunlu olan sevk irsaliyesi düzenlenerek davacıya teslim edildiği anlaşılmaktadır.

Refakat belgesi niteliğini taşıyan dava konusu taşımaya ilişkin sevk irsaliyesinin davalı tarafından düzenlenmesi ve eşyanın davalı tarafından davacıya teslimi ile taşıma sözleşmesinin varlığına karine oluşması, davalının bunun aksini ispat edememesi, ayrıca taşıma ücretine ilişkin faturaya itiraz edilmemesi karşısında somut olayda taşıma sözleşmesinin taraflar arasında yapıldığının ve davalının taşıma sözleşmesinin göndereni olduğunun kabulü gerekmektedir.

Taşımaya konu iş makinesinin gönderilen tarafından kabul edilmesiyle birlikte yukarıda bahsedildiği üzere gönderen ve gönderilen müteselsil olarak taşıma ücretinden sorumlu hâle gelmiştir. Başka bir deyişle davalı gönderenin taşıma ücretinden sorumluluğu hâlen devam etmektedir. Eşyanın gönderilen tarafından kabul edilmesi göndereni taşıma ücretine ilişkin sorumluluktan kurtaramayacağı gibi, davalı tarafından ileri sürülen; taşıma ücretinden gönderilenin sorumlu olduğuna dair savunma da davalı tarafından ispatlanamamıştır.

Hâl böyle olunca, taraflar arasında taşıma sözleşmesinin varlığını ve davalının taşıma ücretinden sorumlu olduğunu kabul eden direnme kararı yerindedir.

Ne var ki, Özel Dairece taşıma ücretinin miktarı ve icra inkâr tazminatı yönünden bir inceleme yapılmadığından bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle direnme uygun olup, davalı vekilinin taşıma ücretinin miktarına ve icra inkâr tazminatına yönelik temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **11. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE,** miktar itibariyle karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 19.09.2019 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

İPOTEĞİN PARAYA ÇEVRİLMESİ
•
İFLAS ERTELEME KARARI

ÖZET : Asıl borçlu hakkında verilen iflasın ertelenmesi kararı ipotek vermiş olan üçüncü kişi yönünden de hüküm doğurur.

Y. HGK E: 2017/760 K: 2019/838 T: 02.07.2019

Taraflar arasındaki "ihalenin feshi" talebinden dolayı yapılan inceleme sonunda Erzurum 1. İcra (Hukuk) Mahkemesince ihalenin feshine ilişkin şikâyetin reddine, şikâyetçinin ihale bedelinin %10'u oranında para cezası ile cezalandırılmasına dair verilen 02.10.2014 tarihli ve 2014/182 E., 2014/286 K. sayılı kararın temyizi borçlu vekili tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 27.01.2015 tarihli ve 2014/34170 E., 2015/1949 K. sayılı kararı ile onanmış, borçlu vekilinin karar düzeltme isteminde bulunması üzerine bu kez Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 10.04.2015 tarihli ve 2015/9115 E., 2015/9290 K. sayılı kararı ile;

"*... Sair karar düzeltme nedenleri yerinde değil ise de;*

Alacaklı tarafından ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla başlatılan takipte borçlu şirketin usulüne uygun yapılmadığını ileri sürerek ihalenin feshi istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

İİK.nun 179/b maddesi hükmü gereğince, iflasın ertelenmesi kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere, hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takip-

ler durur. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de, erteleme sırasında taşınır, taşınmaz veya ticari işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir; ancak, bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez.

Somut olayda, Kadıköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2012/593 E. sayılı dosyası ile borçlu şirket tarafından açılan iflas erteleme davası üzerine anılan mahkemece, 22/06/2012 tarihinde; "İİK.nun 179/a ve maddesindeki sınırlamalar dikkate alınmak suretiyle, davacı borçlu aleyhindeki 6183 sayılı kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere açılmış ve açılacak icra takiplerinin ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına...rehinli alacaklar için açılan icra takipleri yönünden ise, sadece muhafaza tedbirlerinin uygulanmasının ve rehinli malın satışının ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına, üçüncü şahıslar tarafından davacı lehine verilen ipotek ve rehinlerin ihtiyati tedbir kapsamı dışında tutulmasına.." dair tedbire; yargılama sonunda ise, İstanbul Anadolu 11.Asliye Ticaret Mahkemesinin 11/11/2013 tarih ve 2013/320 E.-298 K.sayılı kararı ile; "....iflasın bir yıl süre ile ertelenmesine.... İİK 179/a ve b maddesindeki sınırlamalar dikkate alınmak suretiyle rehinli alacaklar için başlatılmış ve başlatılacak rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip hakkı hariç olmak üzere, İİK.206. maddesine göre, birinci sırada yer alan alacaklıların takip hakları saklı kalmak kaydı ile 6183 sayılı kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere davacı aleyhine açılmış ve açılacak icra takiplerinin İİK 179/b maddesi uyarınca durdurulmasına..." karar verildiği görülmektedir.

Her ne kadar 22/06/2012 tarihli ihtiyati tedbir kararında; üçüncü şahıslar tarafından borçlu şirket lehine verilen ipotek ve rehinler ihtiyati tedbir kapsamı dışında tutulmuş ise de, iflasın ertelenmesine dair verilen kararda böyle bir sınırlamaya yer verilmemiş olup, şikayete konu ihaleye ilişkin 26/02/2014 tarihli satış kararı da, iflasın ertelenmesi kararından sonradır. Dolayısıyla artık ihtiyati tedbir kararı değil, esasa ilişkin 11/11/2013 (11/10/2013) tarihli iflasın ertelenmesi kararındaki hükümler uygulanacaktır.

Bu bağlamda, iflasın ertelenmesine karar verilmiş olsa da, İİK.nun 179/b-2. maddesi gereğince borçlu şirket hakkında ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlanmasında yasaya uymayan bir yön yoktur. Ancak, aynı madde hükmüne göre, ipotekli taşınmazın satışı gerçekleştirilemez. Ne var ki, burada çözümlenmesi gereken sorun, hakkında iflas erteleme kararı verilen borçlu şirketin değil, hakkında iflas ertele-

me kararı bulunmayan diğer borçlunun ihale konusu taşınmazın maliki olması halinde, İİK.nun 179/b-2 maddesi uyarınca satışın yapılıp yapılamayacağına ilişkindir.

İİK'nun 149. maddesinde; "İcra müdürü, ibraz edilen akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva ettiğini ve alacağın muaccel olduğunu anlarsa, borçluya ve taşınmaz üçüncü şahıs tarafından rehnedilmiş veya taşınmazın mülkiyeti üçüncü şahsa geçmiş ise ayrıca bunlara birer icra emri gönderir" hükmüne yer verilmiştir. Madde içeriğinden, asıl borçlu ile ipotek veren arasında zorunlu takip arkadaşlığının bulunması nedeniyle haklarında birlikte takip yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Şu halde, asıl borçlu hakkında verilen iflas erteleme kararının, hem söz konusu kararın niteliği gereği, hem de zorunlu takip arkadaşlığı nedeniyle ipotekli taşınmaz maliki yönünden sonuç doğurmayacağının kabulü mümkün değildir.

Temyize konu dosyada mübrez ipotek akit tablosunun incelenmesinde; şikayetçi şirketin borçlarının teminatı olarak diğer borçlu A. Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş.nin, maliki olduğu taşınmazı, alacaklı banka lehine ipotek ettiği, diğer bir ifade ile asıl borçlunun T. Yapı ve Endüstri Tesisleri San. Tic.A.Ş., ipotekli taşınmaz maliki ve kredi sözleşmesinde müşterek borçlu müteselsil kefilin de A. Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş.olduğu anlaşılmaktadır. İpotekli taşınmazın maliki A. Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. hakkında verilmiş iflas erteleme veya ihtiyati tedbir kararı bulunmasa da, takip, şikayetçi şirketin borçlarından dolayı ve söz konusu şirket lehine verilen ipoteğe dayalı olarak başlatılmıştır.

Bu durumda, iflas erteleme kararı kapsamında İİK.nun 179/b maddesi gereğince, ipotek konusu taşınmazın satışı gerçekleştirilemeyeceğinden mahkemece ihalenin feshi isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi isabetsiz olup, kararın bu nedenle bozulması gerekirken Dairemizce onandığı anlaşılmakla, borçlunun karar düzeltme isteminin kısmen kabulü gerekmiştir..."

gerekçesi ile onama kararı kaldırılmak suretiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

İstem, ihalenin feshine ilişkindir.

Borçlu vekili; müvekkili şirket ile A. Tur. Tic. ve San. A.Ş. aleyhine Üsküdar 3. İcra Dairesinde (İstanbul Anadolu 14. İcra Dairesinin 2012/10449 Esas) ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan icra takibinde talimat yoluyla Erzurum 3. İcra Dairesinin 2012/107 talimat numaralı dosyasında Erzurum ili, Yakutiye ilçesi, İstasyon Mahallesi 50. Yıl Caddesi 1176 ada 323 parselde bulunan taşınmazın 02.06.2014 tarihli 2. arttırmada ihale edildiğini, müvekkili şirket hakkında İstanbul Anadolu 11. Asliye Ticaret Mahkemesinin 11.10.2013 tarihli ve 2013/320 E., 2013/298 K. sayılı kararı ile iflasın 11.10.2013 gününden itibaren 1 yıl süreyle ertelenmiş olmasına rağmen taşınmaz satışının yapıldığını, iflasın ertelenmesi kararı gereğince müvekkili şirket aleyhine takip yapılamayacağı gibi satış yapılmasının da mümkün olmadığını, dosyada vekâletname olmasına rağmen kıymet takdir raporunun borçlu şirkete usulsüz şekilde tebliğ edildiğini, taşınmazın son imar durumunda taşınmazın bir bölümünün askeri alan olduğu belirtilmiş olmasına ve Milli Savunma Bakanlığı İnşaat Emlak Müdürlüğünün alakadar olmasına rağmen Milli Savunma Bakanlığına herhangi bir tebligat yapılmadığını, borç miktarı hususunda belirsizlik olduğunu, düzeltme ilanındaki kira şerhiyle ilgili hususun ihaleye katılımı azalttığını ayrıca ilan edilen taşınmazın açık artırma şartnamesi ve tutanağında düzeltme yapılmadığını, taşınmazın değeri itibari ile yurt çapında tirajı en yüksek gazetelerden birinde satış ve düzeltme ilanı yapılması gerekirken bu husus yerine getirilmediğinden ilanın amacına ulaşmadığını, ihaleye alacaklı dışında iştirak gerçekleşmediğini, taşınmazın değerinin kıymet takdirinin yaklaşık üç katı olduğunu, bu hususun Erzurum 2. Asliye Hukuk Mahkemesince 2008 yılında yaptırılan bedel tespitinde taşınmazın değerinin 48 trilyon lira olmasından anlaşıldığını, alacaklı bankanın kıymet takdirinin düşük yapıldığını bildiği için ihaleye katılımı engellediğini, talimat dosyasındaki tapu kaydının 26.02.2014 tarihli olduğunu, satıştan önce son tapu kaydının celbi ile alakadarlara kıymet takdiri ile satış ilanının tebliği gerektiğini, Erzurum 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2013/591 E. ve 2013/592 E. sayılı dosyalarında ipoteklerin kaldırılması için açılan davalar kesinleşmeden satış yapılamayacağını, ihale anında tellalın üç kez bağırmadığını, satışın icra müdür yardımcısı tarafından yapılmış olmasına rağmen icra müdür yardımcısına yetki verilmediğini, İİK'nın 126. maddesindeki elektronik ortamda teklif verme usulü tatbik edilmediği gibi kira şerhleri hususunda elektronik ortamda herhangi bir düzeltme yapılmayarak iştirak engellendiğini ileri sürerek ihalenin feshine karar verilmesini talep etmiştir.

Alacaklı vekili; borçlu şirket hakkında verilen iflasın ertelenmesi kararının satışa hiçbir etkisinin bulunmadığını, İstanbul Anadolu 11. Asliye

Ticaret Mahkemesinin 11.10.2013 tarihli ve 2013/320 E., 2013/298 K. sayılı kararının 7. maddesinde, erteleme tedbirlerinden "rehinli alacaklar için başlatılmış ve başlatılacak rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yolu hariç olmak üzere .... davacı aleyhine açılmış ve açılacak icra takiplerinin İİK'nın 179/b maddesi uyarınca durdurulmasına" karar verildiğini, yerleşik Yargıtay kararlarına göre iflasın ertelenmesi taleplerinde ancak iflasın ertelenmesini talep eden şirketin malvarlığının korunması için tedbir kararları verilebileceğini, şirkete göre üçüncü kişi konumunda bulunan kefil veya ipotekli taşınmaz maliklerinin hukuki durumunu etkiyecek şekilde tedbire hükmedilmesinin mevcut düzenlemeye aykırı olduğun, borçlu vekilinin aynı konudaki şikâyetinin daha önce de icra müdürlüğünce reddedildiğini ve borçlu şirketin bu işleme karşı şikâyet yoluna başvurmadığını, borçlu şirketin ileri sürdüğü diğer fesih sebeplerinin de yerinde olmadığını belirterek şikâyetin reddini savunmuştur.

Yerel Mahkemece; ihale tutanağında ihalenin başlama ve bitiş saatlerinin gösterildiği, tutanakta tellal tarafından üç kere bağırıldığının belirtildiği yine ihale tutanağının altının tellal, ihale alıcısı ve icra memuru tarafından imza edildiği, ihaleye ilişkin ilanın tirajı yüksek gazetelerin birinde ilan edildiği, yapılan ihalede herhangi bir usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı, borçlunun şikâyet dilekçesinde ihalenin feshi nedeni olarak ileri sürdüğü konuların yerinde olmadığı, yapılan ihalede ihalenin feshini gerektiren bir nedenin bulunmadığı gerekçesiyle ihalenin feshine ilişkin şikâyetin reddi ile ihale bedelinin %10 u oranına para cezasının borçludan tahsiline karar verilmiştir.

Borçlu vekilinin temyizi üzerine Özel Dairece yerel mahkeme kararı onanmış ise de, onama kararına karşı borçlu vekili tarafından karar düzeltme yoluna başvurulması nedeniyle bu defa Özel Dairece onama kararı kaldırılarak yukarıda başlık bölümünde gösterilen nedenlerle yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

Yerel Mahkemece önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı borçlu vekili tarafından temyize getirilmektedir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan ilamlı icra takibinde asıl borçlu şikâyetçi şirket hakkında iflasın ertelenmesi kararı bulunması hâlinde, İİK'nın 149. maddesine göre aralarında zorunlu takip arkadaşlığı olan ve hakkında iflas erteleme kararı bulunmayan borçlunun maliki olduğu ipotekli taşınmazın satışının yapılıp yapılamayacağı, burada varılacak sonuca göre ihalenin feshi isteminin kabulüne karar verilip verilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncellikle mecburi dava (takip) arkadaşlığının açıklanması gerekmektedir.

Mecburi dava arkadaşlığı birden fazla kimsenin birlikte dava açması veya birden fazla kimseye karşı birlikte dava açılmasının zorunlu olduğu hâllerde söz konusu olan dava arkadaşlığıdır. Maddi hukuk sebeplerinden kaynaklanan dava arkadaşlığı maddi bakımından dava arkadaşlığı, usul hukukuna ilişkin sebeplerden kaynaklanan dava arkadaşlığı ise şekli bakımdan zorunlu dava arkadaşlığı olarak adlandırılabilir. Münhasıran davalılar bakımından işlerlik kazanan, gerçeğin tüm boyutları ile ortaya çıkarılmasını ve taraflar arasındaki uyuşmazlığı daha sağlıklı ve daha doğru bir biçimde karara bağlanmasını amaçlayan, kanunun açıkça öngördüğü hâllerde ortaya çıkan dava arkadaşlığı türüne şekli mecburi dava arkadaşlığı denir (Tanrıver, S. Medeni Usul Hukuku, C 1, Ankara 2016, s. 542). Şekli bakımdan dava arkadaşlığına yol açan ihtilaflı bir hukuki ilişkiden kaynaklanan davaların (takiplerin) birden fazla kimseye karşı açılmasının zorunlu olup olmadığını, bu konuda bir kanun hükmü bulunup bulunmadığına göre belirlemek gerekir. Özel kanun hükümleri uyarınca birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılması gereken hallerde dava davalıların hepsi aleyhinde açılmalıdır. Dava arkadaşlarında eksiklik bulunduğunda söz konusu davayı mevcut davalı tek başına yürütemez ve davalı taraftaki eksiklik giderilmeden mevcut davalı hakkında hüküm verilemez. Bu eksiklik dava takip yetkisi eksikliği olup dava usulden reddedilmelidir (Pekcenıtez, H. /Özekes, M./Akkan, M. Korkmaz, H.T.: Medeni Usul Hukuku C 1, İstanbul 2017, s. 706-707).

Şikâyet konusu ihale ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan icra takibinde gerçekleştirildiğinden Türk Medeni Kanunu (TMK)'nda ve İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nda yer alan uyuşmazlığın çözümünde uygulanması gereken yasal düzenlemelerin de açıklanması gerekmektedir.

TMK'nın 881. maddesinin 1. fıkrası "Halen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacakla güvence altına alınabilir" hükmünü düzenlemektedir. Anılan maddenin 2. fıkrasına göre de ipoteğe konu olacak taşınmazın borçlunun mülkiyetinde bulunması gerekmez. Taşınmazın maliki başka birinin borcu için taşınmazına ipotek kurdurabilir veya sonradan ipotekli taşınmaz el değiştirmiş olabilir. Bu durumda ipotekli taşınmaz maliki ipoteğin güvence altına aldığı borçtan kişisel malvarlığı ile sorumlu olmayıp sadece ipoteğe konu borcun ödenmemesi hâlinde taşınmazın satılmasına katlanmakla yükümlüdür.

İpotekle teminat altına alınan borcun ödenmemesi hâlinde alacaklı İİK'nın 148. maddesine göre takip talebinde bulunarak ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesini ve satış bedelinden alacağının tahsil edilmesini talep edebilir. İpotekli taşınmazın borçlu dışında üçüncü kişiye ait olması durumunda, ipotek veren üçüncü kişi hakkında icra takibi yapılabilmesi için TMK'nın 887. maddesi uyarınca, alacağın kendisinden istenilmesi, yani muacceliyet ihtarının gönderilmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, söz konusu düzenleme gereğince, ipotekli taşınmaz maliki üçüncü şahsa ihbar yapılmadıkça, onun yönünden borç muaccel olmaz. TMK'nın 887. maddesindeki düzenlenmenin amacı taşınmaz malikinin borcu ödeyerek taşınmazın satılarak paraya çevrilmesine engel olmasıdır. TMK'nın 884. maddesinde de borçtan sorumlu olmayan malikin hakkı düzenlenmiştir.

İcra ve İflas Kanunu'nun "Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip" başlıklı beşinci babı, taşınır rehninin paraya çevrilmesi (m. 145-147) ile ipoteğin paraya çevrilmesini (m. 148- 150/d) ayrı ayrı düzenlemekte, ipoteğin paraya çevrilmesi bölümünde ise "ilamlı" takip (m. 149- 149/a- m. 150/h) ile "ilamsız" takibi (149/b- 150/a) ayrı ayrı hükümlere tabi tutmaktadır.

İİK'nın 149 ve 149/b maddeleri ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takipte ipotek veren üçüncü kişi ise takip talebinin borçlu kısmında asıl borçlu ile birlikte ipotek veren üçüncü kişinin de taraf olarak gösterilmesini düzenlemektedir. Bu hükümlere göre asıl borçlu ile ipotek veren üçüncü kişi arasında şekli mecburi takip arkadaşlığı vardır. Takip talebi dava dilekçesine benzetilir ise davacının (alacaklının) takip talebinde ipotek veren üçüncü kişi ve asıl borçluya karşı birlikte takip yapması ve takibi bu borçlular aleyhine sonuna kadar (satış dahil) birlikte sürdürmesi gerekmektedir. Takip süresince şekli mecburi takip arkadaşları birlikte hareket etmek zorunda olmadan ödeme veya icra emrine karşı itiraz veya şikâyetlerde bulunabilir, ihalenin feshi davası açabilir. Asıl borçlu ile ipotekli taşınmazın maliki üçüncü kişi arasında bu kişilerin birlikte hareket etmelerini zorunlu kılan bir takip arkadaşlığı yoktur (Budak, A.C.: İpoteğin Paraya Çevrilmesi yoluyla Takip, İstanbul 2008, s. 121). Ancak alacaklı, asıl borçlu hakkında takip yapmadan sadece ipotek veren üçüncü kişi aleyhinde takip yaparsa ipotek veren üçüncü kişi takibin iptali için şikâyet yolu ile icra mahkemesine başvurabilir. İcra mahkemesince şartları var ise 6100 sayılı HMK'nın 124. maddesi uyarınca alacaklıya takip talebinde göstermediği asıl borçluyu takibe dahil etmesi için süre verip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Diğer taraftan krediyi kullanan asıl borçlunun şikâyetinin sonuçlarından ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişi de yararlanır. Zira şikâyet incelemesi sonucunda icra emrinin iptaline karar verilmiş olması hâlinde takibin asıl borçluya karşı yürü-

tülmeksizin sadece geriye kalan ipotekli taşınmaz malikine karşı devam ettirilmesi mümkün değildir. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte borçlu ile taşınmaz maliki üçüncü kişi arasında zorunlu takip arkadaşlığı vardır. Bu hâlde zorunlu takip arkadaşlarından biri için gerçekleşecek sonucun, diğeri için de gerçekleşmesi gerekir (Yücel, M. T.: Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takibi, İstanbul 2010, s. 352). Örneğin asıl borçlu genel mahkemede açtığı davada satışın durdurulması kararı almış ise buna rağmen ipotek veren üçüncü kişiye karşı satışa devam edilmesi usul ve yasaya aykırı olup ihalenin feshi sebebidir.

Asıl borçlu hakkında verilen iflasın ertelenmesi kararının üçüncü kişiye ait ipotekli taşınmazın satışına engel olup olmadığı yerel mahkeme ile Özel Daire arasında uyuşmazlık konusu olduğundan iflasın ertelenmesi müessesesinin incelenmesi gerekmektedir.

İflasın ertelenmesi şikâyete konu ihale tarihinde yürürlükte bulunan İİK'nın 179 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Şikâyete konu ihale tarihinde uygulanmakta olan İİK'nın 179 ve devamı maddelerinde düzenlenen iflasın ertelenmesi hükümleri, 7101 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 15.03.2018 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

İİK'nın 179/b maddesi iflas erteleme kararı ve sonuçlarını düzenlemektedir. Anılan maddenin 1. fıkrası erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılanlar da dahil olmak üzere tüm takiplerin durması, erteleme süresince hiçbir takip yapılmaması gerektiğini düzenlemektedir. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasında "Erteleme sırasında taşınır, taşınmaz ve ticari işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir; ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbiri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez. Bu durumda erteleme süresince işleyecek olup mevcut rehinle karşılanamayacak faizler teminatlandırılmak zorundadır" hükmü düzenlenmiştir. Anılan hüküm ipotekli taşınmazın asıl borçluya veya ipotek veren üçüncü kişiye ait olup olmadığı konusunda bir ayrım yapmadan iflas erteleme kararı sonrasında ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takiplere devam edilebileceğini ancak satış yapılamayacağını öngörmektedir. İflas erteleme kararı gereğince rehinli malın satışı yapılamayacağından, İİK'nın 51. maddesinin 2. fıkrası uyarınca borçlu hakkında icra takip işlemi niteliğindeki satışa hazırlık işlemi yapılamaz.

İflas ertelemenin temel amacının erteleme süresince şirket aktiflerinin korunması, çalıştırılması ve pasiflerin azaltılması olmasından yola çıkılarak ipotek verenin üçüncü kişi olması hâlinde satışın yapılacağı sonucuna varılamaz.

Öte yandan yukarıda açıklandığı üzere ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takiplerde ipotek veren üçüncü kişi ise asıl borçlu ile üçüncü kişi arasında İİK'nın 149 ve 149/b maddesi hükümleri gereğince şekli bakımdan zorunlu takip arkadaşlığı vardır. Bu takip arkadaşlığının tıpkı davada olduğu gibi takibin sonuna kadar sürmesi gereklidir. Zorunlu takip arkadaşlarından birinin takipte gösterilmemesi takibin iptali sebebi olup bu konudaki şikâyet takibin sonuna kadar süresiz olarak yapılabilir. Asıl takip borçlusu hakkında iflas erteleme kararı verildiğinde asıl borçlu için gerçekleşen satışın durması diğer takip arkadaşı için de satışın durması sonucunu doğurur. Örneğin asıl borçlu hakkında iflas erteleme kararı bulunması hâlinde, hakkında iflas erteleme kararı bulunmayan ipotek veren üçüncü kişi yönünden satışa hazırlık işlemlerine devam edilerek, asıl borçluya satış ilanının tebliğ edilmesi mümkün olmamasına rağmen kanunun emredici hükümlerine aykırı davranılarak satışın yapılması ihalenin feshi sebebi oluşturur. Borçluya satış ilanı tebliği borçlunun kendince ilan yapması, daha fazla alıcı bulabilmesi ve böylece taşınmazın gerçek değerine satılarak borcunu ödeyebilmesi bakımından önemli olup bu durum hukuki dinlenme hakkının da bir gereğidir.

Somut olayda alacaklı T.C. Z. Bankası A.Ş. tarafından 28.08.2012 tarihinde borçlular T. Yapı ve Endüstri Tesisleri San. ve Tic. A.Ş. ve A. Turizm Ticaret ve San. A.Ş. aleyhine 15.10.2012 tarihli genel kredi sözleşmesi, Üsküdar 2. Noterliğ'nin 05.06.2012 tarihli ve 12729 yevmiye sayılı ihtarnamesi ve ipotek akit tablosuna dayalı olarak ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı icra takibi başlatıldığı, 15.10.2010 tarihli genel kredi sözleşmesinin müşterisinin T. Yapı ve Endüstri Tesisleri San. ve Tic. A.Ş., müşterek borçlu ve müteselsil kefilin A. Turizm Ticaret ve San. A.Ş. olduğu, icra takibine konu E.... ili, Y... ilçesi, İ... Mah. 1176 ada 323 parsel sayılı taşınmazın tapu sicilinde A. Turizm Ticaret ve San. A.Ş. adına kayıtlı olduğu, ipotek akit tablolarının incelenmesinde; T.C. Z. Bankası A.Ş. ile A. Turizm Ticaret ve San. A.Ş. mukim T. Yapı ve Endüstri Tesisleri San. ve Tic. A.Ş. arasında doğmuş ve doğacak her türlü borçlarından 10.000.000TL'ye kadar olan kısmı için 06.10.2010 tarihinde 1. derece ipotek ve aynı şartlarla 20.12.2010 tarihinde 2. derece ipotek tesis edildiği, alacaklı vekilinin talebi üzerine 26.02.2014 tarihinde satış kararı alındığı ve 19.987.301TL muhammen bedelli taşınmazın 02.06.2014 tarihli 2. açık artırmada 10.005.000TL'ye alacağa mahsuben ihale edildiği görülmektedir.

Kadıköy 3. Asliye Ticaret Mahkemesinin 2012/593 E. sayılı dosyasında ise; borçlu T. Yapı ve Endüstri Tesisleri San. ve Tic. A.Ş. tarafından açılan iflasın ertelenmesi davası üzerine anılan mahkemece, 22.06.2012 tari-

hinde verilen ihtiyati tedbir kararından sonra yapılan yargılama sonunda İstanbul Anadolu 11. Asliye Ticaret Mahkemesinin 11.10.2013 tarihli ve 2013/320 E., 2013/298 K. sayılı kararıyla "1-...Davanın kabulüne, İstanbul Ticaret Sicil Memurluğunun 53152/1551 nosunda kayıtlı Davacı T. Yapı ve Endüstri Tesisleri San. Ve Tic. A.Ş. nin iflasının 11/10/2013 gününden itibaren bir yıl süre ile ertelenmesine,..... 7-İİK 179/a ve b maddesindeki sınırlamalar dikkate alınmak suretiyle rehinli alacaklar için başlatılmış ve başlatılacak rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip hakkı hariç olmak üzere, İİK.206. maddesine göre, 1.sırada yer alan alacaklılarının takip hakları saklı kalmak kaydı ile 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere davacı aleyhine açılmış ve açılacak icra takiplerinin İİK 179/b maddesi uyarınca durdurulmasına,..." karar verildiği anlaşılmaktadır.

İİK'nın 149/b maddesi gereğince asıl borçlu ile ipotek veren üçüncü kişi arasında zorunlu takip arkadaşlığı bulunması ve icra takibi sonuna kadar haklarında birlikte takip yapılması gerektiğinden asıl borçlu hakkında verilen iflas erteleme kararı, ipotek veren üçüncü kişi yönünden de sonuç doğurur. İcra takibi sadece ipotek veren aleyhinde devam ederek ipotek konusu taşınmazın satışı gerçekleştirilemez. Yerel mahkemece Özel Daire bozma kararına uyularak asıl borçlunun ihalenin feshi isteminin kabulüne karar verilmesi gerekir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, İİK'nın 179/b-2 maddesindeki düzenlemenin, hakkında iflasın ertelenmesine karar verilen borçlunun malvarlığının korunmasının amaçlandığı, üçüncü kişiler tarafından verilen rehinlerin bu kapsama girmediği, TMK'nın 887. maddesi gereğince taşınmazın malikine ihbar zorunlu olduğundan icra takibinde zorunlu takip arkadaşlığının bulunduğu, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibinde taşınmaz malikinin şahsen sorumluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle direnme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

Hâl 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

Şikâyetçi borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na 5311 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile eklenen geçici 7. maddesinin göndermesi ile uygulanması gereken İİK'nın 366/III. maddesi uyarınca kararın tebliğden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 02.07.2019 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

İŞÇİLİK ALACAKLARI • TAM EDA DAVASI

ÖZET: Davacının, davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibariyle uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenememesi koşulunun gerçekleşmediği açıktır.

Dava dilekçesinin talep sonucuna göre, kıdem tazminatı tavanı göz önüne alınmakla, alacağın tamamına yakını belirlenerek talepte bulunulmuştur. Bir başka deyişle, banka çalışanı olan davacı elinde bulunan belgeler uyarınca kıdem tazminatı alacağını belirlemek suretiyle dava açmıştır. Bu anlamda olmak üzere, dava dilekçesinin içeriği, dilekçe ekinde sunulan belgeler, dosya kapsamı ve hüküm altına alınan alacak miktarı birlikte değerlendirildiğinde, davacının davasını tam eda davası olarak açtığı sonucuna ulaşılmıştır. Dava dilekçesinde alacağın belirsiz alacak olarak nitelendirilmesi sonuca etkili değildir.

Y. HGK E: 2016/2090 K: 2019/623 T: 28.05.2019

Taraflar arasındaki "işçilik alacakları" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kayseri 2. İş Mahkemesince davanın kabulüne dair verilen kararın temyizen incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 24.11.2015 tarihli ve 2014/19374 E., 2015/31433 K. sayılı kararı ile;

"...Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davanın belirsiz alacak davası olduğunu belirterek, davalı işyerinden onbeş yıllık süre ve 3600 gün prim ödeme süresini

tamamlaması sebebi ile kendi isteği ile işten ayrıldığını beyanla, kıdem tazminatı ile fazla mesai alacağını istemiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının gerçek iradesinin emeklilik yönünde olmadığını bankadan kıdem tazminatı alarak haksız kazanç elde etmek istediğini, bordrolarda ihtirazı kayıtsız ücretlerini alan davacının fazla çalışma talebinde bulunamayacağını beyanla davanın reddini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Taraflar arasında öncelikle çözümlenmesi gereken uyuşmazlık, kıdem tazminatı alacaklarının belirsiz alacak davası türünde talep edilmesi için gerekli şartların varlığı 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 değerin belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi durumuna ya da objektif olarak imkansızlığa dayanmalıdır.

Madde gerekçesinde "Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif olarak imkânsız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılamaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez." şeklindeki açıklamayla, alacağın belirli veya belirlenebilir nitelikte olması durumunda, belirsiz alacak davası açılarak bu davanın sağladığı imkanlardan yararlanmanın mümkün olmadığına işaret edilmiştir.

Alacağın hangi hallerde belirsiz, hangi hallerde belirli veya belirlenebilir olduğu hususunda kesin bir sınıflandırma yapılması mümkün olmayıp, her bir davaya konu alacak bakımından somut olayın özelliklerinin nazara alınarak sonuca gidilmesi gereklidir.

6100 sayılı Kanun'un 107/2. maddesinde, sorunun çözümünde yol gösterici mahiyette kriterlere yer verilmiştir. Anılan madde fıkrasında, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabileceği hüküm altına

alınmış, madde gerekçesinde de "karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneği bilirkişi ya da keşif incelemesi sonucu)" belirlenebilme hali açıklanmıştır.

Davacının alacağının miktar veya değerini belirleyebilmesi için elinde bulunması gerekli bilgi ve belgelere sahip olmaması ve bu belgelere dava açma hazırlığı döneminde ulaşmasının da (gerçekten) mümkün olmaması ve dolayısıyla alacağın miktarının belirlenmesinin karşı tarafın elinde bulunan bilgi ve belgelerin sunulmasıyla mümkün hale geleceği durumlarda alacak belirsiz kabul edilmelidir.

Sırf taraflar arasında alacak miktarı bakımından uyuşmazlık bulunması, talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olması anlamına gelmez. Önemli olan objektif olarak talep sonucunun belirlenmesinin davacıdan beklenemeyecek olmasıdır (H. Pekcanıtez, Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011, s. 45; H. Pekcanıtez/O. Atalay/M. Özekes, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 448). Sadece alacak miktarının taraflar arasında uyuşmazlık bulunması ya da tartışmalı olmasının belirsiz alacak davası açılması için yeterli sayılması halinde, neredeyse tüm davaların belirsiz alacak davası olarak kabulü gerekir ki, bu da kanunun amacına aykırıdır. Çünkü, zaten uyuşmazlık bulunduğu için dava açılmakta ve uyuşmazlık mahkeme önüne gelmektedir. Önemli olan davacının talebini belirli kılacak imkâna sahip olup olmadığıdır. Burada, alacağın belirlenebilir olması ile ispat edilebilirliğinin de ayrıca değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Davacının talep ettiği alacağı belirlenmesi objektif olarak mümkün, ancak belirlyebildiği alacağını ispat etmesi, kanunun öngördüğü şekilde ispatı (elindeki delillerle) mümkün değilse, burada da belirsiz alacak davası açılacağından söz edilemez. Çünkü, bir alacağın belirlenmesi ile onun ispatı ayrı şeylerdir. Davacı, talep konusu yaptığı alacağını çok net şekilde belirleyebilir; ancak her zaman onu ispat edecek durumda olmayabilir. Aksinin kabulü, her ispat güçlüğü olan alacağı belirsiz alacağa dönüştürmek gibi, hem kanunun amacına hem de genel ilkelere aykırı bir durumu ortaya çıkartabilir.

Alacağın miktarının belirlenebilmesinin, tahkikat aşamasında yapılacak delillerin incelenmesi, bilirkişi incelemesi veya keşif gibi sair işlemlerin yapılmasına bağlı olduğu durumlarda da belirsiz alacak davası açılabileceği kabul edilmelidir. Ne var ki, bir davada bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir. Bir davada bilirkişiye başvurulmasına rağmen davacı dava

açarken alacak miktarını belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açılamaz (C. Simil, Belirsiz Alacak Davası, I. Bası, İstanbul 2013, s. 225).

Kategorik olarak, belirli bir tür davanın veya belirli kişilerin açtığı davaların baştan belirli veya belirsiz alacak davası olduğundan da söz edilemez. Belirsiz alacak davası, bu davaya ilişkin ölçütlerin somut olaya uygulanarak belirlenmesi gerekir.

Hakime alacak miktarının tayin ve tespitinde takdir yetkisi tanındığı hallerde (Örn: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md 50, 51,56), hakimin kullanacağı takdir yetkisi sonucu alacak belirli hale gelebileceğinden, davacının davanın açıldığı tarih itibariyle alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin imkansız olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, iş hukuku uygulamasında, Yargıtayca, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının yazılı belgelere ve işyeri kayıtlarına dayanmayıp, tanık anlatımlarına dayanması halinde, hesaba esas alınan süre ve alacağın miktarı nazara alınarak takdir edilecek uygun oranda takdiri indirim yapılması gerekliliği kabul edilmektedir. Bu halde, tanık anlatımlarına dayanılarak hesaplanan alacak miktarından hakimin takdir yetkisine bağlı olarak yapılacak indirim oranı baştan belirli olmadığından, alacak belirsiz kabul edilmelidir.

6100 sayılı Kanun ile birlikte, yukarıda belirtilen çerçevede belirsiz alacak davası açma imkanı tanınarak belirsiz alacaklar bakımından hak arama özgürlüğü genişletilmiş; bununla bağlantılı olarak da hukuki yarar bulunmadan kısmi dava açma imkanı sınırlandırılmakla birlikte, tamamen kaldırılmamıştır.

Zaman zaman, 6100 sayılı Kanun ile birlikte kabul edilen belirsiz alacak davası ile kısmi davaya ilişkin yeni düzenlemedeki sınırın tam olarak tespit edilemediği, birinin diğeri yerine kullanıldığı görülmektedir. Oysa bu iki davanın amacı ve niteliği ayrıdır. Alacak, belirli veya belirlenebilir ise, belirsiz alacak davası açılamaz; ancak şartları varsa kısmi dava açılması mümkündür.

Kanunun kısmi dava açma imkanını sınırlamakla birlikte tamamen ortadan kaldırmadığı da gözetildiğinde, belirli alacaklar için, belirsiz alacak davası açılamasa 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 imkandan söz edilebilir 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 açılabilecek; şayet alacak belirli ise de, o zaman sadece tam eda davası açılabilecektir. Oysa kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği prensibi gereği, anılan maddeyle kısmi davaya ilişkin düzenleme yapıldığı düşünülerek ve Kanundaki sınırlamalara dikkat edilerek kısmi dava açılabilecektir.

Bu noktada şu da açıklığa kavuşturulmalıdır ki, şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir. Çünkü, alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak davası açmakta hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmeli, ek bir süre verilmemelidir. Zira, burada talep açıktır, bu sebeple 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ. maddesinin uygulanarak süre verilmesi mümkün değildir; aslında açılmaması gerektiği halde belirsiz alacak davası açılmış olduğundan, bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından, dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Buradaki hukuki yarar, sonradan tamamlanacak nitelikte bir hukuki yarar değildir. Çünkü, dava açıldığında o sırada mevcut olmayan hukuki yarar, bunun da açıkça mahkemece bilindiği bir durumda, tamamlanacak bir hukuki yarar değildir. Aksinin kabulü, aslında açık olan talep sonucunun süre verilerek davacı tarafından değiştirilmesi ve bulunmayan hukuki yararın sağlanması için davacıya ek imkan sağlanması anlamına gelecektir ki, buna usûl bakımından imkan yoktur, böyle bir durum taraflar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır (H. Pekcanıtez/O. Atalay/M. Özekes, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 454). Bunun yanında, şayet açılan davada asgari bir miktar gösterilmişse ve bunun alacağın bir bölümü olduğu anlaşılmakla birlikte, belirsiz alacak davası mı yoksa belirli alacak olmakla birlikte kısmi dava mı olduğu anlaşılamıyorsa, bu durumda 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ. maddesinin aradığı şekilde açıkça talep sonucu belirtilmemiş olacaktır. Talep, talep türü ve davanın niteliği açıkça anlaşılamıyorsa, talep muğlaksa, aynı Kanun'un 119/2. maddesi gereğince, davacıya bir haftalık kesin süre verilerek talebinin belirsiz alacak davası mı, yoksa kısmi dava mı olduğunun belirtilmesi istenmelidir. Verilen bu süreden sonra, davacının talebini açıklamasına göre bir yol izlenmelidir. Eğer talep, davacı tarafından belirsiz alacak davası şeklinde açıklanmış olmakla birlikte, gerçekte belirsiz alacak davası şartlarını taşımıyorsa, o zaman yuka-

rıdaki şekilde hareket edilmeli, hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmelidir. Açıklamadan sonra talep belirsiz alacak davası şartlarını taşıyorsa, bu davanın sonuçlarına göre, talep kısmi davanın şartlarını taşıyorsa da kısmi davanın sonuçlarına göre dava yürütülerek karar verilmelidir (Dairemizin 31.12.2012 tarih 2012/30463 esas 2012/30091 karar sayılı kararı).

6100 sayılı Kanun'un 110. maddesinde düzenlenen, davacının aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız birden fazla asli talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmesi olarak tanımlanan davaların yığılması (objektif dava birleşmesi) halinde, talep sayısı sayısı kadar dava bulunduğu kabul edildiğinden ve aynı Kanun'un 297/2. maddesi uyarınca da her bir talep bakımından ayrı ayrı hüküm verilmesi gerektiğinden, bu durumda da dava dilekçesinde ileri sürülen taleplerin belirsiz alacak olup olmadığının her bir talep bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir.

Tüm bu açıklamalar sonucunda şunu belirtmek gerekir ki, iş hukukundan kaynaklanan alacaklar bakımından baştan belirli veya belirsiz alacak davası şeklinde belirleme yapmak kural olarak doğru ve mümkün değildir. Bu sebeple iş hukukunda da belirsiz alacak davasının açılabilmesi, bu davanın açılması için gerekli şartların varlığına bağlıdır. Eğer bu şartlar varsa, iş hukukunda da belirsiz alacak davası açılabilir, yoksa açılamaz (C. Simil, Belirsiz Alacak Davası, I. Bası, İstanbul 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 kıdem tazminatı alacağı bakımından, talep içeriğinden açıkça anlaşıldığı üzere, davacı çalışma süresini, en son ödenen ücreti, alması gerektiğini iddia ettiği aylık ücret miktarını belirleyebilmektedir. Tazminat hesaplamasına esas alınacak aylık ücrete ek para veya parayla ölçülebilen sosyal menfaatleri de belirleyebilecek durumdadır. Bu halde kıdem tazminatı alacağı, belirsiz alacak değildir. Dava konusu edilen alacakların gerçekte belirlenebilir alacak olmaları ve belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri anlaşılmakla, hukuki yarar yokluğundan kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken yazılı şekilde esasa girilerek karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

3-Taraflar arasında davacının fazla çalışma alacağına hak kazanıp kazanmadığı hususu tartışmalıdır.

Somut olayda, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının 2008, 2009, 2010, yılları için haftanın beş günü 08:00-20:00 arasında birbuçuk saat ara dinlenme ile çalışarak haftalık yedibuçuk saat fazla çalışma yaptığı kabul edilmiştir. Belirtilen hesaplama dosya içeriği ve tanık beyanları ile tam olarak örtüşmemektedir. Dairemiz temyiz incelemesinden geçen davacının da tanık olarak dinlendiği emsal nitelikteki Kayseri 4. İş Mahkemesi 2013/578 esas, ve 2014/559 karar sayılı dosyası, Kayseri 3. İş Mahkemesinin 2014/262 esas ve 2014/732 karar sayılı dosyası ve benzeri ilamlarda çalışma saatleri 2008-2009 ve 2010 yılları için haftanın beş günü bir saat ara dinlenme ile 08:30-19:30 saatleri arası olarak kabul edilmiştir. Mahkemece, davacının 2008-2009-2010 yıllarındaki fazla mesai alacağı buna göre hesaplanmalı ve önceki karardaki takdiri indirim oranı ile hüküm altına alınmalıdır.

Ayrıca, davacının 2011-2012-2013 yıllarında haftanın beş günü 09:00-19:30 saatleri arasında bir saat ara dinlenme ile haftalık ikibuçuk saat fazla çalışma yaptığı anlaşılmakla, haftalık fazla mesainin beş saat olarak kabul edilmesi de isabetsizdir..."

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, işçilik alacaklarının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin davalıya ait iş yerinde 15.10.1996-11.11.2013 tarihleri arasında çalıştığını, 15 yıl sigortalılık süresi ve 3600 gün prim ödeme süresini tamamlaması nedeniyle kendi isteğiyle iş yerinden ayrıldığını, Kayseri Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'ne şikayette bulunulması üzerine yapılan incelemede, müvekkilinin günlük brüt ücretin 5.100,00TL olduğu ve kıdem tazminatının ödenmesi gerektiğinin tespit edildiğini, fazla çalışma alacağının da ödenmediğini ileri sürerek, belirsiz alacak davasının kabulü ile kıdem tazminatı ve fazla çalışma ücreti alacaklarının davalından tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı HSBC A.Ş. (Banka) vekili, fazla çalışma ile ilgili taleplere karşı zamanaşımı definde bulunduklarını, davacının müvekkili nezdinde 15.10.1996 tarihinden iş sözleşmesini emeklilik nedeni ile istifa ederek

sona erdirdiği 11.11.2013 tarihine kadar çalıştığını, son aylık brüt ücretinin 5.100,00TL olduğunu, alacağının bulunmadığını bildirerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davacının kıdem tazminatı almaya hak kazandığı ve fazla çalışma alacağının bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine hüküm, Özel Dairece yukarıda açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Mahkemece, üç numaralı bozma sebebine uyulmasına, iki numaralı bozma sebebine ilişkin olarak ise HMK'nın 107'nci maddesine ilişkin açıklamalara yer verilerek, resmi kayıtlar ve işverenin bildirdiği rakamların çelişkili ücret rakamları ortaya koyduğu, işverenin uzman görevlileri hariç bu hesapların ancak bilirkişilerce yapılabildiği, bozma kararının kendi içinde çelişkilerle dolu olduğu, bilirkişinin zorunlu mu değil mi anlaşılamadığı, iş mahkemesi dosyalarının neredeyse tamamında bilirkişiye başvurulduğu, fazla çalışma, genel tatil, hafta tatili alacakları tanık anlatımlarına dayanıyor ise takdiri indirim yapıldığından anılan alacakların belirsiz olabileceği kabul edilirken, iş yeri kayıtlarına dayanılması ve takdiri indirim yapılması hâlinde belirsiz olamayacağı anlamının çıktığı, çoğu iş yerinde işçilerin kıdem ve ihbar tazminatlarını belirleyecek ücretlerini bilemediği, vekillerin dahi ellerinde yeterli bilgi ve belge bulunmadığından tam eda davası açabilecek durumda olmadıkları, hemen her davada çalışma sürelerinin belirsiz olduğu, sigortasız çalıştırılan dönemler, sigortaya geç başlatılması durumu, eksik yatan primler, girdi-çıktı, fiili çıkma, ihtar, devamsızlık ve sigorta priminin çıkış sonrası daha fazla yatırılması sebepleriyle işe başlama, devam ve işten çıkış tarihlerinin taraflar arasında belirsiz bir hâl aldığı, işverenin davayı kabul ettiği durumlar hariç işçilik alacağı davalarında belirsizlik söz konusu olduğu, açılan dava ile bilirkişi hesabı arasında fark çıktığında bazen işçi alacağından daha fazla yargılama gideri ve vekalet ücreti çıkacağı, bu durumda işçinin mağdur olacağı, işverenin düşük prim ödemek için Sosyal Güvenlik Kurumu'na düşük bildirimde bulunmasının bile tüm alacaklar ücrete göre hesap edildiğinden, işçilik alacakları davalarının belirsiz olarak kabul edilmesi için tek başına yeterli olduğu, davacının kısmi dava engelinin kaldırılması ile tercihen belirsiz dava açmasında faiz ve zamanaşımı yönü ile faydasının olduğunun aşikar olduğu, HMK'nın 114/1-h bendi uyarınca hukuki yararın olmadığından söz edilmesinin mümkün olmadığı, alacağı olduğunu düşünen davacının hukuki yararı olduğu, usule yönelik kabullerin hukuki yararı kaldıramayacağı, Hukuk Genel Kurulunda her davanın kendine

has özellikleri dikkate alınarak belirsiz dava açılabileceği yönündeki kararlarının da göz önünde bulundurulması gerektiği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararını taraf vekilleri temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, somut olayda kıdem tazminatı alacağının belirsiz alacak olup olmadığı, burada 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 niteliği ile tam eda davasından bahsetmekte yarar bulunmaktadır.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 107'nci maddesiyle mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer almayan yeni bir dava türü olarak belirsiz alacak ve tespit davası kabul edilmiştir.

6100 sayılı Kanun'un 107'nci maddesinde yer alan,

"1-Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

2-Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

3-Ayrıca, kısmi eda davasının açılabildiği hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir." şeklindeki hüküm ile belirsiz alacak davası düzenlenmiştir.

Hükümet tasarısında yer almayan bu madde, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından esasen baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacakla ilgili hak arama durumunda olan kişinin, hukuk sisteminde karşılaştığı güçlüklerin bertaraf edilerek hak arama özgürlüğü çerçevesinde mümkün olduğunca en geniş şekilde korunmasının sağlanması gerekçesi ile ihdas edilmiş ve kanunlaşmıştır.

Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibariyle uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe

hâli, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen, miktar veya değerin belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi durumuna ya da objektif olarak imkânsızlığa dayanmalıdır.

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 varolduğu hallerde yalnızca tespit yahut kısmi eda ile birlikte tespit davasının açılabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Alacaklı, yalnızca eda davası veya yalnızca tespit davası yahut kısmi eda ile birlikte külli tespit davası açabilme seçeneklerine sahip olduğu, hak-arama özgürlüğünün (...m.36, İHAS.m.6) özünde varolan bu seçenekler, yasa veya içtihat yoluyla yasaklanamayacağı, esasen tam veya kısmi olmasına bakılmaksızın her eda davasının temelinde bir külli tespit unsuru bulunduğu, başka deyimle eda 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 kıstaslar kabul edilmiştir.

Bu kıstaslar, 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 belirlenebilmesinin 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 katlanma 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 göz ardı 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 beklenememesi kıstası ile açıkça karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktar ve değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olması kıstasının birlikte değerlendirip sonuca gidilmesi gerekir.

Kural olarak kişinin alacağını belirleyebilmesi için aynı zamanda belgeye bağlama yetkisinin olması veya bu konuda belge düzenlenip kendisine verilmesi gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 8'inci maddesinin 3'üncü fıkrası ile işverene yazılı sözleşme yapılmayan hâllerde en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belgeyi işçiye verme yükümlülüğü getirilmiştir.

Kanunun 32/2'nci maddesi ile ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkakın kural olarak Türk parası ile iş yerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödeneceği, çalıştırdığı işçilerin söz konusu alacaklarını özel olarak açılan banka hesapları vasıtasıyla ödeme zorunluluğuna tabi tutulan işverenler veya üçüncü kişilerin özel olarak açılan banka hesapları dışında bu alacakları ödeyemeyeceği belirtilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 37'nci maddesi ile işverene iş yerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya iş yerinin özel işaretini taşıyan bir pusula verme yükümlülüğü hükme bağ-

lanmıştır. Söz konusu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi zorunluluğu hüküm altına alınmıştır.

Kanunun 67'nci maddesinde, günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatlerinin iş yerlerinde işçilere duyurulacağı; 75'inci maddesinde ise işverene çalıştırdığı her işçi için işçinin kimlik bilgilerinin yanında, İş Kanunu'nun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorunda olduğu bir özlük dosyası düzenlemesi gerektiği yükümlülükleri getirilmiştir.

Söz konusu düzenlemelere bakıldığında işçi işveren arasındaki iş ilişkisinde belgeye bağlama görev ve yetkisinin işçide değil, işverende olduğu görülmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.12.2012 tarihli ve 2012/9-838 E., 2012/715 K. sayılı kararında belirtildiği üzere işçilik alacaklarının özelliği dikkate alınarak alacakların belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi aksinin kabulü de doğru değildir. Aynı şekilde bu nedenle talep konusu işçilik alacaklarının belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesi daha doğru olacaktır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.06.2015 tarihli ve 2015/22-1156 E., 2015/1598 K.; 22.06.2016 tarihli ve 2016/22-874 E., 2016/824 K.; 17.01.2018 tarihli ve 2016/22-2181 E., 2018/24 sayılı kararlarında da aynı ilkeler kabul edilmiştir.

Öte yandan işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı konusunda Yargıtay'ın iş davalarına bakan Daireleri olan 7, 9 ve 22. Hukuk Daireleri ile Hukuk Genel Kurulu içtihatları arasında ortaya çıkan farklılığın giderilmesi için Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunca yapılan değerlendirme sonucunda 15.12.2017 tarihli ve 2016/6 E., 2017/5 K. sayılı kararı ile "İşçilik alacaklarının çok çeşitli tür, nitelik ve kapsamda olması, somut olayın özelliklerine göre oldukça değişkenlik göstermesi, hatta aynı tür işçilik alacaklarında dahi somut olayın özellikleri itibariyle işçilik alacaklarının belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı konusunda soyut ve genel nitelikte, her bir olayda geçerli olacak ölçüde bir karar alınamayacağından içtihadı birleştirmeye gerek olup olmadığı ön sorun olarak tartışılmış ve sonuç olarak içtihadı birleştirmeye gerek olmadığı" yönünde karar verilmiştir.

Bilindiği üzere, belirsiz alacak davasının amaçlarından birisi, davanın başında talep sonucunu tam olarak belirleyemeyen davacının yüksek yargılama giderlerine mahkûm olma riskinin giderilmesidir. Dava açarken alacak miktarını tam olarak bilemeyen ve bu nedenle talep sonucunu tam olarak yazamayan davacı, talep sonucunu yüksek tutarsa alacağının kabul edilmeyen bölümü için, davada haksız çıkmış olacak ve bu miktar için yüksek bir yargılama giderine mahkûm olabilecektir. Belirsiz alacak davası, davacının alacağını tahkikat aşamasında belirlenmesinden sonra, belirlemesi ve talep etmesine imkan tanıyarak bu riski ortadan kaldırmaktadır (Pekcanıtez, H./Özekes, M./Akkan, M./Taş Korkmaz, H.: Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1020).

Belirsiz alacak davası, mahkemeden istenen hukuki korunmaya göre kural olarak bir tür eda davasıdır. Çünkü bu davalarda da davacı bir şeyin verilmesini, yani davalının bir edaya mahkûm edilmesini istemektedir. Eda davasından farkı ise dava dilekçesinde talep sonucunun asgari bir miktar dışında kesin olarak belirlenmemesidir. Bu dava ile davacı dava açarken miktarını belirleyemediği bir alacağın ödenmesini talep eder (Pekcanıtez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, s. 1025, 1026). Bu noktada ifade etmek gerekir ki, belirsiz alacak davası, tam eda davasından farklı olarak alacağın tutarı dava açıldığı anda tam olarak belirlenemediği için özel olarak düzenlenmiştir (Simil, C.: Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s. 95)

6100 sayılı HMK'nın "Dava dilekçesinin içeriği" başlıklı 119/1-ğ bendinden hareketle, davacı, dava dilekçesinin talep sonucu bölümünde karar verilmesini istediği hususu açık bir şekilde yazıp belirtmelidir.

Talep sonucunun açık bir şekilde belirtilmesi uyuşmazlığın çözümünde hâkimin de karar vermesini kolaylaştıracaktır. Bu husus, mahkemece dava türünün saptanması, davanın kabulü hâlinde talep sonucunun aynen hüküm fıkrası olarak yazılabilmesi ve talep edilenden fazlasına karar verilmemesi (HMK m. 26/1) bakımından önemlidir. Bu nedenle, davacı hüküm altına alınmasını istediği hususları açık ve eksiksiz şekilde talep sonucu (netice-i talep) bölümünde göstermelidir.

Diğer taraftan, belirli bir alacak için açılan dava, salt davacının dava dilekçesinde onu belirsiz alacak olarak nitelendirmesi ile belirsiz alacak davası hâline gelemez. Önemli olan belirsiz alacak davasının kanunda öngörülen koşullarının gerçeklemiş olmasıdır. Ayrıca, gerçekten belirsiz alacak davası şeklinde açılması mümkün olan bir davanın, tam eda davası şeklinde açılmasına da bir engel yoktur. Davacının davayı bu gibi hallerde tam eda davası şeklinde açması hâlinde, mahkeme de bu davayı belirsiz

alacak davası olarak nitelendiremez (Aslan, K. /Akyol Aslan L./Kiraz, T. Ö.: "Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı:2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, s. 996).

Somut uyuşmazlıkta, davacı vekili, müvekkilinin 15.10.1996-11.11.2013 tarihleri arasında davalı Banka nezdinde çalıştığını, Kayseri Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü tarafından yapılan incelemede, günlük brüt ücretinin 5.100,00TL olarak tespit edildiğini, 55.550,00TL kıdem tazminatı alacağının belirsiz alacak olarak kabulü ile fazla çalışma alacağının da ödenmediğini ileri sürerek tahsilini talep etmiş, davalı vekili ise davacının 15.10.1996-11.11.2013 tarihleri arasında ve en son aylık brüt 5.100,00TL ücret ile çalıştığını, alacağının bulunmadığını belirterek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Davacı vekili tarafından dava dilekçesi ekinde dosyaya sunulan, Kayseri Bölge Çalışma Müdürlüğünün 26.11.2013 tarihli yazı ekinde yer alan tutanakta, davalı işveren tarafından sunulan kayıt ve belgelere göre davacının 15.10.1996-11.11.2013 tarihleri arasında ve ücret bordroları uyarınca brüt 5.100,00TL ücret ile çalıştığı belirtilmiş, yine davacı vekili tarafından sunulan bordroda davacının brüt ücretinin 5.100,00TL olduğu görülmüştür.

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının davalı işveren nezdinde 15.10.1996-11.11.2013 tarihleri arasında ve brüt 5.100,00TL ücret ile çalıştığı kabul edilmiş ancak davacının ücreti kıdem tazminatı tavanını aştığından, kıdem tazminatı tavanı olan 3.254,44TL üzerinden yapılan hesaplama ile 55.557,30TL kıdem tazminatı hesaplanmış ve davacı vekilince kıdem tazminatı yönünden talep arttırılmadığından, davacının talebi gibi 55.550,00TL kıdem tazminatı hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda açıklanan bu maddi ve hukuki olgular ışığında somut olay değerlendirildiğinde, davacının, davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibariyle uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenememesi koşulunun gerçekleşmediği açıktır.

Dava dilekçesinin talep sonucuna göre, kıdem tazminatı tavanı göz önüne alınmakla, alacağın tamamına yakını belirlenerek talepte bulunulmuştur. Bir başka deyişle, banka çalışanı olan davacı elinde bulunan belgeler uyarınca kıdem tazminatı alacağını belirlemek suretiyle dava aç-

mıştır. Bu anlamda olmak üzere, dava dilekçesinin içeriği, dilekçe ekinde sunulan belgeler, dosya kapsamı ve hüküm altına alınan alacak miktarı birlikte değerlendirildiğinde, davacının davasını tam eda davası olarak açtığı sonucuna ulaşılmıştır. Dava dilekçesinde alacağın belirsiz alacak olarak nitelendirilmesi sonuca etkili değildir.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, dava dilekçesine göre davanın açıkça belirsiz alacak davası olarak açıldığı, bu hususta Özel Daire ile Mahkeme arasında uyuşmazlık bulunmadığı, davacının ücretini 5.100,00TL brüt ve çalışma süresini 15.10.1996-11.11.2013 olarak belirterek 55.550,00TL kıdem tazminatı alacağı talep ettiği, belirsiz alacak davasının koşullarının bulunmadığı, açıklanan nedenlerle direnme kararının bozulması gerektiği ileri sürülmüş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir.

O hâlde kıdem tazminatına ilişkin direnme kararı yerinde olup açıklanan bu değişik gerekçeye göre onanmalıdır.

Ne var ki, hüküm altına alınan kıdem tazminatı ile uyulan bozma kararı doğrultusunda hesaplanan fazla çalışma alacağının miktarlarına ilişkin temyiz incelemesi yapılmadığından dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan değişik gerekçeye göre direnme uygun bulunduğundan; davalı vekilinin hüküm altına alınan kıdem tazminatı ile taraf vekillerinin fazla çalışma alacağının miktarlarına ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın **22. HUKUK DAİRESİNE GÖNDERİLMESİNE,** karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 28.05.2019 tarihinde oy çokluğu ile kesin olarak karar verildi.

KİŞİLİK HAKLARI
•
SİYASİLERİN SERT ELEŞTİRİYE KATLANMASI

ÖZET: Davalı tarafından yapılan açıklamalar sırasında davacının isim ve sıfatının belirtilmediği, mâkul (ortalama) okuyucu kitlesinin, kullanılan ifadelerin muhatabının davacı olduğunu ve konuşma içeriğinden davacının kastedildiğini anlayamayacağı açıktır. Bu durumda davalının 28.11.2011 tarihli beyanındaki ifadelerin davacıya matuf olmadığının kabulü gerekir.

Ayrıca siyasi kimliğe sahip kişilerin kendilerine yönelik sert ve ağır eleştirilere olağandan daha fazla katlanmaları gerektiği, olay ve dava tarihinde Kayseri Büyükşehir Belediye Başkanı olan davacının siyaset içerisindeki konumu dikkate alındığında, kullanılan ifadelerin katlanması gereken eleştiri sınırlarını aşmadığı, açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı ve davacının kişilik haklarına saldırı teşkil etmediği de kabul edilmelidir.

Y. HGK E:2017/1488 K:2019/527 K. T:07/05/2019

"...Dava; kişilik haklarına saldırı nedenine dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalının 28/11/2011 tarihinde gazetecilere verdiği demeçte kullandığı ifadelerle kişilik haklarına saldırdığını belirterek manevi tazminat istemiştir.

Tarafların her ikisi de siyasi hüviyete sahip olup; davacı Kayseri Büyükşehir Belediye Başkanı, davalı ise .... Partisi Genel Başkanıdır.

Mahkemece davalının konuşmasında söylediği sözlerin ima yoluyla davacıyı hedef aldığı kabul edilerek, talebin kısmen kabulü ile manevi tazminata hükmedilmiştir. Oysa dava konusu konuşmada davacının ismi hiç zikredilmemiş, Kayseri Büyükşehir Belediyesindeki yolsuzluk

iddiaları ile ilgili soruşturmaların eksik yapıldığı dile getirilerek soruşturma makamındakiler eleştirilmiştir.

Gerek 4. Hukuk Dairesi'nin, gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yerleşmiş içtihatları ve gerekse doktrinde benimsendiği gibi davacının isminin geçmediği konuşma (yansıma) yoluyla kişilik haklarının ihlal edildiği kabul edilemez. Genel ifadelerle bir yerde yolsuzluk olduğunun belirtilerek, eleştiri yapıldığı anlaşılan bir konuşmadan davacının kastedildiği anlamının çıkarılması mümkün değildir.

Bununla beraber Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da belirtildiği üzere siyasi hüviyete sahip şahısların kendilerine yönelik sert, ağır ve hatta incitici eleştirilere de katlanmaları gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan ifade Özgürlüğünün sadece "zararsız ve ilgilenmeye değmez olarak görülen bilgi ve fikirler değil aynı zamanda rahatsız eden, şaşırtan ve gücendiren ifadelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği" belirtilmiş ve bu ifadeler var olmadan "demokratik bir toplum"dan söz edilemeyeceği vurgulanmıştır.

Açıklanan nedenlerle davanın reddi gerekirken kısmen kabulü doğru görülmemiş; kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir..."

gerekçesiyle karar oy çokluğu ile bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacı vekili; müvekkilinin Kayseri Büyükşehir Belediye Başkanı, davalının ise ... Genel Başkanı olduğunu, davalının Brüksel'de katıldığı bir toplantı sonrasında Türkiye'ye döndüğü uçakta kendisine eşlik eden gazetecilere beyanlarda bulunduğunu, ancak bu sırada sarfettiği sözlerin davacının kişilik haklarına saldırı teşkil ettiğini, söz konusu beyanların bir kısmının medya tarafından da gündeme taşındığını, bu hususun davacının itibarının zedelenmesine ve kamuoyu nezdinde küçük düşürülmesine neden olduğunu, ayrıca müvekkilinin güvenirliğinin sorgulanması sonucunu doğurduğunu ileri sürerek 30.000,00TL manevi tazminatın haksız

fiil tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili; davacının iddialarının yasal düzenlemeler ve yerleşmiş yargısal içtihatlar karşısında kabul edilemez nitelikte olduğunu, müvekkilinin bahsi geçen açıklamalarının ve konuşmalarının içeriği bir bütün olarak değerlendirildiğinde, davalının, davacının kişilik haklarını ihlal etmek amacıyla hareket etmediğinin anlaşılacağını, ana muhalefet partisi genel başkanı olan davalının kimseyi açıkça suçlamadığını; müvekkilinin konuşmasında, mevcut hususların incelendiğini, ciddi bulguların somut örneklerle açıklandığını, bu nedenle de konunun kamuoyunun gündemine taşındığını ve başbakan ile hükümetin bu olayları ele alması gerektiğini, olayların ele alınması durumunda partisinin gerçeğin açığa çıkması için gerekli her türlü desteği vermeye hazır olduğunu ifade ettiğini belirterek davanın reddinin gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 24. maddesinde hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biri ile haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğunun açıkça belirtildiği; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 49. maddesinde ise şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişinin uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar paranın ödenmesini dava edebileceğinin açıklandığı; ana muhalefet partisi genel başkanı olan davalının Brüksel'de yapılan bir toplantı sonucu dönüş yolunda uçakta kendisine eşlik eden gazetecilere verdiği 28.11.2011 tarihli beyanatta "Kayseri olayıyla ilgili savcılar hakkında suç duyurusu hazırlıyoruz. Kayseri olayını kapatmak için mahkeme tebligatları hazırlanırken bir HSYK üyesi gidip orada bekledi. Bir başka fezlekenin içinde Kayseri suçunu aklamaya kalktılar. Tebligatların tamamlanmasını bekliyoruz. Sonra gereğini yapacağız. Olay baştan beri kapatma üzerine kuruluydu. Vilayet, belediye, savcı herkes dosyayı kapatmak için uğraşıyor, bizim elimize belgeler geldiğinde her şey ortaya çıkıyor. Kaç lira rüşvet alındığını, kimin nasıl aldığını tek tek açıklıyor, söylüyor. Banka hesaplarına baksalar yetecek. Yok; bakmıyor, bankadan hesap dökümünü bile istemiyor. Böyle soruşturma mı olur. Genel sekreter ve teftiş kurulu başkanı hakkında dava açılıyor. Genel sekreter belediyede ikinci adam. Bir yerden talimat almasa yapabilir mi?..." şeklinde sözler sarfettiği, sonrasında bu sözlerin bazı ulusal basın yayın organlarında da haber konusu yapıldığı, Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 24.10.2011 tarihli

ve 2011/1493 soruşturma, 2011/15569 sayılı kararı ile Kayseri Büyükşehir Belediye Başkanı olan davacı ile diğer kamu görevlileri olan belediye çalışanları hakkında rüşvet almak suçundan kamu davası açılmasını haklı kılacak yeterlilikte ve kuvvette delil, iz, eser ve emarenin bulunmadığı ifade edilerek şüpheliler hakkında atılı suçlardan dolayı kamu adına kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verildiği, bu karardan yaklaşık bir ay sonra davalının bahsi geçen söylemlerde bulunduğu, dava konusu konuşma metni incelendiğinde, dinleyende muhatabının rüşvet aldığına ve yolsuzluk yaptığına ilişkin algının uyanacağı, söylenen sözlerin eleştiri sınırlarını aşacak şekilde suç isnadı içerdiği ve kişisel haklara saldırı niteliğinde olduğu, her ne kadar doğrudan davacının adı geçmiyor ise de, "Genel sekreter belediyede ikinci adam. Bir yerden talimat almasa yapabilir mi?" şeklindeki sözlerden davacının ima yoluyla kastedildiğinin açık olduğu; kaldı ki, itham edilen konuda davacı hakkında verilen takipsizlik kararının bulunduğu, kimsenin suçluluğu ispatlanmayan kamu görevlileri hakkında ve yargı kararı olmaksızın ithamda bulunmaması gerektiği, bu durumda zararlandırıcı olayın niteliği ve oluş biçimi, özellikleri, zararın ağırlık derecesi, olaydaki yanların kusur durumları, tarafların dosyaya yansıyan sosyal, iktisadi ve mali durumları ile olay tarihi itibariyle ülkedeki iktisadi koşullar ve paranın satın alma gücü ile hakkaniyet ilkesi değerlendirildiğinde davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesinin yerinde olacağı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne (15.000,00TL) karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine karar Özel Dairece, yukarıda başlık bölümünde gösterilen nedenlerle bozulmuştur.

Yerel mahkemece; önceki karardaki gerekçeler tekrar edilmek suretiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalının 28.11.2011 tarihli beyanında kullandığı ifadelerden davacının kastedildiği sonucuna varılıp varılamayacağı, kastedildiğinin kabulü hâlinde bu ifadelerin davacının katlanması gereken siyasi eleştiri sınırlarını aşıp aşmadığı ve davacının kişilik haklarına saldırı teşkil edip etmediği; buradan varılacak sonuca göre davalının manevi tazminatla sorumlu tutulup tutulamayacağı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü açısından öncelikle konuyla ilgili yasal düzenlemelerin irdelenmesinde yarar vardır.

Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir. Duyulan acı, çekilen ızdırap manevi zarar değil, onun görüntüsü olarak ortaya çı-

kabilir. Acı ve elemin manevi zarar olarak nitelendirilmesi sonucu, tüzel kişileri ve bilinçsizleri; öte yandan, acılarını içlerinde gizleyenleri tazminat isteme haklarından yoksun bırakmamak için Kanunlar manevi tazminat verilebilecek bazı olguları özel olarak düzenlemiştir.

Bunlar kişilik değerlerinin zedelenmesi (TMK m.24), isme saldırı (TMK m.26), nişanın bozulması (TMK m.121), evlenmenin butlanı (TMK m.158/2), boşanma (TMK m.174/2) bedensel zarar ve ölüme neden olma (818 sayılı BK m.47, 6098 sayılı TBK m56) durumlarından biri ile kişilik haklarının zedelenmesi (818 sayılı BK m.49, 6098 sayılı TBK m. 58) olarak sıralanabilir.

4721 sayılı TMK'nın 24. maddesi ile 818 sayılı BK'nın 49. maddesi diğer yasal düzenlemelere nazaran daha kapsamlıdır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 24. maddesinde;

"Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

Dava konusu basın açıklamasının yapıldığı (28.11.2011) ve davanın açıldığı (15.12.2011) tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 49. maddesinde ise;

"Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir."

hükümleri yer almaktadır.

TMK'nın 24. ve BK'nın 49. maddelerinde belirlenen kişisel haklar, bedensel ve ruhsal tamlık ve yaşam ile nesep gibi insanın, insan olmasından güç alan varlıklar ya da kişinin adı, onuru ve sır alanı gibi dolaylı varlıklar olarak iki kesimlidir.

Görüldüğü üzere BK'nın 49. maddesi gereğince kişilik hakları zarara uğrayanların manevi tazminat isteme hakları vardır.

Bu genel açıklamalardan sonra uluslararası metinlerde ifade özgürlüğünün nasıl yer aldığının da incelenmesinde yarar bulunmaktadır:

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrası; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." hükmünü içermektedir. Bu durumda, mahkemelerce önlerine gelen uyuşmazlıklarda usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar ile iç hukukun birlikte yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir.

Hâl böyle olunca, Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) konunun nasıl düzenlendiğinin ve Sözleşme'nin uygulanmasını sağlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının incelenmesi yerinde olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "İfade özgürlüğü" başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrası; "Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir." hükmünü içermekte olup hangi hâllerde ifade özgürlüğünün sınırlandırılabileceği de aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir.

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birisi olup, toplumsal ilerlemenin ve her bireyin gelişiminin başlıca koşullarından birini teşkil etmektedir. AİHS'nin 10. maddesinin ikinci fıkrası saklı kalmak koşuluyla, ifade özgürlüğü yalnızca iyi karşılanan ya da zararsız veya önemsiz olduğu düşünülen değil, aynı zamanda kırıcı, hoş karşılanmayan ya da kaygı uyandıran "bilgiler" ya da "düşünceler" için de geçerlidir. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri olup, bunlar olmaksızın "demokratik toplum" olmaz (Handyside, parag. 49, başvuru no: 5493/72, 07.12.1976). AİHS'nin 10. maddesinde benimsenen ifade özgürlüğü bu şekilde olmakla birlikte, yine de dar bir yorum gerektiren istisnalar içermektedir ve bu hakkı kısıtlama ihtiyacının ikna edici bir biçimde ortaya konması gerekmektedir (Pakdemirli/Türkiye kararı, başvuru no: 35839/97, 22.02.2005).

İfade özgürlüğü geniş bir şekilde yorumlanmakta ise de, sınırsız olmadığı da Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Burada çözülmesi gereken temel sorun ifade özgürlüğü ile kişilik haklarına yönelik saldırı arasındaki sınırın hangi ölçütlere göre saptanacağıdır.

AİHM önüne gelen uyuşmazlıklarda yapılan müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğini aşağıdaki kriterleri uygulayarak tespit etmektedir:

1. Müdahalelerin yasayla öngörülmesi:

AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "yasayla öngörülme" ifadesinin, ilk olarak, itiraz konusunun iç hukukta bir dayanağı olması gerektiğini hatırlatır. Ancak söz konusu ifade hukuki normların ilgili kişinin erişiminde olmasını, sonuçlarının öngörülebilmesini ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmasını gerektiren kanun niteliğine de atıfta bulunmaktadır (Association Ekin/Fransa, Başvuru no: 39288/98; Ürper ve diğerleri/Türkiye kararı, Başvuru no: 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 ve 54637/07, 20 Ekim 2009).

2. Müdahalelerin meşru bir amaç izleyip izlemediği:

Sözleşme'nin 10/2. maddesine göre, "...bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

Görüldüğü üzere yasayla düzenlemek şartıyla ve "başkalarının şöhret ve haklarının korunması" amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılabileceği kabul edilmekte olup sınırlama haklı olsa bile, bu kez sınırlamanın orantılılığı gündeme gelecektir (bkz. sınırlamanın orantısızlığı konusunda Pakdemirli/Türkiye kararı). Kişilik hakkının korunması ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi iyi sağlamak gerekmektedir. Özellikle siyasetçilerin ve devlet görevlilerinin kişilik hakları ve şöhretleri söz konusu olduğunda bu dengede ifade özgürlüğünün ağır bastığı konusunda kuşku yoktur. Diğer bir deyişle, terazide bir yanda siyasetçilerin ve devlet görevlilerinin kişilik hakları, diğer yanda ifade özgürlüğü bulunduğu durumlarda, tercihin daha çok ifade özgürlüğünden yana kullanıldığı söylenebilir (Doğru, O., Nalbant, A; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 2, Ankara 2013, s. 232).

3. Müdahalelerin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı:

AİHM, ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun temel yapılarından birini oluşturduğu ve toplumun gelişimi ve bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından biri olduğunu hatırlatır (Lingens/Avusturya, başvuru no: 9815/82, 08.07.1986). İfade özgürlüğü istisnalara tabi olsa da, bu istisnalar dar bir biçimde yorumlanmalı ve sınırlama nedeni ikna edici bir biçimde ortaya konmalıdır (Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, A Serisi no: 216, Başvuru no: 13585/88, 26.11.1991).

Kabul edilebilir eleştiri sınırları hususunda ise AİHM, sıradan bir kimse ile karşılaştırıldığında bu sınırların, halka mal olmuş bir kişi olarak hareket eden siyaset adamları için daha geniş olduğunu birçok kez kabul etmiştir. Siyasetçilerin fiil ve davranışları, kaçınılmaz olarak ve bilinçli bir şekilde, gazetecilerin olduğu kadar vatandaşların, hepsinden çok da siyasi rakibinin sıkı bir denetimine tabidir. Bir siyaset adamı, özellikle de kendisi eleştiriye yol açabilecek halka açık konuşmalar yaptığı zaman daha fazla hoşgörü göstermelidir. Elbette siyaset adamının namını koruma hakkı vardır, hatta özel yaşamının dışında bile, fakat ifade özgürlüğüne getirilen istisnalar dar bir yorumu zorunlu kıldığından, bu korumanın gerektirdikleri ile siyasi sorunların özgürce tartışılmasının getirdiği yararlar denge içinde olmalıdır (Bkz., özellikle, Oberschlick/Avusturya (no:2), 01.07.1997 tarihli karar, Derleme 1997-IV, s. 1274-1275, § 29 ve adı geçen Lingens/Avusturya, Başvuru no: 9815/82, 08.07.1986, parag. 42).

Nitekim aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulunun 25.04.2018 tarihli ve 2017/4-1320 E., 2018/986 K.; 30.05.2018 tarihli ve 2017/4-1470 E., 2018/1144 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

İfade özgürlüğünün yanı sıra bazı durumlarda matufiyet şartı da manevi tazminat için varlığı gerekli bir şart olarak karşımıza çıkar.

Matufiyet kelime anlamı olarak, "yöneliklik, yönelmiş olmaklık" olarak tarif edilmektedir.

Özellikle kişilik haklarına saldırı nedeniyle tazminat istemini içeren davalarda söz konusu olan matufiyet şartı, açıkça kanunda yer almamakla birlikte, Yargıtay içtihatlarıyla hukukumuza girmiştir. Matufiyet şartı içtihatlarda adı, sanı, kimliği belli olmasa da ona yöneldiği konusunda kuşku bırakmayacak şekilde ithamlara, yönelimlere yer veren ifadeler olarak kabul edilmektedir.

Matufiyet yargısal kararlarda yayın ile şeref ve haysiyetine veya özel yaşamına dolayısıyla kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu iddia eden

yönünden varlığı aranan önemli bir koşul olarak tarif edilmiş, matufiyetin varlığını kabul için o yayında veya konuşmada, ya kişinin adından açıkça söz edilmesi ya da konumunun, sıfatının gösterilmesi veya bunlardan söz edilmese dahi yayın içeriğinden bu kişinin amaçlandığı, sözlerin ona yönelik olduğunun anlaşılması veya anlaşılabilir olması şartları aranmıştır.

Hukuka aykırı eylemde bulunan kişi mağdurun ismini açıkça belirtmemiş veya isnat ettiği fiili üstü kapalı bir biçimde geçiştirmişse, isnadın mahiyetinde ve mağdurun şahsına matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa, hem isim zikredilmiş hem de hakaret vaki olmuş sayılır (Hukuk Genel Kurulunun 16.09.2015 tarihli ve 2014/4-85 E., 2015/1774 K.; 07.07.2010 tarihli ve 2010/4-377 E, 2010/365 K. sayılı kararları).

Tüm bu açıklamalar ve yasal düzenlemeler ışığında somut olay incelendiğinde;

Dava tarihi itibariyle davacının Kayseri Büyükşehir Belediye Başkanı, davalının ise dava tarihinde ve hâlen ... Genel Başkanı olduğu, davalının, Brüksel'de yapılan bir toplantı sonrası dönüş yolunda uçakta kendisine eşlik eden gazetecilere verdiği 28.11.2011 tarihli beyanı sırasında "Kayseri olayıyla ilgili savcılar hakkında suç duyurusu hazırlıyoruz. Kayseri olayını kapatmak için mahkeme tebligatları hazırlanırken bir HSYK üyesi gidip orada bekledi. Bir başka fezlekenin içinde Kayseri suçunu aklamaya kalktılar. Tebligatların tamamlanmasını bekliyoruz. Sonra gereğini yapacağız. Olay baştan beri kapatma üzerine kuruluydu. Vilayet, belediye, savcı herkes dosyayı kapatmak için uğraşıyor, bizim elimize belgeler geldiğinde her şey ortaya çıkıyor. Kaç lira rüşvet alındığını, kimin nasıl aldığını tek tek açıklıyor, söylüyor. Banka hesaplarına baksalar yetecek. Yok; bakmıyor, bankadan hesap dökümünü bile istemiyor. Böyle soruşturma mı olur. Genel sekreter ve teftiş kurulu başkanı hakkında dava açılıyor. Genel sekreter belediyede ikinci adam. Bir yerden talimat almasa yapabilir mi?..." şeklinde ifadeler kullandığı görülmektedir.

Dava konusu ifadelerin bir bütün olarak değerlendirilmesinde; Kayseri Büyükşehir Belediyesindeki yolsuzluk iddiaları ile ilgili soruşturmaların eksik yapıldığının belirtildiği ve soruşturma makamındakilerin eleştirildiği, ifadeler sırasında davacının isminin hiç geçmediği anlaşılmaktadır. Davalı tarafından yapılan açıklamalar sırasında davacının isim ve sıfatının belirtilmediği, mâkul (ortalama) okuyucu kitlesinin, kullanılan ifadelerin muhatabının davacı olduğunu ve konuşma içeriğinden davacının kastedildiğini anlayamayacağı açıktır. Bu durumda davalının 28.11.2011 tarihli beyanındaki ifadelerin davacıya matuf olmadığının kabulü gerekir.

Ayrıca siyasi kimliğe sahip kişilerin kendilerine yönelik sert ve ağır eleştirilere olağandan daha fazla katlanmaları gerektiği, olay ve dava tarihinde Kayseri Büyükşehir Belediye Başkanı olan davacının siyaset içerisindeki konumu dikkate alındığında, kullanılan ifadelerin katlanması gereken eleştiri sınırlarını aşmadığı, açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı ve davacının kişilik haklarına saldırı teşkil etmediği de kabul edilmelidir.

Hâl böyle olunca; tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki bilgi, belge ve delillere, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3 üncü maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429 uncu maddesi gereğince **BOZULMASINA,** istek hâlinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 07.05.2019 tarihinde oy birliği ile kesin olarak karar verildi.

GİZLİ AYIP • ARACIN DEĞİŞTİRİLMESİ

ÖZET: Aracın "0" km olarak sahibine teslim edildikten sonra, ardı ardına gerçekleşen arızalar nedeniyle birçok parçasının tamamen değiştirildiği; yapılan onarımlar sonucu arızaların giderilmiş olduğu; ancak bu arızaların giderilmesi amacıyla aracın birçok parçası değiştirilip, böylece aracın orijinal hâlini kaybettiği gibi, motorun da tamamen demonte edilerek parçalarının değiştirilmesinin gizli ayıp niteliğinde bulunduğu, arızalar giderilse bile alıcının araca duyduğu güvenin sarsılması nedeniyle araçtan beklediği yararı, konforu ve performansı sağlayamadığı, davacı tarafça değişiklik talebi iletilmesine karşın, davalı yanın bu istemi yerine getirmediği, alıcının değer düşüklüğüne ilişkin zararı giderilecek olsa da tüketici, aracı bu şekilde kullanmaya zorlanamaz.

Y. HGK E: 2017/947 K: 2019/999 T:08.10.2019

Taraflar arasındaki "ayıplı malın misli ile değiştirilmesi" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda .. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin kararı ile;

"*...Davacı, 26.08.2008 tarihinde davalı şirketten 2009 model araç satın aldığını, araçta ilk günden itibaren arızaların meydana geldiğini, yapılan başvuru üzerine Tüketici Sorunları Hakem Heyeti'nin aracın teslim alınarak yenisi ile değiştirilmesine karar verdiğini iddia ederek, aracın yenisiyle değiştirilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.*

Davalı vekili, yetkili servis olan davacının, dava konusu aracı ticari işlerinde kullandığını, bu nedenle 4077 sayılı Yasa hükümlerinin olayda uygulanmayacağını, davanın zamanaşımına uğradığını, arızaların üretim hatasından değil, kullanım hatasından kaynaklandığını, davacının süresinde ayıp ihbarında bulunmadığını, davacının onarım yönünde seçimlik hakkını kullanmış olup, aracın değiştirilmesini talep ettiği halde aracı kullanmaya devam ettiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; 26.08.2008 tarihinde satın alınan aracın 31.07.2008 tarihinde davacıya teslim edildiği, davanın zamanaşımı süresi içinde açıldığı, davacının ayıp ihbarını TTK'nun 25/3 maddesi gereğince süresinde yapmadığından satılanı bu şekliyle kabul etmiş sayılacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dairemizin 2012/4885 E., 2012/11703 K. sayılı ve 12.07.2012 tarihli bozma ilamı ile, "somut olayda, dava konusu araçta ilk günden itibaren arızalar söz konusu olduğu, bu nedenle garanti süresi içerisinde birçok kez servise başvurulduğu ileri sürülmüş ve servis kayıtları dosyaya sunulmuştur. Araç ile ilgili servis kayıtları, garanti belgesi vs. evrak incelemesi ile araçtaki arızanın belirlenmesi özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiği kabul edilmelidir. Bu durumda mahkemece, konusunda uzman bir bilirkişiden iddia ve savunma çerçevesinde ayrıntılı ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınıp, tüm deliller hep birlikte değerlendirilerek uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir" gerekçesiyle mahkeme kararı bozulmuştur.

Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda; davacının servise başvurmak suretiyle ayıp ihbarını süresinde yaptığının kabulü gerektiği, bilirkişi raporuna göre motorun yağ yakması nedeniyle sökülerek sekmanların değiştirilmiş olmasının motorun satışı sırasında gizli ayıplı olduğunu gösterdiği, bu arızanın satış sözleşmesinin feshini gerektirecek nitelikte ayıp olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, dava konusu yapılan aracın aynı marka ve model ile BK'nun 203/1. maddesi gereğince yenisiyle değiştirilmesine karar verilmiş, hüküm davalı ...Ş. vekilince temyiz edilmiştir.

Dava ayıplı aracın yenisi ile değiştirilmesi istemine ilişkindir. Dairemizin 2012/4885 E., 2012/11703 K. sayılı ve 12.07.2012 tarihli bozma ilamına uyulmuş ise de, bozma gereği tam olarak yerine getirilmemiştir.

Mahkemece alınan bilirkişi raporlarında, bilirkişilerin davaya konu araç üzerinde herhangi bir teknik inceleme yapmadıkları gibi davacının dava dilekçesinde belirttiği arızaların giderilip giderilmediği, söz konusu arızaların gizli ayıp niteliğinde olup olmadığı tespit edilmemiştir.

Mahkemece yapılacak iş; konusunda uzman bilirkişi aracılığıyla dava konusu araç üzerinde teknik inceleme yaptırılıp, tarafların iddia ve savunmaları ile mahkemece alınan daha önceki bilirkişi raporlarına yapılan itirazlar hep birlikte değerlendirilerek, davaya konu araçtaki

arızanın giderilip giderilmediği, arıza giderilmiş ise davacının arızanın giderilmesi yönünde talep hakkını kullanmış olması nedeniyle aracın yenisi ile değiştirilmesi isteminde bulunamayacağı, ancak var ise araçtaki değer kaybını talep edebileceği hususları da dikkate alınarak, toplanan tüm delillere göre yapılacak değerlendirme sonucu uygun bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır…"

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki belgeler okunduktan sonra gereği görüşüldü:

Dava, ayıplı aracın yenisiyle değiştirilmesi istemine ilişkindir.

Davacı; 26.08.2008 tarihinde davalı şirketten 2009 model araç satın aldığını, ilk günden itibaren aracın direksiyonunda titremeler, kapılarda, frende ve koltuklarda ayarsızlıklar gibi problemlerle karşılaştığını, yapmış olduğu başvuru üzerine Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin aracın teslim alınarak yenisi ile değiştirilmesine karar verdiğini ileri sürerek aracın yenisiyle değiştirilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili; yetkili servis olan davacının dava konusu aracı ticari işlerinde kullandığından olayda 4077 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanmayacağını, talebin zamanaşıma uğradığını, arızaların üretim hatasından değil, kullanım hatasından kaynaklandığını, davacının süresinde ayıp ihbarında bulunmadığını, davacının onarım yönünde seçimlik hakkını kullanmış olduğunu ve aracın değiştirilmesini talep ettiği hâlde aracı kullanmaya devam ettiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece; aracın 26.08.2008 tarihinde satın alındığı, davanın zaman aşımı süresi içinde açıldığı, davacının ayıp ihbarını TTK'nın 25/3. maddesi gereğince süresinde yapmadığından satılanı bu şekliyle kabul etmiş sayılacağı, davacının satılan şeyi yenisiyle değiştirme hakkını kaybettiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacının temyizi üzerine hüküm Özel Dairece; somut olayda dava konusu araçta ilk günden itibaren arızalar söz konusu olduğu, bu nedenle garanti süresi içerisinde birçok kez servise başvurulduğunun ileri sürülerek servis kayıtlarının dosyaya sunulduğu, araç ile ilgili servis kayıtları, garanti belgesi vs. evrakın incelemesi ile araçtaki arızanın belirlenmesinin

özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiği, mahkemece, konusunda uzman bir bilirkişiden iddia ve savunma çerçevesinde ayrıntılı ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınıp, tüm deliller hep birlikte değerlendirilerek uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmasının doğru görülmediği gerekçesiyle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece; bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda davacının servise başvurmak suretiyle ayıp ihbarını süresinde yaptığının kabulü gerektiği, bilirkişi raporuna göre motorun yağ yakması nedeniyle sökülerek segmanların değiştirilmiş olmasının motorun satışı sırasında gizli ayıplı olduğunu gösterdiği, bu arızanın satış sözleşmesinin feshini gerektirecek nitelikte ayıp olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, dava konusu yapılan aracın aynı marka ve model ile BK'nın 203/1. maddesi gereğince yenisiyle değiştirilmesine karar verilmiştir.

Davalı vekilinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur.

Yerel Mahkemece; Özel Dairece verilen ilk kararda araç üzerinde herhangi bir teknik inceleme yapılmadığı şeklinde bir gerekçe yer almadığı, araç üzerinde inceleme yapmak gerektiği yönündeki belirlemenin bilirkişilerce yapılmasının gerektiği, bilirkişilerin böyle bir zorunluluktan ve ihtiyaçtan bahsetmedikleri, ilk bozma ilamında belirtilen şekilde rapor alınmasına rağmen bozma kapsamında olmayan bir konuda yeniden bozma kararı verilmesinin usul kurallarına ve hakkaniyete uygun olmadığı, davanın 28.04.2011'de açıldığı gözetildiğinde uyuşmazlıkta mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun uygulanması gerektiği, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan ücretsiz onarım hakkının 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almadığı, buna rağmen Özel Dairece geçmişe etkili kuralı bertaraf edilerek "davacının arızanın giderilmesi yönündeki talep hakkını kullanmış olması nedeniyle değiştirilmesi isteminde bulunamayacağı" gerekçesine dayanılmasının da doğru olmadığı gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; yerel mahkemece uyulan bozma kararının gereğinin yerine getirilip getirilmediği, burada varılacak sonuca göre konusunda uzman bilirkişi aracılığıyla dava konusu araç üzerinde teknik inceleme yaptırılıp, dava konu araçtaki arızanın giderilip giderilmediği, söz konusu arızaların gizli ayıp niteliğinde olup olmadığının tespit edilip edilmediği, arızanın giderildiğinin kabulü hâlinde davacının arızanın giderilmesi yönünde talep hakkını kullanmış

olması nedeniyle aracın yenisiyle değiştirilmesi istemi yerine ancak var ise araçtaki değer kaybını mı talep edebileceği hususları da dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmasının ve sonucuna göre bir karar verilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle yasal mevzuatın ve konu ile ilgili kavramların irdelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 194. maddesi;

"Bayi müşteriye karşı mebiin zikir ve vadettiği vasıflarını mütekeffil olduğu gibi maddi veya hukuki bir sebeple kıymetini veya maksut olan menfaatini izale veya ehemmiyetli bir suretle tenkis eden ayıplardan salim bulunmasını da mütekeffildir.

Bayi, bu ayıpların mevcudiyetini bilmese bile onlardan mesuldür." hükmünü içermektedir.

Aynı Kanun'un 202. maddesinde;

"Bayiin tekeffülü altındaki mebiin ayıbı anlaşıldığı zaman müşteri muhayyerdir. Dilerse mebii redde hazır olduğunu beyanla bey'in fesh edilmesini, dilerse mebii alıkoyup kıymetinin noksanı mukabilinde semenin tenzil olunmasını dava eder.

Hakim, müşterinin mebii ret davası üzerine hal icabı bey'in feshini muhik göstermiyorsa semenin tenzili ile iktifa edebilir.

Kıymetinin noksanı mebiin semenine müsavi ise müşteri ancak bey'in feshini talep edebilir." düzenlemesine yer verilmiş iken;

203. maddesinde ise;

"Mebi, miktarı muayyen misli şeylerden ise müşteri dilerse fesih veya semenin tenzilinden hiç birini talep etmeyip mebiin ayıptan ari mislile değiştirilmesini dava edebilir.

Mebi, başka bir yerden gönderilmiyorsa bayiin de müşteriye derhal ayıptan ari mislini teslim ve müşterinin düçar olduğu zararı tamamen tazmin ederek aleyhine ikame edilecek davadan kurtulmağa salahiyeti vardır." amir hükmü yer almaktadır.

Taraflar arasındaki ihtilafın BK 194 ve devamı maddelerine göre çözümlenmesi gerekir. Buna göre; satıcı, satılandan yararlanmayı ortadan kaldıran ayıptan, ayıbın meydana gelmesinde kusuru olmasa bile alıcıya karşı sorumludur. Davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan 6762 sayılı

Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 25/3. maddesine göre ticari işlerde satılan malın ayıbı açıkça belli ise 2 gün, açıkça belli değil ise 8 gün içinde muayene etme ve tespit edilen ayıbın ihbarı zorunludur. Ayıbın gizli olması hâlinde, anılan 25. maddenin BK'nın 207. maddesine atfı nedeniyle nihayet altı ay içinde bu konudaki davanın açılması gerekmektedir. Dosyadaki belirlemelerden davacının ayıbı usulüne uygun şekilde bildirdiği ve davanın süresinde açıldığı hususunda bir uyuşmazlık yoktur.

Kanundaki düzenlemeler göstermektedir ki; satılanın ayıplı olduğunun anlaşılması üzerine alıcının BK'nın 202. maddesine göre alıcı satılanı iadeye hazır olduğunu beyanla satımın feshini veya satılanı muhafaza ile satış bedelinin indirilmesini isteyebileceği gibi, BK'nın 203. maddesine göre satılan muayyen misli şeylerden ise, satılanın ayıptan ari misli ile değiştirilmesini isteyebilir. Dava konusu olan araç miktarı belli ve misli ile temini mümkündür. Davacı tercih hakkını ayıptan ari yenisiyle değiştirilmesi yönünde kullanmıştır.

Davaya konu aracın D. marka Logan MCV tipinde, 2009 model, 4 silindirli, dizel yakıtlı olduğu ve 26.08.2008 tarihinde tescil edildiği anlaşılmıştır. Davacı alınan beyanında aracı aldığı tarihten itibaren aracın direksiyonda titreme, kapılarında ayarsızlık, freninde sorun olduğu için ben doğrudan servise gittiğini, çeşitli işlemler yapılmasına rağmen servis tarafından tutanak düzenlenmediğini, araç 30.000 km'ye geldiğinde titremenin lastiklerden kaynaklandığını söylediklerinden kendi parası ile lastikleri değiştirdiğini, 40.000 km'ye geldiğinde de yağ lambasının yanıp söndüğünü belirtmiştir. Dosya kapsamında bulunan iş emirlerinden ve alınan bilirkişi raporlarından 17.09.2009 tarihinde 27.391 km'de garanti kapsamında sağ dikiz aynasının, 22.04.2010 tarihinde 43.826 km'de yağ eksiltiyor şikâyeti ile servise giren aracın piston segmanının, garanti kapsamında kol yatak takımının, 16.07.2010 tarihinde 51.515 km'de garanti kapsamında sağ ve sol rot başlarının, 28.07.2010 tarihinde 53.693 km'de garantiden aks keçesinin, tranself trj gibi parçalarının, 16.08.2010 tarihinde 55.854 km'de akünün, 22.09.2010 tarihinde 59.201 km'de bakım yapılarak soyulma olan direksiyon simidinin, 05.11.2010 tarihinde 62.372 km'de hidrolik direksiyon pompasının, 24.03.2011 tarihinde 76.209 km'de fren balatalarının, hava filtresinin, yağ filtresinin değiştirilmiş olduğu tespit edilmiş; sağ dikiz aynasının değişimi, lastiklerden dolayı aracın ses yapması gibi arızalar aracın değiştirilmesini gerektirecek arızalar olmadığından, arızaların garanti kapsamında onarımlarının bedelsiz yapılmış olması ve tekrarlamamış olması nedeniyle aracın değiştirilmesini gerektirecek şartların oluşmadığı, ancak motorun yağ yakması nedeni ile sökülerek segmanlarının değiştirilmiş olmasının motorun satı-

şı sırasında gizli ayıplı olduğunu gösterdiği, zira bu arızanın sözleşmenin feshini gerektirebilecek nitelikte gizli ayıp olduğu, iş emirlerinden periyodik bakımlarını yaptırdığı anlaşılan dava konusu aracın 43.826 km'de demonte edilerek piston segman değiştirilmesinin normal bir süreç olmadığı, motorun normal veya muadillerininki gibi olmamasının, motor kusurlarının bulunmasının tahsis veya kullanım amacı bakımından tüketicinin beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran ve aracın ikinci el satış aşamasında değerini düşürücü nitelikte olduğu bahse konu hatadan dolayı tüketicinin herhangi bir kusur ve ihmalinin bulunmadığı yönünde görüş beyan edilmiştir.

Görüldüğü üzere aracın "0" km olarak sahibine teslim edildikten sonra, ardı ardına gerçekleşen arızalar nedeniyle birçok parçasının tamamen değiştirildiği; yapılan onarımlar sonucu arızaların giderilmiş olduğu; ancak bu arızaların giderilmesi amacıyla aracın birçok parçası değiştirilip, böylece aracın orijinal hâlini kaybettiği gibi, motorun da tamamen demonte edilerek parçalarının değiştirilmesinin gizli ayıp niteliğinde bulunduğu, arızalar giderilse bile alıcının araca duyduğu güvenin sarsılması nedeniyle araçtan beklediği yararı, konforu ve perfonmansı sağlayamadığı, davacı tarafça değişiklik talebi iletilmesine karşın, davalı yanın bu istemi yerine getirmediği, alıcının değer düşüklüğüne ilişkin zararı giderilerek de olsa aracı bu şekilde kullanmaya zorlanamayacağı, araçtaki bu nitelikte arızaların giderilmesinin aracın gizli ayıplı olduğunu ve değiştirilmesi şartlarının gerçekleşmediğini göstermeyeceği belirgindir. Bu nedenle yeniden bilirkişi raporu alınması somut dosya bakımından yargılamaya bir katkı sağlamayacaktır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında alınan bilirkişi raporunun yeterli olmadığı, araç üzerinde teknik inceleme yapılarak ayıpların onarıma rağmen devam edip etmediği, arızaların onarımından dolayı araçta bir değer kaybının olup olmadığı, davacının ücretsiz onarım talebinin içeriği, onarımdan dolayı araçta bir değer kaybının bulunup bulunmadığı, araçta meydana gelen arızaların sıklığı ve niteliğinin tespiti ile sonucuna göre, hak ve menfaatler dengesini aşırı ölçüde bozması halinde ayıp oranında bedel indirimi veya ücretsiz onarım isteme ya da misli ile değiştirme hakkının olup olmadığı da değerlendirilerek sonuca varılması gerektiği gerekçesiyle Özel Daire bozma kararı genişletilmek suretiyle kararın bozulması gerektiği yönünde görüş ileri sürülmüş ise de; bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

Açıklanan tüm bu olgu ve yasal düzenlemeler, tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları, dosyadaki tutanak ve kanıtlar karşısında; eldeki dava

yönünden, aracın yenisi ile değiştirilmesini isteme koşulları gerçekleşmiştir. Mahkemece verilen direnme kararının gerekçesi, somut olaya uygun düşmemekle beraber sonuç olarak verilen kabul kararı yukarıda açıklanan gerekçelerle yerindedir.

Hâl böyle olunca mahkemenin direnme kararı yukarıda belirtilen bu değişik gerekçelerle onanmalıdır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile direnme kararının yukarıda açıklanan değişik gerekçe ve nedenlerle **ONANMASINA,** aşağıda dökümü yazılı (1.604,38TL) harcın temyiz edenden alınmasına, 6100 sayılı HMK'nın geçici 3. maddesine göre uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere 08.10.2019 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

YARGITAY 1. HUKUK DAİRESİ

HATA • KULLANMA ŞARTLARI • KUSUR
•
KARŞI TARAFIN ZARARI

ÖZET: Hataya düşen taraf iptal hakkını kullanarak hukuki ilişkiyi geçmişe yönelik olarak ortadan kaldırabilir.

Sözleşme yapılırken hataya düşen tarafın kusurlu olması önemli değildir.

Ancak bu durumda hatayı bilmeyen ve bilecek durumda olmayan karşı tarafın müspet zararının ödenmesi gerekir.

Hatada iptal hakkının kullanılması çekle bağlı değildir. Hatanın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşümü süresi içinde karşı tarafa yöneltilerek irade açıklaması, defi veya dava yoluyla iptal hakkı kullanılabilir.

Y. 1. HD E:2015/7766 K: 2019/1716 T.05.03.2018

Dava, yanılma (hata) hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil istemine ilişkindir.

Davacı, çekişme konusu 5 ada 9 parsel sayılı taşınmazda mirasbırakanlarından kendisine intikal eden payların bir kısmının 22.11.2006 ve 23.11.2006 tarihlerinde, bir kısmının da 12.03.2008 tarihinde davalıya satış yapıldığını,davacının taşınmazdaki paylarının bir kısmını devredecekken davalının hilesi ile tamamını devrettiğini, satışlara dair yapılan bu ... senetlerde, hangi hissenin ne kadarının kim tarafından devredildiğinin açıkça belli olmadığını, bu durumda ... senetlerin gerekli geçerlilik şartlarını taşımadığından davalı adına yapılan tescilin yolsuz olduğunu, davalı adına yapılan tescil işleminin iptali ile taşınmazdaki payının adına tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalı, çekişme konusu taşınmazdaki davacının anne ve babasından gelen miras paylarını bedellerini ödemek suretiyle satın aldığını, yapılan satış işlemlerinin usulüne uygun olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davacının paylarının davalıya temlikine dair yapılan ...senedin esaslı hatalar içermediğinden geçerli olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Dosya içeriği ve toplanan delillerden; dava konusu 5 ada 9 parsel sayılı taşınmazın ½ payının tarafların mirasbırakanı babaları ... Tunca'ya, ½ payının da yine tarafların mirasbırakanı anneleri ... Tunca'ya ait iken, ... T.'nin 10.2.1994 tarihinde ölümü ile maliki olduğu ½ payın iştiraken mirasçılarına kaldığı, ... T.'nin mirasçılarının dava dışı çocukları ...,..., ...,eşi ... ve davacı kızı ... ile davalı oğlu ... ...'in kaldığı, ... T.'nin da 23.03.2006 tarihinde öldüğü, geriye mirasçıları olarak dava dışı oğlu ... ... ile, davacı kızı ... ve davalı oğlu ... ...'in kaldıkları, ...'in, 22.11.2006 tarihinde taşınmazın mirasbırakan ... T.'den gelen ½ payda bulunan miras payları karşılığı 3/40 payının tamamını 1.000,00 TL bedelle, 23.11.2006 tarihinde mirasbırakanları ... T.'den gelen ½ payda bulunan miras paylarını 6.000,00 TL bedelle, 12.03.2008 tarihinde de çekişme konusu taşınmazdaki miras paylarının tamamını davalı ...'ya temlik ettiği anlaşılmaktadır.

Hemen belirtilmelidir ki, yargılamanın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi için iddia ve savunma ile ilgili delillerin eksiksiz toplanması zorunludur.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. (1086 sayılı HUMK'nun 73.) maddesi, uluslararasısözleşmeler ve Anayasa'nın 36. maddesiyle en temel yargısal hak olarak kabul edilen hukuki dinlenilme hakkı gözetilerek, mahkeme, tarafları dinlemeden, onların iddia ve savunmalarını bildirmeleri için usûlüne uygun olarak davet etmeden, açıklama ve ispat haklarını kullanmalarını sağlamadan hükmünü veremez. Bunun aksinin kabulü adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurur.

Bilindiği üzere, sözleşmenin konusu, niteliği ve ödenecek miktar gibi hususlarda dikkatsizliği veya bilgisizliği sonucu gerçek iradesine uymayan beyanda bulunmak suretiyle esaslı hataya düşen tarafın sözleşme ile bağlı sayılamayacağı kuşkusuzdur. Hemen belirtmek gerekir ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda (TBK) tıpkı 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) gibi esaslı hatanın (yanılmanın) tanımı yapılmamış, 31 ve 32. maddede sınırlayıcı olmamak üzere örnekler gösterilmiştir. Kısaca iç irade ile açıklanan irade arasındaki bilmeyerek yapılan uyumsuzluk olarak tanımlanan hatanın (yanılmanın) esaslı kabul edilebilmesi için, uygulamada ve bilimsel alanda ortaklaşa benimsendiği gibi, girişilen taahhüdün başlıca sebebini teşkil etmesi, daha açık söyleyişle hem yanılgıya düşen taraf, yönünden (sübjektif unsur), hem de iş hayatındaki dürüstlük kuralları (ob-

jektif unsur) açısından, hataya düşülmese idi böyle bir sözleşmenin hiç veya açıklanan biçimde yapılmayacağının ispatlanması zorunludur.

Bu koşulların varlığı halinde hataya düşen taraf, isterse iptal hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makable şamil) olarak ortadan kaldırılabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir. Yeter ki hatanın ileri sürülmesi TBK'nin 35. (BK'nin 25.) ve TMK'nin 2. maddesinde hükme bağlanan dürüstlük kuralına aykırı olmasın.

Hemen belirtmek gerekir ki, sözleşme yapılırken hataya düşen tarafın kusurlu bulunması sözleşmenin iptaline engel değildir. Ne var ki, TBK'nin 35. (BK'nin 26.) maddesinde öngörüldüğü gibi hatayı bilmeyen veya bilecek durumda bulunmayan ve kusursuz olan karşı tarafın menfi, gerektiğinde müspet zararının ödenmesi gerekir.

Öte yandan, hata her türlü delille ispat edilebileceği gibi iptal hakkının kullanılması hiçbir şekle bağlı değildir. Hatanın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde, sözleşmenin karşı tarafına yöneltilecek tek taraflı bir irade açıklaması ile bildirilebileceği gibi def'i veya dava yoluyla da kullanılabilir.

Somut olaya gelince; taraflar tanık listesi verdikleri halde gerek davacının tanıklarının ve gerekse davalının tanıklarının hiçbiri dinlenilmeden noksan soruşturma ile sonuca gidildiği görülmektedir.

Hal böyle olunca, davacı ve davalı tanıklarının dinlenmesi, toplanan ve toplanacak tüm delillerin yukarıda değinilen ilkeler çerçevesinde birlikte değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru değildir.

Davacının temyiz itirazı değinilen nedenden ötürü yerindedir. Kabulüyle, hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK.'nın 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre diğer hususların incelenmesine şimdilik yer olmadığına, alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 05.03.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

HATANIN ŞARTLARI

ÖZET: Hatada yanılma, hilede yanıltma söz konusudur.

Hata, iddiasında bulunan taraf,dürüstlük kurallarına göre hataya düşülmeseydi böyle bir sözleşmeyi yapmayacağını ispatlamakla yükümlüdür.

Bu şartların varlığı halinde hataya düşen taraf iptal hakkını kullanarak hukuki ilişkiyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırabilir.

Bu hak, hatanın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşümü süresi içinde irade açıklaması dava veya def'i yoluyla kullanılabilir.

Y.1. HD. E: 2016/13609 K: 2019/5774 T:11.11.2019

Dava, hile hukuksal nedenine dayalı tapu iptali ve tescili isteğine ilişkindir.

Davacı, davalıların annesi olan ... ile oğlunun boşanmasına çok üzüldüğünü, ...'in "anne sen üzülme ben ve torunların yanında kalacağız, seni bırakmayacağız, sana biz bakacağız." diyerek kendisini kandırdığını, oğluna da çok kızgın olduğu için ... parsel sayılı taşınmazdaki ... numaralı meskeni torunları olan davalılar ... ve ...'ye temlik ettiğini, sonrasında ...'in çocuklarını alıp gittiğini ve kendisine torunlarını göstermediğini ileri sürerek tapu kaydının iptali ile adına tesciline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar velisi, taşınmazın bedeli ödenerek satın alındığını, davacının kendi muvazaasına dayanamayacağını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, muvazaanın ispat edilemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki maddi vakıayı bildirmek taraflara hukuki nitelendirme yaparak olayı çözümleme hakime aittir.

Somut olayda iddianın içeriğinden ve ileriye sürülüş biçiminden davada hile hukuksal nedenine dayanıldığı açıktır.

Bilindiği üzere; hile (aldatma), genel olarak bir kimseyi irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanı uyandırmak veya esasen var olan hatalı bir kanıyı koruma yahut devamını sağlamak şeklinde tanımlanır. Hata da yanılma, hilede

ise yanıltma söz konusudur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (TBK) 36/1. (818 sayılı Borçlar Kanunun (BK) 28/1.) maddesinde açıklandığı üzere taraflardan biri diğer tarafın kasıtlı aldatmasıyla sözleşme yapmaya yöneltilmişse yanılma (hata) esaslı olmasa bile aldatılan taraf için sözleşme bağlayıcı sayılamaz. Değinilen koşulların varlığı halinde aldatılan taraf hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makable şamil) olarak ortadan kaldırabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir.

Diğer taraftan, sözleşmenin konusu, niteliği ve ödenecek miktar gibi hususlarda dikkatsizliği veya bilgisizliği sonucu gerçek iradesine uymayan beyanda bulunmak suretiyle esaslı hataya düşen tarafın sözleşme ile bağlı sayılamayacağı kuşkusuzdur.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda (TBK) tıpkı 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) gibi esaslı hatanın(yanılmanın) tanımı yapılmamış, 31 ve 32. maddede sınırlayıcı olmamak üzere örnekler gösterilmiştir. Kısaca iç irade ile açıklanan irade arasındaki bilmeyerek yapılan uyumsuzluk olarak tanımlanan hatanın(yanılmanın) esaslı kabul edilebilmesi için, uygulamada ve bilimsel alanda ortaklaşa benimsendiği gibi, girişilen taahhüdün başlıca sebebini teşkil etmesi, daha açık söyleyişle hem yanılgıya düşen taraf, yönünden (sübjektif unsur), hem de iş hayatındaki dürüstlük kuralları (objektif unsur) açısından, hatayadüşülmese idi böyle bir sözleşmenin hiç veya açıklanan biçimde yapılmayacağının ispatlanması zorunludur.

Bu koşulların varlığı halinde hataya düşen taraf, isterse iptal hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili (makable şamil) olarak ortadan kaldırılabilir ve verdiği şeyi geri isteyebilir. Yeter ki hatanınileri sürülmesi TBK'nin 35. (BK'nin 25.) ve TMK'nin 2. maddesinde hükme bağlanan dürüstlük kuralına aykırı olmasın.

Öte yandan, yanılma ve aldatma her türlü delille ispat edilebileceği gibi iptal hakkının kullanılması hiçbir şekle de bağlı değildir. Öğrenildiği tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde karşı tarafa yöneltilecek bir irade açıklaması, def'i yahut dava yoluyla da kullanılabilir.

Ne varki; mahkemece hile iddiası bakımından hüküm kurmaya yeterli araştırma ve inceleme yapıldığını söyleyebilme olanağı yoktur.

Hâl böyle olunca; taraflarca bildirilen toplanan ve toplanacak delillerle birlikte yukarıdaki ilkeler çervesinde işin esasının değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, hukuki nitelendirmede yanılgıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.

Davacının yerinde bulunan temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 11/11/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TAPU KAYITLARINDA MADDİ HATALAR • DAVA ŞARTI

ÖZET: Tapu kütüğündeki maddi hataların düzeltilmesi için dava açılmadan Tapu Müdürlüğüne başvurma zorunluluğu dava şartıdır.

Tapu maliki ile miras bırakanın aynı olduğuna ilişkin istekler bu düzenlemenin kapsamı dışındadır.

Y. 1. HD. E: 2018/24 K: 2019/6220 T: 04.12.2019

Dava, tapu kayıt malikinin davacının mirasbırakanı ile ayni kişi olduğunun tespiti isteğine ilişkindir.

Davacı ile asli müdahil, 944 ada 6 parsel sayılı taşınmazın tapu kayıt maliki H. oğlu ...ile mirasbırakanları H. oğlu M.'nin aynı kişi olduğunun tespitine karar verilmesini istemişlerdir

Davalılar, davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davanın kabulüne ilişkin verilen karar Dairece; "...isteğin Asliye Hukuk Mahkemesinde yazılı yargılama usulüne göre görülmesi mümkün olmadığından, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken aksi düşünce ile yazılı şekilde davanın esası hakkında karar verilmesi doğru değildir..." gerekçesiyle bozulmuş, bozma ilamı sonrası dava açılmadan önce tapu müdürlüğüne başvuru şartının yerine getirilmediği gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir.

Hemen belirtilmelidir ki, Bakanlar Kurulu'nun 22.7.2013 tarihli ve 2013/5150 sayılı kararı ile kabul edilen 17.8.2013 tarihli ve 28738 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren yeni Tapu Sicili Tüzüğü'nün 28. maddesinde, kütük sayfası malik sütununda malikin adı ve soyadı, baba adı ile edinme nedeni, tarih ve yevmiye numarasının yazılacağı, tüzel kişilerin unvanlarının tam olarak yazılacağı ve paylı mülkiyette pay miktarının; paydaşların adı, soyadı ve baba adından sonraki kısımda, kesirli olarak gösterileceği ifade edilmiştir.

Aynı Tüzüğün 72. maddesinde, "Tapu sicilinde değişikliğin, hak sahibinin istemine ya da yetkili makam veya mahkeme kararına istinaden yapılabileceği", 74. maddesinde ise; "Kütük, yevmiye defteri ve yardımcı sicillerde, belgelere aykırı basit yazım hatası yapıldığının tespit edilmesi hâlinde, müdür tarafından nedeni düzeltmeler sicilinde açıklanarak, re'sen düzeltme yapılacağı, istem belgesinde yapılan yanlışlık veya eksiklik düzeltilerek, belgenin uygun bir yerine yazılmak suretiyle taraflar ve tapu görevlilerince imzalanacağı ve sicilde buna uygun düzeltme yapılacağı, ana veya yardımcı siciller üzerinde yapılmış hata veya eksikliklerin, ilgililerce sunulan veya başka idarelerce düzenlenen belgelerden kaynaklanması hâlinde, ilgililerin gerçek durumu kanıtlayıcı belgelere dayalı başvuruları üzerine, istem, yevmiye defterine kaydedilerek gerekli düzeltme yapılacağı, kütük, yevmiye defteri ve yardımcı sicillerde, belgelere aykırı tescil veya esaslı yazım hatasının düzeltilebilmesi için ilgililerin yazılı olurunun alınması gerektiği, ilgililerden birisinin yazılı oluru olmazsa, bu durum beyanlar sütununda belirtilerek, 26.9.2011 tarihli ve 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre işlem yapılacağı, yapılacak düzeltmeler hatalı yazımdan sonra hak sahibi olmuş kişilerin hakkını etkileyici nitelikte ise, bu hak sahiplerinin de yazılı olurlarının aranacağı, müdürlüğün ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri tebliğ etmekle yükümlü" olduğu açıklanmıştır.

Bu durumda; 17.08.2013 tarihinde yürürlüğe giren yeni Tapu Sicili Tüzüğü'ndeki tapu müdürlüğüne başvurma zorunluluğu tapu kütüğündeki yazım hatalarının düzeltilmesi isteklerine ilişkin olup, tapu maliki ile mirasbırakanın aynı kişi olduğunun tespitine ilişkin istekler bu düzenlemenin kapsamı dışındadır.

Hâl böyle olunca; yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler gözetildiğinde mahkemece işin esasının incelenmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.

Davacı ve asli müdahilin yerinde bulunan temyiz itirazlarının kabulü ile, hükmün (6100 sayılı Yasanın geçici 3.maddesi yollaması ile) 1086 sayılı HUMK'un 428.maddesi gereğince **BOZULMASINA,** alınan peşin harcın temyiz edene geri verilmesine, 04/12/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ

NAFAKA BORCUNDA FAİZ

ÖZET: Nafaka borcuna muacceliyet tarihinden itibaren faiz işletilecektir.

Y.2. HD. E: 2016/12759 K: 2017/5280 T: 03.05.2017

Davacı, ... İcra Müdürlüğü'nün E.2014/9151 sayılı dosyasında ortak çocuk yararına hükmedilen tedbir nafakasının (TMK m.169) tahsili amacıyla yaptıkları icra takibine davalının itiraz etmesi sebebiyle icra takibinin durduğunu belirterek davalının yaptığı itirazın iptaline ve kötüniyet tazminatına karar verilmesini talep ve dava etmiş, mahkemece; "tedbir nafakası için nafakanın taktir edildiği tarihten itibaren faiz talep hakkının olacağı, mahkemece davanın açıldığı tarihten itibaren nafaka taktir edilmesi durumunda davanın açıldığı tarihten itibaren faiz istenemeyeeeği, davaya konu icra takibinde nafaka için dava tarihinden itibaren faiz talebinde bulunulduğu, takipte faize ilişkin fazla talepte bulunulması sebebi ile davalı tarafın takibe yapmış olduğu itirazın faiz yönünden haklı olduğu" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; davacı kadının ortak çocuk yararına hükmolunan tedbir nafakasının tahsili amacıyla ... İcra Müdürlüğü'nün E.2014/9151 sayılı dosyasında başlattığı icra takibinin, davalının borca ve faize yaptığı itiraz sonucu durduğu anlaşılmaktadır.

Nafaka alacağı her gün doğar ve işlemeye başlar. Ancak hakimin kararı ile ödenebilir hale gelir. Nafaka muaccel olmadıkça faiz uygulanamaz. Ortak çocuk yararına boşanma davasında hakim tarafından tedbir nafakasına hükmolunduğuna göre, davacının icra takibine konu ettiği tedbir nafakası muaaccel hale gelmiş olup, icra takibinde nafakanın muaccel olduğu tarihten takip tarihine kadar olan dönem için talep edilmesi halinde faiz uygulanması gereklidir. Bu belirlemeler doğrultusunda mahkemece, talep edilen nafakalara istenen faiz miktarının dosyaya uygunluğu bakımından bilirkişi raporu alınmadan hüküm kurulması doğru olmadığı gibi, davalının borca yaptığı itirazla ilgili bir değerlendirme yapılmaması da usul ve kanuna aykırı olup, hükmün bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** bozma sebebine göre tarafların diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 03.05.2017

AİLE KONUTUNDA İPOTEK • EŞİN RIZASI KOŞULU • BANKANIN SORUMLULUĞU

ÖZET: Aile konutunda malik olmaya eşin açık rızası olmaksızın gerçekleştirilen ipotek işlemi geçersizdir.

Tapu kütüğünde "aile konutu" şerhi olmasa da basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü bulunan banka akdi ilişkiye girdiği kişinin evli olduğunu ve taşınmazın aile konutu olduğunu bilebilecek durumdadır.

Y. 2. HD. E: 2015/21916 K: 2015/23124 T: 03.12.2015

Yukarıda tarihi, konusu ve tarafları gösterilen hükmün; bozulmasına dair Dairemizin 02.06.2015 gün ve 4157 - 11368 sayılı ilamıyla ilgili karar düzeltme isteminde bulunulmakla, evrak okundu, gereği düşünüldü;

Davacı, davalı eş adına tapuda kayıtlı olan aile konutu niteliğindeki taşınmaza muvafakati olmadan ipotek konulması nedeniyle ipoteğin kaldırılmasını talep etmiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiş, davacının temyizi üzerine Dairemizin 2.6.2015 tarih ve 2015/4157 esas ve 2015/11368 karar sayılı ilamı ile özetle " ... Davalı banka ticaret şirketi olarak tacirdir. Her tacir ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli hareket etmekle yükümlüdür (e. TTK m. 20/2. 6102 s. TTK m. 18/2). Bu yükümlülüğü alacağına teminat olarak gösterilen taşınmazın hukuki ve fiili durumunu bilmeyi de gerektirir. Başka bir ifade ile, taşınmazın tapu kütüğünde aile konutu olduğuna dair şerh bulunmasa bile taşınmazın "aile konutu" ve kendisiyle akdi ilişkiye giren şahsın evli olduğunu bilebilecek durumdadır. Bu özeni göstermemiş ise iyiniyet iddiasında bulunamaz (TMK m. 3/2). Vakıa ve karinelerden iyiniyet iddiasında bulunama-

yacak durumu belirmiş olanınkötüniyetli olduğunun diğer tarafça ispat edilmesine de lüzum yoktur. Gerçekleşen bu hukuki duruma göre davacının açık rızası alınmadan tesis edilen ipotek sebebiyle davalı bankanın kazanımı korunamaz. İpotekle teminat altına alınmış olan alacağın dava sırasında...AŞ'ye temlik edilmiş olması bu durumu değiştirmez. Çünkü temlik edene karşı ileri sürülebilen def iler, temlik alana karşı da ileri sürülebilir. O halde, isteğin kabulü ile ipoteğin iptaline karar verilmesi gerekirken, davalı bankanın kötüniyetinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle isteğin reddi doğru bulunmamıştır...." gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Bozma ilamına karşı davalılardan...Yönetim A.Ş. tarafından karar düzeltme isteğinde bulunulmuştur. Davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer dava dışı ...lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davacı eşin açık rızası alınmamış, daha sonra alacak davalı ...'ye devredilmiştir. Yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde ipotek işleminin, hangi saikle yapıldığının da önemi bulunmamaktadır. Bu durumda, Türk Medeni Kanununun 194/1 maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkansızdır (HGK 15.04.2015 E.2013/2-2056, K.2015/1201). O halde, mahkeme hükmünün bozulması gerekmekle birlikte, hükmün yukarıda belirtilen Hukuk Genel Kurulu ilamında da belirlendiği üzere "malik olmayan eşin açık rızası bulunmayan işlemin kesin hükümsüz olduğu" belirlemesi gereğince değişik gerekçe ile bozulması gerekir. Ne var ki ilk incelemede, hüküm başka gerekçe ile bozulmuştur. Dairemizin temyiz incelemesi sonucu verilen 2014/28404 esas, 2015/12937 karar ve 17.06.2015 tarihli 2.6.2015 tarih ve 2015/4157 esas ve 2015/11368 sayılı ilamının kaldırılarak hükmün yukarıda açıklandığı üzere değişik gerekçe ile bozulmasına karar vermek gerekmiştir (HUMK.m.440-442).

SONUÇ

Yukarıda gösterilen sebeple Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 440-442. maddeleri uyarınca karar düzeltme talebinin KABULÜNE, Dairemizin 2.6.2015 tarih ve 2015/4157 esas ve 2015/11368 sayılı ilamının kaldırılmasına, hükmün yukarıda gösterilen sebeple değişik gerekçe ile BOZULMASINA, karar düzeltme harcının istek halinde yatırana geri verilmesine oybirliğiyle karar verildi. 03.12.2015

HUKUKİ YARAR KOŞULU • KÖTÜ NİYETLİ TEMYİZ • PARA CEZASI

ÖZET: Açık şekilde görünen haklı nedenle reddedilen davanın kararının hukuki bir yarar olmaksızın davalı tarafça temyiz edilmiş olması halinde temyiz eden taraf vekili hakkında para cezası verilmelidir.

Y. 2. HD E: 2016/17517 K: 2018/6350 T:15.05.2018

Dava açmakta olduğu gibi, kanun yoluna başvurmada da hukuki yarar (HMK m. 114/1-h) bulunmalıdır. Davacı erkek tarafından evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı olarak boşanma davası ikame edilmiş, davalı kadın tarafından ise süresinde sunulan cevap dilekçesi ve yargılamanın ilerleyen aşamalarındaki değişmeyen beyanıyla davanın reddi savunulmuştur. Mahkemece "davanın TMK'nun 166/son maddesi kapsamında ele alınması gerektiği, TMK'nun 166/son maddesine göre boşanmaya karar verilebilmesi için özellikle her ne sebeple açılmış olursa olsun açılmış ve reddedilmiş bir davanın olması gerektiği, reddedilen kararın kesinleşmesinden itibaren 3 yıl geçmesi ve bu 3 yıl içinde ortak hayatın yeniden tesis edilememesi gerektiği, eldeki davada ise gerçekleşen olaylar karşısında davacı erkek tarafından ... 2. Aile Mahkemesinin 2010/322 Esas ve 2011/592 sayılı kararı ile TMK 166/1-2 hukuksal nedenine dayalı olarak boşanma davası açıldığı, davanın 12.07.2011 tarihinde ispatlanamayan davanın reddine karar verildiği bu kararın 03.12.2012 tarihinde kesinleştiği, temyize konu davanın ise 08.06.2015 tarihinde açıldığı dolayısıyla davanın açılış tarihinde kanunda bahsedilen 3 yıllık kanuni sürenin dolmamış olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından boşanmanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır" gerekçesi ile temyiz edilmiştir. Mahkeme kararının gerekçe kısmında, açıkça davanın Türk Medeni Kanunu'nun 166/son maddesi uyarınca ele alındığı ve boşanmaya karar verilebilmesi için anılan kanun hükmü uyarınca reddedilen ve kesinleşen karardan itibaren 3 yıllık sürenin dolmadığı, bu nedenle davanın şartları oluşmadığından davanın reddi gerektiğinin belirtilmesi sebebiyle, davalı kadın vekilinin boşanma davasının reddine dair verilen kararı temyizinde hukuki yararının bulunmadığı, bu yüzden boşanma yönünden yapılan temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 434. maddesi gereğince temyiz isteminin kötü niyetle yapıldığı anlaşılırsa, Yargıtayca aynı Kanunun 422. madde hükümleri uygulanır. HUMK 422. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesi gereğince, kötüniyetle temyize vekil sebebiyet vermiş ise idari para cezası vekil hakkında uygulanır. Davalı vekili tarafından baştan beri davanın reddi savunulmuş olup, mahkemece davalı vekilinin talebine uygun olarak davanın reddine karar verilmiş ve gerekçede de TMK'nun 166/son maddesi koşullarının somut olayda gerçekleşmediğinden ret kararı verildiğinin açık bir biçimde belirtilmiş bulunmasına rağmen, hükmün, " Boşanmanın reddi kararının temyiz edilmesinde hukuki yarar bulunmadığı gibi temyiz talebinin de boşanmanın reddine ilişkin hükmün kesinleştirilmesini geciktirmeye yönelik kötüniyetle yapıldığı anlaşıldığından, HUMK m. 434. yollamasıyla aynı Kanunun 422. maddesi uyarınca, kararı temyiz eden davalı vekilinin takdiren 2.000.00 TL idari para cezası ile **CEZALANDIRILMASINA,** para cezasının infazının mahalli mahkemesince yerine getirilmesine karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün; boşanma yönüne ilişkin temyiz talebinin yukarıda 1 bentte gösterilen sebeple REDDİNE, bu konudaki temyizin kötü niyetle yapıldığı anlaşıldığından davalı vekili Av. ...'in yukarıda 2 bentte gösterilen sebeple 2.000,00 TL idari para cezası ile **CEZALANDIRILMASINA,** para cezasının infazının mahalli mahkemesince yerine getirilmesine, temyiz peşin harcının istek halinde yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 15.05.2018

NAFAKA BORÇLUSUNUN ÖDEMELERİ

ÖZET: Nafaka borçlusunun ortak çocukların eğitim ve giderleri için yaptığı harcamalar nafakaya mahsuben ödeme yapıldığı açıklanmamış ise nafaka borcuna mahsup edilemez.

Y. 2. HD E: 2016/26225 K: 2018/11584 T.22.10.2018

Davacı, dava dilekçesinde; davalıdan 06.12.2010 tarihinde kesinleşen ilamla boşandığını, davalı ve velayetleri davalı anneye bırakılan ortak çocuklar yararına hükmolunan nafakalara mahsuben ortak çocukların özel okul masrafları ile davalının bazı masraflarını karşıladığını, davalıya ödenmesi gereken nafaka borcundan fazlasını ödemesine karşın davalı tarafından ... ... 21. İcra Müdürlüğü'nün 2015/4187 esas sayılı dosyası ile nafakaların eksik ödendiği gerekçesiyle hakkında icra takibi başlatıldığını belirterek, 101.181,50 TL nafaka borcundan dolayı borçlu olmadığının tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevabında; davacının isteğiyle müşterek çocukların özel okula gönderildiğini, taraflarca bu konuda anlaşma olmaması sebebiyle özel okul masraflarının nafaka borcundan mahsup edilemeyeceğini, iddia edilen diğer ödemelerinde kararlaştırılmadığı için nafaka borcundan düşülemeyeceğini belirterek, davanın tamamen reddini savunmuştur.

Mahkemece; "davacının ortak çocukların eğitimi için toplam 107.742,96 TL ödeme yaptığı, bu ödemelerin nafaka borcundan mahsup edilmesinin kabul edilebilir olduğu, davacı tarafından davalı adına yapılan kredi kartı borcu ve perde ödemesinin nafaka borcuna mahsuben olduğu belirtilmediğinden nafaka borcundan mahsup edilemeyeceği" gerekçesiyle, davacı tarafından eğitim gideri olarak yapılan 107.742,96 TL ödemenin nafaka borcunu karşıladığı kabul edilerek davacının nafaka borcunun bulunmadığının tespiti ile davacı lehine kötüniyet tazminatına karar verilmiştir.

Yapılan yargılama ve toplanan delillerden; tarafların 01.10.2010 tarihinde açılan ve 06.12.2010 tarihinde kesinleşen ... 4. Aile Mahkemesi'nin 2010/881 esas-2010/916 karar sayılı ilamı ile boşandıkları, davalı kadın için 3.000,00 TL tedbir ve yoksulluk nafakasına, velayeti davalı anneye bırakılan ortak çocuklar 17.10.2005 doğumlu Emirhan Tunay ile 17.09.2008 doğumlu ... Su yararına 3.000,00'er TL tedbir ve iştirak nafakasına hükmedildiğini, menfi tespit davasının konusunu oluşturan ... ... 21. İcra Müdürlüğü'nün 2015/4187 esas sayılı dosyasında, davalı alacaklı

kadının 31.12.2010 tarihinden itibaren eksik ödenen nafaka bedelleri ile faizi olmak üzere toplam 101.181,50 TL nin davacıdan tahsili amacıyla icra takibi başlatttığı, mahkemece hükme esas alınan

30.11.2015 tarihli bilirkişi raporunda; davacının 01.11.2010-01.03.2015 taraihleri arasında ödemesi gereken nafakanın toplam 477.000,00 TL, nakit olarak yaptığı ödemelerin ise 380.550,00 TL olduğu ayrıca ortak çocukların 107.742,96 TL tutarında okul ve eğitim masraflarının da davacı tarafından ödendiği rapor edilmiştir.

Ahlaki bir ödevin yerine getirilmiş olmasından kaynaklanan zenginleşmeler geri istenemez (TBK m.78/2). Babanın çocuklarının eğitimi ile ilgilenmesi, giderlerini karşılaması ahlaki bir görevin ifası mahiyetindedir. Boşanma ilamında hüküm altına alınan iştirak nafakalarının alacaklısı velayet hakkı kendisine verilen eş olup, nafaka alacağı sadece eğitim giderlerinden ibaret değildir. Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır (TMK m. 182/2). Buna göre, ilke olarak, nafaka borçlusu tarafından ortak çocukların, okul ve eğitim giderlerine ilişkin olarak yapılan ödemelerin, nafaka alacaklısına nafakaya mahsuben ödediğine dair açıklama bulunmadan nafakaya mahsuben yapıldığı kabul edilemez. Somut olayda, ortak çocukların özel okul ve eğitim masraflarının nafaka borcuna mahsuben çocukların eğitim gördüğü okul idaresine davacı baba tarafından ödendiği ispat edilemediği gibi esasen davacının böyle bir iddiası da bulunmamaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında ortak çocukların okul aidatları ve eğitimlerine ilişkin ödemelerinin nafakaya mahsuben yapılmadığının kabulü ile nafaka borcundan mahsup edilmemesi gerekirken aksi yönde değerlendirme yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple **BOZULMASINA,** duruşma için takdir olunan 1630 TL vekalet ücretinin davacıdan alınıp, davalıya 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. 22.10.2018 (Pzt.)

KÖTÜ NİYETLİ TEMYİZ • PARA CEZASI

ÖZET: Davalı kadın lehine sonuçlanan mahkeme kararının hukuki bir yarar olmaksızın kötü niyetle temyiz edilmesi halinde temyiz eden taraf vekili hakkında para cezası verilmelidir.

Y. 2. HD E: 2019/4648 K: 2019/8537 T: 11.09.2019

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 434. maddesi gereğince temyiz isteminin kötüniyetle yapıldığı anlaşılırsa, Yargıtay'ca aynı Kanunun 422. madde hükümleri uygulanır. HUMK 422. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesi gereğince, kötüniyetle temyize vekil sebebiyet vermiş ise idari para cezası vekil hakkında uygulanır. Dava boşanma (TMK m. 166/1) davası olup mahkemece 26.07.2006 tarihli karar ile "Davalı kadının kusuru ispat edilemediğinden davanın reddine" karar verilmiş olup, karar davacı tarafça karar tarihinden 12 yıl 9 ay sonra 25.04.2019 tarihli dilekçe ile tebliğe çıkartılmıştır. Davalı kadın vekilince özetle; "Mahkeme gerekçesinin net olmadığı, davalı kadın ve temyiz tarihinde ergin olan ortak çocukların korunması için tedbir kararı olmadığı, davanın zamanaşımı sebebiyle ortadan kalktığı" sebeplerine dayanan temyiz isteminin kötüniyetle yapıldığı anlaşıldığından, HUMK m. 434. yollamasıyla aynı Kanunun 422. maddesi uyarınca, kararı temyiz eden davalı vekilinin takdiren 2.000,00 TL. idari para cezası ile cezalandırılması uygun bulunmuştur.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 1. bentte gösterilen sebeple **ONANMASINA,** yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple davalı vekilinin takdiren 2.000,00 TL idari para cezası ile **CEZALANDIRILMASINA,** para cezasının infazının mahalli mahkemesince yerine getirilmesine, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edene yükletilmesine, peşin alınan harcın mahsubuna ve 218.50 TL. temyiz başvuru harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oybirliğiyle karar verildi. 11.09.2019

YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ

İŞ MAKİNESİ KİRALANMASI • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: İş makinesinin kiralanmasından doğan uyuşmazlık sebebiyle açılan davaya Sulh Hukuk Mahkemesinde bakılacaktır.

Y. 3. HD. E:2018/5298 K:2019/7246 T: 30.9.2019

Davacı, dava dilekçesinde özetle; davalı şirket arasında ... marka ...Dizel ... model 4.7 m.t asansörlü forklift kiralanmasına ilişkin olarak,16.01.2014 tarihli kiralama sözleşmesi imzalandığını, sözleşmeye göre forklift aylık kira bedelinin 800,00-USD + KDV olduğunu, kiralananın 27.01.2014 tarihli sevk irsaliyesi ile davalı şirkete teslim edildiğini, kiralama süresinin teslim tarihinden itibaren 3 yıl olduğunu, imzalanan sözleşmenin davalı şirket tarafından keşide edilen ihtarname ile forklift ve eki niteliğindeki ataşmanın tamir edilmediği gerekçesiyle kötü niyetli olarak feshedildiğini, ataşmanın Ocak 2015 tarihinden itibaren sağlam ve faal olmasına rağmen davalı şirket tarafından taktırılmadığını, davalı şirketin son olarak 28.11.2014 tarih ve 2.094,03-TL fatura bedelini ödemediğini belirterek fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydı ile, 24.544,00-USD 26 aylık kira bedeli (65.235,49-TL) ile 7.080,00-TL ataşman tamir masrafımn reeskon avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı, cevap dilekçesinde özetle; kullanılan iş makinasında arıza meydana geldiğini, tamire rağmen tekrarladığını, sık sık yaşanan arızalar nedeniyle makinadan faydalanma imkanı kalmadığını davacı şirketin hatası dolayısıyla arızaların kaynaklandığını berliterek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece, tarafların sözleşmeden beklediği faydanın ayıp nedeni ile sağlanamaması durumunda sözleşme yükümlülüklerinin değerlendirileceği, ayıp şayet beklenen faydayı ortadan kaldırır nitelikte ise artık kusurlu tarafın BK'nın ilgili hükümleri gereğince bunun sonuçlarına katlanacağı, bu çerçevede taraflar arasındaki sözleşme gereği dava konusu olan ve kiraya verilen ... marka ... Dizel ... model 4.7 m.t Fokliftin, AYIPLI olduğu ve davalı kiracı firmaya fayda sağlamadığı teknik olarak tespit edildiğinden davacının hukuka uygun olarak talep edebileceği bir alacak hakkı

bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafça temyiz edilmiştir.

1) 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 Sayılı HMK'nun 4/1-a maddesine göre; "Kiralanantaşınmazların, 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrık olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davalarda" Sulh Hukuk Mahkemesi görevlidir.

Somut olayda, taraflar arasında iş makinasının kiralanması hususunda anlaşma yapılmakla sözleşmenin davalı tarafça feshi neticesinde ortaya çıkan uyuşmazlık kira ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Dava, 15/05/2015 tarihinde 6100 sayılı HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra açıldığına göre görevli mahkeme Sulh Hukuk Mahkemesidir.

Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup, taraflar ileri sürmese dahi yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Taraflar da yargılama bitinceye kadar görev itirazında bulunabilirler. Görev itirazı yapılmamış olsa bile re'sen mahkeme, ilk önce görevli olup olmadığını inceleyip karara bağlamalıdır.

Bu nedenle Mahkemece görevsizlik nedeniyle HMK'nun 114/1-c ve 115/2. maddeleri uyarınca davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, bu yön gözardı edilerek davanın esası hakkında hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

2-) Bozma nedenlerine göre, davalının diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bendde açıklanan nedenlerle hükmün HUMK'nun 428. maddesi gereğince davacı yararına **BOZULMASINA,** ikinci bendde açıklanan nedenle davacı tarafın diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nun Geçici Madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nun 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren 15 günlük süre içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 30.09.2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KİRA SÖZLEŞMESİ • KATMA DEĞER VERGİSİ

ÖZET: Kira sözleşmesinde Katma Değer Vergisinin kiracıya ait olduğu belirtilmemiş, kira bedelinin net olduğu da belirtilmiştir.

Bu durumda kiranın Katma Değer Vergisi dahil olduğu brüt kira bedeli olduğu kabul edileceğinden kiracı Katma Değer Vergisinden sorumlu olmayacaktır.

Y.3. HD E: 2018/4702 K: 2019/7831 T.14.10.2019

Davacı; davalı ile aralarında düzenlenen 07/11/2013 tarihli hizmet sözleşmesi kapsamında belirtilen hizmetin davalıya sunulduğunu, davacı şirket tarafından hizmet bedeli karşılığı olarak düzenlenen 18.02.2014 tarihli ve 131.511,00 TL bedelli faturanın davalıya kargo ile gönderildiğini, davalının herhangi bir neden ileri sürmeden ve itiraz etmeden faturayı davacı şirkete iade ettiğini, sözleşmeden doğan borcu ödemekten kaçındığını; bahse konu fatura bedelinin tahsili amacıyla davalı aleyhine icra takibi başlatıldığını, davalının haksız ve kötüniyetli itirazı nedeniyle takibin durduğunu ileri sürerek; itirazın iptali ile takibin devamına, davalı aleyhine icra inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı; İzmir ilinde ihale ile alınmış olan organizasyon işlerinde çadır kurulumu ve diğer hizmetlerin temini amacıyla, davacı ile aralarında 07/11/2013 tarihli sözleşmenin düzenlendiğini, sözleşme uyarınca on iki iş için ayrı ayrı çadır kurulumu ve diğer işlerin yapılacağının kararlaştırıldığını ve buna göre sözleşme bedelinin belirlendiğini, ancak davacının edimini yerine getirmediğini, sözleşme ilişkisinin 31/12/2013 tarihinde sona erdiğini, takibe konu faturanın ise 18/02/2014 tarihinde düzenlendiğini, fatura düzenleme tarihinde davacı ile aralarında herhangi bir ticari ilişkinin bulunmadığını, fatura kapsamında kendisine teslim edilen herhangi bir mal veya sunulan herhangi bir hizmetin bulunmadığını savunarak; davanın reddini istemiştir.

İlk Derece Mahkemesince; yargılama sırasında alınan bilirkişi kök ve ek raporu doğrultusunda, davanın kabulüne, davalının İstanbul 27. İcra Müdürlüğü'nün 2014/5873 E. Sayılı takip dosyasına vaki itirazının iptaline, takibin 131.511,00 TL asıl alacak üzerinden devamına, asıl alacağa takip tarihinden itibaren avans faizi işletilmesine, asıl alacak üzerinden

hesaplanacak % 20 icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı davalı vekili tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesince; taraflar arasında 07/11/2013 tarihli hizmet sözleşmesinin düzenlendiği, sözleşmede 07/11/2013 ile 31/12/2013 tarihleri arası İzmir içinde yapılacak olan organizasyonlarda, 12 iş için ayrı ayrı çadır kurulumunun davacı tarafından yapılacağının kararlaştırıldığı, bu işe ilişkin takibe konu 18/02/2014 tarih 026901 numaralı 131.511,00 TL bedelli faturanın davalıya tebliğ edildiği, davalının ise faturayı 24/02/2014 tarihinde iade ettiği, fatura bedelinin tahsili amacıyla icra takibinin başlatıldığı, davalının süresi içinde takibe itiraz ettiği ve eldeki davanın açıldığı; 8 iş için ayrı ayrı çadır kurulduğunun tespit edildiği, davacının daha fazla çadır kurulumu yaptığını ispatlayamadığı, ... Büyükşehir Belediye Başkanlığı Portokol Şube Müdürlüğü'nün 16/03/2016 tarihli yazısında da davalının 8 adet çadır kurulumu üzerinden ücret aldığının belirtildiği, sözleşme gereğince bu çadırların başkasına kurdurulmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, 8 adet çadır kurulum bedelinin 74.300,00 TL olduğu, bu bedel üzerinden ayrıcaKDV nin de talep edilebileceği, KDV bedelinin de 13.374,00 TL olduğu gerekçesiyle, davalı vekilinin istinaf başvurusunun kısmen kabulüne, HMK'nın 353-1-b-2 maddesi gereğince İstanbul 5. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 22/11/2016 tarih ve 2015/1067 E. - 2016/983 K. sayılı kararının kaldırılarak yeniden esas hakkında; davanın kısmen kabulüne, davalının İstanbul 27. İcra Müdürlüğü'nün 2014/5873 E. Sayılı takip dosyasına vaki itirazının kısmen iptali ile takibin 87.674,00 TL alacak üzerinden devamına, kabul edilen alacağın % 20 sine karşılık gelen 17.534,80 TL icra inkar tazminatının davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmiş; hüküm, süresi içinde taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Dava; kira ilişkisinden kaynaklı alacağın tahsili amacıyla başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir.

1-) Davacı vekilinin temyiz isteminin incelenmesinde;

6763 sayılı yasa ile 6100 sayılı HMK'ya eklenen geçici 1 inci madde uyarınca, aynı Kanunun 362 nci maddesinde öngörülen kesinlik sınırı 01.01.2018 tarihinden itibaren 47.530 TL'ye çıkartılmıştır.

İstinaf incelemesi sonucunda verilen hüküm, karar tarihi itibariyle davacı taraf yönünden kesin niteliktedir. HMK'nın 366. maddesi atfıyla aynı Kanunun 352. maddesi uyarınca, kesin olan kararlar hakkında Yargıtay tarafından temyiz isteminin reddine karar verilebilir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı tarafın temyiz isteminin reddi gerekmektedir.

2-) Davalı vekilinin temyiz isteminin incelenmesinde ise;

2-(a) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı bilgi ve belgelere, özellikle temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararında yazılı gerekçelere göre, davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-(b) Türk Borçlar Kanunu'nun 302. maddesine göre; "Kiralananla ilgili zorunlu sigorta, vergi ve benzeri yükümlülüklere, aksi kararlaştırılmamış veya kanunda öngörülmemiş ise, kiraya veren katlanır."

Gelir Vergisi Kanunu'nun 70. maddesi ile 3065 sayılı Katma Değer Kanunu'nun 1/3-(f) ve 8/1-(h) maddeleri uyarınca, kiraya verenlerin elde ettikleri kira gelirinin bir bölümünü Katma Değer Vergisi mükellefi olarak vergi dairesine ödemesi gerekmektedir.

Somut olayda; taraflar arasında 07/11/2013 tarihli sözleşmenin varlığı hususunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşme uyarınca çadır kiralama bedeli 12 ayrı kurulum için 111.450,00 TL olarak belirlenmiş olup, Katma Değer Vergisinin davalı kiracı tarafından ödeneceği kararlaştırılmadığı gibi kirabedelinin net olduğu da açıkça belirtilmemiştir. Bu durumda, taraflar arasında kararlaştırılan kira bedelinin, Katma Değer Vergisi dahil brüt kira bedeli olduğunun kabulü gerekmekte olup, davalı borçlunun Katma Değer Vergisi tutarından sorumlu olduğu kabul edilemez.

Hal böyle olunca, Bölge Adliye Mahkemesince; Katma Değer Vergisinden davalı kiracının sorumlu tutulamayacağı gözetilmeden, yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz dilekçesinin **REDDİNE,** temyiz harcının talep halinde temyiz edene iadesine, 2-(a) bendinde açıklanan nedenlerle davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının **REDDİNE,** 2-(b) bendinde açıklanan nedenlerle 6100 sayılı HMK'nın 371. maddesi uyarınca temyiz olunan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 36. Hukuk Dairesi kararının davalı yararına **BOZULMASINA,** HMK'nın 373/2 maddesi uyarınca dava dosyasının Bölge Adliye Mahkemesine **GÖNDERİLMESİNE,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 14.10.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

KİRALANAN YERİN TAHLİYESİ • ESKİ HALE GETİRME

ÖZET: Her ne kadar kiraya veren kiralanan yerde kiracı tarafından yapılan imalat ve değişikliklerin eski hale getirilmesini talep etmiş ise de kiralanan yerin tahliyesi sonrasında kiralanan yerin imalat ve yenilikler ile kullanılmaya devam edilmesi imalatların kiraya veren tarafından benimsendiğini göstereceğinden eski hale getirme talebi kabul edilmeyecektir.

Eski hale getirme bedeli hesaplanırken kullanım süresine göre yıpranma payı düşülmelidir.

Y.3. HD E: 2017/17091 K: 2019/8167 T: 21.10.2019

Davacı, dava dilekçesinde özetle; maliki olduğu mecuru davalının 01.10.2010 tarihli kira sözleşmesiylekiraladığını, daha sonra binaya tabela asılmasını düzenleyen 01.01.2011 tarihli başka bir kira sözleşmesinin imzalandığını, sözleşmenin bitimine üç ay kala davalının kira sözleşmesini feshettiğine dair ihbarname gönderdiğini ancak mecurun anahtarlarını usulüne aykırı olarak apartman yöneticisine teslim ettiğini, usulüne uygun bir tahliyenin söz konusu olmadığını, kira sözleşmesindeki düzenlemeye rağmen mecurun durumunun tutanakla tespit edilmediğini, bu nedenle mahkeme vasıtasıyla tespit yaptıklarını ve 168.100 TL lik hasarın bulunduğunu belirterek hasar bedelinin ve tamir için gerekli süre olan 30 gün bakımından kirakaybının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, cevap dilekçesinde özetle; 31.07.2014 tarihinde tebliğ olan ihtarname ile kiralananın tahliye edileceğinin bildirildiğini, kiralama sırasında mecurun durumunun tespit edilmediğini, mecurda var olan her şeyin tarafından yapıldığını, bakım onarım ve iyileştirmeler yapıldığını, olağan kullanımdan kaynaklı hasarın tarafına yüklenemeyeceğini, mecurun eski halinden daha temiz, güzel ve kullanışlı bırakıldığını, yapılan faydalı ve zorunlu masrafların takas edilmesi gerektiğini belirterek davanın reddini istemiştir.

İlk derece mahkemesince; mahallinde keşif yapılarak aldırılan bilirkişi raporları doğrultusunda KDV dahil 135.000 TL hor kullanma tazminatının, 30 günlük tadilat süresi nedeniyle kira bedeli olarak 31.000 TL'nin

ve 604 TL tespit giderinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş; hüküm, davalı tarafça istinaf edilmiştir.

Bölge adliye mahkemesince; davalının istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiş; hüküm, davalı tarafça temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının sair temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasında 01.10.2010 başlangıç tarihli, 2011 yılı itibariyle aylık 14.000 USD bedelli kirasözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşmenin 9. maddesi uyarınca kiraya veren, dilerse kiralananda yapılan imalatların sökülüp götürülerek mecurun kiralandığı haliyle teslimini; dilerse bu yenilik ve değişikliklerin olduğu gibi bırakılmasını talep edebilecektir. Bu durumda sözleşme hükmü gereğince imalatlar dolayısıylakiracının herhangi bir bedel yahut masraf talep edemeyeceğinin düzenlendiğinin kabulü gerekir. Tahliye sırasında sözleşme hükmü doğrultusunda imalatların kiralananda kalması yahut kaldırılması bakımından bir anlaşma yapılmamıştır. Ancak her ne kadar kiraya veren, kiralananda davalı kiracı tarafından yapılan imalat ve değişikliklerin eski hale getirilmesini talep etmiş ise de kiralananın tahliyesi sonrasındakiralananın imalat ve yenilikler ile kullanılmaya devam edilmesi imalatların kiraya veren tarafından benimsendiğini göstereceğinden benimsenen imalatlar bakımından eski hale getirme talebinde bulunulamayacaktır.

Buna göre mahkemece davaya konu ve eski hale getirilmesi talep edilen imalat ve değişikliklerin hali hazırdakiraya veren tarafından kabul edilerek kullanılıp kullanılmadığı hususunun gerekirse mahallinde keşif yapılarak tespit edilmesi, benimsenen ve yerinde bırakılan imalat ve değişiklikler bakımından eski hale getirme talebinde bulunulamayacağı gözetilerek bu kalemler bakımından talebin reddine karar verilmesi, ayrıca eski hale getirme bedeli hesaplanırken kullanım süresine göre yıpranma payı düşülerek hesaplama yapılması gerekirken bu yönler gözetilmeksizin yargılama giderlerinden olan tespit dosyası giderleri de asıl alacak kalemine eklenerek hüküm kurulması doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda birinci bentte açıklanan nedenlerle davalının sair temyiz itirazlarının reddine, ikinci bentte açıklanan nedenlerle, 6100 sayılı HMK'nun 373 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının **KALDIRILMASINA,** aynı Kanunun

371 inci maddesi uyarınca İlk Derece Mahkemesi kararının **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edenlere iadesine, dosyanın İlk Derece Mahkemesine, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 21.10.2019 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

KİRA TESPİT DAVASINDA SÜRE

ÖZET: Kira bedelinin arttırılması için dönem başlangıcından önce en geç otuz gün içinde dava açılması ya da kiracıya yazılı bildirim yapılması gerekir.

Bu kurala uyulmadan açılan davada bir sonraki dönem için kira arttırımı yapılabilecektir.

Y.3. HD E: 2017/8580 K: 2019/8348 T: 24.10.2019

Davacı 13/05/2015 tarihinde açtığı işbu dava ile, davalının tarafına ait ... ili ... ilçesi ... Mahallesi ... Çevre Bulvarı No:7 adresinde bulunan taşınmazda 01/01/2010 tarihinden bu yana kiracı olduğunu, kirasözleşmesinde her ne kadar kiraya veren olarak ... End. ve Tic Ltd Şti ismi yazılı olsa da dava konusu taşınmazın 31/10/2013 tarihinde tarafına fatura karşılığı satışının yapıldığını, tapu kaydının da yine adına kayıtlı olduğunu,bu nedenle davada taraf olma ehliyetinin bulunuğunu, kira sözleşmesinde yıllık artış oranı düzenlenmediğini ve mevcut kira bedelinin 10.000 Euro olduğunu ancak aradan geçen yıllar kiralananınniteliği, kullanma alanı, konumu, bölgede kira parasını etkileyecek ekonomik koşullar neticesinde bu bedelin cüzi bir meblağa dönüştüğünü belirterek dava konusu taşınmazın yıllık 10.000 Euro kira bedelinin yeni kiradöneminin başlangıcı olan 01/01/2015 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 72.000 TL olarak belirlenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kabulü ile dava konusu taşınmazın 01/01/2015 tarihinden itibaren yıllık kira bedelinin 72.000 TL olarak tespitine karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

TBK'nun 345 maddesinde "Kira bedelinin belirlenmesine ilişkin dava her zaman açılabilir. Ancak, bu dava, yeni dönemin başlangıcından en geç

otuz gün önceki bir tarihte açıldığı ya da kiraya veren tarafından bu süre içinde kira bedelinin artırılacağına ilişkin olarak kiracıya yazılı bildirimde bulunulmuş olması koşuluyla, izleyen yeni kira dönemi sonuna kadar açıldığı takdirde, mahkemece belirlenecek kira bedeli, bu yeni kiradöneminin başlangıcından itibaren kiracıyı bağlar.

Sözleşmede yeni kira döneminde kira bedelinin artırılacağına ilişkin bir hüküm varsa, yeni kira döneminin sonuna kadar açılacak davada mahkemece belirlenecek kira bedeli de, bu yeni dönemin başlangıcından itibaren geçerli olur." hükmüne yer verilmiştir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, TBK'nun 345 maddesi bu tarihten sonra açılacak kira bedelinin tespiti istemlerinde uygulanır.

Olayımıza gelince; Taraflar arasında, davaya dayanak 01/01/2010 başlangıç tarihli, 1 yıl süreli, yıllık 10.000 Euro+KDV bedelli kira sözleşmesine ilişkin uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kira sözleşmesinde artış hükmüne yer verilmemiştir. Bu durumda davacının sözleşmenin yenilendiği 01/01/2015 tarihi için kira bedelinin tespitini talep edebilmesi için, davanın bu dönemin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte açılması ya da kiraya veren tarafından bu süre içinde kira bedelinin artırılacağına ilişkin olarak kiracıyayazılı bildirimde bulunulmuş olması gerekir.

Taraflar arasındaki kira sözleşmesinde artış şartı bulunmadığına ve süresinde tebliğ edildiği ispat edilmiş ihtarname veya açılmış dava da olmadığına göre 13/05/2015 tarihinde açılan dava ile 01/01/2015 günü başlayan dönem için kira parasının tespitine karar verilemez. Ancak yargılama sırasında yeni dönemin (01/01/2016) başladığı da göz önünde bulundurularak, mahkemece bir sonraki dönem için (2016-2017)kira bedelinin tespitini isteyip istemediği hususunun davacı taraftan sorularak, istemesi halinde bir sonraki dönem için kira parasının tespitine karar verilmesi aksi halde davanın reddine karar verilmesi gerekirken,yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün HUMK'nın 428. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davalının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 6100 sayılı HMK'nın geçici madde 3 atfıyla 1086 sayılı HUMK'nın 440.maddesi gereğince karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 24/10/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ

BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ • KİŞİLİK HAKLARI

ÖZET: 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 yararıdır. 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 sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da basın sorumlu tutulmamalıdır.

Y. 4. HD E: 2017/2045 K: 2019/6264 T:24/12/2019

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalı ... aleyhine 17/01/2014 gününde verilen dilekçe ile basın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın kısmen kabulüne dair verilen 14/07/2015 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, internetteki yayın nedeniyle kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı vekili; davalıya ait www.haber3.com isimli sitede 13/01/2014 tarihinde ''Bakan kendi kardeşini atadı'' başlığıyla yapılan haber ile müvekkilinin kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu, iddiaların tamamının gerçek dışı ve dava konusu haberin iftira niteliğinde olduğunu belirterek manevi tazminat isteminde bulunmuştur.

Davalı vekili; davaya konu haberde davacının kişilik haklarını zedeleyen unsurların bulunmadığını, haberin görünür gerçeğe uygun olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, dava konusu yazıda kullanılan ifadelerin basın, düşünce ve kanaat özgürlüğü kapsamında değelendirilemeyeceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Basın özgürlüğü, Anayasa'nın 28. maddesi ile 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 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 Anayasa'nın Temel Hak ve Özgürlükler bölümü ile Türk Medeni Kanunu'nun 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 yararıdır. 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 sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da basın sorumlu tutulmamalıdır.

AİHM 22 Nisan 2013 tarihli 48876/08 başvuru nolu kararında "İfade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun vazgeçilmez esasını ve bu toplumun gelişiminin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşulunu oluşturduğunu, 10. maddenin 2. fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla ifade özgürlüğünün sadece kabul edilen, zararsız ya da farklı olan «bilgi» ya da «düşünceler» için değil, ayrıca hoşa gitmeyen, sarsıcı ya da rahatsız edici olanlar için de geçerli olduğunu, bunların, «demokratik toplumun» onlarsız olamayacağı çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereği olduğunu, 10. maddede açıklandığı gibi bu özgürlüğe yapılan sınırlamaların her halde dar yorumlanması gerektiğini ve herhangi bir sınırlama gereksiniminin ikna edici bir biçimde ortaya koyulması gerektiğini,..." ifade etmektedir. Mahkeme aynı ifadeleri 69698/01 başvuru nolu ve 16354/06 başvuru nolu kararlarında da tekrar etmiştir.

Davaya konu yayın bir bütün halinde değerlendirildiğinde, yapılan haberle özle biçim arasındaki dengenin bozulmadığı, davacının atanması ile yazının bütünlüğü göz önünde tutulduğunda; davaya konu yazının davacının atanmasına yönelik eleştiri mahiyetinde olduğu, basın ve ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı anlaşılmakla davanın tümden reddi gerekirken yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın yukarıda gösterilen nedenlerle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 24/12/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ
•
SUÇ ÖRGÜTÜ İLE İRTİBATLI GÖSTERMEK

ÖZET: Dava konusu yayınların basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği, davacı kurumun, suç örgütü olduğu kabul edilen bir yapıyla yakın ilişkili ve irtibatlı gösterildiği, suç örgütü ile irtibatlı gösterilmesinin başlı başına kişilik haklarını zedeleyici faktör olduğu, dolayısıyla davacı kurumun kişilik haklarına saldırı oluşturacak mahiyette olduğu anlaşılmaktadır. Şu durumda, davacı yararına uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken davanın tümden reddine karar verilmesi doğru değildir.

Y.4. HD E:2017/2225 K:2019/5930 T:11/12/2019

Davacı ... vekili Avukat ... tarafından, davalılar ... Gazete Dergi Basım AŞ (... Gazetesi) ve diğerleri aleyhine 28/04/2014 gününde verilen dilekçe ile basın yolu ile kişilik haklarına saldırı sebebi ile manevi tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 23/12/2014 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü.

Dava, basın ve yayın yoluyla kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, ... Gazetesi ... ekindeki 12/03/2014, 17/03/2014 ve 18/03/2014 tarihli yayınlarında ... Ticaret Odasının ...'in idaresi altında olduğuna, örgütün talimatları doğrultusunda hareket edilerek tasfiyelerin gerçekleştiğine, seçimlerin de bu örgütün etkisi altında yapıldığına ilişkin yayınlar yapıldığını, yayınlarda bahsi geçen iddiaların seçimlerde bizzat yer almış kişinin anlatımlarına dayandırıldığının iddia edildiğini, yazılanların davalıların dayanaksız sözleri ve savlarından ibaret olduğunu, bu şekilde davacının itibarının zedelendiğini, hukuka aykırı, gerçek dışı ve tamamen kurmaca yayınlarla müvekkilinin kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu ileri sürerek, davacının oluşan manevi zararlarının tazminini talep etmiştir.

Davalılar vekili cevabında; doğrudan kişilik haklarını ihlal edici içeriğin bulunmadığını, kamuoyunu ilgilendiren güncel konuların haber yapıldığını, başka gazetelerde de konu ile ilgili yayınların yapılmış olduğunu beyanla davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, dava konusu haberlerin kamuoyunun ilgisini çeken ve başka basın yayın organlarında gündeme getirildiği, önemli ve etkili bir konuma sahip olan davacı kurumda yapılan seçimler ile akabinde yapılan iş ve işlemlerin gündeme getirilmesinin basın özgürlüğü kapsamında değerlindirilmesi gerektiği, öz ve biçim arasındaki dengenin korunduğu, davaya konu yazıların içerik itibariyle davacı yönünden manevi tazminatı gerektirici şartlar bulunmadığından, davanın reddine karar verilmiştir.

Basın özgürlüğü, Anayasa'nın 28. maddesi ile 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 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 izlenmesini gerektirmektedir. 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 yararıdır. 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 sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da basın sorumlu tutulmamalıdır.

Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; dava konusu yayınların basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği, davacı kurumun, suç örgütü olduğu kabul edilen bir yapıyla yakın ilişkili ve irtibatlı gösterildiği, suç örgütü ile irtibatlı gösterilmesinin başlı başına kişilik haklarını zedeleyici faktör olduğu, dolayısıyla davacı kurumun kişilik haklarına saldırı oluşturacak mahiyette olduğu anlaşılmaktadır. Şu durumda, davacı yararına uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken davanın tümden reddine karar verilmesi doğru değildir. Kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA** ve peşin alınan harcın istek halinde geri verilmesine 11/12/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 5. HUKUK DAİRESİ

ECRİMİSİL • ZAMANAŞIMI • KISMİ DAVA

ÖZET: Ecrimisil davalarında zamanaşımı süresi beş yıl olup, bu süre dava tarihinden geriye doğru işlemeye başlar.

Kısmi dava kapsadığı miktar için zamanaşımını keser.

Y.5. HD. E: 2019/619 K: 2019/17063 T: 23.10.2019

Dava, ecrimisil bedelinin tahsili için açılan ilk davada saklı tutulan bölümün tahsili istemine ilişkindir.

İlk derece mahkemesince davanın kabulüne ilişkin olarak verilen karara karşı, davalı idare vekilince yapılan istinaf başvurusunun ... Bölge Adliye Mahkemesi 4.Hukuk Dairesince esastan reddine karar verilmiş olup, hüküm davalı idare vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyada bulunan kanıt ve belgelere, kararın dayandığı gerekçelere göre; ... İli, ... İlçesi, ... Köyü 403, 406 ve 416 parsel sayılı taşınmazlara ilişkin ecrimisil bedelinin tahsiline yönelik taraflar arasında görülüp kesinleşen ... Asliye Hukuk Mahkemesinin 2012/218 E,2016/625 K, sayılı davada ; ilk dava tarihi olan 24/05/2012 tarihinden geriye doğru son beş yıl için belirlenen ecrimisil bedeli esas alınmak suretiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak; 25.5.1938 tarih ve 29/10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre ecrimisil davaları 5 yıllık zamanaşımınatabii olup, bu beş yıllık süre dava tarihinden geriye doğru işlemeye başlar.

Görülen ek davada davalı idare vekili süresi içerisinde zamanaşımı itirazında bulunmuştur. Davanın 23/05/2017 tarihinde açılmış olduğu, ilk dava ile; 24/05/2012 tarihinden geriye doğru beş yıllık ecrimisil isteminde bulunulduğu, zamanaşımının daha önce 24/05/2012 günü açılan kısmi davada istenilen miktar için kesilmiş olup açılan ilk davada talep edilen miktar dışındaki kısım için zamanaşımı kesilmediğinden davanın reddine karar verilmesi gerekirken aksi yönde hüküm kurulması,oğru görülmemiştir.

Davalı idare vekilinin temyiz itirazları yerinde olduğundan ... Bölge Adliye Mahkemesi 4.Hukuk Dairesinin hükmünün açıklanan nedenlerle HMK'nun 371. maddesi gereğince **BOZULMASINA,** 23/10/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 7. HUKUK DAİRESİ

İŞLETME TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ • BAĞIMSIZ İŞYERİ • İŞKOLU TESPİTİ

ÖZET: Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurumu ve kuruluşuna ait aynı iş kolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede sadece bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir.

Ancak, bu işyerlerinin birbirinden bağımsız işyeri olması gerekir. Asıl işin yardımcısı niteliğindeki işyerleri bağımsız işyeri olarak kabul edilemez.

İşletme iddiasına ilişkin uyuşmazlıklarda işkolu tespiti uyuşmazlığı varsa bekletici mesele yapılmalıdır.

Y.7.HD.E: 2014/8329 K:2014/16260 T:17.07.2013

Davacı, Çalışma ve Soysal Güvenlik Bakanlığı'nın 29.04.2013 tarih ve 75014829/103.02/7479 sayılı yetki tespiti kararının iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Ç...'lığı vekili işyerinde yapılan incelemede 200 işçinin çalıştığının, bu işçilerden 81'inin TİS yapmak için yetki tespitinde bulunan T.. Sendikası'nın üyesi olduğunu tespit ettiklerini, yetki tespit başvuru yazısındaki adreslerde faaliyet gösteren işyerlerine ilişkin SGK' ya 1020635 (halı dokuma) ve 1173175 (iplik büküm) numaralarında kayıtlı 2 işyerine ilişkin ayrı ayrı bildirimlerde bulunulduğunu, bu nedenle de yetki tespit yazısının işletme olarak düzenlendiğini, T.. Sendikası vekili davanın reddine karar verilmesini istemişlerdir.

Mahkemece şirkete ait işyerlerinin aynı işkolunda yer aldığının ihtilafsız olduğunu, şirketin ayrı ayrı iki işyerinin bulunduğu çalışan sayının 208 olduğu ve sendikaya üye işçi sayısının ise 78 olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne Ç.. B..'nın 29/04/2013 tarih ve 75014829/103.02/7479 sayılı yetki tespiti kararının iptaline karar verilmiştir.

Uyuşmazlık davalı sendikanın toplu iş sözleşmesi imzalayabilmek için çoğunluğu sağlayıp sağlayamadığı işverene ait işyerlerinin işletme kapsamında yer alıp almadığı noktasında toplanmaktadır.

Bakanlık yetki tespit kararında S..T.. San. ve Tic. A.Ş' ye ait, 1-O.. S.. B..K..Cad. No: ..... N.../Bursa adresindeki, ... nolu ve ....-O.. S..B..K.. Cad. No: .... N../Bursa adresindeki ..... nolu işyerlerinde başvuru tarihi olan 25.04.2013 'de çalışan İşçi sayısının: 200 (iki yüz) ve sendika üye sayısının:81 (seksenbir) olduğu T.. Sendikasının yasanın aradığı gerekli çoğunluğu sağladığı tespit edilmiştir.

Öncelikle 6356 sayılı Yasa'nın geçici 6/3). maddesinde "Ocak 2013 istatistiklerinin yayımlandığı tarihe kadar, (26 Ocak 2013 tarih ve 28540 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandı) Bakanlığa yapılmış olan yetki tespit başvuruları ile taraf oldukları bu Kanunun yürürlüğünden önce imzalanmış Toplu İş Sözleşmesi Ocak 2013 istatistiklerinin yayımı tarihinden sonra yetkisi sona erecek olan sendikaların, bir sonraki toplu iş sözleşmesiyle sınırlı olmak üzere yapacakları yetki tespit başvuruları mülga 2822 sayılı Kanunun 12'nci maddesine göre Bakanlıkça yayımlanmış Temmuz 2009 istatistiklerine ve mülga 2822 sayılı Kanunda belirtilen hükümlere göre sonuçlandırılır. (Ek cümle: 10.01.2013 - 6385 S.K./20. md.) Ancak, en son yayımlanan 2009 istatistiğinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi için başvuru hakkına sahip işçi sendikalarının 7/11/2012 tarihinde ve sonraki bu fıkraya göre yapacakları yetki tespit talepleri, 41'nci maddede yer alan işyeri veya işletme çoğunluğu şartlarına göre sonuçlandırılır." düzenlemesi yer almakta olup, somut olayda yetki başvuru tarihinin 25.04.2013 olması sebebi ile uyuşmazlığın 6356 sayılı Kanunda belirtilen hükümlere göre sonuçlandırılması gerekir.

6356 sayılı Kanunun 34. maddesinde "(1) Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir. (2) Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir. (3) Grup toplu iş sözleşmesi, tarafların anlaşması üzerine bir işçi sendikası ile bir işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerleri ve işletmeleri kapsamak üzere yapılır. (4) İşletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıklar, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede on beş gün içinde karara bağlanır. Kararın temyizi halinde Yargıtay on beş gün içinde kesin olarak karar verir." düzenlemesi yer almıştır.

Buna göre, bir gerçek ve tüzel kişilikte işletme toplu iş sözleşmesi yapılabilmesi için, o gerçek veya tüzel kişiliğin aynı işkolunda kurulu birden çok işyerine sahip olması gerekmektedir. Ayrı bir tüzel kişiliğe sahip bir şirketin diğer bir tüzel kişiliğe sahip şirketin işyeri birlikte işletme oluş-

turduğunun kabulü ise mümkün değildir. 6356 sayılı Yasanın 34. maddesinde işletme toplu iş sözleşmesinin hangi hallere yapılabileceğinden hareketle işletmenin tanımı yapıldığında aynı gerçek veya tüzel kişiliğe ait aynı işkolunda kurulu birde çok işyerinin bulunması halinde söz konusu işyerlerinin bir işletme oluşturduğu kabul edilmektedir. Buna göre aynı işkolunda kurulu birden çok işyerinin bulunması olgusu işletmenin bir unsuru olarak kabul edildiğinde iki işyerinde aynı işkolunda kurulu ancak birbirinden bağımsız işyerleri olması gerekir. Birbirini tamamlar nitelikte işler görülmesi durumunda o işyerlerinin bir işletme değil, işyeri oluşturduğundan söz etmek gerekir.

Yine Yasanın 5.maddesinde "(1) Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Bakanlıkça yapılır. Bakanlık, tespit ile ilgili kararını Resmi Gazete'de yayımlar. Bu tespite karşı ilgililer, kararın yayımından itibaren on beş gün içinde dava açabilir. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar. (2) Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz." düzenlemesi yer almıştır.

Dolayısı ile yetki tespiti davasında bir gerçek ve tüzel kişiye ait aynı işkolunda birden çok işyerinden oluşan bir işletme olduğu iddiası var ise, İşletme düzeyinde ancak tek bir TİS yapılacak olması (işletme toplu iş sözleşmesi) ve bu hususun kamu düzeni ile ilgili olması karşısında, işverene ait işyerlerinin işletme oluşturup oluşturmadığının tespiti için, iddia konusu işyerlerinde bakanlıkça 6356 sayılı Yasa'nın 5. maddesi uyarınca yapılmış işkolu tespit kararları var ise buna göre, yoksa yapılacak işkolu tespiti bekletici mesele yapılarak sonucuna göre değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekecektir.

Her ne kadar 6356 sayılı Yasa'nın 5/(2). fıkrasında "Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz" denilmekte ise de, bu düzenlemenin Toplu iş hukukunda bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olan ve 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinde tanımlanan işletme iddiası kapsamı dışında haller için uygulanması gerektiği değerlendirilmelidir. Aksi halde işletme kapsamına giren bir gerçek ve tüzel kişiye ait işyerlerinde, işletme bütünlüğü gözetilmeden yasanın emredici hükümleri dikkate alınmadan toplu iş sözleşmesi yapılması gibi bir durum ortaya çıkacaktır.

O halde, 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeyi, işyeri düzeyinde yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamışken ve çözümü aynı maddenin 1. fıkrasında düzenlenen işkolu tespit prosedürü ile mümkün olan işkolu uyuşmazlıklarıyla sınırlı olarak değerlendirilmek gereklidir. 6356 sayılı Kanunda işletme kapsamına ilişkin uyuşmazlıkların bekletici mesele yapılamayacağına dair bir hüküm yer almamaktadır. Ayrıca işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin kural yukarıda da kısaca bahsedildiği üzere kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenlerle işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise, mahkemenin bu uyuşmazlığı çözmeye de yetkili olması halinde işletme olup olmadığı 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre ön mesele olarak çözüme kavuşturulması gereklidir. Yetki uyuşmazlığını inceleyen mahkemenin işletme olup olmadığına ilişkin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olmaması halinde ise yine aynı hükümlere göre bu problemin çözümü bekletici mesele yapılmalıdır.

Somut olayda şirkete ait T..S.. Gazetesi ve Ana Sözleşmesi getirtilerek şirket merkezi tespit edilip, şayet şirket merkezinin bağlı olduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün bağlı olduğu mahkemenin davanın görüldüğü mahkemeden başka yer mahkemesi olduğu tespit edilir ise 6356 sayılı kanun 34/4 maddesinde uyarınca dava açması için davacı vekiline süre verilerek sonuca gidilmelidir.

Şayet mahkemenin şirket merkezindeki Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün bağlı olduğu mahkeme olduğu tespit edilir ise öncelikle davacı tarafa şirkete ait işyerlerinin işkolunun tespiti için Ç.. B..na başvurması için süre verilmeli yapılan başvuru ve bu tespit sonucu ön mesele yapılarak işkolu tespit başvurusunun sonucuna göre işin esası çözüme kavuşturulmalıdır. İşkolu tespiti prosedürü tamamlandıktan sonra sonucuna göre; somut olayda çözümlenmesi gereken konu, 6356 sayılı Kanun'un 34/2. fıkrasında belirtilen "Bir gerçek ve tüzelkişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir." tanımına uygun aynı işkolunda kurulu birden çok işyerinden oluşan bir işletme olup olmadığı, tespit edilmelidir. Buna göre aynı işkolunda kurulu birden çok işyerinin bulunması olgusu işletmenin bir unsuru olarak kabul edildiğinden bu işyerlerinin aynı işkolunda kurulu ancak birbirinden bağımsız işyerleri olması gerekir. O halde, işyerleri için yapılacak işkolu tespiti sonucuna göre aynı işkolunda kurulu farklı işyerlerinin varlığı kabul edilir ise işyerleri birlikte işletme kabul edileceği için işçi sayısının tespitinde aynı işkolundaki tüm işyeri birlikte değerlendirilecektir. Yine yapılacak tespit sonucuna göre, bir kısım işyerlerinde görülen iş asıl işe yardımcı iş kabul edilir ise, aynı

işkolunda farklı bir işyeri oluşturmayacağı, bağımsız varlığı olmadığı için, 6356 sayılı Kanun madde 4/(2)'ye göre "Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin girdiği işkolundan sayılır." kuralı uyarınca asıl işyeri ile birlikte değerlendirilecektir. Ancak bütün bu tespitlerin yapılabilmesi için bekletici mesele kabul edilecek olan, işkolu tespit kararına ihtiyaç vardır.

Mahkemece Ticaret Sicil Kayıtları ve şirket Ana Sözleşmesi getirtilerek yukarı yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca bir değerlendirme yapılarak sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenlerle **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre davalıların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, temyiz harcının istek halinde davalı Sendikaya iadesine, 17.07.2013 gününde oybirliğiyle KESİN olarak karar verildi.

YETKİ TESPİTİ • İŞ KOLU UYUŞMAZLIĞI • İŞLETME KAVRAMI • BEKLETİCİ MESELE

ÖZET: Her ne kadar yasada, yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği bir dönem sonrası için kuralı var ise de, bu kuralın işletme iddiası kapsamındaki uyuşmazlıklara uygulanmayacağı kabul edilmelidir.

Bu nedenle işletme iddiasına ilişkin yetki tespitinde iş kolu uyuşmazlığı bekletici mesele olmalıdır.

Aynı iş kolunda kurulu birden çok işyerinin bulunması işletmenin temel unsurudur. Bu işyerlerinin birbirlerinden ayrı ve bağımsız kuruluşlar olmaları gerekir.

Yapılacak tespit sonucunda bir kısım işyerlerinde görülen iş asıl işe yardımcı iş kabul edilir ise, aynı işyerinde farklı işyeri olmayacağından işletmeden de söz edilmeyecektir.

Y. 7. HD E: 2014/19618 K: 2014/21904 T.02.12.2014

Davacı vekili, davalılardan T.. S..'nın 6356 Sayılı Sendikalar Kanunu'nun 42. maddesine göre diğer davalı Çalışma Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na yetki tespiti hususunda başvurusunda bulunduğunu, müvekkili şirketin işyerinde davalı sendikanın yetkili olduğunun tespit edilerek ilgili belgenin 28/03/2014 tarihinde kendilerine tebliğ edildiğini, yetki kararının yasaya aykırı olduğunu, davacı şirketin aynı adresde iki adet SGK sicil numarası farklı işyeri bulunduğunu, bunlardan 1024062.55 sicil numaralı işyerinde tespit kararındaki sayının aksine 185 işçi çalıştığını, bunun SGK 2014/Şubat kayıtları ile belli olduğunu, 10842980.55 sicil numaralı işyerinde ise 34 işçi çalıştığını, her iki işyerinin bir bütün olarak ele alınması gerektiğini, bu halde davalı sendikanın TİS yapmak için gerekli çoğunluğu sağlamadığının ortada olduğunu, kaldı ki işyerinde 99 sendikalı işçi olduğu söylense de işverenin ekonomik kriz nedeni ile 27.03.2014 tarihinde 19 işçinin işine son vermek zorunda kaldığını, bunlar arasında sendikalı işçi varsa sayının daha da düşmüş olma ihtimali bulunduğunu, bu nedenlerle SGK kayıtları, işçi listeleri dikkate alınarak davanın kabu-

lüne ve bakanlığın yetki tespit kararının iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı cevap dilekçesinde, T.. S..'nın davacıya ait işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmak için 18/03/2014 tarihinde başvuruda bulunduğunu, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 41. maddesi'nin 7. bendindeki "Bakanlık, yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerinin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alır" hükmü gereğince işlem yaptığını, işyerlerine ilişkin bildirimler doğrultusunda alınan dökümlerde başvuru tarihi itibariyle davacı şirkette 177 işçinin çalıştığı, bunlardan 99 işçinin T.. S..na üye olduğunun tespit edildiğini ve buna ilişkin yetki tespit yazısının taraflara gönderildiğini, yapılan işlemde usulsüzlük bulunmadığını, davacı şirket adına kayıtlı diğer işlerinin 10 nolu iş koluna girdiğinden dikkate alınmasının mümkün olmadığını, davalı Metal İş Sendikası vekili, davalı sendikanın işyerinde çalışan 177 işçiden 99'unun üyesi olması nedeni ile çoğunluğu sağladığını, davacının somut veri ve delillere dayanmadan itiraz ettiğini, işçi sayısını SGK kayıtlarının doğruladığını, bakanlığın SGK kayıtlarını dikkate alarak hatasız olarak işçi ve sendikalı sayısını belirlediğini, işyerinde 185 işçinin çalıştığına dair iddiayı kabul etmediklerini, kaldı ki bu iddia ile davacıya ait diğer işyerinin de dikkate alınması gerektiği kabul edilse bile, işletme düzeyinde %40 çoğunluğu sendikanın yine de sağladığını savunmuş ve davanın reddini istemişlerdir.

Mahkemece, "...tüm gelen kayıt ve belgelerden de anlaşılacağı üzere davacı iş yerinin davalı SGK'da işlem gören ve sicil numaraları yukarıda yazan iki adet iş yeri olduğu, SGK'dan gelen kayıtlardan da anlaşılacağı üzere gerek 1024062, gerekse 1084298 sicil sayılı iş yerlerinin organize sanayi bölgesi U.... Cad. T.... / S.... adresinde işlem gören S. Yurt Savunma Sanayi ve Ticaret A.Ş. adına kayıtlı olduğu, her iki iş yerinin de yetki tespiti talebindeki tarih itibariyle işçi sayılarının SGK kayıtlarıyla celp edildiği, ancak yetki tespitinde yukarıda da belirtildiği üzere 1084298 sayılı iş yerindeki işçilerin başka iş kolunda olduğu gerekçesiyle sayıya dahil edilmediği, bu konuyla ilgili olarak yetki tespitinin istendiği ve tespitin yapıldığı tarihte uygulanması gereken yasanın 6356 sayılı yasa olduğu, 6356 sayılı yasanın geçici 6/3. maddesinde Ocak 2013 istatistiklerinin yayınlandığı tarihe kadar bakanlığa yapılmış olan yetki tespit başvuruları ile taraf oldukları bu kanunun yürürlüğünden önce imzalanmış toplu iş sözleşmesi Ocak - 2013 istatistiklerinin yayımı tarihinden sonra yetkisi sona erecek olan sendikaların bir sonraki 40. maddede yer alan iş yeri

veya işletme çoğunluğu şartlarına göre sonuçlandırılır. Düzenlemesi karşısında yetki başvuru tarihi de dikkate alınarak uyuşmazlığın 6356 sayılı yasa kapsamında çözümlenmesi gerektiği, mahkememizce yapılan incelemede iş yerleri için yapılacak tespitte aynı iş kolunda kurulu farklı iş yerlerinin tespitinin yapılması gerektiği ve yetki tespitinde bu iş yerlerindeki işçi sayısının birlikte değerlendirileceği, mevcut dava dosyasında davacı iş yerinde sayıya dahil edilmeyen 1084298 sicil nolu iş yerinde yapılan işlemin ve işin dosya kapsamına göre asıl işe yardımcı iş olarak kabul edilmesi gerektiği, aynı iş kolunda farklı bir iş yeri oluşturmayacağı, bağımsız varlığı olmadığı dolayısıyla fabrika iş yerleriyle birlikte değerlendirileceği bu nedenle her iki sicil numarasındaki işçilerin tespit tarihi itibariyle sayıya dahil edilmesi gerektiği, bu kapsamda yetki tespiti sırasında davalı sendikanın toplu iş sözleşmesi yapabilmek amacıyla yeterli çoğunluğu sağlayamadığı, davalı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın yapmış olduğu yetki tespitine ilişkin kararın iptal edilmesi gerektiği" gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Taraflar arasında, S.Yurt Savunma Sanayi A.Ş. İşyerlerinin hangi işkoluna girdiği, bu anlamda işverene ait işyerlerinin işletme kapsamında yer alıp almadığı, sendikanın Toplu İş Sözleşmesi yapmaya yetkili olup olmadığı konularında uyuşmazlık vardır.

Öncelikle 6356 sayılı Yasa'nın geçici 6/3. maddesi uyarınca somut olayda yetki başvuru tarihinin 18.03.2014 olması sebebi ile uyuşmazlığın 6356 sayılı Kanunda belirtilen hükümlere göre sonuçlandırılması gerektiği açıktır.

Bakanlık yetki tespit kararında, 18.03.2014 başvuru tarihi itibari ile S. Yurt Savunma Sanayi A.Ş. Organize Sanayi Bölgesi ...Cad. No;.. ../ Samsun adresindeki 1....5 sicil numaralı işyerinde çalışan işçi sayısının 177, sendikalı işçi sayısının 99 olduğu, toplu iş sözleşmesi yapmak için T.. S..'nın gerekli çoğunluğu sağladığı tespit edilmiştir.

ÇSGB'lığının cevabi yazısından işverenin 8....-41 sicil numaralı Organize Sanayi Bölgesi .. Cad. No ../Samsun adresindeki işyerinin 10 numaralı iş kolunda kalması nedeni ile dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır.

Toplu İş Sözleşmesinin kapsamı ve düzeyi başlıklı 6356 sayılı Kanunun 34.maddesinde "1-Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir.(2) Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir…(4) İşletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip

olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıklar, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede on beş gün içinde karara bağlanır. Kararın temyizi halinde Yargıtay onbeş gün içinde kesin olarak karar verir." hükmüne yer verilmiştir.

Yine Yasanın 5.maddesinde "(1) Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Bakanlıkça yapılır. Bakanlık, tespit ile ilgili kararını Resmi Gazete'de yayımlar. Bu tespite karşı ilgililer, kararın yayımından itibaren on beş gün içinde dava açabilir. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar. (2) Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz." düzenlemesi yer almıştır.

Dolayısı ile yetki tespiti davasında bir gerçek ve tüzel kişiye ait aynı işkolunda birden çok işyerinden oluşan bir işletme olduğu iddiası var ise, işletme düzeyinde ancak tek bir TİS yapılacak olması (işletme toplu iş sözleşmesi) ve bu hususun kamu düzeni ile ilgili olması karşısında, işverene ait işyerlerinin işletme oluşturup oluşturmadığının tespiti için, iddia konusu işyerlerinde bakanlıkça 6356 sayılı Yasanın 5. maddesi uyarınca yapılmış işkolu tespit kararları var ise buna göre, yoksa yapılacak işkolu tespiti bekletici mesele yapılarak sonucuna göre değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekecektir.

Her ne kadar 6356 sayılı Yasanın 5/(2).fıkrasında "Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz" denilmekte ise de, bu düzenlemenin Toplu İş Hukukunda bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olan ve 6356 sayılı Kanunun 34. maddesinde tanımlanan işletme iddiası kapsamı dışında haller için uygulanması gerektiği değerlendirilmelidir. Aksi halde işletme kapsamına giren bir gerçek ve tüzel kişiye ait işyerlerinde, işletme bütünlüğü gözetilmeden yasanın emredici hükümleri dikkate alınmadan toplu iş sözleşmesi yapılması gibi bir durum ortaya çıkacaktır.

O halde, 6356 sayılı Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeyi, işyeri düzeyinde yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamışken ve çözümü aynı maddenin 1. fıkrasında düzenlenen işkolu tespit prosedürü ile mümkün olan işkolu uyuşmazlıklarıyla sınırlı olarak değerlendirilmek gereklidir. 6356 sayılı Kanunda işletme kapsamına ilişkin uyuşmazlıkların bekletici mesele yapılamayacağına dair bir hüküm

yer almamaktadır. Ayrıca işletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin kural yukarıda da kısaca bahsedildiği üzere kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenlerle işletme kapsamına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu ise, mahkemenin bu uyuşmazlığı çözmeye de yetkili olması halinde işletme olup olmadığı 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre ön mesele olarak çözüme kavuşturulması gereklidir. Yetki uyuşmazlığını inceleyen mahkemenin işletme olup olmadığına ilişkin uyuşmazlığı çözmeye yetkili olmaması halinde ise yine aynı hükümlere göre bu problemin çözümü bekletici mesele yapılmalıdır.

Sonuç olarak, dava dilekçesi ve dosya kapsamından anlaşılacağı şekilde, uyuşmazlık konuları arasında yetki tespitin iptali ile birlikte, S. Yurt Savunma Sanayi A.Ş.'ne ait işyerlerinin işletme olmadığı, tek işyeri olduğu iddia edilmekle bunların tek bir işyeri mi, yoksa işletme mi veya farklı iş kollarına tabi iki ayrı işyeri mi olduğunun tespiti de sözkonusudur.

Bu halde uyuşmazlıkta 6356 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin uygulanması da söz konusu olmaktadır. Bu maddeye göre bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yapılır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Resmi Gazete'de yayımlanan tespit kararına karşı ilgililer 15 gün içerisinde dava açabilirler. Bu halde öncelikle davacı tarafa şirkete ait 8211 01 01 10842980.5513-41 sicil numaralı Organize Sanayi Bölgesi ... Cad. No ... S. adresindeki iş yerinin işkolunun tespiti için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na başvurması için süre verilmeli, yapılan başvuru ve bu tespit sonucu ön mesele yapılarak işkolu tespit başvurusunun sonucuna göre işin esası çözüme kavuşturulmalıdır. Mahkemece bu yönde işlem yapılmadan, üstelik işyerinde yapılan işin mahiyeti tam olarak belirlenmeden eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile 8211 01 01 10842980.5513-41 numaralı iş yerindeki işin asıl işe yardımcı iş niteliğinde olduğu, bu iş yerinin fabrika iş yeri ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği, bağımsız bir iş yeri olmadığının kabulü hatalı olmuştur.

İşkolu tespiti prosedürü tamamlandıktan sonra sonucuna göre; somut olayda çözümlenmesi gereken konu, 6356 sayılı Kanunun 34/2. fıkrasında belirtilen "Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerine sahip bir işletmede ancak bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir." tanımına uygun aynı işkolunda kurulu birden çok işyerinden oluşan bir işletme olup olmadığı, tespit edilmelidir. Buna göre aynı işkolunda kurulu birden çok işyerinin bulunması olgusu işletmenin bir unsuru olarak kabul edildiğinden bu işyerlerinin aynı işkolunda kurulu ancak birbirinden bağımsız işyerleri olması gerekir. O halde, işyerleri için yapılacak işkolu tespiti sonucuna göre aynı işkolunda

kurulu farklı işyerlerinin varlığı kabul edilir ise işyerleri birlikte işletme kabul edileceği için işçi sayısının tespitinde aynı işkolundaki tüm işyeri birlikte değerlendirilecektir. Yine yapılacak tespit sonucuna göre, bir kısım işyerlerinde görülen iş asıl işe yardımcı iş kabul edilir ise, aynı işkolunda farklı bir işyeri oluşturmayacağı, bağımsız varlığı olmadığı için asıl işyeri ile birlikte değerlendirilecektir. 6356 sayılı Kanun madde 4/(2)'ye göre "Bir işyerinde yürütülen asıl işe yardımcı işler de, asıl işin girdiği işkolundan sayılır." şayet yapılan tespitte diğer iş yerinin Samsun Yurt Savunma Sanayi A.Ş.'nin yetki tespitinde dikkate alınan iş yeri ile aynı iş kolundan farklı işkoluna girdiği anlaşılan işyeri olduğu belirlenir ise, işçi sayısının tespitinde bu işyeri dikkate alınmayacaktır. Aksi takdirde iki iş yerinin ve çalışan işçi sayısının birlikte dikkate alınması gerekecektir.

Mahkemece iş kolu tespit kararına göre, iki iş yerinin yetki tespitinde birlikte dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşıldığı takdirde, davacı şirket vekilinin her iki işyerinde çalışan işçi sayısına yönelik dava konusu ettiği itirazları dikkate alınarak başvuru tarihi itibari ile her iki işyerinde çalışan işçi sayısı gerekirse mahalinde keşif yapılarak uzman bilirkişi heyetinden rapor alınmak sureti ile belirlenmeli, buna göre davalı sendikanın yeterli çoğunluğu sağlayıp sağlamadığı tespit edilmelidir. Bu yön üzerinde durulmadan kabul edilen işçi sayısının ne olduğu, davalı sendikanın ne suretle çogunluğu sağlayamadığı açıkça gerekçelendirilmeden soyut bir şekilde talebin kabulü doğru olmamıştır.

O halde davalıların bu yöne ilişkin temyiz itirazları kabul edilmeli ve karar bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerle **BOZULMASINA,** davalı sendikanın yatırdığı temyiz harcının istek halinde iadesine, 02.12.2014 gününde oybirliğiyle KESİN olarak karar verildi.

YARGITAY 8. HUKUK DAİRESİ

AVUKATLIK ÜCRETİ • İCRA ÖDEMESİNDE VERGİ KESİNTİSİ

ÖZET: İİK'in 138/3. maddesinde ise vekil vasıtasıyla yapılan takiplerde vekalet ücreti miktarının, alacaklı ile borçlu arasında yapılmış sözleşmeye bakılmaksızın icra müdürü tarafından avukatlık ücret tarifesine göre hesaplanacağı, bu şekilde tayin olunan vekalet ücretinin de takip masraflarına dahil olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle borçlu Kurumun icra vekalet ücreti borcunu, icra dairesi vasıtasıyla öderken gelir vergisi kesintisi yapması anılan Yasa maddeleri çerçevesinde mümkün değildir.

Y.8. HD. E: 2015/1668 K: 2017/1695 T: 13/02/2017

Borçlu vekili, 9.885,91 TL stopaj kesintisi yapılarak dosya borcunun tamamının ödendiğini, İcra Müdürlüğü'nce 9.885,91 TL stopaj kesintinin dosyaya ödenmesi için muhtıra gönderildiğini, muhtıranın iptalini talep etmiştir.

Mahkemece 26 Nisan 2014 tarihi Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren KDV Genel Uygulama Tebliği'nin Avukatlık Ücretleri başlıklı 1-B-4 maddesine atıfta bulunularak, somut olayda takibe konu ilamda hükmedilen avukatlık ücretinde KDV hariç şeklinde bir ifade yer almadığından, KDV dahil olarak kabul edildiğinden ve davacı borçlu tarafından dosya borcu hesaplattırılarak ödendiğinden şikayetin kabulüne karar verilmiş, hüküm alacaklı vekilince temyiz edilmiştir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesinde, kazanç ve ücretlerde kesinti halleri belirtilmiş ve 3. fıkrasında ise; "Yaptıkları serbest meslek işleri dolayısı ile bu işleri icra edenlere yapılan ödemelerden (18. inci maddede yazılı olanlarla kazançları götürü olarak tespit edilen serbest meslek erbabına ve noterlere serbest meslek faaliyetlerinden dolayı yapılan ödemeler hariç).. istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben (Avans olarak ödenenler dâhil) tevkifat yapmaya mecburdurlar." düzenlemesi mevcuttur.

İİK'in 138/3. maddesinde ise vekil vasıtasıyla yapılan takiplerde vekalet ücreti miktarının, alacaklı ile borçlu arasında yapılmış sözleşmeye bakılmaksızın icra müdürü tarafından avukatlık ücret tarifesine göre hesaplanacağı, bu şekilde tayin olunan vekalet ücretinin de takip masraflarına dahil olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle borçlu Kurumun icra vekalet ücreti borcunu, icra dairesi vasıtasıyla öderken gelir vergisi kesintisi yapması anılan Yasa maddeleri çerçevesinde mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, Mahkemece, stopaj ile ilgili kesinti yapılamayacağı dikkate alınarak, sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme hükmünün yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366 ve 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca İİK'nun 366/3. maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 10 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 13.02.2017 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

MAL REJİMİ
•
EMEKLİ İKRAMİYESİ PEŞİN DEĞERLİ HESAPLAMA

ÖZET: Mal rejiminin devamı sırasında, emeklilik ikramiyesinin toptan ödenmesi durumunda; öncelikle ödeme tarihi itibarıyla ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH 2010 tablosundan yararlanılarak, emekli olan eşin ortalama bakiye yaşam süresi bulunarak, ödeme günlük irat şeklinde yapılsaydı her bir güne karşılık gelen miktar saptanır. Bundan sonra, irat şeklindeki günlük ödeme miktarı, mal rejiminin sona erdiği 31.04.2012 tarihinden sonraki kalan günler ile çarpılarak, bulunacak bu miktarın peşin sermayeye çevrilmiş değeri hesaplanır.

Davalıya ait emeklilik ikramiyesi ve emeklilik yardımının mal rejiminin devamı sırasında davalıya toplu olarak ödendiği hususu da dikkate alınarak söz konusu ödemelerin ne kadarlık kısmının kişisel mal ve ne kadarlık kısmının edinilmiş mal sayılması gerektiğinin hesaplanması konusunda TRH 2010 yaşam tablosundan anlayan konusunda uzman yeni seçilecek bilirkişi veya bilirkişilerden tarafların ve Yargıtayın denetimine açık gerekçeli rapor alınması, iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin hesabı gerektiğinden uygulamada sapma göstermeksizin benimsenen yüzdelik iskonto oranının hesaplamada uygulanması zorunludur.

Y. 8. HD E:2019/1480 K:2019/3580 T: 03.04.2019

Davacı ... vekili, ziynet eşyaları ve evlilik birliği içinde davalının aldığı emekli ikramiyesi ile OYAK'taki emeklilik yardımı ile davalıya verdiği 15.000 mark nedeni ile 35.000,00 TL alacağın tahsilini talep ve dava etmiştir. Davacı vekili 17.11.2015 tarihli dilekçesi ile talep miktarını toplam 80.000,00 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı ... vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne emekli sandığı ve OYAK'taki birikimler nedeni ile 289,36 TL, ziynetler nedeni ile 13.959,00 TL, davalıya verilen borç para nedeni ile 11.041,00 TL alacağın tahsiline, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir. Hüküm, davacı vekili tarafından emekli ikramiyesi ve OYAK'taki birikimler yönünden temyiz edilmiştir.

1. Toplanan deliller ve tüm dosya kapsamından; dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına ve mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verildiğine, takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2. Davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelemesine gelince;

Maddi olayları ileri sürmek taraflara, hukuki nitelendirme yapmak ve uygulanacak kanun maddelerini belirlemek hakime aittir (6100 Sayılı HMK mad.33). İddianın ileri sürülüş şekline göre dava, kişisel ve ziynet alacağı, artık değere katılma alacağı isteğine ilişkindir.

4721 Sayılı TMK'nin "Edinilmiş Mallar" başlıklı 219. maddesinin 2. fıkrasında, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerin edinilmiş mal grubundan sayıldığı belirtilmiştir. Aynı Kanun'un 228/2. maddesinde ise, eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumlarınca yapılmış olan toptan ödemeler veya iş gücünün kaybı dolayısıyla ödenmiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede o miktarın kişisel mal olarak hesaba katılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Mal rejiminin devamı sırasında, emeklilik ikramiyesinin toptan ödenmesi durumunda; öncelikle ödeme tarihi itibarıyla ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH 2010 tablosundan yararlanılarak, emekli olan eşin ortalama bakiye yaşam süresi bulunarak, ödeme günlük irat şeklinde yapılsaydı her bir güne karşılık gelen miktar saptanır. Bundan sonra, irat şeklindeki günlük ödeme miktarı, mal rejiminin sona erdiği 31.04.2012 tarihinden sonraki kalan günler ile çarpılarak, bulunacak bu miktarın peşin sermayeye çevrilmiş değeri hesaplanır.

Mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden ödemenin açıklanan yöntemle hesaplanan peşin sermaye çevrilmiş değeri, emekli olan eşin kişisel malı sayılır. Ödenen toplam emeklilik ikramiyesinden, kişisel mal sayılan bu miktar (mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden günlük irat şeklindeki toplam ödemelerin peşin sermayeye çevrilmiş değeri) çıkarıldıktan sonra, kalan miktar edinilmiş mal (artık değer) kabul edilerek tasfiye sırasında göz önünde bulundurulur.

Emeklilik ikramiyesinin tasfiyeye konu edilmesi için mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olması (TMK mad.235/1) ya da bu para kullanılarak başka bir mal varlığına sahip olunmalıdır. Söz konusu gelir, kullanılarak satın alınan mal varlıkların tasfiyesinde de aynı kurallar geçerli olacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda açıklanan hesaplama yöntemi mal rejiminin ölüm dışındaki nedenlerle sona ermesi hallerinde uygulanır.

Açıklamalar doğrultusunda hesaplama yapılabilmesi için, iddia ve savunma çerçevesinde, emekliliğe ve ödemeye ilişkin belgeler bulunduğu yerlerden getirtilerek hüküm kurulurken göz önünde bulundurulmalıdır. Belirtilen ilke ve esaslara göre değer tespiti, belirleme ve hesaplamaların yapılabilmesi için ihtiyaç duyulması halinde konusunun uzmanı bilirkişi veya bilirkişilerden de yardım alınmalıdır.

Somut olaya gelince; eşler, 27.12.1991 tarihinde evlenmiş, 31.05.2012 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün, 16.12.2014 tarihinde kesinleşmesiyle boşanmışlardır. Mal rejimi boşanma davasının açıldığı tarih itibarıyla sona ermiştir (TMK mad.225/son). Sözleşmeyle başka mal rejiminin seçildiği ileri sürülmediğinden, evlilik tarihinden 4721 Sayılı TMK'nin yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı (743 Sayılı TKM mad.170), bu tarihten mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar ise, edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir (4722 Sayılı Yasa mad.10, TMK mad.202/1). Tasfiyeye konu emeklilik ikramiyesi, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu 08.05.2012 tarihinde; OYAK'taki emeklilik yardımı da edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu 16.04.2012 tarihinde davalı eş adına ödenmiştir. Mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı bulunduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır (TMK mad.179).

Yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkeler uyarınca yapılan incelemede;

Tüm dosya kapsamı birlikte incelendiğinde, Mahkemece, hükme esas alınan bilirkişiye ait raporda her ne kadar bakiye ömrün belirlenmesinde PMF tablosu esas alınarak ve peşin sermaye değerine çevrilerek hesaplama yapılmış ise de, hesaplamada bakiye ömrün tamamı dikkate alınmadan sadece ilk 5 yılın ortalaması alınarak varsayımsal peşin değer belirlenerek hesaplama yapılması hatalı olmuştur. O halde, Mahkemece, davalıya ait emeklilik ikramiyesi ve OYAK emeklilik yardımının mal rejiminin devamı sırasında davalıya toplu olarak ödendiği hususu da dikkate alınarak söz konusu ödemelerin ne kadarlık kısmının kişisel mal ve ne kadarlık kısmının edinilmiş mal sayılması gerektiğinin hesaplanması konusunda TRH 2010 yaşam tablosundan anlayan konusunda uzman yeni seçilecek bilirkişi veya bilirkişilerden tarafların ve Yargıtayın denetimine açık gerekçeli rapor alınması, iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin hesabı gerektiğinden uygulamada sapma göstermeksizin benimsenen yüzdelik iskonto oranının hesaplamada uygulanmasının zorunlu olduğunun bilirkişiye veya bilirkişilere hatırlatılması, ondan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek tarafların kazanılmış hakları da gözetilerek bir karar verilmesi gerekir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarda 2. bentte gösterilen sebeplerle 6100 sayılı HMK'nin Geçici 3.maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA;** davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının yukarıda 1. bentte gösterilen sebeplerle reddine, HUMK'un 440/I maddeleri gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 03.04.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

EŞLER ARASINDA MAL REJİMİ
•
YÜZDELİK İSKONTO ORANI

ÖZET: Taraflar arasında Dairenin onama-bozma ilamı sonrasında halen devam eden uyuşmazlığın davalıya ödenen emeklilik ikramiyesine yönelik bulunduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Dairenin uyulan bozma ilamında kısaca "...boşanma dava tarihinden önce davalıya ödenmiş olan emekli ikramiyesinin TMK'nun 228. maddesi gözönünde bulundurularak kalan yaşam süresi bakımından... tablosu gözönünde bulundurularak davalının kalan yaşam süresine ilişkin ve hesaplanacak paranın kişisel mal olduğunun kabulü ile hesaplamada düşürülmesi gerektiği, bilirkişi raporunda yasada yazılı hesaplama şekline kısmen uyulmuş ise de mal rejiminin sona erdiği tarih sonrasına isabet eden kısmın peşin sermayeye çevrilmiş değeri hesaplanmadan ikramiyenin tamamının kişisel mal olarak değerlendirildiği, bu değerlendirmenin usul ve yasaya aykırı olduğu, bu nedenle mahkemece, emeklilik ikramiyesi üzerinde katılma alacağı hesabı bakımından seçilecek hukukçu bilirkişinin destekten yoksun kalma tazminatı ve... tablosuna göre hesaplama konusunda uzman olan bir kişi olmasına özen gösterilmesi, iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin hesabı gerektiğinden uygulamada sapma göstermeksizin benimsenen yüzdelik iskonto oranının hesaplamada uygulanmasının zorunlu olduğu..." açıklanmıştır.

Y. 8. HD E: 2014/11341 K:2016/1298 T: 26/01/2016

Davacı ... vekili, evlilik içinde edinilen bir araç, bir daire ile davalının 15.09.2009 tarihinde aldığı emekli ikramiyesi üzerinde davacının yasal hakkı olduğunu açıklayarak katkı payı ve katılma alacağı isteğinde bulun-

muş, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 5.000 TL'nin davalıdan faizi ile tahsilini istemiş, harcını da yatırdığı 01.06.2012 tarihli dilekçesi ile talebini 30.000 TL olarak ıslah etmiştir.

Davalı ..., gerek araç, gerek evin alımında davacının bir katkısı bulunmadığı gibi boşanma davasının da 28.09.2009 tarihinde açılması sebebiyle emekli ikramiyesi bakımından da talebin yerinde olmadığını açıklayarak davanın reddini savunmuştur.

Mahkemenin, davacının... İlçesi .... ada..parsel .. nolu taşınmaz ve emekli ikramiyesine ilişkin talebinin reddine, ... plakalı araçtan dolayı 3.200 TL'nin karar tarihi olan 06.06.2012 tarihinden geçerli yasal faiziyle birlikte davalı ...'dan tahsiline, fazlaya ilişkin talebin reddine ilişkin kararı, taşınmaz ve emekli ikramiyesine yönelik olarak davacı vekili tarafından temyiz edilmiş, Dairenin 19.02.2013 tarih 2012/11114 Esas 2013/1764 Karar sayılı ilamı ile taşınmaz yönünden onanmış, emekli ikramiyesi yönünden ise bozulmuştur. Bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda, Mahkemece talebin kısmen kabulü ile 35,50 TL'nin ...'dan alınarak ...'ye verilmesine, fazlaya ilişkin taleplerin reddine karar verilmesi üzerine hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

4721 sayılı TMK'nun "edinilmiş mallar" başlıklı 219. maddesinin 2.fıkrasında, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerin edinilmiş mal grubundan sayıldığı belirtilmiştir. 228/2. maddede ise, eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumlarınca yapılmış olan toptan ödemeler veya iş gücünün kaybı dolayısıyla ödenmiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Mal rejiminin devamı sırasında, emeklilik ikramiyesinin toptan ödenmesi durumunda; öncelikle ödeme tarihi itibarıyla... (population masculin feminin) tablosundan yararlanılarak, emekli olan eşin ortalama bakiye yaşam süresi bulunarak, ödeme günlük irat şeklinde yapılsaydı her bir güne karşılık gelen miktar saptanır. Bundan sonra, irat şeklindeki günlük ödeme miktarı, mal rejiminin sona erdiği 28.09.2009 tarihinden sonraki kalan günler ile çarpılarak, bulunacak bu miktarın peşin sermayeye çevrilmiş değeri hesaplanır.

Mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden ödemenin açıklanan yöntemle hesaplanan peşin sermayeye çevrilmiş değeri, emekli olan eşin kişisel malı sayılır. Ödenen toplam emeklilik ikramiyesinden, kişisel mal sayılan bu miktar (mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden günlük irat şeklindeki toplam ödemelerin peşin sermayeye çevrilmiş değeri) çıkarıldıktan sonra, kalan miktar edinilmiş mal kabul edilerek tasfiye sırasında gözönünde bulundurulur.

Emeklilik ikramiyesinin tasfiyeye konu edilmesi için mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olması (TMK'nun 235/1) ya da bu para kullanılarak başka bir malvarlığına sahip olunmalıdır. Söz konusu gelir, kullanılarak satın alınan malvarlıkların tasfiyesinde de aynı kurallar geçerli olacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda açıklanan hesaplama yöntemi mal rejiminin ölüm dışındaki nedenlerle sona ermesi hallerinde uygulanır.

Somut olaya gelince; eşler, 15.07.1978 tarihinde evlenmiş, 28.09.2009 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün,11.01.2011 tarihinde kesinleşmesiyle boşanmışlardır. Mal rejimi boşanma davasının açıldığı tarih itibarıyla sona ermiştir (TMK 225/son). Sözleşmeyle başka mal rejiminin seçildiği ileri sürülmediğinden evlilik tarihinden 4721 sayılı TMK'nun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı (743 sayılı TKM 170.m), bu tarihten mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar ise, edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir (4722 sayılı yasanın 10, TMK 202/1.m). Tasfiyeye konu emeklilik ikramiyesi, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu 17.09.2009 tarihinde davalı eş adına ödenmiştir. Mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı bulunduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır (TMK 179.m).

Taraflar arasında Dairenin onama-bozma ilamı sonrasında halen devam eden uyuşmazlığın davalıya ödenen emeklilik ikramiyesine yönelik bulunduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Dairenin uyulan bozma ilamında kısaca "...boşanma dava tarihinden önce davalıya ödenmiş olan emekli ikramiyesinin TMK'nun 228. maddesi gözönünde bulundurularak kalan yaşam süresi bakımından... tablosu gözönünde bulundurularak davalının kalan yaşam süresine ilişkin ve hesaplanacak paranın kişisel mal olduğunun kabulü ile hesaplamada düşürülmesi gerektiği, bilirkişi raporunda yasada yazılı hesaplama şekline kısmen uyulmuş ise de mal rejiminin sona erdiği tarih sonrasına isabet eden kısmın peşin sermayeye çevrilmiş değeri hesaplanmadan ikramiyenin tamamının kişisel mal olarak değerlendirildiği, bu değerlendirmenin usul ve yasaya aykırı olduğu, bu nedenle mahkemece, emeklilik ikramiyesi üzerinde katılma alaca-

ğı hesabı bakımından seçilecek hukukçu bilirkişinin destekten yoksun kalma tazminatı ve... tablosuna göre hesaplama konusunda uzman olan bir kişi olmasına özen gösterilmesi, iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin hesabı gerektiğinden uygulamada sapma göstermeksizin benimsenen yüzdelik iskonto oranının hesaplamada uygulanmasının zorunlu olduğu..." açıklanmıştır.

Vermiş olduğu bir hüküm Yargıtay tarafından bozulan ve Yargıtay'ın bu bozma kararına gerek iradi ve gerekse kanuni şekilde uymuş olan hukuk mahkemesi, bozma kararı doğrultusunda inceleme yapmak ve hüküm vermek zorundadır. Mahkeme, bozma kararından dönerek direnme kararı veremeyeceği gibi, hükmün bozma kararının kapsamı dışında kalarak kesinleşmiş olan bölümleri hakkında da yeni bir hüküm kuramaz. Bu müesseseye "usuli müktesep hak" veya "usule ilişkin kazanılmış hak" denir. "Usuli Müktesep Hak", davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrar sağlamak ve kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla Yargıtay İçtihatları ile kabul edilmiş, usul hukukunun ana ilkelerindendir ve kamu düzeni ile ilgilidir. Açıkça bozmaya uyulmasına karar verilmesiyle, taraflardan birisi yararına usule ilişkin kazanılmış hak doğar. Bundan sonra mahkemenin yapacağı iş, bozma kararı uyarınca ve o doğrultuda işlem yapmak ve gerekli kararı vermekten ibarettir. Kural olarak, hakim ara kararından dönebilirse de, bozmaya uyulmasına ilişkin karar bunun istisnalarındandır. Farklı anlatımla; bozma kararına uyan mahkeme, bununla bağlıdır.

Mahkemece bozma ilamına uyulmuş, alınan 03.12.2013 tarihli hukukçu bilirkişi raporu doğrultusunda yazılı şekilde hüküm kurulmuştur. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin hesabı istenmiş ise de bilinmeyen döneme ait tazminat hesabında peşin ödeme sebebiyle her yıl için belli bir oranda artırım ve iskonto yapılması gerektiği, ödenen emeklilik ikramiyesi açısından bilinmeyen dönem söz konusu olmadığından Daire ilamında belirtildiği şekilde artırım-iskonto hesabı yapılmadığının belirtildiği, Daire ilamında açıklandığı ve az yukarıda belirlenen ilkeler ile uyulan bozma ilamı gereğince, emeklilik ikramiyesine ilişkin katılma alacağı hesabı bakımından, seçilecek hukukçu bilirkişinin, destekten yoksun kalma tazminatı ve ... tablosuna göre hesaplama konusunda uzman olan bir kişi olmasına özen gösterilmesi, iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin hesabı gerektiğinden, uygulamada sapma göstermeksizin benimsenen yüzdelik iskonto oranlarının hesaplamada uygulanmasının zorunlu olduğunun, bu şekilde bulunacak iradın peşin sermaye değerinin kişisel mal olarak mahsup edilip kalan miktarın katılma alacağının tespitinde dikkate alınacak artık değer

olacağının bilirkişiye hatırlatılması, tarafların ve Yargıtay'ın denetimine açık, gerekçeli rapor alındıktan sonra, tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, uyulan bozma ilamına ve hesaplama yöntemine aykırı olduğu anlaşılan bilirkişi raporuna değer verilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazları açıklanan nedenlerle yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi uyarınca B**OZULMASINA,** taraflarca HUMK'nun 440/I maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve 25,20 TL peşin harcın istek halinde davacıya iadesine 26.01.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MAL TASFİYESİ • HESAPLAMA YÖNTEMİ

ÖZET: Mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden ödemenin açıklanan yöntemle hesaplanan peşin sermayeye çevrilmiş değeri, emekli olan eşin kişisel malı sayılır. Ödenen toplam emeklilik ikramiyesinden, kişisel mal sayılan bu miktar (mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden günlük irat şeklindeki toplam ödemelerin peşin sermayeye çevrilmiş değeri) çıkarıldıktan sonra, kalan miktar edinilmiş mal kabul edilerek tasfiye sırasında göz önünde bulundurulur.

Y. 8. HD E: 2016/2116 K: 2017/3537 T:14/03/2017

Davacı ... vekili, evlilik birliği içinde davalı adına edinilen 42 nolu mesken, davalı adına kayıtlı iken 22/11/2010 tarihinde üçüncü şahsa satılan 5 nolu mesken, ... Gruptan satın alınan hissenin 14/10/2006 tarihinde feshedilmesi sonrası davalıya ödenen 34.090,00 TL para ve davalı adına kayıtlı araç yönünden fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak mal rejiminin tasfiyesi ile alacağın yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, harca esas değer 10.000,00 TL olarak bildirilmiştir.

18.09.2015 tarihli harcını yatırdıkları dilekçe ile 42 nolu mesken yönünden 104.668,39 TL, 5 nolu mesken yönünden 35.000,00 TL, ... grup hissesinin feshi nedeniyle ödenen para yönünden 17.045,00 TL, araç yönünden 3.500,00 TL olmak üzere toplam 160.213,39 TL olarak talep miktarı açıklanmıştır.

Davalı ... vekili, dava konusu olan ve halen davacının ikamet ettiği 42 nolu meskenin 1999 yılında satın alındığını, davalının 30/08/1998 ve 30/08/2001 tarihleri arasında Almanya'da çalıştığı dönemde yaklaşık aylık 10.000 Mark civarı maaş ödemesinin yapıldığını, bu dönemde davacının ücretsiz izinli olarak Almanya'da bulunduğunu, taşınmazın davalının gelirleri ile alındığını, 5 nolu mesken ve aracın bedelinin tamamının davalının emekli ikramiyesi ile karşılandığını, söz konusu ... Gruptaki hissenin tamamına yakın kısmının borçla satın alınıp, sözleşme feshedildikten sonra sözleşme bedelinin yaklaşık 6 ay sonra davalıya ödendiğini, bu gelen para ile önce alınan borçların ödendiğini daha sonra elinde kalan yaklaşık 8.500,00 TL paranın yarısını davacıya verdiğini ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, dosya içindeki boşanma kararı, tanık anlatımları ve bilirkişi raporuna göre dava konusu mallar evlilik birliği içinde edinilmiş olup hakkaniyete göre davacının %50 oranında katkısının olduğu anlaşılmakla, ıslahla da bağlı kalınarak 160.213,39 TL katkı alacağının karar tarihinden başlayacak faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacı tarafa verilmesine karar verilmiştir. Hüküm, süresi içerisinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına ve mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verildiğine, takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2-Davalı vekilinin 42 nolu mesken yönelik diğer temyiz itirazlarına gelince;

01.01.2002 tarihinden önce 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin (TKM) yürürlükte olduğu dönemde, eşler arasında yasal mal ayrılığı rejimi geçerliydi (TKM 170 m). TKM'de, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin düzenleme mevcut olmadığından, eşlerin bu dönemde edindikleri malvarlığının tasfiyesine ilişkin uyuşmazlık, aynı kanunun 5.maddesi yollamasıyla Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri göz önünde bulundurularak "katkı payı alacağı" hesaplama yöntemi kurallarına göre çözüme kavuşturulacaktır. Zira Borçlar Kanunu, Medeni Kanunun tamamlayıcısı olarak kabul edilmiştir (eBK 544, TBK 646 m).

Mal ayrılığı rejiminde; eşler kendi malları üzerinde tasarruf yetkisine ve intifa hakkına sahiptir ve mallarının idaresi kendisine aittir (TKM 186/1 m). Her birinin malları, geliri ve kendi kazançları yine kendilerine ait kişisel mallarıdır (TKM 189 m). Kadın veya kocanın, diğerinin mal rejiminin devamı sırasında edindiği malvarlığına katkısı nedeniyle katkı payı alacağı isteyebilmesi için, mutlaka para ya da para ile ölçülebilen maddi veya hizmet değeriyle katkıda bulunması gerekir. Bu katkı, ziynet, miras veya bağış yoluyla elde edilen başka malvarlıklarının kullanılması ile toplu olarak yapılabileceği gibi, çalışan eşin gelirleriyle de yapılması mümkündür. Çalışarak, düzenli ve sürekli gelire (maaş, gündelik, kar payı vs gibi) sahip eşin, aksi kanıtlanmadıkça diğer eşin sahip olduğu malvarlığına yapabileceği tasarruf oranında katkıda bulunduğunun kabulü gerekir. Yargıtay'ın ve Dairemizin devamlılık gösteren uygulamaları da bu yöndedir.

Mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilen tasfiyeye konu mala, eşlerin, hem başka malvarlıkları (ziynet, miras, bağış vs gibi) kullanılarak, hem de çalışma karşılığı elde ettikleri düzenli gelirleriyle katkıda bulunduklarının ileri sürüldüğü durumlarda; öncelikle, tasfiyeye konu malın edinildiği tarih itibarıyla başka malvarlıklarından elde edilen toplu para ile yapılan katkının, dava konusu malın bedelinin tamamı karşısındaki oranı saptanmalıdır. Bundan sonra da, kalan miktara her bir eşin çalışmaları ile elde ettikleri düzenli gelirleriyle katkıda bulunduklarının kabulü ile oranları ayrı ayrı belirlenmelidir. Buna göre, öncelikle toplu katkının satın alma tarihindeki parasal değeri ile tasfiyesi istenen malın hem edinme bedeli hem de dava tarihindeki sürüm (rayiç) değerleri ayrı ayrı tespit edilmelidir.

Dava konusu malvarlığına, başka malvarlıklarından elde edilen toplu para ile yapılan katkının dışında kalan bölümüne eşlerin çalışmaları karşılığı elde edilen düzenli gelirlerle yapılan katkı oranının belirlenmesi bakımından ise; öncelikle evlenme tarihinden, malın edinildiği tarihe kadar, eşlerin çalışma sürelerine ve gelirlerine ilişkin belgeler bulundukları yerlerden eksiksiz olarak getirtilmelidir. Çalışmanın sabit olunmasına rağmen, çalışılan bir kısım döneme ilişkin belgelere ulaşılamaması durumunda, ilgili meslek kuruluşlarından ve/veya bilirkişilerden o döneme ilişkin yaklaşık gelir durumu sorulup belirlenerek, malın edinildiği tarihe kadar ki eşlerin tüm gelirleri ayrı ayrı saptanmalıdır. Sonra, her bir eşin alışkanlıkları, ekonomik ve sosyal statüleri gözetilerek, kişisel harcamaları ile ayrıca kocanın 743 sayılı TKM'nin 152. maddesi gereğince evi geçindirme yükümlülüğü nedeniyle yapabileceği harcama kendi gelirlerinden düşülerek ayrı ayrı yapabilecekleri tasarruf miktarları tespit edilmeli,

daha sonra her bir eşin tespit edilen tasarruf miktarının birlikte gerçekleştirdikleri toplam tasarruf miktarı içerisindeki oranı belirlenmelidir. Bulunan bu oranlar, eşlerin çalışmaları karşılığı elde ettikleri düzenli gelirleriyle tasfiye konusu malvarlığına yaptıkları katkı oranını göstermektedir. Açıklanan yöntemlerden yararlanılarak ayrı ayrı tespit edilen toplu para ve düzenli gelirlerle yapılan katkı oranları, birleştirmek suretiyle değerlendirilerek, tasfiyeye konu malvarlığının dava tarihindeki sürüm (rayiç) değeri ile çarpılmak suretiyle, katkı payı alacak miktarı bulunur.

Somut uyuşmazlık incelendiğinde, taraflar, 31.08.1984 tarihinde evlenmiş, 30.10.2006 tarihinde açılan ve retle sonuçlanan ilk boşanma davasından sonra, 07.01.2011 tarihinde açılan boşanma davasının TMK 166/son fıkrası uyarınca kabulüne ilişkin hükmün, 05.06.2012 tarihinde kesinleşmesiyle boşanmışlardır. Mal rejimi kabulle sonuçlanan boşanma davasının açıldığı tarih itibarıyla sona ermiştir (TMK 225/son). Sözleşmeyle başka mal rejiminin seçildiği ileri sürülmediğinden evlilik tarihinden 4721 sayılı TMK'nun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı (743 sayılı TKM 170.m), bu tarihten mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar ise, edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir (4722 sayılı yasanın 10, TMK 202/1.m). Mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı bulunduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır (TMK 179.m).

Tasfiyeye konu edilen 42 nolu mesken eşler arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu 06.12.1999 tarihinde davalı adına tescil edilmiştir. Mahkemece yazılı şekilde meskenin alımında davacının ziynetleri ve geliriyle katkıda bulunduğunun kabulüne karar verilmesi yerinde ise de yapılan hesaplamanın yukarıda izah edilen ilke ve esaslara uygun olmadığı anlaşılmaktadır. Dosyada tarafların gelirlerine ilişkin evraklar getirtilmeden ve hükme esas alınan hesaplamada mükerrer tahsile neden olacak şekilde ziynetle yapılan katkı miktarı düşülmeksizin gelirle yapılan katkı miktarı hesaplandığı anlaşılmaktadır.

Mahkemece yapılacak iş, ziynetle katkı miktarı hesaplanıp düşüldükten sonra gelirle katkı miktarının tespiti, gelirle yapılan katkı hesaplamasına esas olmak üzere, evlenme tarihinden, meskenin edinildiği tarihe kadar, tarafların çalışma sürelerine ve gelirlerine ilişkin belgelerin bulundukları yerlerden getirilip, az yukarıda açıklanan şekilde tarafların gelir ile katkı oranının tespit edilmesi, hesaplamada davacının ücretsiz izinli olduğu dönem, davalının ise yurtdışında görevli olduğu dönem elde ettiği yüksek gelirin gözetilmesi ve sonucuna göre davacının toplam katkı payı alacağı miktarının hesaplanmasıdır.

3- Davalı vekilinin araç ve 5 nolu mesken yönünden temyiz itirazlarına gelince,

4721 sayılı TMK'nun "edinilmiş mallar" başlıklı 219. Maddesinin 2.fıkrasında, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerin edinilmiş mal grubundan sayıldığı belirtilmiştir. 228/2. Madde de ise, eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumlarınca yapılmış olan toptan ödemeler veya iş gücünün kaybı dolayısıyla ödenmiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Mal rejiminin devamı sırasında, emeklilik ikramiyesinin toptan ödenmesi durumunda; öncelikle ödeme tarihi itibarıyla PMF (population masculin feminin) tablosundan yararlanılarak, emekli olan eşin ortalama bakiye yaşam süresi bulunarak, ödeme günlük irat şeklinde yapılsaydı her bir güne karşılık gelen miktar saptanır. Bundan sonra, irat şeklindeki günlük ödeme miktarı, mal rejiminin sona erdiği 07.01.2011 tarihinden sonraki kalan günler ile çarpılarak, bulunacak bu miktarın peşin sermayeye çevrilmiş değeri hesaplanır.

Mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden ödemenin açıklanan yöntemle hesaplanan peşin sermaye çevrilmiş değeri, emekli olan eşin kişisel malı sayılır. Ödenen toplam emeklilik ikramiyesinden, kişisel mal sayılan bu miktar (mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden günlük irat şeklindeki toplam ödemelerin peşin sermayeye çevrilmiş değeri) çıkarıldıktan sonra, kalan miktar edinilmiş mal kabul edilerek tasfiyeye sırasında göz önünde bulundurulur.

Somut uyuşmazlık incelendiğinde; davalı 15.09.2006 tarihinde emekliye ayrılmış olup, tasfiyeye konu edilen 5 nolu mesken 06.10.2006, araç ise 18.09.2006 tarihinde davalı adına tescil edilmiş, 5 nolu mesken 22.11.2010 tarihinde, araç ise 23.09.2008 tarihinde davalı tarafından üçüncü şahsa devredilmiştir. Dosya kapsamından araç ve meskenin davalının emeklilik ikramiyesi ile alınmış olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, bu malvarlıkları yönünden izah edilen şekilde PMF hesabı yapılıp katılma alacağı hesaplanması gerekirken, yazılı şekilde her iki malvarlığının yarı değeri oranında davacı lehine alacağa hükmedilmesi hatalıdır.

4- ... grup hissesi yönünden temyiz itirazları incelendiğinde, Dosyada evlilik birliği içinde edinilen davalının ... Gruptaki hissesi karşılığı 34.090,00 TL para aldığı hususunda anlaşmazlık bulunmamakta olup, uyuşmazlık bu paradan davacının hissesine düşen miktarın gönderilip gönderilmediği noktasında toplanmaktadır.

Mahkemece yazılı gerekçe ile bu talebin kabulüne karar verilmiş ise de dosya kapsamı hüküm kurmaya yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Davalı taraf delil listesinde bulunan ve tasfiyeye konu ... grup hissesi ile ilgili makbuzların olduğu iddia edilen, taraflar arasında redle sonuçlanan boşanma dava dosyası ile davalı tarafın parayı yatırdığını iddia ettiği müşterek çocuk Ayça'nın ilgili banka hesabına ilişkin kayıtlar bulunduğu yerden getirtilerek incelenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik araştırma ve inceleme ile hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın yukarıda (2), (3) ve (4) nolu bentte gösterilen nedenlerle davalı vekilinin yazılı temyiz itirazları yerinde görüldüğünden kabulü ile hükmün 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollaması ile HUMK'nun 428. maddesi uyarınca BOZULMASINA, diğer temyiz itirazlarının yukarıda (1). bentte gösterilen nedenle reddine, Yargıtay duruşmasının yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümleri uyarınca 1.480,00 TL Avukatlık Ücreti'nin davacıdan alınarak Yargıtay duruşmasında avukat marifetiyle temsil olunan davalıya verilmesine, taraflarca HUMK'nun 440/I maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 14.03.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MAL REJİMİ • YÜZDELİK İSKONTO ORANI

ÖZET: Mahkemece, öncelikle tasfiyeye konu taşınmaz görülmek suretiyle yeniden keşif ve değer tespiti yapılmasının sağlanması, dava konusu taşınmazın alımında kullanıldığı hususunda duraksama bulunmayan davalıya ait emeklilik ikramiyesi ve emeklilik yardımının mal rejiminin devamı sırasında davalıya toplu olarak ödendiği hususu da dikkate alınarak söz konusu ödemelerin ne kadarlık kısmının kişisel mal ve ne kadarlık kısmının edinilmiş mal sayılması gerektiğinin hesaplanması konusunda TRH 2010 tablosundan anlayan konusunda uzman bilirkişi veya bilirkişilerden tarafların ve Yargıtay'ın denetimine açık gerekçeli rapor alınması, iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin hesabı gerektiğinden uygulamada sapma göstermeksizin benimsenen yüzdelik iskonto oranının hesaplamada uygulanmasının zorunlu olduğunun bilirkişiye veya bilirkişilere hatırlatılması, ondan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek tarafların kazanılmış hakları da gözetilerek bir karar verilmesi gerekir. PMF tablosunu esas alan hesap bilirkişi raporuna değer verilerek eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulması doğru olmamıştır.

Y 8. HD E: 2016/2583 K: 2018/11968 T:02/05/2018

Davacı ... U. vekili, dava dilekçesinde belirtilen taşınmaz nedeniyle mal rejiminin tasfiyesi ile tapu iptal-tescil veya alacak isteğinde bulunmuştur.

Davalı ... vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kabulü ile, 11.748,40-TL katılma alacağının karar tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesi üzerine; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller Mahkemece takdir edilerek karar verildiğine ve

takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2-Davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarına gelince;

Maddi olayları ileri sürmek taraflara, hukuki nitelendirme yapmak ve uygulanacak kanun maddelerini belirlemek hakime aittir(6100 sayılı HMK 33. m). İddianın ileri sürülüş şekline göre dava, artık değere katılma alacağı isteğine ilişkindir.

Eşler, 19.04.1996 tarihinde evlenmiş, 06.09.2013 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün, kesinleşmesiyle boşanmışlardır. Mal rejimi boşanma davasının açıldığı tarih itibarıyla sona ermiştir(TMK 225/son). Sözleşmeyle başka mal rejiminin seçildiği ileri sürülmediğinden evlilik tarihinden 4721 sayılı TMK'nun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı(743 sayılı TKM 170.m), bu tarihten mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar ise, edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir(4722 sayılı yasanın 10, TMK 202/1.m). Tasfiyeye konu 1316 parseldeki 4 nolu bağımsız bölüm, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu 02.07.2009 tarihinde satın alınarak, davalı eş adına tescil edilmiştir. Mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı bulunduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır(TMK 179.m).

Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporundan hareketle 11.748,40-TL katılma alacağına hükmedilmişse de, bu görüşe katılma olanağı bulunmamaktadır. Şöyle ki, öncelikle dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden tasfiyeye konu taşınmaz görülmeden keşif yapıldığı, keşif mahallinde site yöneticisinin beyanının alındığı, değer raporunun da yöneticinin beyanına dayalı olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Ayrıca, TMK.nun 219. maddesinde; sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerin edinilmiş mallar kapsamında değerlendirileceği açıklanmış ise de; sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurumlarının ödemeleri mal rejimi devam ederken toptan yapılmış ise aynı kanunun 228/son maddesindeki "...toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayaye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılır" şeklindeki düzenleme de göz önüne alınarak yapılan toplu ödemenin edinilmiş mal ve kişisel mal kısımlarının ayrı ayrı hesaplanması, hesaplama yapılırken mal rejiminin sona erdiği tarihten sonraki döneme ait iradın

peşin sermayeye çevrilmiş değerinin belirlenmesi ve bu miktarın kişisel mal olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ne var ki, mahkemece hükme esas alınan hesap bilirkişi raporunda bu husus üzerinde durulmadığı, mal rejimi sonrasına isabet eden iradın peşin sermaye değerinin hesaplanmadığı anlaşılmaktadır.

Bundan ayrı, yine anılan hesap bilirkişi raporunda bakiye ömrün belirlenmesinde PMF tablosunun esas alındığı görülmektedir. Ne var ki, Yargıtay uygulamalarında da kabul edilen ve ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH 2010 tablosu esas alınarak hesaplama yapılması gerekmektedir.

Mahkemece, öncelikle tasfiyeye konu taşınmaz görülmek suretiyle yeniden keşif ve değer tespiti yapılmasının sağlanması, dava konusu taşınmazın alımında kullanıldığı hususunda duraksama bulunmayan davalıya ait emeklilik ikramiyesi ve emeklilik yardımının mal rejiminin devamı sırasında davalıya toplu olarak ödendiği hususu da dikkate alınarak söz konusu ödemelerin ne kadarlık kısmının kişisel mal ve ne kadarlık kısmının edinilmiş mal sayılması gerektiğinin hesaplanması konusunda TRH 2010 tablosundan anlayan konusunda uzman bilirkişi veya bilirkişilerden tarafların ve Yargıtay'ın denetimine açık gerekçeli rapor alınması, iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin hesabı gerektiğinden uygulamada sapma göstermeksizin benimsenen yüzdelik iskonto oranının hesaplamada uygulanmasının zorunlu olduğunun bilirkişiye veya bilirkişilere hatırlatılması, ondan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek tarafların kazanılmış hakları da gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, mal rejimi sonrasına isabet eden iradın peşin sermaye değerini dikkate almayan ve PMF tablosunu esas alan hesap bilirkişi raporuna değer verilerek eksik araştırma ve inceleme ile hüküm kurulması doğru olmamıştır.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının yukarıda (2) nolu bentte yazılı nedenlerle kabulüyle hükmün 6100 sayılı HMK'nun Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'nun 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının yukarıda (1) nolu bentte yazılı nedenlerle reddine,taraflarca HUMK'nun 440/I maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, peşin harcın istek halinde temyiz eden davalıya iadesine, 02.05.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MAL REJİMİ TASFİYESİ •TRH 2010 YAŞAM TABLOSU

ÖZET: Mahkemece, dava konusu 2564 ada 1 parsel sayılı taşınmazın alımında kullanıldığı hususunda duraksama bulunmayan davalıya ait emeklilik ikramiyesinin mal rejiminin devamı sırasında davalıya toplu olarak ödendiği hususu dikkate alınarak, söz konusu ödemelerin ne kadarlık kısmının kişisel mal ve ne kadarlık kısmının edinilmiş mal sayılması gerektiğinin hesaplanması, bu konuda TRH 2010 yaşam tablosundan ve peşin sermaye değeri hesabından anlayan konusunda uzman bilirkişi veya bilirkişilerden tarafların ve Yargıtay'ın denetimine açık gerekçeli rapor alınması, ondan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.

Y. 8. HD E: 2016/17189 K: 2018/18691 T:15/11/2018

Davacı ... vekili, evlilik birliği içinde davacının çalışarak edinilen taşınmazlara katkı sağladığını, evlilik birliği içinde davalı adına edinilen 2552 ada 13 parsel ile 2564 ada 1 parsel sayılı taşınmazlar bulunduğunu ileri sürerek 10.000,00 TL alacağın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiş, 21.01.2016 tarihli dilekçede, 54.600,00 TL katılma alacağı, 27.150,00 TL katkı payı alacağı olmak üzere talep ettikleri toplam alacağın 81.750,00 TL olduğunu açıklamıştır.

Davalı ... vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne, 47.502,00 TL katılma alacağının karar tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin istemin reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, taraf vekillerince temiz edilmiştir.

1- 2552 ada 13 parsele ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

01.01.2002 tarihinden önce 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi' nin (TKM) yürürlükte olduğu dönemde, eşler arasında yasal mal ayrılığı rejimi geçerliydi (TKM mad.170). TKM'de, mal rejiminin tasfiyesine ilişkin düzenleme mevcut olmadığından, eşlerin bu dönemde edindikleri malvarlığının tasfiyesine ilişkin uyuşmazlık, aynı kanunun 5.maddesi yollama-

sıyla Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri göz önünde bulundurularak "katkı payı alacağı" hesaplama yöntemi kurallarına göre çözüme kavuşturulmalıdır. Zira Borçlar Kanunu, Medeni Kanun'un tamamlayıcısı olarak kabul edilmiştir (eBK mad. 544, TBK mad. 646).

Mal ayrılığı rejiminde; eşler kendi malları üzerinde tasarruf yetkisine ve intifa hakkına sahiptir ve mallarının idaresi kendisine aittir (TKM mad. 186/1). Her birinin malları, geliri ve kendi kazançları yine kendilerine ait kişisel mallarıdır (TKM mad. 189). Kadın veya kocanın, mal rejiminin devamı sırasında diğerinin edindiği malvarlığına katkısı nedeniyle katkı payı alacağı isteğinde bulunabilmesi için mutlaka para ya da para ile ölçülebilen maddi veya hizmet değeriyle katkıda bulunması gerekir.

Mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde satın alınan tasfiyeye konu mala çalışma karşılığı elde edilen gelirlerle (maaş, gündelik, kar payı vs gibi) katkıda bulunulduğunun ileri sürüldüğü durumlarda; çalışarak, düzenli ve sürekli gelire sahip eşin, aksi kanıtlanmadıkça, yapabileceği tasarruf oranında katkıda bulunduğunun kabulü gerekir. Yargıtay'ın ve Dairemiz'in devamlılık gösteren uygulamaları da bu yöndedir.

Bu açıklamalar doğrultusunda; öncelikle evlenme tarihinden, malın edinildiği tarihe kadar, eşlerin çalışma sürelerine ve gelirlerine ilişkin belgeler bulundukları yerlerden eksiksiz olarak getirtilmelidir. Çalışmanın sabit olmasına rağmen, bir kısım döneme ilişkin belgelere ulaşılamaması durumunda, ilgili meslek kuruluşlarından ve/veya bilirkişilerden o döneme ilişkin yaklaşık gelir durumu sorulup öğrenilerek, malın edinildiği tarihe kadar ki eşlerin tüm gelirleri ayrı ayrı belirlenmelidir. Sonra, her bir eşin alışkanlıkları, ekonomik ve sosyal statüleri gözetilerek, kişisel harcamaları ile ayrıca kocanın 743 sayılı TKM'nin 152. maddesi gereğince evi geçindirme yükümlülüğü nedeniyle yapabileceği harcama, eşlerin kendi gelirlerinden düşülerek, gerçekleştirebilecekleri tasarruf miktarları ayrı ayrı tespit edilmeli, daha sonra her eşin tasarruf miktarının, birlikte yaptıkları toplam tasarruf miktarı içerisindeki oranı belirlenmelidir. Her bir eşin bulunan bu tasarruf oranı, çalışmaları karşılığı elde ettikleri gelirleriyle malın alımına yaptıkları katkı oranı olarak kabul edilerek, tasfiyeye konu malın dava tarihi itibariyle belirlenecek sürüm (rayiç) değeri ile çarpılmak suretiyle katkı payı alacak miktarları hesaplanır.

Yukarıdaki değer tespiti, belirleme ve hesaplamaların yapılabilmesi gerek görülürse konusunun uzmanı bilirkişi veya bilirkişilerden de yardım alınmalıdır.

Somut olaya gelince; eşler, 03.04.1986 tarihinde evlenmiş, 08.10.2012 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün 20.10.2014 tarihinde kesinleşmesiyle boşanmışlardır. Mal rejimi boşanma davasının

açıldığı tarih itibarıyla sona ermiştir (TMK mad. 225/son). Sözleşmeyle başka mal rejiminin seçildiği ileri sürülmediğinden evlilik tarihinden 4721 sayılı TMK'nin yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı (743 sayılı TKM mad. 170), bu tarihten mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar ise, edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir (4722 Sayılı Yasa mad. 10, TMK mad. 202/1). Mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı bulunduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır (TMK mad. 179).

Yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkeler uyarınca yapılan incelemede; tanık ve taraf beyanları, sunulan belgeler ile tüm dava dosyası kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, davacının, evde halı dokuyup satarak gelir elde ettiğinin, katkı payı talep edilen 2552 ada 13 parsel sayılı taşınmazın edinildiği dönemde tarafların her ikisi de çalıştığına göre, davacının da taşınmazın edinilmesinde bir miktar katkı payının olduğunun kabulü gerekir. Buna göre, yukarıda açıklanan Dairemizin ilke ve uygulamalarına ve TMK'nin 4. ve TBK'nin 50. maddesi uyarınca, hukuk ve hakkaniyet ilkeleri de gözetilerek davacının makul bir katkı oranı belirlenerek, belirlenen katkı oranının tasfiyeye konu 2552 ada 13 parsel sayılı taşınmazın konusunun uzmanı 3 kişiden oluşan bilirkişi heyeti aracılığıyla belirlenecek dava tarihi itibariyle sürüm (rayiç) değeri ile çarpılmak suretiyle katkı payı alacağı miktarının belirlenmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

2- 2564 ada 1 parsele ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesinde;

TMK'nin 219. maddesinde sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerin edinilmiş mallar kapsamında değerlendirileceği açıklanmış ise de; sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurumlarının ödemeleri mal rejimi devam ederken toptan yapılmış ise aynı Kanunun 228/son maddesindeki "...toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayaye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılır" şeklindeki düzenleme de göz önüne alınarak yapılan toplu ödemenin edinilmiş mal ve kişisel mal kısımlarının ayrı ayrı hesaplanması, hesaplama yapılırken mal rejiminin sona erdiği tarihten sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin belirlenmesi ve bu miktarın kişisel mal olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Hükme esas alınan 13.04.2016 tarihli hesap bilirkişi raporunda, mal rejiminin sona erdiği tarihten sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye

çevrilmiş değerinin hesaplandığı hesapta boşanma dava tarihinde emekli ikramiyesi alınmış gibi hareket edilerek yüzdelik iskonta oranının tatbik edildiği bakiye ömrün belirlenmesinde de PMF tablosunun esas alındığı görülmektedir. Ne var ki, Yargıtay uygulamalarında da kabul edilen ve ülkemize özgü güncel verileri içeren TRH 2010 yaşam tablosu esas alınarak hesaplama yapılması hesaplamada ikramiyenin alındığı tarih itibariyle bakiye ömrün gözetilmesi, yıllık miktarın buna göre bulunması, yüzdelik iskonta oranının da buna göre tatbiki gerekmektedir. Bu halde, Mahkemece, dava konusu 2564 ada 1 parsel sayılı taşınmazın alımında kullanıldığı hususunda duraksama bulunmayan davalıya ait emeklilik ikramiyesinin mal rejiminin devamı sırasında davalıya toplu olarak ödendiği hususu dikkate alınarak, söz konusu ödemelerin ne kadarlık kısmının kişisel mal ve ne kadarlık kısmının edinilmiş mal sayılması gerektiğinin hesaplanması, bu konuda TRH 2010 yaşam tablosundan ve peşin sermaye değeri hesabından anlayan konusunda uzman bilirkişi veya bilirkişilerden tarafların ve Yargıtay'ın denetimine açık gerekçeli rapor alınması, ondan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının yukarıda (1) nolu bentte, davalı vekilinin temyiz itirazlarının yukarıda (2) nolu bentte yazılı nedenlerle kabulüyle hükmün 6100 sayılı HMK'nin Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** taraflarca HUMK'un 440/I maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve peşin harcın istek halinde temyiz edenlere ayrı ayrı iadesine, 15.11.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

MAL REJİMİ • EMEKLİ İKRAMİYESİ

ÖZET: Tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; hükme esas alınan hesap bilirkişi raporunda, ödenen emekli ikramiyesi ile emeklilik yardımı için bunların farklı alacak kalemleri olduğu gözetilmeden hesaplama yapıldığı, ayrıca emekli ikramiyesine ilişkin hesaplama yapılırken mal rejiminin sona erdiği tarihten sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin belirlendiği hesapta boşanma dava tarihinde emekli ikramiyesi alınmış gibi hareket edilerek yüzdelik iskonto oranının tatbik edildiği, bakiye ömrün belirlenmesinde PMF tablosunun esas alındığı görülmektedir. Ne var ki, Yargıtay uygulamalarında da kabul edilen ve ülkemize özgü güncel verileri içeren TRH 2010 yaşam tablosu esas alınarak hesaplama yapılması gerekmektedir.

Y. 8. HD E: 2016/20268 K: 2019/1114 T:07/02/2019

Davacı ... vekili, evlilik birliği içinde davalı adına edinilen otomobil ve taşınmaz ile emeklilik nedeniyle davalıya ... ve B'tan ayrı ayrı yapılan ödemelere ilişkin olarak fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere taşınmaz için 40.000,00 TL, araç için 5.000,00 TL, ...'den ödenen emekli ikramiyesi için 3.000,00 TL, O.'tan yapılan ödeme nedeniyle de 2.000,00 TL alacağın davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı ... vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece taşınmaz yönünden 5.600,00 TL, araç nedeniyle 5.000,00 TL , emekli ikramiyesi nedeniyle 2.393,25 TL, O. rezervi nedeniyle 2.000,00 TL alacağın davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1.Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verildiğine ve takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2. Davacı vekilinin ...'den davalının aldığı emeklilik ikramiyesine yönelen diğer temyiz itirazlarına gelince;

Eşler, 07.07.1988 tarihinde evlenmiş, 02.08.2011 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün 26.01.2013 tarihinde kesinleşmesiyle boşanmışlardır. Mal rejimi boşanma davasının açıldığı tarih itibarıyla sona ermiştir (TMK mad.225/son). Sözleşmeyle başka mal rejiminin seçildiği ileri sürülmediğinden evlilik tarihinden 4721 Sayılı TMK'nin yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihine kadar mal ayrılığı (743 Sayılı TKM mad.170), bu tarihten mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar ise, edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir (4722 Sayılı Yasa mad.10, TMK mad.202). Tasfiyeye konu ...'dan alınan emekli ikramiyesi ile O.'tan alınan emeklilik yardımı davalının 16.10.2008 tarihinde emekliye ayrılması üzerine tahakkuk etmiş, emekli ikramiyesi davalıya ödenmiş, O. emeklilik yardımı ise davalının isteği üzerine kurumun emekli maaş sistemine katılmıştır. Mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı bulunduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır (TMK mad.179).

TMK'nin 219. maddesinde sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerin edinilmiş mallar kapsamında değerlendirileceği açıklanmış ise de; sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurumlarının ödemeleri mal rejimi devam ederken toptan yapılmış ise aynı Kanunun 228/son maddesindeki "...toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik ve sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayaye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılır" şeklindeki düzenleme de göz önüne alınarak yapılan toplu ödemenin edinilmiş mal ve kişisel mal kısımlarının ayrı ayrı hesaplanması, hesaplama yapılırken mal rejiminin sona erdiği tarihten sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin belirlenmesi ve bu miktarın kişisel mal olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; hükme esas alınan 18.03.2016 tarihli hesap bilirkişi raporunda, ... tarafından ödenen emekli ikramiyesi ile ....tan ödenen emeklilik yardımı için bunların farklı alacak kalemleri olduğu gözetilmeden hesaplama yapıldığı, ayrıca emekli ikramiyesine ilişkin hesaplama yapılırken mal rejiminin sona erdiği tarihten sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değerinin belirlendiği hesapta boşanma dava tarihinde emekli ikramiyesi alınmış gibi hareket edilerek yüzdelik iskonta oranının tatbik edildiği, bakiye ömrün

belirlenmesinde PMF tablosunun esas alındığı görülmektedir. Ne var ki, Yargıtay uygulamalarında da kabul edilen ve ülkemize özgü güncel verileri içeren TRH 2010 yaşam tablosu esas alınarak hesaplama yapılması gerekmektedir.

Bu halde, Mahkemece yapılacak iş, yukarıda açıklanan Dairemiz'in ilke ve uygulamalarına göre,öncelikle davalının ...'den aldığı emekli ikramiyesi ile O.'tan aldığı emeklilik yardımına ilişkin taleplerin farklı alacak kalemleri olduğunun gözetilmesi, ...'dan alınan emeklilik ikramiyesinin mal rejiminin devamı sırasında davalıya toplu olarak ödendiği hususu dikkate alınarak, emekli ikramiyesinin ne kadarlık kısmının kişisel mal ve ne kadarlık kısmının edinilmiş mal sayılması gerektiğinin belirlenmesi, bu belirlemede yukarıda açıklandığı üzere .... yaşam tablosunun gözetilmesi, bu konuda uzman bilirkişi veya bilirkişilerden tarafların ve Yargıtay'ın denetimine açık gerekçeli rapor alınması, ondan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek, talep miktarı ve tarafların kazanılmış hakları da gözetilerek ...'den alınan emekli ikramiyesi ve ... yardımı ile ilgili karar verilmesi olmalıdır. Açıklanan biçimde araştırma ve inceleme yapılmadan, Dairenin ilke ve uygulamaları gözardı edilerek, hatalı hesaplama ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının yukarıda (2) nolu bentte yazılı nedenlerle kabulüyle hükmün 6100 sayılı HMK'nin Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca ...'dan alınan emekli ikramiyesine yönelik olarak **BOZULMASINA,** davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının (1) nolu bentte yazılı nedenlerle reddine, taraflarca HUMK'un 440/I maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine ve peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine 07.02.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

MAL REJİMİ • PEŞİN SERMAYELİ DEĞER HESABI

ÖZET: Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda her nekadar bakiye ömrün belirlenmesinde PMF tablosu esas alınarak , ödeme günlük irat şeklinde yapılsaydı her bir güne karşılık gelen miktar belirlenerek ve kalan kredi borcu dikkate alınarak hesaplama yapılmış ise de; hesaplamada mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden emekli ikramiyesi ödemesinin peşin sermayeye çevrilmiş değeri belirlenmeden ve kullanılan kredinin taşınmazın evlilik birliği içinde ödenen ve mal rejiminin tasfiyesinden sonra kalan taksit miktarları oranlanmadan, kalan taksit ödemesinin düşülerek artık değere katılma alacağının bulunması hatalı olmuştur. O halde, Mahkemece, yukarıda açıklanan Dairemiz'in ilke ve uygulamalarına göre, taşınmazın alınmasında kullanılan emekli ikramiyesinin TRH 2010 yaşam tablosundan yararlanılarak emekli ikramiyesinin, irat şeklindeki günlük ödeme miktarı, mal rejiminin sona erdiği 09.12.2009 tarihinden sonraki kalan günler ile çarpılarak, bulunacak bu miktarın peşin sermayeye çevrilmiş değeri, emekli olan eşin kişisel malı sayılarak ve kullanılan kredinin boşanma dava tarihinden sonraki döneme ilişkin kredi taksit miktarının oranlama yapılarak, az yukarıdaki ilkelere göre artık değere katılma alacağının hesaplanması gerekir.

Y. 8. HD E: 2018/15467 K:2019/1405 T: 13/02/2019

Davacı/karşı ve birleşen dosya davalısı ... vekili, dava dilekçesinde belirtilen taşınmaz nedeniyle alacağın tahsilini talep ve dava etmiş, karşı ve birleşen davanın reddini savunmuştur.

Davalı/karşı ve birleşen dosya davacısı ... vekili, davanın reddini savunmuş, karşı dava ve birleşen dava dilekçesinde sayılan mallar nedeniyle alacak talebinde bulunmuştur.

Mahkemece, asıl davanın kısmen kabulüyle 40.174,25 TL alacağın tahsiline, fazlaya ilişkin talebin reddine; karşı davanın kısmen kabulüyle 19.661,85 TL alacağın tahsiline, fazlaya ilişkin talebin reddine; birleşen davanın da kısmen kabulüyle 25.348,84 TL alacağın tahsiline, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir. Hüküm, davacı/karşı ve birleşen dosya davalısı ... vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Maddi olayları ileri sürmek taraflara, hukuki nitelendirme yapmak ve uygulanacak kanun maddelerini belirlemek hakime aittir (6100 sayılı HMK mad. 33). İddianın ileri sürülüş şekline göre dava, katkı payı alacağı ve artık değere katılma alacağına ilişkindir.

1.Toplanan deliller ve tüm dosya kapsamından; dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına ve mevcut deliller mahkemece takdir edilerek karar verildiğine, takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre, davacı/karşı ve birleşen dosya davalısı ... vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2. Asıl dava konusu 136 ada 10 parselde 6 nolu bağımsız bölüme yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine gelince;

4721 Sayılı TMK'nin "edinilmiş mallar" başlıklı 219. maddesinin 2. fıkrasında, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemelerin edinilmiş mal grubundan sayıldığı belirtilmiştir. Aynı Kanun'un 228/2. maddesinde ise, eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumlarınca yapılmış olan toptan ödemeler veya iş gücünün kaybı dolayısıyla ödenmiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede o miktarın kişisel mal olarak hesaba katılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Mal rejiminin devamı sırasında, emeklilik ikramiyesinin toptan ödenmesi durumunda; öncelikle ödeme tarihi itibarıyla ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH 2010 yaşam tablosundan yararlanılarak, emekli olan eşin ortalama bakiye yaşam süresi bulunarak, ödeme günlük irat şeklinde yapılsaydı her bir güne karşılık gelen miktar saptanır. Bundan sonra, irat şeklindeki günlük ödeme miktarı, mal rejiminin sona erdiği 09.12.2009 tarihinden sonraki kalan günler ile çarpılarak, bulunacak bu miktarın peşin sermayeye çevrilmiş değeri hesaplanır.

Mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden ödemenin açıklanan yöntemle hesaplanan peşin sermaye çevrilmiş değeri, emekli olan eşin kişisel malı sayılır. Ödenen toplam emeklilik ikramiyesinden, kişisel mal sayılan bu miktar (mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden günlük irat şeklindeki toplam ödemelerin peşin sermayeye çevrilmiş değeri) çıkarıldıktan sonra, kalan miktar edinilmiş mal (artık değer) kabul edilerek tasfiye sırasında göz önünde bulundurulur.

Emeklilik ikramiyesinin tasfiyeye konu edilmesi için mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olması (TMK mad. 235/1) ya da bu para kullanılarak başka bir mal varlığına sahip olunmalıdır. Söz konusu gelir, kullanılarak satın alınan mal varlıkların tasfiyesinde de aynı kurallar geçerli olacaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda açıklanan hesaplama yöntemi mal rejiminin ölüm dışındaki nedenlerle sona ermesi hallerinde uygulanır.

Ayrıca, tasfiyeye konu taşınmazın, bedelinin tamamının ya da bir kısmının kredi ile karşılanması durumunda, kredi veren kuruluşa yapılan geri ödeme miktarından ve bu ödemelerin isabet ettiği dönemlerden hareketle, mal rejiminin tasfiyesi sonucunda eşlerin alacak miktarları belirlenir. Ödemelerin, 743 Sayılı TKM'nin 170. maddesi gereğince mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu 01.01.2002 tarihinden önceki dönemde tamamlanması durumunda eşler lehine katkı payı alacağı, 4721 Sayılı TMK'nin 202/1. maddesi gereğince edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu sonraki dönemde tamamlanması durumunda ise, değer artış payı ve/veya artık değere katılma alacağı hakları doğabilecektir.

Hem mal ayrılığı hem de edinilmiş mallara katılma rejimi dönemlerine yayılan kredi borcu ödeme tablosu mevcut olduğunda; ödeme yapılan dönem, taksit sayısı ve ödenen miktar göz önünde bulundurularak hesaplama yapılmalıdır.

Buna göre, her iki dönemde yapılan ödemeler oran olarak ayrı ayrı belirlendikten sonra, mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemdeki ödemeler, daha sonra geçerli olacak edinilmiş mallara katılma rejimi kurallarına göre gerçekleştirilecek tasfiyede, ödemeye katkıda bulunan eşin kişisel malı olarak değerlendirilecektir. Başka bir anlatımla, mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu önceki dönemde yapılan katkı oranı, 4721 Sayılı TMK uyarınca yapılacak edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, değer artış payı ve/veya artık değere katılma alacaklarının hesaplanmasında o eşin kişisel malı olarak hesaba katılacaktır.

Mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde (01.01.2002 tarihine kadar) yapılan kredi borcu ödemelerine her bir eşin katkı oranları ise, 743 Sayılı TKM, Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri ile Yargıtay ve Dairemizce kabul edilen "katkı payı alacağı" hesaplama yöntemi göz önünde bulundurularak belirlenmelidir.

Bu nedenle; öncelikle, tasfiyeye konu taşınmazın satın alma bedeli, bunun kredi ile ve varsa kredi dışında eşlerin kendi imkanları ile karşıladıkları miktarlar ve oranları ile tasfiye (karara en yakın) tarihindeki sürüm (rayiç) değeri ayrı ayrı belirlenmelidir.

Açıklamalar doğrultusunda hesaplama yapılabilmesi için, iddia ve savunma çerçevesinde, taşınmazın satın alınmasına ilişkin akit tablosuyla birlikte tapu kaydı, kredi sözleşmesi ve kredi borcu ödeme tablosu dahil finans kuruluşuna ait kayıtlar, gerek duyulması halinde eşlerin katkıda kullandıklarını ileri sürdükleri mal varlıkları (miras, ziynet, bağış vb.) ile mal ayrılığı dönemine ilişkin düzenli ve sürekli gelirlerine (maaş, kar payı vb.) ilişkin belgeler bulundukları yerlerden getirtilerek uyuşmazlığın çözümünde göz önünde bulundurulmalıdır. Yukarıdaki değer tespiti, belirleme ve hesaplamaların yapılabilmesi için ihtiyaç duyulması halinde konusunun uzmanı bilirkişi veya bilirkişilerden oluşan kuruldan da yardım alınmalıdır.

Somut olaya gelince; eşler, 24.06.1985 tarihinde evlenmiş, 09.12.2009 tarihinde açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün, 09.02.2012 tarihinde kesinleşmesiyle boşanmışlardır. Mal rejimi boşanma davasının açıldığı tarih itibarıyla sona ermiştir (TMK mad. 225/son). . Sözleşmeyle başka mal rejiminin seçildiği ileri sürülmediğinden evlilik tarihinden 4721 Sayılı TMK'nin yürürlüğe girdiği tarihe kadar mal ayrılığı (743 Sayılı TKM mad. 170), bu tarihten mal rejiminin sona erdiği tarihe kadar ise edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir (4722 Sayılı Yasa mad.10, TMK mad. 202). Tasfiyeye konu 136 ada 10 parselde 6 nolu bağımsız bölüm, 13.09.2005 tarihinde satın alınarak davalı eş adına tescil edilmiştir. Mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı bulunduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır (TMK mad. 179).

Yukarda açıklanan yasal düzenleme ve ilkeler uyarınca yapılan incelemede;

Tüm dosya kapsamı birlikte incelendiğinde, Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda her nekadar bakiye ömrün belirlenmesinde PMF tablosu esas alınarak , ödeme günlük irat şeklinde yapılsaydı her bir güne karşılık gelen miktar belirlenerek ve kalan kredi borcu dikka-

te alınarak hesaplama yapılmış ise de; hesaplamada mal rejiminin sona ermesinden sonraki döneme isabet eden emekli ikramiyesi ödemesinin peşin sermayeye çevrilmiş değeri belirlenmeden ve kullanılan kredinin taşınmazın evlilik birliği içinde ödenen ve mal rejiminin tasfiyesinden sonra kalan taksit miktarları oranlanmadan, kalan taksit ödemesinin düşülerek artık değere katılma alacağının bulunması hatalı olmuştur. O halde, Mahkemece, yukarıda açıklanan Dairemiz'in ilke ve uygulamalarına göre, taşınmazın alınmasında kullanılan emekli ikramiyesinin TRH 2010 yaşam tablosundan yararlanılarak emekli ikramiyesinin, irat şeklindeki günlük ödeme miktarı, mal rejiminin sona erdiği 09.12.2009 tarihinden sonraki kalan günler ile çarpılarak, bulunacak bu miktarın peşin sermayeye çevrilmiş değeri, emekli olan eşin kişisel malı sayılarak ve kullanılan kredinin boşanma dava tarihinden sonraki döneme ilişkin kredi taksit miktarının oranlama yapılarak, az yukarıdaki ilkelere göre artık değere katılma alacağının hesaplanması gerekir

3. Birleşen dava konusu 941 ada 125 parselde 2 nolu bağımsız bölüme yönelik temyiz itirazlarının incelemesinde;

Tüm dosya kapsamı birlikte incelendiğinde, davacının tasfiyesini istediği 941 ada 125 parselde 2 nolu bağımsız bölüm, evlilik birliği devam ederken 25.12.1998 tarihinde kat mülkiyeti tesisi ile 1/2 oranında taraflar adına paylı mülkiyet şeklinde tescil ettirilmiş ve halen tapu sicilinde aynı şekilde ve oranda kayıtlı durumdadır. Evlilik birliği devam ederken serbest iradeleriyle gerçekleştirdikleri bu paylaşımla, her bir payın o eşin kişisel mal grubuna terk edildiği kabul edilmelidir. Davacı tarafça, paylı şekilde tescil edildikten sonra katkıda bulunulduğu da iddia edilip kanıtlanmadığına göre, davalı eş adına kayıtlı paya yönelik davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle alacak talebinin kabulüne karar verilmiş olması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. ve 3. bentte gösterilen sebeplerle 6100 sayılı HMK'nin Geçici 3. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 428. maddesi uyarınca **BOZULMASINA;** davacı/karşı ve birleşen dosya davalısı ... vekilinin diğer temyiz itirazlarının yukarıda 1. bentte gösterilen sebeplerle reddine, taraflarca HUMK'un 440/I maddesi gereğince Yargıtay Daire ilamının tebliğinden itibaren ilama karşı 15 gün içinde karar düzeltme isteğinde bulunulabileceğine, peşin harcın istek halinde temyiz edene iadesine, 13.02.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

YETKİ TESPİTİ • İŞKOLU TESPİTİ
•
BEKLETİCİ MESELE

ÖZET: Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise, işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. Bu nedenle işkolu tespiti için açılmış olan davalar yetki tespiti davalarında bekletici mesele sayılmaz.

Ancak bu kuralın yetki tespiti davalarında işkolu tespitinin mümkün olduğu uyuşmazlıklarla sınırlı olduğu kabul edilmelidir.

Y. 9. HD. E: 2015/11256 K: 2015/15216 T: 28.04.2015

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; davacı şirket tarafından tebellüğ edilen ...'nın 30.01.2014 tarihli yazısında ...'nın ... ve ... adreslerinde kurulu işyerinde çoğunluğun sağlandı-ğına dair olumlu yetki tespit yazısı verildiği ve bu işyerinde davalı ...nın işletme toplu iş söz-leşmesi yapmaya yetkili olduğunun belirtildiği, ancak olumlu tespit yazısı, davalı ...ça hukuka aykırı olarak tanzim edildiği, davalı ...nın şirket işyerinde işletme toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olmadığı, kurulu işyerlerinde çalışan sayısının 135 olduğu, davalı ...'nın yetkisinin iptal edilmesine ve davanın kabulüne karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı ... vekili cevap dilekçesinde özetle; davacı işyerinin ... ve ... işyerinde çalışan 96 işçinin 45'inin üyeliği ile çoğunluğun sağlandığının, bu nedenle davanın reddini savunmuştur.

Davalı ... vekili cevap dilekçesinde özetle; davalı Bakanlığın olumlu yetki tespiti yazısının usul ve yasaya uygun olduğu bu nedenle davanın reddini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, dava-

cı işyerinin ..., ..., ... ve ... 'da bulunan işyerlerinde toplam çalışan sayısının 131 olduğu, davalı ...ya üye sayısının 45 kişi olduğu, davacı işyerinin bulunduğu ... ve ... işyerleri ile ... adresinde bulunan merkez işyerinin ve ... adresinde kurulu işyerlerinin bütünlük arz etmeleri sebebiyle işletme niteliği taşıdık-ları, ...l çoğunluk sayısının 52 olması gerekirken ...lı çalışan sayısının 45 işçi olduğu gerekçesiy-le davanın kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalılardan ... temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

6356 sayılı yasanın 5 Maddesi uyarınca " – (1) Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti ...ça yapılır. ..., tespit ile ilgili kararını Resmî Gazete'de yayımlar. Bu tespite karşı ilgililer, kararın yayımın-dan itibaren on beş gün içinde dava açabilir. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi hâlinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar.

(2) Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz.

(3) İşkolu değişikliği yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemez."

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan dü-zenlemenin yetki süreci devam ederken ortaya çıkan ve çözümü aynı maddenin 1. fıkrasında özel olarak düzenlenen işkolu tespit prosedürü ile mümkün olan işkolu uyuşmazlıklarıyla sınırlı olarak değerlendirilmesi gereklidir.

Davacı işverenin ... ve ...'da bulunan işyerlerinin yetki tespit tarihinde hangi işkolunda kayıtlı olduklarının tespiti gerekmektedir. Mahkemece davacının .../ ...'da faaliyet gösteren ... sicil numaralı işyeri ile ...'da ... numaralı işyerlerine ait tescil bilgilerini içerir kayıtlar getirtilerek davacı şirketin işletme kapsamına dahil olduğunu ileri sürdüğü bu işyerlerinin yetki tespit tari-hinde ... ve ... kayıtlarında hangi işkolunda kayıtlı oldukları tespit edilmelidir. ... ve ... üyeleri-nin işletme sayıları ... ve ... işyerleri ile aynı iş kolunda olup olmadıkları belirlenmeden, bu iş-yerlerindeki üyelerin yetki tespitinde sayıya dahil edilmeleri hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** 28/04/2015 tarihin-de oybirliğiyle karar verildi.

YASAL AVUKATLIK ÜCRETİ
•
BELİRSİZ ALACAK DAVASI

ÖZET: Gerek kısmi dava gerekse belirsiz alacak ve tespit davasında mahkemece dava değerinin belirlenmesinden sonra davacı davasını belirlenmiş değere göre takip etmese dahi, yasal avukatlık ücreti, belirlenmiş dava değerine göre hesaplanır.

Y. 9. HD E: 2018/9854 K: 2018/22334 T: 05/12/2018

Yerel mahkemenin yukarıda tarih, esas ve karar numarası belirtilen kararın temyiz incelemesi sonucunda Dairemizin 27/09/2018 gün ve 2017/13066 Esas, 2018/16912 Karar sayılı ilamıyla ONANMASINA karar verilmiştir.

Davalı avukatınca kararın maddi hataya dayandığı gerekçesi ile ortadan kaldırılması istenilmiş olmakla dosya incelendi, geregi konuşulup düşünüldü.

YARGITAY KARARI

Dosyadaki bilgi ve belgelere, delillerin takdirinde isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle Mahkemece davacının hakkettiği kıdem tazminatının brüt 5.434,85 TL., yıllık izin ücretinin brüt 1.058,40 TL., ulusal bayram ve genel tatili ücretinin ise brüt 181,54 TL. olduğunun tespit edildiği, buna göre belirlenmiş dava değeri toplamının 6.674,79 TL. olup, hükmedilen vekâlet ücretinin karar tarihinde yürürlükte olan AAÜT.'nin 5/2. maddesinde yer alan "Gerek kısmi dava gerekse belirsiz alacak ve tespit davasında mahkemece dava değerinin belirlenmesinden son-ra davacı davasını belirlenmiş değere göre takip etmese dahi, yasal avukatlık ücreti, belirlenmiş dava değerine göre hesaplanır." düzenlemesine uygun olduğunun anlaşılmasına göre ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu gereğince iş mahkemelerinin kararları ile ilgili Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme istenemeyeceği de dikkate alınarak davalı dilekçesinin **REDDİNE,** 05/12/2018 gününde oybirliği ile karar verildi.

FAZLA ÇALIŞMALAR • SAĞLIK PERSONELİ • BORDRO TAHAKKUKLARI • MAHSUP

ÖZET: Sağlık personelinin hafta içindeki 15 saatlik nöbetinde 3 saat dinlenme arası düşülmeli, hafta sonundaki 24 saatlik nöbetinde ise 4 saat dinlenme arası düşülmelidir.

Hafta içi nöbeti ertesinde bir gün (8 saat) çalışmadığı dikkate alınarak fazla çalışma (12 – 8 = 4 saat) kabul edilmelidir.

Bordrolarda gerçek ücretten değil asgari ücretten fazla mesai tahakkukları yapılmış ise, bordrolarda yazılı mesai sürelerine göre gerçek ücretten hesap yapılmalı ve bordrolardaki ödemeler mahsup edilmelidir.

Y. 9. HD. E: 2013/11060 K: 2015/7004 T: 17.02.2015

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 on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği ilkesi benimsenmiştir. Yasanın 41 inci maddesine göre fazla çalışma, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalar olup, 63 üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, bir işçinin günde en fazla fiilen 14 saat çalışabileceğinin kabulü gerekir. Bu durumda 24 saat çalışıp 24 saat dinlenme usulüyle yapılan çalışmalarda bir hafta 3 gün diğer hafta ise 4 gün çalışma yapılacağından, yukarıda bahsedilen 63 üncü madde hükmü gereğince, haftalık normal çalışma süresi dolmamış olsa dahi günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılması nedeniyle, bu çalışma sisteminde işçi ilk bir hafta (3x3=) 9 saat takip eden hafta ise (4x3=) 12 saat fazla çalışma yapmış sayılmalıdır.

Çalışma şeklinin 24 saat mesai 48 saat dinlenme şeklinde olduğu durumlarda ise, işçi birinci hafta 3 gün ikinci ve üçüncü haftalar 2 gün dör-

düncü hafta yine 3 gün çalışacağından, ilk hafta (3x3=) 9 saat, ikinci ve üçüncü haftalarda (2x3=) 6 saat, dördüncü hafta ise yine (3x3=) 9 saat fazla çalışmış sayılacaktır.

1475 sayılı önceki İş Yasasında günlük 11 saati aşan çalışmaların fazla çalışma sayılacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığından, söz konusu Yasanın yürürlükte olduğu dönemde gerçekleşen, 24 saat çalışıp 48 saat dinlenme usulüyle yapılan çalışmalarda, haftalık 45 saatlik normal çalışma süresinden fazla çalışma yapılması mümkün olmadığından, işçinin fazla çalışma yaptığının kabulü mümkün değildir. Ancak değinilen Yasa döneminde gerçekleşen 24 saat mesai 24 saat dinlenme usulüyle yapılan çalışmalarda, 4 gün çalışılan haftalarda (4x14=) 56 saat çalışma yapılacağından, sadece bu haftalarda işçinin haftalık (56-45=) 11 saat fazla çalışma yaptığının kabulü gerekir.

Sağlık Bakanlığı nezdinde Türkiye'deki hastanelerde statü hukuku dışında hemşire, ebe, doktor, eczacı, anestezi uzmanı vs. olarak çalışanlar, haftalık normal mesailerinde fazla çalışma yapmadıklarından, sadece tuttukları nöbetlerle sınırlı olarak fazla çalışma yapmış olmaktadırlar. Nöbet çizelgeleri ile belirlenen bu tür çalışmalar hafta içi ve hafta sonu olarak gerçekleşmektedir. Hafta içi nöbetler 17:00-08:00 saatleri arasında 15 saat olarak yapılmaktadır. İşçinin yaptığı işin niteliğine göre zorunlu ihtiyaçlar nedeniyle 3 saat ara dinlenmesi indirilerek hafta içi nöbette 12 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilmektedir. Hafta sonu nöbetler 24 saat sürmekte, işin niteliğine göre zorunlu ihtiyaçlar nedeniyle 4 saat ara dinlenme indirildiğinde 20 saat fazla çalışma yapılmış olmaktadır. Ancak, bu durumlarda fazla çalışmalar, tutulan hafta içi ve sonu nöbet sayısına göre denetlemeye elverişli bilirkişi raporu ile belirlenmelidir. Nöbet tutan çalışanın çoğunlukla ertesi gün nöbet izni kullanarak çalışma yapmaması nedeniyle, normal mesai devam çizelgeleri de mutlaka getirtilmelidir. İşçi, nöbetin ertesi günü nöbet izni kullandığında, ertesi gün (8 saat normal mesai süresi kadar) çalışmadığından hafta içi nöbette (12-8=) 4 saat fazla çalışma yapmış sayılmalıdır. Hafta sonu nöbette ise, Cumartesi ve Pazar günü normal tatil olduğundan Cuma ve Cumartesi gecesi tutulan nöbetlerden, ertesi gün çalışılmadığı gerekçesi ile indirim yapılma olanağı yoktur. Öte yandan genel tatile denk gelen nöbet günlerinde de ayrıca genel tatil ücreti verildiğinden yukarıda anlatılan şekilde indirim yapılmalıdır. Dairemizin kökleşmiş uygulaması da bu doğrultudadır (Yargıtay 9. H.D. 2007/40834 E, 2009/7566 K sayılı ilamı).

4857 sayılı İş Kanununun 41 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, fazla çalışma saat ücreti, normal çalışma saat ücretinin yüzde elli fazla-

sıdır. 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 ücretinin bilinmesi yeterli olmaz. İstek konusu dönemler açısından da ücret miktarlarının tespit edilmesi gerekir. İşçinin geçmiş dönemlere ait ücretinin belirlenememesi halinde, bilinen ücretin asgari ücrete oranı yapılarak buna göre tespiti gerekir. Ancak işçinin işyerinde çalıştığı süre içinde terfi ederek çeşitli unvanlar alması veya son dönemlerde toplu iş sözleşmesinden yararlanılması gibi durumlarda, meslek kuruluşundan bilinmeyen dönemler için ücret araştırması yapılmalı ve dosyadaki diğer delillerle birlikte değerlendirmeye tabi tutularak bir karar verilmelidir.

İşçinin normal çalışma ücretinin sözleşmelerle haftalık kırbeş saatin altında belirlenmesi halinde, işçinin bu süreden fazla, ancak kırkbeş saate kadar olan çalışmaları "fazla sürelerle çalışma" olarak adlandırılır (İş Kanunu, Md. 41/3). Bu şekilde fazla saatlerde çalışma halinde ücret, normal çalışma saat ücretinin yüzde yirmibeş fazlasıdır.

4857 sayılı Yasanın 41 inci maddesinin dördüncü fıkrası, işçiye isterse ücreti yerine serbest zaman kullanma hakkı tanımıştır. Bu süre, fazla çalışma için her saat karşılığı bir saat otuz dakika, fazla süreli çalışmada ise bir saat onbeş dakika olarak belirlenmiştir. Bu sürelerin de sözleşmelerle attırılması mümkündür.

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 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.

Somut olayda, davacı davalı işyerinde mikser şoförü olarak çalışmakta olup davacının aylık ücretinin 1035,00TL garanti ücret ve 250,00 TL prim ilavesi ile 1.285.00 TL olduğu sabittir. Her ne kadar, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının fazla çalışma ücreti %150 zamlı olarak hesaplanmışsa da, davacı yaptığı fazla mesailerin zamsız karşılığını almış olduğundan , 1035+250=1285 TL net ücretin brütü ile yıllara göre değişen miktarlarının tespit edilerek %50 zamlı kısmı hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır.

Diğer taraftan, fazla mesai tahakkuku bulunan bordrolara ilişkin ayların dışlanması doğru ise de, bordrolarda asgari ücretten tahakkuk yapılmıştır. Bu nedenle bordrolarda yazılı fazla mesai saatlerinin gerçek ücretle çarpılması sonucu bulunacak sonuç, fazla mesai hesabından mahsup edilmeli ve fark hüküm altına alınmalıdır.

3- Dosyada, fazla mesai, prim vs ücret ödemelerine ilişkin föyler mevcut olup davacının da imzasını taşıdığından bu belgeler değerlendirilerek mahsubu gerekip gerekmediği incelenmedir. Eksik inceleme ile sonuca gidilmesi de doğru değildir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın , yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 17.02.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

AVUKATA YANLIŞ BİLGİ VERİLMESİ
•
DAVANIN AÇILMAMIŞ SAYILMASI

ÖZET: Hakim değişikliği sebebiyle dosyaların birden fazla mahkemeye dağılması, duruşma salonu hakkında avukata yanlış bilgi verilmesi, bu nedenle avukatın yanlış duruşma salonu önünde beklemesi sonucu duruşmaya giremediği,oysa avukatın davayı takip etme iradesiyle adliyede bulunduğu anlaşıldığından; davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi doğru olmamıştır.*

Y. 9. HD E: 2016/12588 K: 2016/10999 T: 2.5.2016

Dosyanın incelenmesinden, 29.01.2016 tarihinde davacının asıl vekili olan Av....'nın UYAP sistemi üzerinden gönderdiği yetki belgesi ile ..... usulüne uygun olarak yetkilendirdiği, bu yetki belgesinin 01.02.2016 tarihinde UYAP sistemi üzerinden alınarak yine bu sistemindeki dosyaya eklendiği, 02.02.2016 tarihinde ..... tarafından tutulan tutanağa göre, ...'in sabah 10'dan itibaren duruşma salonunun önünde duruşma beklediğinin sabit olduğu, Hakim, Katip ve ..... tarafından tutulan 02.02.2016 tarihli tutunakta, tek duruşma salonunda duruşmaları yapan .....nun mübaşiri .....'e adı geçen Avukatı görüp görmediği ve kendisinin ne şekilde yönlendirdiği sorulduğunda, Avukatı öğleden önce duruşma salonunun dışında adliye koridorunda gördüğünü, 1.İş Mahkemesinin duruşmasının Mahemelerinin duruşma salonunda görülüp görülmeyeceğini sorduğunu, 1.İş Mahkemesinde dosyası olan Avukatların dosyaların hangi Mahkemelere dağıtıldığını .....Mahkemesi kaleminden öğrendikten sonra ilgili Hakimin odasının önünde bekleyip duruşmalarını sorduklarını, avukat hanımın duruşmanın kendi Mahkemelerinde olduğunu öğrenerek bu hususu sorduğunu zannederek duruşmanın Mahkemelerinin duruşma salonunda görüleceğini söylediğinin beyan edildiği, tutanak altına alınmış olup, her iki tutanak, yetki belgesi ve davacı vekilinin dilekçeleri ile dosya kapsamından, davacı vekili Av.... tarafından yetkilendirilen Av.....'in belirlenen duruşma saatinden duruşmanın yapıldığı saate ve sonrasına kadar duruşmaya girmek üzere adliye koridorunda beklediği, o gün hakim değişikliği nedeniyle dosyaların birden fazla Mahkemeye dağıtılmasından dolayı meydana gelen karışıklık ve mübaşir

* Gönderen Av. Erol BOYLAN

.....in, Avukatın duruşma salonu ile ilgili sorusunu yanlış anlamasından dolayı ilgili Avukatı yanlış yönlendirmesi sonucu Avukatın yanlış duruşma salonu önünde beklemesinden ötürü duruşmaya giremediği, halbu ki, adı geçen Avukatın davayı takip etmek ve duruşmaya girmek iradesiyle duruşmanın yapılacağı adliyede bulunduğu anlaşılmakta olup, yetki belgesi ile yetkilendirilen ilgili Avukatın Adliyede olup olmadığı yeterince araştırılmadan yerel Mahkemece davanın açılmamış sayılması kararı verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı B**OZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.05.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi

İŞLETME TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ • İŞLETME KAVRAMI

ÖZET: İşletme toplu iş sözleşmesinden doğan yetki tespiti uyuşmazlığında; Davacı adi ortaklığın Türkiye genelinde aynı iş kolunda başka iş yerlerinin bulunup bulunmadığı araştırılmalı, başka iş yerlerinin bulunduğunun tespiti halinde bu işyerlerine ilişkin ticaret sicil kayıtları, kuruluş sözleşmesi işyerlerinin birbirleriyle ilgisini gösteren yönetsel belgeler getirilmeli, yapılan işlerin bağımsız nitelikte olup olmadığı, tek bir işyeri ve ona bağlı bir yer mi, birden fazla işyeri mi olduğu, birden fazla işyeri varsa bunun toplu iş hukuku anlamında aynı işkolunda yer alan işyerlerinden oluşan bir işletme mi olduğu tespit edilmelidir.

Yetkili mahkeme işletmenin merkezinin bulunduğu yerdeki yetkili makamın bulunduğu yer mahkemesidir.

Y. 9. HD. E: 2016/20012 K: 2016/14307 T: 14.06.2016

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinde, ...'nca diğer davalı ...Sendikası'nın, işyerinde ...Sözleşmesi (...) yapmaya yetkili olduğuna dair 13.08.2015

Tarih ve 72693546-103.02.-E.17001 Sayılı Yazısının müvekkillerine 19.08.2013 tarihinde tebliğ edildiğini, müvekkili şirketlerin, ... Belediye Başkanlığı Destek Hizmetleri Müdürlüğü'nde, 5188 Sayılı Özel Güvenlik Kanunu uyarınca Hizmet Alımı Sözleşmesi ile faaliyet gösterdiğini, müvekkillerinin asıl işin yardımcı işi niteliğinde olan özel güvenlik işini yerine getirdiğini, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 4.maddesinin 2.fıkrasına göre, yardımcı işin,işyerindeki asıl işin tabi olduğu iş kolunda sayıldığını,6356 sayılı kanunun 1 numaralı cetvelinde ve 28502 sayılı İş Kolları Yönetmeliği'nin 1 numaralı cetvelinde idare merkezi faaliyetlerinin 10 numaralı büro iş kolundan sayıldığını, bu nedenle de 10 numaralı, ticaret büro ve güzel sanatlar iş kolunda faaliyet gösteren sendikanın ...akdetmeye yetkili olduğunu, davalılardan ...'nın ise özel güvenlik alanında örgütlendiğini ve ...yapmaya yetkisinin bulunmadığını, davalı sendikanın Sendika Kanunu'nda düzenlendiği şekilde yeterli nisabı sağlamadığını, işyerinde asıl işverenin ... Belediyesi olduğunu,bu nedenle yetki kararının da idareye tebliğ edilmesi gerektiğini, müvekkil şirketlerin, idarenin belirlediği ücret ve sosyal haklarla bağladığını, hizmet alımı sözleşmelerinde düzenlenen ücret ve diğer sosyal haklardan daha fazla ödeme yapmasını mümkün olmadığını, neticede Genel-İş Sendikası'nın ...yapmaya yetkili olduğuna dair ...'nın tespit kararının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalılar Cevabının Özeti:

Davalılardan ... vekili, cevap dilekçesinde, davalı şirketin yapmış olduğu işin özel güvenlik işi olduğunu, bir işçinin sendikaya üye olması için talebinin elektronik ortamda yapıldığını ve aynı şekilde bakanlığa iletildiğini,üyelik işlemlerinin de bakanlığın bilgisi dahilinde yapıldığını, 28502 Sayılı İşkolları Yönetmeliği uyarınca özel güvenlik hizmetinin Savunma ve Güvenlik iş kolu kapsamında olduğunun belirlendiğini,işyerinde özel güvenlik işinin yapıldığını,işçilerle yapılan iş sözleşmeleriyle de sabit olduğunu,davalı sendikanın savunma ve güvenlik işinde çalışan işçilerin %8,5 oranında üyesinin bulunduğunu,davalı işyerinde 76 işçinin çalıştığını,davalı sendikaya üye olan işçi sayısının ise 131 olduğunu, bakanlığın yetkiye ilişkin kararının idareye tebliğ edilmesinin sonucu değiştirmeyeceğini,bu nedenlerle davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Davalılardan ... vekili, cevap dilekçesinde, ... Belediye Başkanlığı Destek Hizmetleri Müdürlüğü'nde hizmet alımı sözleşmeleri kapsamında yürütülmekte olan özel güvenli işinin, davalı ...'nın kurulu bulunduğu 19.Sıra No'lu Savunma ve Güvenlik işkolunda yer aldığını,yerleşik içtihatlara göre de,iş kolunun asıl işverenin iş koluna göre belirlenemeyece-

ğini, bakanlıkça yapılan incelemede davalı sendikanın,gerekli nisaplara ulaştığının tespit edildiğini,davacı işverenle dava dışı idare arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğunu,bu nedenlerle davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlara ve bilirkişi raporuna dayanılarak davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Somut uyuşmazlıkta ... tarafından davacı işverenin ....da bulunan işyeri düzeyinde yetki tespiti yapılmıştır.

6356 sayılı Yasa'nın 79.maddesinde, "Bu Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar iş davalarına bakmakla görevli ve yetkili mahkemelerde görülür. Ancak yedinci ila on birinci bölümlerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar için, görevli makamın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir." düzenlemesi bulunmaktadır.

6356 sayılı Yasanın 2. maddesinin c bendi uyarınca "Görevli makam: İşyeri toplu iş sözleşmesi için işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi için işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, aynı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerleri için yapılacak grup toplu iş sözleşmelerinde bu işyerlerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, birden fazla Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsayacak grup toplu iş sözleşmesi için ise Bakanlığı," ifade eder.

Ayrıca 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 2. fıkrasında, "Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir." denilirken 4. fıkrasında ise, "İşletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıklar, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede onbeş gün içinde karara bağlanır. Kararın temyizi hâlinde Yargıtay onbeş gün içinde kesin olarak karar verir." düzenlemesi getirilmiştir.

Toplu iş hukukunda bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olan işletmeden söz edebilmek için kural olarak aynı işverene ait, aynı işkolunda yer alan işyerlerinin bulunması gereklidir. İşverenin işletme kapsamındaki işyerleri için ancak tek bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu toplu iş sözleş-

mesi ise işletme toplu iş sözleşmesidir. Bu kural kamu düzenine ilişkin olup resen gözetilmelidir.

Yukarıda yazılı yasal düzenlemeler çerçevesinde somut uyuşmazlığın değerlendirilmesine gelince;

Davaya konu yetki tespitinden, davacı şirketler olan ...ve Güvenlik Hizmetleri Ltd. Şti. ile...Güvenlik Eğitim ve Koruma Hiz. Ltd.Şti.lerinin (... Belediye Başkanlığı Destek Hizmetleri Müdürlüğü Özel Güvenlik Hizmeti Alımı) ... ... / ... adresinde bulunan ..... sicil numaralı işyerlerinde tespit yapıldığı anlaşılmaktadır. Yine aynı yetki tespitinde davacı adi ortaklığın irtibat adresi olarak "...." adresi gösterilmiştir.

Bu durumda yukarıda kısaca belirtilen yasal düzenlemeler uyarınca, mahkemece davacı adi ortaklığın tüm Türkiye genelinde aynı işkolunda başka işyerleri bulunup bulunmadığı araştırılıp saptanmalı ve adi ortaklığın başka işyerlerinin bulunduğunun anlaşılması halinde, bu işyerlerine ilişkin ... kayıtları, ticaret sicil kayıtları, ana sözleşme ile işyerlerindeki organizasyonu ve varsa işyerlerinin birbirleriyle ilgilerini gösterir yönetsel belgeler dosya kapsamına dahil edilmeli, burada yapılan işlerin bağımsız nitelikte olup olmadığı, sonucuna göre ortada tek bir işyeri ve ona bağlı yer mi, birden fazla işyeri mi olduğu, birden fazla işyeri mevcut ise bunun toplu iş hukuku anlamında aynı işkolunda yer alan işyerlerinden oluşan bir işletme mi olduğu, eğer işletme söz konusu ise bunun merkezinin neresi olduğu ortaya konulduktan sonra öncelikle yetkili mahkeme olunup olunmadığı belirlenmelidir. Bu noktada gerekirse keşif ve bilirkişi deliline de başvurularak sonuca gidilmelidir.

Mahkemece, 6356 sayılı Yasa'nın 79.maddesine ve ayrıca resen araştırma yükümlülüğüne aykırı olarak eksik araştırma ile karar verilmesi hatalıdır.

2- Dava konusu yetki tespiti başvuru tarihi 19.01.2015 olmasına rağmen, dosya kapsamında yer alan ... dönem bordroları 2015/08 ayına aittir. Bu durumda yetki tespit başvuru tarihi itibariyle işyeri ya da işyerlerinde çalışan işçi ve üye sayısının kuşkuya yer vermeyecek şekilde kesin olarak tespiti mümkün bulunmamaktadır. Mahkemece yapılması gereken, yetki tespiti başvuru tarihi itibariyle tespite konu işyeri ya da işyerlerine ilişkin ... dönem bordrolarının işçilerin giriş çıkış tarihlerini de gösterecek şekilde istenilmesi ve dosyanın yeniden bilirkişiye tevdi edilerek bu belgelerle yetki prosedür dosyasındaki yetki döküm listesinin karşılaştırılarak başvuru tarihi itibariyle davalı sendikanın üye sayısının tespit edilmesi ve buna göre taleple ilgili değerlendirme yapılmasıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 14.06.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞLETME TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ • YETKİLİ MAHKEME

ÖZET: İşletme toplu iş sözleşmesinden doğan yetki uyuşmazlıklarında, işletme merkezinin bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün olduğu yerdeki mahkemede çözüm sağlanacaktır.

Y. 9. HD. E: 2017/2223 K: 2017/1945 T: 16.02.2017

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davalılardan T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının 14/10/2015 tarihli yazısı ile diğer davalı ... lehine olumlu tespit bildiriminde bulunulduğu, ilgili yetki tespit bildiriminin davacı şirkete yapıldığı iş bu tespitin hukuka aykırı olduğunu, yasada öngörülen 6 iş gününe dair süre içerisinde itiraz etme zorunluluğu doğduğunu, ihale üzerine ...İli Kamu Hastaneler birliği Genel Sekreterliği bünyesinde Malatya'da faaliyet gösteren bir kısım hastanede ihale üzerine iş aldığını, aldığı iş uyarınca 31/12/2015 tarihine kadar 55 veri giriş personeli çalıştığını, bu veri giriş personellerinin 45'inin davalı sendikaya üye oldukları gerekçesi ile davalı bakanlık tarafından yetki tespiti yapılmış olmasının hukuka aykırı olduğunu, yetki tespitinde bütün işyerlerinin dikkate alınmadığını, bu işyerlerinin dikkate alınması gerektiğini, çalışan sayısı gözetildiğinde davalı sendikanın yeterli çoğunluğu sağlamadığının açık olduğunun, bu suretle yetki tespitinin iptali gerektiğini, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının diğer davalı Sendika lehine yapmış olduğu 14/10/2015 tarihli yetki tespitinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı Bakanlık, davanın İstanbul İş Mahkemesi'nde açılması gerektiği yönünde savunmada bulunduklarını ancak idareden gelen belgelere göre davanın işyeri olan ...İş Mahkemelerinde açılması gerektiğini, davacının dava dilekçesini görevli makama kaydettirmeden açtığını davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

Davalı Sendika, davacının 6 günlük hak düşürücü süre içerisinde itirazını görevli makama kaydettirmeden dava açtığından davanın reddine, davanın TİS sözleşme sürecini uzatmak için açıldığını, davanın süre , usul ve esas yönünden reddini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının 6356 sayılı Kanun'un 43. v.d. maddelerinde öngörülen 6 günlük hak düşürücü süre içerisinde görevli makam olan iş yerinin bulunduğu yer ...Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüklerine kayıt ettirmek suretiyle davasını açması gerektiği bu yönde dosyaya herhangi bir belge ibraz edilmediği dava şartının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 79. maddesinde; "Bu Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar iş davalarına bakmakla görevli ve yetkili mahkemelerde görülür. Ancak yedinci ila on birinci bölümlerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar için, görevli makamın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir." denilmiştir.

Yukarıdaki hükmün yollamada bulunduğu aynı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının "c" bendinde de Görevli Makamın; "İşyeri Toplu İş Sözleşmesi için işyerinin, işletme Toplu İş Sözleşmesi için işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, aynı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerleri için yapılacak grup Toplu İş Sözleşmelerinde bu işyerlerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, birden fazla Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsayacak grup toplu iş sözleşmesi için ise Bakanlığı" ifade edeceği belirtilmiştir.

Eldeki bu dava 1. İş Mahkemesi'ne açılmış olup ...1. İş Mahkemesi 04.11.2015 tarih, 2015/616 Esas, 2015/584 Karar sayılı kararıyla davacının işletme merkezinin Bağcılar/İstanbul olduğu gerekçesiyle mahkemenin yetkisizliğine ve dosyanın Bakırköy İş Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiştir. Karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiş süresinde talep üzerine dosya Bakırköy İş Mahkemesi'ne gönderilmiş ve Bakırköy 9. İş Mahkemesi'nce de davanın reddine karar verildiği görülmektedir.

Ancak 6356 sayılı Kanun'un 79. maddesi ve 2. Maddenin 1. Fıkrasının "c" bendinde yer alan düzenlemeler dikkate alındığında işletme merkezinin bağlı bulunduğu İl Müdürlüğünün İstanbul İl Çalışma Müdürlüğü, müdürlüğün ise Beyoğlu/İstanbul'da olduğu dolayısıyla yetkili mahkeme-

nin İstanbul İş Mahkemeleri olduğu anlaşıldığından dosyanın yetkisizlik kararı verilerek İstanbul Nöbetçi İş Mahkemesi'ne gönderilmesi yönünde karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA**, bozma sebebine göre sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 16.02.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İMZALI BORDROLAR • FAZLA ÇALIŞMALAR • MAHSUP YAPILMASI

ÖZET: İmzalı bordrolar gerçek ücretin altında ücret üzerinden fazla mesai tahakkukları görünüyor ise; bordrolarda yazılı fazla çalışma saatlerine göre fazla çalışma ücretleri hesaplanmalı bordrolarda görünen ödeme miktarları mahsup edilmelidir.

Y. 9. HD. E 2015/22857 K: 2017/10357 T: 13.06.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin, davalıya ait iş yerinde 2007 yılında çalışmaya başladığını ve iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın 13.01.2014 tarihinde feshedildiğini, fazla çalışma yapmasına ve genel tatillerde çalışmasına karşın ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek; kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma ve genel tatil ücreti alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Vekilinin Cevabının Özeti:

Davalı vekili; davacının iş sözleşmesinin amir ve üstlerine hakaret etmesi nedeni ile feshedildiğini, feshin haklı nedene dayandığını, herhangi bir alacağının bulunmadığını savunarak; davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresinde davalı vekilince temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının aşağıdaki bendin 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 alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir. İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Somut uyuşmazlıkta; davacı işçi fazla çalışma yaptığını ve ücretlerinin ödenmediğini iddia etmiş ve bu iddiasını ispat içinde takdiri delil niteliğindeki tanık beyanlarına dayanmıştır.

Yerel mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacının haftalık 18 saat fazla mesai yaptığı kabulü ile alacağın hesaplandığı saptanmıştır.

Tanık beyanları ile dosyadaki diğer bilgi ve belgeler dikkate alındığında; davacının, haftanın 6 günü 08.00-18.00 saatları arasında çalıştığı ve 1

saatlik ara dinlenme ile haftada 54 saat çalıştığı, buna göre haftalık 9 saat fazla mesai yaptığı anlaşılmaktadır.

Dosya içerisinde yer alan imzalı bordrolar incelendiğinde, bazı aylarda fazla mesai ücreti tahakkuklarının bulunduğu görülmektedir.

Bordrolarda fazla mesai tahakkuku bulunan aylar yönünden; bordrolardaki yazılı fazla çalışma saatlerine göre gerçek ücretten hesaplama yapılmalı, bu ayların dışlanması yerine ödenen miktarlar mahsup edilmeli, bordrolarda tahakkuk bulunmayan aylarda ise yukarıda belirtildiği üzere davacının haftalık 9 saat fazla mesai yaptığı kabulü ile alacak hesaplanmalıdır.

Eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi hatalıdır.

SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** davalı yararına takdir edilen 1.480.00 TL.duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 13.06.2017 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

BELEDİYENİN GÖREVLERİ • ASIL İŞVEREN • KİRALAMA

ÖZET: Yasal yönden belediyelerin kendilerine ait asıl işlerin görülmesini üçüncü kişilere vermeleri mümkündür

Böyle bir durumda İş K 2/6 maddesi anlamında asıl işveren – alt işveren ilişkisi doğar.

Belediyenin kendisine ait asıl işi kira yoluyla üçüncü kişiye vermiş olması ‘‘asıl işveren’’ sıfatını ortadan kaldırmaz

Y. 9. HD. E: 2017/5449 K: 2017/10991 T:20.06.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalılara ait işyerinde otopark görevlisi olarak 17.03.2001 tarihinde çalışmaya başladığını, 01.02.2012 tarihine kadar burada çalışmaya devam ettiği, davacının 01.02.2012 tarihinde haksız olarak işine son verildiğini, davacının davalı iş yerinde haftanın 7 günü çalıştığını, resmi ve dini bayramlarda izin kullanamadığı, davacının sabah

08:00 den akşam 20:00 ye kadar çalıştığını, yıllık izinlerinin kullandırılmadığını davacının en son ücretinin 700,00 TL olduğunu, otoparkın davalı ... Başkanlığına ait olduğunu, 17.03.2001-30.09.2013 tarihleri arasında davalı ... Şirketi tarafından işletildiğini, 2004 yılında ... Spor Kulübü tarafından işletildiğini, 2004-2011 yıllarında ... Spor Kulübü adına ... tarafından işletildiğini, 2012 yılında ise ... Spor Kulübü adına ... tarafından işletildiğini belirterek, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacağı, yıllık izin ücreti alacağının işleyecek faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalılar ..., ... ve ... vekilleri husumet itirazında bulunarak davanın reddi gerektiğini savunmuşlardır.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece yapılan yargılama sonunda, davacının hizmet döküm cetveline göre 12.9.2002 tarihinde davalılardan ... Şirketinde çalışmaya başladığı, dosyaya gelen belgelere göre davalı şirketin Belediyeden ihale suretiyle yardımcı iş alan bir şirket olduğu, inlenen davacı tanıklarının beyanları ve dosyadaki ... Belediyesi ile ilişkisini gösteren ihale sözleşmeleri, davalı ... Şirketi tarafında davacının ... Belediyesinde çalıştığına dair düzenlenen işe giriş bildirgeleri dikkate alındığında ... Belediyesi ile ... şirketi arasında asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunduğu, ... şirketi dışında dava dışı bir kısım şirketlerde dönem dönem çalışmalarının bulunduğu, şirketlerin ... Belediyesi ile bağlantısının bulunmadığı, ayrıca farklı iş kollarından işe giriş bildirimlerinde bulunulduğu anlaşıldığından dava dışı şirketlerde çalışılan dönemlerde davalıların sorumluluklarının bulunduğu söylenemeyeceği, davalılar ... ve ...'ın işveren sıfatları ispat edilemediği, davalı ... tarafından davacının çalıştığı otoparkın davalılardan ... Spor Kulübü Derneğine kiralandığı, kira ilişkisinin ayrı bir iş niteliğinde olduğu, ... Belediyesi ile davalı ... arasında asıl işveren alt işveren ilişkisinin bulunmadığı, davalı ... Spor Kulübü Derneğinin kendi döneminden tek başına sorumlu olması gerektiği, Akdin feshine yönelik davalı işverenlerin dosyaya belge sunamadığı, fazla mesai yapıldığı, izin kullandırılmadığı gerekçesi ile ve fazla mesai ücretinden zamanaşımı da dikkate alınarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, iki ayrı dönem kabul edilerek ilk dönem işçilik alacaklarının tahsiline karar verilmiş ve ... Spor Derneği dönemindeki süreden Belediye Başkanlığı'nın sorumlu olmadığına karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı, davalı ... ve Spor Kulübü Derneği vekilleri temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1.Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalı ... ve davalı Derneğin tüm, davacı vekilinin ise aşağıdaki bent kapsamın dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/6 maddesi uyarınca, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur."

Alt-asıl işveren arasındaki ilişki, niteliğine göre, eser, taşıma, kira gibi sözleşmelere dayanır. Alt işveren üstlendiği işi sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür. Çalıştırdığı işçilerle kendi adına iş sözleşmesi yapar; gerekli talimatları verir; işçilere ücretlerini kendisi öder; ücret bordrolarını düzenler; SSK primlerini yatırır.

Keza 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 67. maddesi ile de Belediye'nin asıl işleri kapsamındaki işleri üçüncü kişilere gördürebileceği belirtilmiştir.

Somut uyuşmazlıkta davalı ... kendi uhdesinde olan otopark işletmeciliğini, önce ihale ile davalı ... şirketine, daha sonra ise kira sözleşmesi ile Spor Kulübü Derneğine vermiş ve davacı da her iki alt işveren de otopark hizmetinde çalışmıştır. Bu hizmetin kira yolu ile Derneğe verilmesi, Belediye Başkanlığı'nın asıl işveren sıfatını ortadan kaldırmaz. Zira verilen iş Belediye'nin işi kapsamındadır. O nedenle Dernekte geçen süre yönünden de davalı ...'nın sorumluluğuna karar verilmesi gerekir.

Diğer taraftan işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi gerekmektedir.

1475 sayılı Yasanın 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, devreden işverenin sorumluluğu bakımından bir süre öngörülmediğinden, 4857

sayılı Yasanın 6 ncı maddesinde sözü edilen devreden işveren için öngörülen iki yıllık süre sınırlaması, kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmaz. O halde kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir.

Devir hükümlerine göre ise; feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden son işveren sorumlu olup, devreden işverenin bu işçilik alacaklarından herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır.

Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır. Bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumlu olacaktır.

Bu durumda değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını da devralmış sayılırlar. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece, iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçi açısından, feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz. Daha sonra gerçekleşen fesihten dolayı ise asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından işyerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukukî veya fiilî bir bağlantı olsun ya da olmasın, kıdem tazminatı açısından önceki işverenin devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, ihbar tazminatı ve yıllık izin dışında iki yılla sınırlı olmak üzere o dönemde gerçekleşen işçilik alacaklarından sorumluluğu, son alt işveren ise tüm dönemden ve fesih haksız ise kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin ile hem devredilen hem de kendi döneminde gerçekleşen işçilik alacaklarından sorumluluğu kabul edilmelidir.

Somut uyuşmazlıkta davacı aralıksız Otopark işyerinde çalıştığını iddia etmiş, iddiayı tanıklarda doğrulamışlardır. Arada kayden dava dışı farklı iş kollarında faaliyet gösteren işverenler üzerinde gösterilmesinin

çalışma olgusu sabit ise sonuca etkisi yoktur. Kayden görünen bu şirketlerin Belediye Başkanlığı ile olan ilişkisi de araştırılmış değildir. Hizmet süresinin kesintili olup olmadığı somut olarak araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile karar verilmesi isabetsizdir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 20.06.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YETKİ TESPİTİNE İTİRAZ • YETKİLİ MAKAM

ÖZET: Yetki tespitine itiraz tebliğinden sonra altı iş günü içinde yapılmalı ve itiraz dilekçesi altı iş günü içinde yetkili makama kaydettirilmelidir.

Y. 9. HD E: 2017/25458 K: 2017/15540 T: 12.10.2017

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, T.C. ... ve ... ... Bakanlığının kararı ile davalı sendikanın müvekkili şirkette Toplu İş Sözleşmesi yapmaya yetkili kılındığını, müvekkili şirketlerin aynı iş kollarında yer aldığından işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girdiğini, dolayısıyla davalı sendikanın müvekkili şirket ve bağlı iş yerlerinde üye çoğunluğunu sağlayamadığını, bu nedenle T.C. ... ve ... ... Bakanlığının 07/12/2016 tarih ve 24971 sayılı yetki tespiti kararının iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı Bakanlık Vekili, 6356 sayılı kanunun 34/2. Maddesi gereğince bir tüzel kişinin aynı iş kolunda birden çok iş yerinin bulunduğu, iş yerlerinde toplu iş sözleşmesinin ancak işletme düzeyinde yapılabileceğinin düzenlendiğini, davalı sendika tarafından yetki tespiti başvurusu üzerine yapılan inceleme sonucunda 04/11/2016 başvuru tarihi itibariyle işletmede 67 işçinin çalıştığı, 39 işçinin davalı sendikaya üye olduğu tespit edilerek olumlu yetki tespit yazısının taraflara gönderildiğini belirterek açılan davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı sendika vekili, davanın yetkisiz Mahkemede açıldığını, davacının iş yeri adresinin bağlı olduğu ... ve İş Kurumu İl Müdürlüğü, ... ve İş Kurumu İl Müdürlüğü olduğunu, bu nedenle yetkili Mahkemenin ... İş Mahkemesi olduğunu, müvekkili sendikanın yasanın aradığı gerekli

çoğunluğu sağladığını, davanın 6 iş günlük süre içerisinde yapılmadığını belirterek açılan davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

Mahkemece, davalı sendikanın yetki tespitine ilişkin başvurusu üzerine davalı bakanlık tarafından işletme düzeyinde toplu iş sözleşmesi yapmak için davalı sendikanın gerekli çoğunluğu sağladığına dair olumlu yetki tespit kararını verdiği, bu durumda bağlı veya bağımsız işyeri ile işletme düzeyinde yetki tespitinin işletme merkezinin bağlı bulunduğu ... ve İş Kurumu Müdürlüğü'nün bulunduğu yer mahkemesince değerlendirileceği davacının işletme düzeyinde yetki tespitinin işletme merkezinin bağlı bulunduğu ... ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün bulunduğu yer mahkemesince değerlendirileceği işletme merkezinin bağlı bulunduğu ... İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün ... olduğu bu açıdan yetkili mahkemenin ... İş Mahkemeleri olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir.

D) İstinaf:

Karara karşı davacı istinaf kanun yoluna başvurmuştur.

E) Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesi'nce kararın usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle istinaf itirazlarının reddine karar verilmiştir.

F) Temyiz:

Kararı davacı taraf temyiz etmiştir.

G) Gerekçe:

1- 6356 sayılı Kanun'un 43. maddesinin 1. ve 2. fıkrası "(1) Kendilerine 42 nci madde uyarınca gönderilen tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren; taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığı yolundaki itirazını, nedenlerini de göstererek yazının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde mahkemeye yapabilir. (2) İtiraz dilekçesi görevli makama kayıt ettirildikten sonra mahkemeye verilir. Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinden daha az üyesi bulunan işçi sendikası, yetki itirazında bulunamaz." düzenlemesini içermektedir.

Buna göre itiraz dilekçesinin görevli makama kaydettirilmesi şarttır. Somut uyuşmazlıkta davacının itiraz dilekçesini süresinde görevli makama kaydettirip kaydettirmediği dosya içeriğinden anlaşılamamaktadır. Bunun öncelikle araştırılarak sonucuna göre değerlendirme yapılmalıdır.

2- Yukarıda fıkraya göre yapılacak araştırma sonucunda itiraz dilekçesi süresinde kuruma kaydettirildiği anlaşılırsa;

Somut uyuşmazlıkta T.C. ... ve ... ... Bakanlığı tarafından davacı işverenin ... ve Sakarya'da bulunan işyerleri için işletme düzeyinde yetki tespiti yapılmıştır. Yargılama sonunda mahkemece işletme toplu iş sözleşmesi düzeyinde yetki verildiğinden, davacı işverenliğin işletme merkezinin bağlı olduğu İl ... Müdürlüğü ...'da olduğundan ... İş Mahkemesi'ne yetkisizlik kararı verilmiştir.

6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinin 2. fıkrasında, "Bir gerçek ve tüzel kişiye veya bir kamu kurum ve kuruluşuna ait aynı işkolunda birden çok işyerinin bulunduğu işyerlerinde, toplu iş sözleşmesi ancak işletme düzeyinde yapılabilir." denilirken 4. fıkrasında ise, "İşletme toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerlerinin aranılan niteliğe sahip olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlıklar, işletme merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemede onbeş gün içinde karara bağlanır. Kararın temyizi hâlinde Yargıtay onbeş gün içinde kesin olarak karar verir." düzenlemesi getirilmiştir.

Toplu iş hukukunda bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olan işletmeden söz edebilmek için kural olarak aynı işverene ait, aynı işkolunda yer alan işyerlerinin bulunması gereklidir. İşverenin işletme kapsamındaki işyerleri için ancak tek bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu toplu iş sözleşmesi ise işletme toplu iş sözleşmesidir. Bu kural kamu düzenine ilişkin olup resen gözetilmelidir.

Davacının yetki tespitine konu 3 işyeri bulunmaktadır. Bunlardan 1128627 sicil numaralı olan ...'da, 1007384 ve 1049239 sicil numaralı olanları Sakarya'da bulunmaktadır. Fakat davacının 1007384 sicil numaralı işyerinin yetki başvuru tarihinden önce 28.02.2011 tarihinde kanun kapsamından çıkarıldığı ve gayri faal olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Geriye yalnızca ...'da bulunan 1128627 sicil numaralı ve Sakarya'da bulunan 1049239 işyerleri kalmaktadır. Yetki döküm belgesine göre ...'da bulunan işyerinde iki kişi çalışmakta olup ... sicil koduna göre burası İş Kolları Yönetmeliği'nin 10 sıra numaralı "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar" işkolunda "7022" koduyla "İşletme ve diğer idari danışmanlık faaliyetleri" olarak kodlanmıştır. Ancak Bakanlık tarafından bu işyeri 04 sıra numaralı "Petrol, Kimya, Lastik, Plastik ve İlaç" işkolunda olduğu değerlendirilerek yetki tespiti yapılmıştır. Bakanlığın neden bu şekilde davrandığı dosya içerisinden anlaşılamamaktadır.

Bu nedenlerle, mahkemece öncelikle davacının ... ve Sakarya'da yer alan işyerlerine ilişkin ... kayıtları, ticaret sicil kayıtları, ana sözleşme ile işyerlerindeki organizasyonu ve varsa işyerlerinin birbirleriyle ilgilerini

gösterir yönetsel belgeler dosya kapsamına dahil edilmeli, burada yapılan işlerin bağımsız nitelikte olup olmadığı, sonucuna göre ortada tek bir işyeri ve ona bağlı yer mi, birden fazla işyeri mi olduğu, birden fazla işyeri mevcut ise bunun toplu iş hukuku anlamında aynı işkolunda yer alan işyerlerinden oluşan bir işletme mi olduğu, eğer işletme söz konusu ise bunun merkezinin neresi olduğu ortaya konulduktan sonra öncelikle yetkili mahkeme olunup olunmadığı belirlenmelidir. Bu noktada gerekirse keşif ve bilirkişi deliline de başvurularak sonuca gidilmelidir.

Mahkemece resen araştırma yükümlülüğüne aykırı olarak eksik araştırma ile işletme merkezinin ... ... ve İş Kurumu Müdürlüğüne bağlı bulunduğu gerekçesiyle ... Mahkemelerine yetkisizlik kararı verilmesi hatalıdır.

H) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden **BOZULMASINA,** bozma sebebine göre sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, karardan bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine, dosyanın İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine, 12/10/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞLETME TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ • İŞLETME KAVRAMI

ÖZET: İşletme toplu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta; Öncelikle ticaret sicil kayıtları, ana sözleşme, işyerlerinin birbirleriyle ilgilerini ve organizasyonu gösteren yönetsel belgeler getirilmeli, söz konusu işyerinde yapılan işlerin bağımsız nitelikte olup olmadığı, sonucuna göre ortada tek bir işyeri ve ona bağlı bir yer mi ya da aynı iş kolunda faaliyet gösteren birden fazla işyeri mi olduğu keşif yapılmak suretiyle tespit edilmelidir.

Y. 9. HD E: 2018/2441 K: 2018/5326 T: 15.03.2018

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili müvekkilinin ana iştigal konusunun iskele ve kalıpların satışı ve kiralanması olduğunu, iskelelerin imalatının "... Mah. Org.... Cad. No:31... ...' adresindeki fabrikada yapıldığını, depolama işlerinin yine müvekkiline ait '... Mah. ...Sok. No:31... ..." adresindeki depoda ya-

pıldığını,...Mahallesinde bulunan deponun bağımsız bir organizasyonun mevcut olmadığını, emir ve talimatların asıl işyerinden verilmekte olduğunu, bu işyerinde çalışan işçilerin asıl işyerinin bordrosuna kayıtlı olduğunu, faturaların asıl işyerinde düzenlendiğini, Bakanlığın müvekkili şirketin iki işyeri olduğu ve bunun bir işletme oluşturduğu görüşünden hareket ederek diğer davalı sendikaya %40 oranını dikkate alarak yetki tespit yazısı verdiğini, somut olayda toplam işçi sayısının 150 olduğunu, bunun yansından fazlasının 76 olduğunu, yetki tespit yazısında belirtilen işyerlerinin tek bir işyeri olarak dikkate alınmasının zorunlu olduğunu, yetki tespit yazısına göre davalı sendikanın üye sayısının ise 73 olduğundan bu durumda yetki alamadığını, belirtilen çalışan ve sendika üye sayısının da doğru olmadığını, yetki tespit yazısında belirtilen üyeliklerin bir kısmının çift üyelik olduğu kanaatinde olduklarını, asıl işin yapıldığı işyeri ile ona bağlı bir depo işyerinden meydana geldiğinden, davalı Bakanlığın bu yapılanmayı işletme kabul ederek diğer davalı sendikaya %40 oranını dikkate alıp yetki tespit yazısı vermesinin yasaya aykırı bir durum oluşturduğunu belirterek davalı Bakanlığın yasaya aykırı olan yetki tespit yazısının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı T.C. ... vekili açılan davayı kabul etmediklerini, müvekkili Bakanlığın yetki tespiti üzerine SGK'dan alınan verilere göre ... tarafından 29.05.2015 tarihinde yetki tespiti başvurusunda bulunulması üzerine Bakanlıkça yapılan inceleme sonucunda başvuru tarihi itibariyle anılan şirkete ait 12 sıra numaralı metal iş kolunda faaliyet gösteren 2 işyeri üzerinden işçi bildirimi yapıldığını, bu işyerlerinde toplam 150 işçinin çalıştığını, 73 işçinin Çelik İş Sendikasına üye olduğunun tespit edildiğini ve buna ilişkin 05.06.2015 tarihli ve 11940 sayılı yetki yazısının taraflara gönderildiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... vekili davayı kabul etmediklerini, işyerinin sadece üretim yapılan tek bir fiziksel birimden oluşmayacağını, kanuna göre asıl üretimin yapıldığı birim olarak değerlendirilmesini engellemek için bağlı yerler, eklentiler ve araçların da işyerinden sayılacağını, davacıya ait fabrika ve deponun aynı iş kolunda ve aynı üretimi yapan birimler olması ve nitelik yönünden teknik amaç birliğin sağlanması bakımından üretimde birlik, hukuki ve yönetim birliği açısından da aynı işverene bağlı işyerleri olarak nitelendirilmesinde hiçbir şüphe bulunmadığını, SGK'ya yapılan işçi bildirimleri ile Bakanlığa yapılan sendika üyelik ve istifa bildirimleri esas alınarak doğru ve yerinde bir tespit yapıldığını, iki işyerinde de bir bü-

tünlüğün mevcut olduğunu, tespit kararının doğru olduğunu, davacının kötü niyetli olduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

Mahkemece ... Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün 22/12/2015 tarihli yazısı ile davacı şirketin ... mahallesi adresinde fabrika işyerinin ve...Mahalle işyerinde şube adresinin işyeri olarak tescilli olduğu dinlenen tanık anlatımlarına göre davacının depo olduğunu iddia ettiği işyerinde ikinci el malzemenin tamir kaynak bakım işlerinin yapıldığı anlaşıldığı, davacı şirketin aynı işkoluna giren iki işyerinin bulunduğu bu nedenle yetki başvurusunun işletme düzeyinde belirlenmesinde ve %40 çoğunluk esasının gözetilmesinde yasaya aykırılık bulunmadığı kanaatine varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) İstinaf:

Karara karşı davacı istinaf kanun yoluna başvurmuştur.

E) Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesi 30. Hukuk Dairesi'nce kararın usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle istinaf itirazlarının reddine karar verilmiştir.

F) Temyiz:

Kararı davacı taraf temyiz etmiştir.

G) Gerekçe:

4857 sayılı Yasanın 2.maddesinin gerekçesinde iş yeri tanımı teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal ve hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olduğu belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında "işyerine bağlı yerler" ile "eklentiler" ve "araçların" bir birim kapsamında oldukları belirtildikten sonra özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyerimi yoksa bir birinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda "amaçta birlik", aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ile "yönetimde birlik", aynı yönetim altında örgütlenmiş olma koşullarının aranacağı düzenlenmiştir. Öte yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi nedeniyle bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu "yerin" dışına taşmış, özellikle "işveren kurulan iş organizasyonu" içerisinde işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde veya ilin içinde işlerin yürütüldüğü örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimi duyulmuştur. Bu bağlamda 2.maddede "iş yeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile

oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" hükmü getirilmiştir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz.Esener, Turhan: İş Hukuku Bası 3 Ankara 1978 sh 83-84; Ekonomi, Münir: İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku C 1, ... 1987 sh 59; Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri Bası 21, ... 2008 sh 56-57; Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku II Ferdi İş İlişkileri Bası 3 İzmir 1998 sh 121; Süzek Sarper; İş Hukuku Bası 4 Ankara 2008 sh 173-178; Mollamahmutoğlu Hamdi İş Hukuku Bası 3 Ankara 2008 sh 191-201; tüm genişliği ve ayrıntılarıyla Yenisey/Doğan, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Yayınlanmış Doçentlik Tezi, ... 2007 sh 23-37).

İşyerinin özelliğini veren temel öğe teknik amaçtır. Mal ve hizmetin kazanç amacıyla yahut başka bir amaçla üretilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla hizmet üretimi veya mal üretimi tek başına teknik bir amaç olabilir. Sonuç olarak işyeri teknik bir amacı gerçekleştiren temelde örgütsel bir birlikteliktir. İşyeri sürekli bir organizasyon içerisinde örgütlenmeyi gerektirir. Organizasyon özünde maddi ve maddi olmayan öğelerin yanında emeğin varlığını da içinde barındırır.

Aynı işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişse yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçları gerçekleşiyorsa amaçta birlik

Farklı üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içinde bulunmaları gerekmemektedir. Fakat birimler arasındaki uzaklık işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmamalı çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsa dahi yönetimde birliğin sağlanmasının zorluğu tartışmasızdır.

Toplu İş Hukuku anlamında işyerinin işçilerin dayanışmadan kaynaklanan ortak menfaatleri oluşmasına olanak sağlayan ve faaliyetlerini sürdürebileceği bir sürekliliğe sahip ve işverene de asıl işin girdiği iş kolunda sendikal muhatap yaratacak bir birim olması gerekmektedir. Alman ve Fransız Hukukunda işyerinin neresi olduğu ve sınırlarının belirlenmesi sosyal tarafların özerkliğine terk edilmiştir. Oysa hukukumuzda işyeri mutlak ve tartışmasız olarak kabul edilmektedir. İşyeri kavramı fonksiyonel bir kavramdır (Doğan, Yenisey: sh 443,447).

Somut uyuşmazlıkta, T.C. ... tarafından davacı işverenin ... Mahallesi Org.... Cad..... adresinde bulunan 1086289 ve...Mahallesi ...Sokak No:31... adresinde bulunan 1177692 sicil numaralı işyerlerinde başvuru tarihi olan 29.05.2015 itibariyle 150 işçi çalıştığı, bunlardan 73'ünün davalı sendika üyesi olduğunun tespitine karşı davacı işveren yetki tespitine itiraz davasını açmıştır.

Davacı her ne kadar kayıtlarda iki işyeri olduğu görünse de...mahallesinde bulunan 1177692 sicil numaralı işyerinin depo olarak kullanıldığını ve fabrikaya bağlı bir işyeri olduğunu, ortada tek bir işyeri bulunduğundan yetki tespitinin işyeri düzeyinde yapılması gerektiğini ileri sürmüştür.

İlk derece mahkemesince, tanıklar dinlenmiş ve dosya üzerinden alınan bilirkişi raporu uyarınca davanın reddine karar verilmiştir. Ancak ortada bir işyeri mi yoksa birden fazla işyeri mi olduğu konusunda yerinde inceleme yapılması gerekir.

Bu nedenle, mahkemece öncelikle davacının ticaret sicil kayıtları, ana sözleşme ile işyerlerindeki organizasyonu ve varsa işyerlerinin birbirleriyle ilgilerini gösterir yönetsel belgeler dosya kapsamına dahil edilmeli, burada yapılan işlerin bağımsız nitelikte olup olmadığı, sonucuna göre ortada tek bir işyeri ve ona bağlı yer mi, aynı iş kolunda birden fazla işyeri mi olduğu konusunda uzman bilirkişi heyeti eşliğinde keşif yapılıp alınacak rapor değerlendirildikten sonra sonuca gidilmelidir.

Mahkemece eksik araştırma ile karar verilmesi hatalıdır.

H) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı BOZULMASINA, karardan bir örneğinin ... Bölge Adliye Mahkemesi 30. Hukuk Dairesine, dosyanın kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15/03/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞLETME TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ • İŞLETME KAVRAMI

ÖZET: Toplu iş hukukunda işletmeden söz edebilmek için kural olarak aynı işverene ait aynı iş kolunda yer alan ayrı işyerlerinin bulunması gereklidir. Böyle bir durumda işletme toplu iş sözleşme adıyla tek bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir.

Ancak, bu durumda ayrı ve bağımsız işyerlerinin olup olmadığı ya da bir işyerinin devamı ve bağlantısı niteliğinde tek bir işyerinin olup olmadığı tespit edilerek sonuca gidilmelidir.

Y. 9. HD E: 2018/6624 K: 2018/16946 T: 28.09.2018

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; davalı Bakanlık kararı ile işyeri niteliğindeki müvekkili şirkette çoğunluk sağlandığı gerekçesi ile diğer davalı Selüloz İş Sendikasına yetki verildiği, ancak bahsi geçen yetki tespiti kararının hukuka aykırı olduğunun bakanlık kararının iptali ile sendikanın yetkisizliğinin tespitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı Sendika vekili; Bakanlık tespitinin yerinde olduğunu, davacının kötü niyetli olarak bu davayı açtığını, amacına da ulaştığını, itiraz etmesinden sonra sendika üyesi işçilerin tamamının sendikadan istifa ettiğini, müvekkilinin ilgili işletmede çoğunluğu sağladığını, davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Davalı sendikanın 19/06/2017 tarihinde davacı şirkete bağlı işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmak için bakanlığa başvurduğu, bunun üzerine başvuru tarihi baz alınarak, ilgili şirkete 101 işçinin çalıştığı, 49 işçinin davalı ... İş Sendikasına üye olduğunun ve %48,51 oranla yasada aranan gerekli çoğunluğun sağlandığını tespit ettiği, taraflar arasındaki ihtilafın bakanlığın yetki tespitinde davacıya ait ... işyeri ile birlikte yine bu şirkete ait ...'daki irtibat bürosunda çalışan işçilerin toplam sayısını birlikte ele alıp, buranın bir işletme statüsünde kabul edilmesinden kaynaklandığı, davacının iddiasının ise, bakanlığın buraları işyeri olarak kabul ederek buna göre yetki tespitini belirlemesi gerektiği noktasında olduğunu, ancak Bakanlık tespitinin doğru olduğunu 101 işçiden 49'unun sendikalı olduğunu işletme düzeyinde olumlu yetki tespiti için aranan çoğunluğa sahip olduklarını beyan ederek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Bakanlık vekili; diğer davalı sendikasının başvurusu üzerine yapılan incelemede söz konusu işletmede 101 işçinin çalıştığı, 49 işçinin sendika üyesi olduğu, yasanın aradığı gerekli çoğunluğun sağlandığının tespit edildiği, bu nedenle müvekkili bakanlık tarafından gerçekleştirilen işlemlerde hukuka aykırı bir yön bulunmadığından davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

C) İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

İlk derece mahkemesince ...'dan ve Vergi Dairesinden gelen kayıtlarda davacı şirkete ait gerek ...'daki gerek ...'daki birimlerinin faaliyet konusunun oluklu kağıt ve oluklu mukavva imalatı üzerine faaliyette bulunduğu her ne kadar ...'daki yerin fabrika Kartal'da bulunan büronun faaliyetini devam ettirmesi için ...'daki fabrikaya bağımlı olduğu her iki birimde aynı faaliyet alanında ortak bir noktada kar amacı taşıyan birbirinden bağımsız yerler olmadığı işyeri değil işletme kavramının esas alınması gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

D) İstinaf:

Karara karşı davacı istinaf kanun yoluna başvurmuştur.

E) Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesi'nce kararın usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle istinaf itirazlarının reddine karar verilmiştir.

F) Temyiz:

Kararı davacı taraf temyiz etmiştir.

G) Gerekçe:

4857 sayılı Yasanın 2.maddesinin gerekçesinde iş yeri tanımı teknik bir amaca, diğer bir deyişle mal ve hizmet üretimine yönelik ve değişik unsurlardan meydana gelen bir birim olduğu belirtilmiştir. İşyerinin sınırlarının saptanmasında "işyerine bağlı yerler" ile "eklentiler" ve "araçların" bir birim kapsamında oldukları belirtildikten sonra özellikle bir işyerinin mal ve hizmet üretimi için ayrı bir alanı da kullanması halinde bunların tek işyerimi yoksa bir birinden bağımsız işyerleri mi sayılacağı konusunda "amaçta birlik", aynı teknik amaca bağlı olarak üretimde bulunma, nitelik yönünden bağlılık ile "yönetimde birlik", aynı yönetim altında örgütlenmiş olma koşullarının aranacağı düzenlenmiştir. Öte yandan teknolojik ve ekonomik gelişmeler bir işyeri çerçevesinde mal ve hizmet üretimi, pazarlama ve müşterilere sunulması yönünden çok yönlü bir yapısal değişikliği gerektirmesi nedeniyle bir işyerinin amacının gerçekleşmesinde işlerin görülmesi işyerinin kurulu bulunduğu "yerin" dışına taşmış,

özellikle "işveren kurulan iş organizasyonu" içerisinde işyeri niteliğinde olmayan irtibat bürolarına veya yurt genelinde Veya ilin içinde işlerin yürütüldüğü örgütlenmeye kadar genişletmek gereksinimi duyulmuştur. Bu bağlamda 2.maddede "iş yeri, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlar ile oluşturulan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür" hükmü getirilmiştir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için ..., ...Hukuku Bası 3 ... 1978 sh 83-84; Ekonomi, ... Hukuku, ... Hukuku C 1, ... 1987 sh 59; .., ...Hukuku Dersleri Bası 21, ... 2008 sh 56-57; ...,... Hukuku II ... İlişkileri Bası 3 ... 1998 sh 121; ...; İş Hukuku Bası 4 ... 2008 sh 173-178;... Hukuku Bası 3 ... 2008 sh 191-201; tüm genişliği ve ayrıntılarıyla .../..., ...: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Yayınlanmış Doçentlik Tezi, ... 2007 sh 23-37).

İşyerinin özelliğini veren temel öğe teknik amaçtır. Mal ve hizmetin kazanç amacıyla yahut başka bir amaçla üretilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla hizmet üretimi veya mal üretimi tek başına teknik bir amaç olabilir. Sonuç olarak işyeri teknik bir amacı gerçekleştiren temelde örgütsel bir birlikteliktir. İşyeri sürekli bir organizasyon içerisinde örgütlenmeyi gerektirir. Organizasyon özünde maddi ve maddi olmayan öğelerin yanında emeğin varlığını da içinde barındırır.

Aynı işverene ait iki üretim birimi aynı teknik amacı elde etmek için örgütlenmişse yahut bu yerlerde aynı teknik amacın farklı üretim amaçları gerçekleşiyorsa amaçta birlik sağlanmıştır.

Farklı üretim birimlerinin tek bir işyeri sayılması için aynı arazi sınırları içinde bulunmaları gerekmemektedir. Fakat birimler arasındaki uzaklık işlerin tek elden yürütümünü engelleyecek boyutta olmamalı çünkü farklı birimler arasında amaçta birlik bulunsa dahi yönetimde birliğin sağlanmasının zorluğu tartışmasızdır.

Somut uyuşmazlıkta davacının yetki tespitine konu 2 işyeri bulunmaktadır. Bunlardan 1012384 sicil numaralı olan ...'da, 1146223 sicil numaralı olanı .../...'da bulunmaktadır. Yetki döküm belgesine göre 95 işçinin çalıştığı ...'daki işyeri 06 sıra numaralı "Ağaç ve Kağıt" işkolunda görünmekte olup taraflar arasında bu konuda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Yetki döküm belgesine göre ...'da bulunan işyerinde 6 kişi çalışmakta olup ... sicil koduna göre bu işyeri İş Kolları Yönetmeliği'nin 10 sıra numaralı "Ticaret, Büro, Eğitim ve ...r" işkolunda "8211" koduyla "Kombine büro yönetim hizmeti faaliyetleri" olarak kodlanmıştır. Ancak Bakanlık tarafından bu işyeri 06 sıra numaralı "Ağaç ve Kağıt" işkolunda ve ayrı bir işyeri olduğu değerlendirilerek işletme düzeyinde yetki tespiti yapılmıştır. Nitekim ihtilaf da ...'da yer alan işyerinden kaynaklanmaktadır. Davacı buranın ayrı bir işkolunda yer aldığını, aynı işkolunda kabul edilecek bile

olsa buranın ...'daki fabrikaya bağlı bir yer, satış ofisi olduğunu ortada iki ayrı işyeri değil tek bir işyeri bulunduğunu dolayısıyla işyeri düzeyinde tespit yapılması gerektiğini ileri sürmektedir.

Toplu iş hukukunda bir toplu iş sözleşmesi ünitesi olan işletmeden söz edebilmek için kural olarak aynı işverene ait, aynı işkolunda yer alan işyerlerinin bulunması gereklidir. İşverenin işletme kapsamındaki işyerleri için ancak tek bir toplu iş sözleşmesi yapılabilir. Bu toplu iş sözleşmesi ise işletme toplu iş sözleşmesidir. Bu kural kamu düzenine ilişkin olup resen gözetilmelidir.

İlk derece mahkemesi Vergi Dairesi'nden gelen yazı uyarınca ...'daki işyerinde oluklu kağıt ve oluklu mukavva üretimi yapıldığının bildirildiği gerekçesiyle bu işyerinin ...'daki işyeri ile aynı iş kolunda olduğu kabul edilerek sonuca gidilmişse de bu araştırma yeterli değildir.

Mahkemece öncelikle davacının ... ve ...'da yer alan işyerlerine ilişkin işyerlerindeki organizasyonu ve varsa işyerlerinin birbirleriyle ilgilerini gösterir yönetsel belgeler dosya kapsamına dahil edilmeli, burada yapılan işlerin bağımsız nitelikte olup olmadığı, sonucuna göre ortada tek bir işyeri ve ona bağlı yer mi, birden fazla işyeri mi olduğu, birden fazla işyeri mevcut ise bunun toplu iş hukuku anlamında aynı işkolunda yer alan işyerlerinden oluşan bir işletme mi olduğu, gerekirse keşif ve bilirkişi deliline de başvurularak ortaya çıkarılmalıdır. Eksik araştırmayla karar verilmesi bozma nedenidir.

H) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, dosyanın kararı veren ilk derece mahkemesine karardan bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine 28/09/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

HAFTADA BEŞ GÜN ÇALIŞMA • YILLIK İZİN ÜCRETİ

ÖZET: Cumartesi günleri çalışılmayan işyerindeki işçinin yıllık ücreti izin günlerinin hesabında çalışılmayan cumartesi günleri izin süresine dahil edilmeyecektir.

Y. 9. HD E: 2015/25881 K: 2018/19888 T: 07.11.2018

A)Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı şirkette ...Şubesi müdürü olarak çalışmakta iken 30/01/2013 tarihinde işten ayrıldığı, 03/12/1987-31/01/2013 tarihleri arasında kullanamadığı yıllık ücretli izin alacaklarının ödenmediğini, son aylık brüt ücretinin 7.950,00 TL olduğunu iddia ederek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik 15.000,00 TL yıllık ücretli izin alacağının dava tarihinden itibaren yasal faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B)Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, 03/12/1987-31/01/2013 tarihleri arasında davalı şirkette çalıştığı, 31/01/2013 tarihinde yasal tazminatları ödenerek geçerli nedenle iş akdinin feshedildiğini, davacının çalıştığı süre zarfında diğer tüm çalışanlar gibi yıllık izin taleplerini şirkete bildirdiği ve talebi doğrultusunda yıllık izinlerin kullandığını savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C)Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D)Temyiz:

Kararı davacı ve davalı vekilleri temyiz etmiştir.

E)Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanunî gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı yıllık izin ücreti alacağını talep etmiş, bilirkişi ikili hesaplama yapmış, mahkemece hafta tatillerinin izinden sayılacağına ilişkin TİS hükmüne değer verilerek yapılan hesaplamaya itibar edilerek karar verilmiştir.

Öncelikle davacı TİS kapsamında değildir. Ayrıca hem TİS hükmü hem de İnsan Kaynakları Uygulama Esaslarına ilişkin belgede belirtilen yıllık izin süreleri içine rastlayan ulusal bayram genel tatil günleri ile cumartesi gününün iş açısından iş günü sayılacağına yönelik hükmü İş Kanunu'nun 56. maddesine aykırı olmakla hükümsüzdür. Buna göre 22/12/2014 tarihli bilirkişi raporu denetlenerek, ıslahta dikkate alınarak karar verilmesi gerekirken, yasa hükmüne aykırı TİS ve İnsan Kaynakları Uygulama Esaslarına ilişkin belgeye itibar edilerek hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 07.11.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

GEMİDEKİ TEMİZLİK PERSONELİ • GEMİ ADAMI SIFATI

ÖZET: Gemi seyir halindeyken çalışan temizlik personelinin gemi adamı olduğu kabul edilmelidir.

Y. 9. HD E: 2018/4412 K: 2018/23594 T: 19.12.2018

DAVA : Davacı, İş Teftiş kurulu başkanlığı tarafından tanzim edilen 20.02.2015 tarih ve 9284/İNC/04 sayılı raporuna karşı itirazlarının kabulü ile raporun iptaline, müvekkili şirketin hizmet alımı yaptığı şirketler nezdinde çalışan temizlik personellerinin gemiadamı olmadığının tespitine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

İlk Derece Mahkemesinin ret kararına karşı davacı avukatı istinaf başvurusunda bulunmuştur.

... Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi davacı avukatının istinaf başvurusunu kısmen kabul etmiş, yerel mahkeme kararının ortadan kaldırılmasına karar verilerek Davalı Bakanlığın İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından tanzim edilen 20.02.2015 tarih ve 9284-04 sayılı raporun, davacı şirketin yaptığı hizmet alım sözleşmesinin tarafı şirketler arasındaki ilişkisinin hizmet alımı değil işçi temini maksatlı olduğuna yönelik tespitinin iptali talebinin kabulü ile hizmet alım sözleşmesinin tarafı şirketler

arasındaki ilişkinin muvazaaya dayanmadığının ve usulüne uygun asıl işveren-alt işveren ilişkisi olduğunun tespitine, Davalı Bakanlığın İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından tanzim edilen 20.02.2015 tarih ve 9284-04 sayılı raporun, davacı şirketin hizmet alımı yaptığı şirketler nezdinde çalışan temizlik personellerinin gemiadamı olmadığının tespitine karşı yapılan davacı taraf itirazlarının reddine karar vermiştir.

... Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi'nin kararı süresi içinde taraflar 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 vekili, davalı Bakanlığın İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından düzenlenen 20/02/2015 tarih ve 9284-04 sayılı raporda müvekkili Şirkette çalışan temizlik personelinin gemiadamı olarak nitelendirildiğini, halbuki bu personelin sürekli olarak gemide çalıştıklarının varsayım olduğunu, çalışma koşulları itibariyle tüm temizlik personelinin sürekli olarak gemide çalışmasının sözkonusu olmadığını, çalışma sistemine göre temizlik görevlilerinin çoğunlukla karada çalıştıklarını, ayrıca müvekkili Şirketin kamu işvereni statüsüyle Kamu İhale Kanunu çerçevesinde hizmet alımı yaptığını, temizlik personelinin hizmet alımı yapılan şirketçe istihdam edilen personel olmasına rağmen söz konusu 9284-04 sayılı raporda müvekkili şirket ile hizmet alımı yapılan şirket arasında bir alt işveren- asıl işveren ilişkisi bulunduğundan bahsedildiğini belirterek İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'nca tanzim edilen 20.02.2015 tarihli ve 9284-04 sayılı raporuna karşı itirazlarının kabulü ile raporun iptaline ve müvekkili şirketin hizmet alımı yaptığı şirketler nezdinde çalışan temizlik personeliningemiadamı olmadığının tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davanın reddini talep etmiştir.

C) İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

İlk Derece Mahkemesince, dava konusu teftiş raporunda gemide çalışan temizlik işçilerinin kanunda sayılan "diğer kimseler" sınıfında gemi adamı oldukları; bünyesinde bulundukları firmalarla dava şirket arasındaki hukuki ilişkinin her ne kadar muvazaa olduğu konusunda somut bir bilgi yoksa da işçi temini yapıldığı şeklindeki rapor tespitinin dosyadaki bilgi ve belgelere uygun olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmiştir.

D) İstinaf başvurusu:

İlk Derece Mahkemesi kararına karşı, davacı Şirket vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

E)İstinaf Sebepleri:

Davacı şirket vekili istinaf başvurusunda; dava konusu İş Teftiş Kurulu Başkanlığı raporunun, müvekkili şirkette çalışan temizlik personelini gemiadamı olarak nitelendirmesinin ve bunun sonucu olarak Deniz İş Kanunu uyarınca iaşe bedeli almaları, yıllık izin ve fazla çalışma hususunda bu kanuna tabi olmaları değerlendirmesinin hatalı olduğunu, bu temizlik personelinin münhasıran gemide çalışmadıklarını, ağırlıklı çalışmaların karada olduğunu ve ayrıca periyodik değişimlerle çalıştıklarını, ayrıca Deniz Hukuku mevzuatı uyarınca temizlik personelinin gemiadamı olmadığını; bundan başka müvekkili şirketin kamu işvereni sıfatıyla hizmet alımı yaptığı şirketle arasında bir alt işveren- asıl işveren ilişkisi bulunmadığını ve kamu ihalesiyle yapılan hizmet alım sözleşmelerine göre çalıştıklarını ileri sürüp teftiş raporunun iptalini ve hizmet alımı yapılan şirketler nezdinde çalışan temizlik personelinin gemiadamı olmadığının tespitine ilişkin davalarının kabulünü ileri sürüp ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasını talep etmiştir.

F) Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti :

Bölge Adliye Mahkemesince, davacı şirketin "gemilerdeki temizlik görevlilerinin gemiadamısayılamayacakları" iddiasını içerir talebi ve kapsamdaki istinafının yerinde olmadığı; ancak "hizmet alım sözleşmesinin tarafı şirketler arasındaki ilişki muvazaaya dayanmadığı" konusundaki istinafında haklılık bulunduğu gerekçesiyle İlk Derece Mahkemesinin kararının kaldırılmasına, davacı tarafça davalı aleyhine açılan davanın kısmen kabulü ile; davalı Bakanlığın İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından tanzim edilen 20.02.2015 tarih ve 9284-04 sayılı raporun, davacı şirketin yaptığı hizmet alım sözleşmesinin tarafı şirketler arasındaki ilişkisinin hizmet alımı değil işçi temini maksatlı olduğuna yönelik tespitinin iptali talebinin kabulü ile hizmet alım sözleşmesinin tarafı şirketler arasındaki ilişkinin muvazaaya dayanmadığının ve usulüne uygun asıl işveren-alt işveren ilişkisi olduğunun tespitine, davalı Bakanlığın İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından tanzim edilen 20.02.2015 tarih ve 9284-04 sayılı raporun, davacı şirketin hizmet alımı yaptığı şirketler nezdinde çalışan temizlik personelinin gemiadamı olmadığının tespitine karşı yapılan davacı taraf itirazlarının ise reddine karar verilmiştir.

G)Temyiz başvurusu :

Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararına karşı taraflar vekilleri tarafından temyiz başvurusunda bulunulmuştur.

H) Gerekçe:

Uyuşmazlık T.C Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı-İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından tanzim edilen 20/02/2015 tarih ve 9284/İNC/04 sayılı raporunun iptali ile asıl-alt işverenlik ilişkisinin muvazaalı olmadığının ve alt işverenlik nezdinde çalıştırılan temizlik personelinin de gemi adamı olmadığının tespiti talebine ilişkindir.

İlk Derece Mahkemesince davanın reddine karar verilmiştir

Bu karara karşı davacı vekilinin istinaf başvurusu üzerine Bölge Adliye Mahkemesince davanın kısmen kabulü ile "Davalı Bakanlığın İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından tanzim edilen 20.02.2015 tarih ve 9284-04 sayılı raporun, davacı şirketin yaptığı hizmet alım sözleşmesinin tarafı şirketler arasındaki ilişkisinin hizmet alımı değil işçi temini maksatlı olduğuna yönelik tespitinin iptali talebinin KABULÜ ile hizmet alım sözleşmesinin tarafı şirketler arasındaki ilişkinin muvazaaya dayanmadığının ve usulüne uygun asıl işveren-alt işveren ilişkisi olduğunun tespitine" karar verilmiş olup, bu yönüyle karar dosya içeriğine uygundur.

Öte yandan, davaya konu teftiş raporundaki gemilerdeki temizlik görevlilerinin gemiadamı sayılması gerektiğinin tespiti ve buna bağlı olarak Deniz İş Kanunu'nun gemi adamlarıyla ilgili iaşe bedeli, fazla çalışma, ara dinlenmesi, yıllık izin gibi hükümlerden yararlanıp yararlanmayacakları yönünden ise;

Uyuşmazlık konusu rapor ile varılan sonuç, davacı Şirket ile birlikte ilgili işçilere ve davadışı şikâyetçi Sendikaya bildirilmiş olup, rapor ve eki bildirimlerden davacı Şirkete ait gemilerdeki temizlik işinde alt işverenlik işçisi olarak çalışanların görev yerlerinin sürekli olarak gemi olduğunun anlaşıldığı ve temizlik işçilerinin 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında gemiadamı olduğu kanaatinin açıklandığı görülmüştür.

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 2. maddesi ile Gemiadamları Yönetmeliği'ne göre gemide hizmet (iş) akdiyle çalışan temizlik personelinin gemiadamı sayılacağına ilişkin kabul yerindedir.

Ancak dosyadaki bilgi, belge ve bilhassa müfettiş raporu ekindeki ifadelerden sözkonusu temizlik işçilerinin tamamının "sürekli seyir halindeki gemilerde" çalışmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim raporun 10 uncu sayfasının 4 üncü paragrafında "Alt işveren işyerinde çalışan işçilerin çalışma alanları incelendiğinde çalışanların hir bölümünün iskele vc idari bölüm-

lerde görev almasına karşın bir kısmının sürekli olarakgemilerde çalıştığı ortaya çıkmaktadır. Bu iki farklı çalışma alanı çalışanların çalışma koşullarının tabi olduğu hukuk normlarının tespiti açısından önem taşımakta, işçilerin bir kısmı kara personeli olarak tanımlanabilecek görevleri yerine getirirken bir bölümü gemilerde görev yapmaktadır." yönünde bir açıklamanın yapıldığı da görülmüştür.

Buna karşın müfettiş incelemesiyle yapılan tespitte, sözkonusu alt işverenlik nezdindeki temizlik işinde çalışan personele ilişkin bir ayrıma gidilmeksizin tamamının gemiadamı sayılmasını yol açabilecek bir kanaat açıklanıp, ilgililere de bu yönde işlem tesisi için gerekli bildirimlerin yapıldığı görülmüştür. Bu yönüyle rapor eksik ve hatalıdır.

Nitekim davacı Şirket istinaf başvurusunda temizlik personelinin münhasıran gemide çalışmadıkları ve periyodik değişimlerle çalıştıkları itirazında da bulunmuş, yargılama safhasında ispat için de yazılı delillerini sunmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesinin yapılan bu itirazı "teftiş raporunda gemideki temizlik hizmeti kapsamında genel değerlendirme yapılması ve esasen bunun her somut olay ve çalışan için ayrı değerlendirilecek bir husus olduğu açıktır." gerekçesiyle reddetmesi dosya içeriğine göre isabetli değildir. Müfettiş raporu ile tespite konu edilen gemiadamları için Deniz İş Kanunu kapsamında tanınan hak ve alacaklar (iaşe bedeli, fazla çalışma, ara dinlenmesi, yıllık izin gibi) yönünden müfettiş raporunun bu haliyle kabulü, yersiz bir çok ihtilafa sebebiyet verebileceği gibi açılacak muhtemel alacak davalarının da sıhhatli sonuçlandırılmasına engel olabilmesi kuvvetle muhtemeldir.

Davacı Şirket 30 personel gemi seyir halindeyken, 17 personel gemi iskeleye bağlıyken, 10 personelden 5 i çay ocağında olmak üzere genel müdürlükte, 15 personel ise iskelede çalıştığını savunup buna ilişkin belgeler sunmuştur.

Bu durumda Bölge Adliye Mahkemesince yapılacak iş, müfettiş raporuna konu alt işverenlik sözleşmeleri de dosyaya celbedilerek mevcut delillerin değerlendirilmesiyle sonucuna göre gemi seyir halindeyken çalışan personel ismen belirlenebiliyor ise bu personele hasren müfettiş raporunda yapılan tespit için, aksi halde yani bu aşamada ismen belirleme yapılamıyorsa ileride açılması muhtemel alacak davasında tartışılmak üzere "gemi seyir halindeyken çalışan temizlik personelinin gemiadamı olduğu" yönünden yapılan tespitin yerinde olduğu gerekçesiyle istinaf başvurusunun bu yönden de kısmen kabulüne karar verilmesinden ibarettir. Hatalı değerlendirmeyle yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, dosyanın HMK.nın 373/2. maddesi uyarınca Bölge Adliye Mahkemesine, kararın bir örneğinin İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine, 19/12/2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DAVA ARKADAŞLIĞI • DAVADAN FERAGAT

ÖZET: Davacının ihtiyari dava arkadaşlarından biri hakkındaki davadan feragat etmesi, diğer davalılar hakkındaki davayı etkilemez; onlara karşı davaya devam edilir.

Mecburi dava arkadaşlarından biri hakkındaki davadan feragat edilmesi diğerlerini de etkiler ve davanın reddine karar verilir.

Buna göre asıl işveren hakkındaki davadan feragat edilmesi alt işverene sirayet etmeyeceğinden alt işverene karşı açılan davaya devam edilir.

Y. 9. HD. E: 2018/10177 K: 2019/4083 T: 19.02.2019

"Davacı, davalı taraftaki ihtiyarî dava arkadaşlarından (davalılardan) biri hakkındaki davasından feragat edebilir. Bu feragat, diğer ihtiyarî dava arkadaşları (davalılar) hakkındaki davayı etkilemez; onlara karşı davaya devam edilir. Buna karşılık, davacının davalı taraftaki mecburî dava arkadaşlarından (davalılardan) biri hakkında davadan feragat etmesi, diğer mecburî dava arkadaşlarını (davalıları) da etkiler. Yani bu halde mahkeme, davacının (bütün davalılar hakkında) feragat nedeniyle reddine karar verir". (Kuru, B: Hukuk Muhakemeleri Usulü, s.3582-3583)

Yapılan açıklamalar ışığında varılan neticede, eldeki uyuşmazlıkta davacı asilin davalılardan asıl işveren hakkındaki davadan feragati, diğer davalı alt işverene sirayet etmeyeceğinden bu davalı yönünden davaya devam edilerek bir sonuca bağlanması gerekirken, her iki davalı hakkındaki davanın feragat nedeniyle reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASI-**

NA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19.02.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ÜCRETİN ÖDENMEMİŞ OLMASI • ZAMANAŞIMI • HAKLI FESİH

ÖZET: Dava konusu ücret alacağının davanın açıldığı tarihte zamanaşımına uğramış olması, o alacağın ödenmemiş olmasından dolayı işçi lehine doğmuş olan haklı fesih hakkını ortadan kaldırmaz.

Y. 9. HD. E: 2017/9714 K: 2019/5026 T: 28.02.2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının 07/09/2007-31/05/2013 tarihleri arasında çalıştığını, net aylık 780,00 TL. olduğunu, davacı 07/09/2007 tarihinden 2008 yılının son gününe kadar; akşam 17:00 ile sabah 07:00 arası bekçi olarak çalıştığını, Cumartesi akşam 17:00'da işe başlayıp hiç ara vermeksizin Pazartesi sabah 07:00'de iş bitişi yaptırıldığını, fazla mesai ücretlerini talep ettiğini ancak davalı tarafça reddedildiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı, fazla çalışma ve yıllık ücretli izin alacağının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı İsteminin Özeti:

Davalı vekili, davacı 07/09/2007 tarihinden itibaren davalı işverene ait iş yerinde çalıştığını, 30/05/2013 tarihinde 10 günlük sağlık raporu aldığını, ancak raporunun bitim tarihi olan 08/06/2013 tarihinden sonra işe gelmediğini, iş sözleşmesini iş yerini terk etmek suretiyle feshettiğini, fazla mesai alacağının bulunmadığını, alacakların zamanaşımına uğradığını savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacı tanığı ... ifadesinde davacının 2007-2008 yıllarında bir yıl bekçilik yaptığını, davalı tanığı ...'da davacının ... ile birlikte 6 ay ile bir sene arası bekçilik yaptıklarını ifade ettiği, davacının 07/09/2007 tarihinden itibaren 6 ay ile bir sene arasından değişen bir sürede bekçilik yaptığı anlaşılmış olup 10/07/2008 tarihinden önceki alacakların zamanaşımına uğradığından davacının bekçilik yaptığı döneme ilişkin fazla

mesai alacağının bulunmadığı, davacı tarafça yıllık iznin talep edilmesine rağmen kullandırılmadığına yönelik herhangi bir delil sunulmadığı, iş akdini feshinin haklı nedene dayanmadığı gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı, davacı vekili yasal süresinde temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davacı işçi ödenmeyen fazla çalışma ücretlerinin olduğunu ileri sürerek iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini belirterek, yıllık ücretli izin ve fazla çalışma ile kıdem tazminatı talebi ile bu davayı açmıştır. Mahkemece fazla çalışma ücretinin zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle her iki isteğinde reddine karar verilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki alacağın zamanaşımına uğraması hakkı ortadan kaldıran nedenlerden biri olmayıp hakkın talep edilebilirliği ile ilgilidir.

Bu nedenle zamanaşımına uğrasa da fazla çalışma yaptığı tespit edildiğinden davacının işe akdini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II (e) bendi uyarınca haklı olarak sona erdirdiği kabul edilmeli ve kıdem tazminatı hüküm altına alınmalıdır.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 28.02.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ASIL İŞVEREN • ALT İŞVEREN
•
MUVAZAA • SORUMLULUK

ÖZET: Asıl işveren–alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğunun anlaşılması halinde muvazaalı işlemin tarafları işçiye karşı müteselsil olarak sorumludurlar.

Hakkın kötüye kullanıldığı durumlarda bir işlemin muvazaa sebebiyle geçersiz olduğu ileri sürülemez.

Kişi kendi muvazaasına dayanarak savunma yapamaz.

Y. 9. HD. E: 2015/32108 K: 2019/5191 T.11.03.2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı üniversite hastanesinde 01.04.1999-23.09.2013 tarihleri arasında hasta bakıcı olarak çalıştığını, emeklilik nedeniyle işten ayrılmak zorunda kaldığını, davalılar arasında asıl-alt işveren ilişkisi bulunduğunu iddia ederek, kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti ve ulusal bayram genel tatil ücreti alacaklarının davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı ... vekili, davacı tarafın iddia ve delillerini kabul etmediklerini, davacının iş akdinin diğer davalı şirketle yapıldığını ve müvekkilinin işveren sıfatı olmadığını, işçilik ücretleri dahil tüm giderlerin yüklenici firmalara ait olduğunu, taleplerin zamanaşımına uğradığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı M.Tem. İnş. Gıda ve Kar. Dağ. Hiz. San. Tic. Ltd. Şti. vekili, davacı tarafın iddia ve delillerini kabul etmediklerini, davacının baştan beri Üniversite işçisi olduğunu ve davada kendilerine husumet düşmediğini, taleplerin zamanaşımına uğradığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davalı M. Tem. İnş. Gıda ve Kar. Dağ. Hiz. San. Tic. Ltd. Şti. aleyhine açılan davanın husumet yokluğu nedeniyle reddine, davalı ... aleyhine açılan davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı yasal süresi içinde davacı vekili ile davalı ... vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacı ve davalı ...'nün aşağıdaki bendlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Taraflar arasında davacının tazminat ve alacaklara esas hizmet süresi uyuşmazlık konusudur.

İş hukukunda çalışma olgusunu, iddia eden işçi kanıtlamalıdır.

Somut uyuşmazlıkta, davacı davalı işyerinde 01.04.1999-23.09.2013 tarihleri arasında çalıştığını ileri sürmüş, davalılar ise davacının SGK kayıtlarında görünen sürelerde çalıştığını savunmuştur.

Dosyada mevcut hizmet döküm cetveli ve davacıya ait işyeri evraklarına göre 01.04.1999-01.05.2005 tarihleri arasında davacının bir çalışma kaydı bulunmamaktadır.

Hükme esas raporu hazırlayan bilirkişi tarafından hizmet süresi yönünden seçenekli hesap yapılmış, mahkemece davacının talebi gibi 01.04.1999-23.09.2013 tarihleri arasındaki çalışmaya göre yapılan hesaplama esas alınarak karar verilmiş ise de, bu tercihin nedeni gerekçeli kararda tartışılıp değerlendirilmemiştir.

Mahkemece 01.04.1999-01.05.2005 tarihleri arası dönemde davacının davalılar nezdinde çalışma yapıp yapmadığı ortaya konup çıkan sonuca göre hizmet süresinin belirlenmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma ile hizmet süresinin yazılı şekilde kabulü isabetsizdir.

Mahkemece yapılacak iş, davacı asil bizzat dinlenerek çalıştığını iddia ettiği bildirim olmayan döneme ait belgeleri sormak ve var ise ilgili yerlerden getirtmek, ihale evrakları getirtilerek ilgili şirketlerden ücret bordroları ve şahsi sicil dosyalarını istemek ve bu belgeleri değerlendirerek hizmet süresini belirlemektir.

Eksik araştırma ile ve gerekçesi açıklanmadan bildirim olmayan 01.04.1999-01.05.2005 tarihleri arası çalışmanın kabulü hatalıdır.

3-Uyuşmazlık davalılar arasında asıl-alt işveren ilişkisinin muvazaalı kabul edilmesine rağmen, muvazaalı işlemin tarafı olan alt işverenin işçilik alacaklarından sorumlu olup olmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Muvazaalı bir hukuki muamele ile üçüncü kişinin ızrar edilmesi ona

karşı bir haksız eylem niteliğindedir. Üçüncü kişiler muvazaa nedeniyle hakları halele uğratıldığı takdirde haksız fiil sorumluluğuna dayanarak muvazaalı hukuki işlemi yapan taraflardan zararının tazminini isteyebilir. Muvazaa sebebiyle akdin hükümsüzlüğünün ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılan hallerde muvazaa ileri sürülemez. Başka bir değişle kişi kendi muvazaasına dayanarak sorumluluktan kurtulamaz.

Somut uyuşmazlıkta mahkemece, davalılar arasındaki ilişkinin muvazaalı olduğu ve davacının başlangıçtan beri asıl işveren ...'nün işçisi olduğu kabul edilerek hüküm altına alınan işçilik alacaklarının adı geçen davalıdan tahsiline, muvazaalı işlemin diğer tarafı olan ve işveren sıfatı olmayan diğer davalı şirket yönünden davanın husumet nedeni ile reddine karar verilmiştir.

Ancak aleyhine açılan dava husumetten reddedilen davalı şirket muvazaalı işlemin tarafıdır. Adı geçen davalı şirket kendi muvazaasından yararlanamaz. HGK'nun 03.12.2008 T. 2008/9-704 E, 2008/730 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere davalılar arasında muvazaa bulunması nedeniyle maddi sorumluluk açısından davalıların müştereken ve müteselsilen sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken, davanın davalı Marmara Tem. İnş. Gıda ve Kar. Dağ. Hiz. San. Tic. Ltd. Şti. yönünden husumet yokluğu gerekçesi ile reddi hatalıdır.

4-6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297/2. maddesi uyarınca, mahkeme kararlarının sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi zorunludur.

Somut uyuşmazlıkta, mahkemece davacının fazla mesai ücreti talebi hakkında olumlu ya da olumsuz herhangi bir karar verilmemesi 6100 sayılı HMK'nın 297/2. maddesine aykırıdır.

5-Davalılardan ...'nün 2547 Sayılı Yasa'nın 56/b maddesi gereğince harçtan muaf olduğu gözetilmeksizin aleyhine harç yükletilmesi de hatalıdır.

6-Taraflar arasındaki diğer bir uyuşmazlık, emeklilik sebebiyle iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda kıdem tazminatı faizinin hangi tarihten itibaren başlatılması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 120 nci maddesi yollamasıyla, halen yürürlükte bulunan 1475 sayılı Yasanın 14 üncü maddesinin onbirinci fıkrası hükmüne göre, kıdem tazminatının gününde ödenmemesi durumunda mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir. Faiz başlangıcı

fesih tarihi olmalıdır. İş sözleşmesinin ölüm ya da diğer nedenlerle son bulması faiz başlangıcını değiştirmez. Ancak, yaşlılık, malullük aylığı ya da toptan ödeme almak için işyerinden ayrılma halinde, işçinin bağlı bulunduğu kurum ya da sandığa başvurduğunu ve yaşlılık aylığı bağlandığını belgelemesi şarttır. Bu halde faiz başlangıcı da anılan belgenin işverene verildiği tarihtir.

Yaşlılık aylığı bağlandığına ilişkin belge işverene bildirilmemişse, işverence kıdem tazminatı olarak ilk taksitin ödendiği tarih bakiye kıdem tazminatı için faiz başlangıcı sayılmalıdır. Böyle bir taksit ödemesi de olmadığı durumlarda faiz başlangıcı, davanın açıldığı ya da icra takibinin yapıldığı tarihtir.

Somut uyuşmazlıkta, davacı emekli olarak iş akdini sona erdirdiğinden yaşlılık aylığı tahsis belgesini işverene bildirdiği tarihten itibaren faiz yürütülmelidir. Ancak davacı buna ilişkin belge sunmadığından kıdem tazminatına yürütülecek faizin dava tarihinden başlatılması gerekirken, fesih tarihi olan 23/09/2013 tarihinden başlatılması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilisine iadesine, 11/03/2019 tarihinde oy birliği ile karar verildi.

ASGARİ GEÇİM İNDİRİMİ • GEMİ ADAMI

ÖZET: Asgari geçim indirimi, vergi mükellefi olan işçinin Devlete ödeyeceği Gelir Vergisinin bir kısmının işçiye iadesidir.

Bu nedenle vergi mükellefi olmayan gemi adamı için asgari geçim indirimi alacağından söz edilemez.

Y. 9. HD E: 2016/26101 K: 2019/6082 T: 19.03.2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; davacının, çalışmasının kesintili olduğunu, son olarak iş akdinin haklı nedenle müvekkili tarafından sona erdirildiğini, gemi adamı olarak çalıştığını, yıllık izinlerinin kullandırılmadığı gibi karşılıklarının da ödenmediğini, aylık maaşının 1.800 TL olduğunu, asgari geçim

indirminden yararlandırılmadığını ve ödenmemiş işçilik alacakları bulunduğunu ileri sürerek; kıdem tazminatı ile fazla mesai, genel tatil, hafta tatili ve yıllık izin ücretleri ile asgari geçim indirimi alacaklarının tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalılar Vekili Cevabında Özetle:

Davalılar vekili; yetki, zamanaşımı ve husumet itirazında bulunarak, Cenk Grup A.Ş. adında bir şirket olmadığını, bunun şirketlerin toplandığı ünvan olduğunu, davacının muhtelif tarihlerde aralıklarla müvekkil firma gemilerinde usta gemici olarak asgari ücret üzerinden sekiz saatlik vardiyalar halinde çalıştığını, kendi isteği ile işten ayrıldığını, ücret isteme hakkı bulunmadığını savunarak; davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresinde davalılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dava dilekçesinde davalılar olarak; M. Denizcilik A.Ş., C. Denizcilik A.Ş. ve C. Group A.Ş. gösterilmiştir. M. Denizcilik A.Ş. ve C. Denizcilik A.Ş. adına cevap dilekçesi verilmiş ise de, C. Denizcilik A.Ş. tarafından davalılar vekiline verilen bir vekaletnamenin bulunmadığı, C. Deniz Taşımacılığı A.Ş. tarafından verilen vekaletnamenin sunulduğu saptanmıştır. Davalılar vekili cevap dilekçesinde; C. Group A.Ş. isimli bir şirketin bulunmadığını, C. Group A.Ş.'nın tüm müvekkil şirketlerin toplandığı bir ünvan olduğunu savunmuştur.

Davacı vekilince, C. Group A.Ş.'nin dava dilekçesine sehven yazıldığı belirtmiştir. Mahkemenin 03.03.2015 tarihli 12. celsedeki ara kararı uyarınca, ticaret sicil kayıtları getirtilmiş ve C. Deniz Taşımacılığı A.Ş. ile C. Denizcilik Gözetim ve Liman Hiz. Ltd. Şti. olarak iki ayrı şirketin bulunduğu, C. Denizcilik Gözetim ve Liman Hiz. Ltd Şti'nin eski ünvanının C. Denizcilik ve Ticaret Ltd. Şti. olduğu ve C. Denizcilik A.Ş.'nin kaydının bulunmadığının bildirildiği saptanmıştır. Dairemizdeki temyiz duruşması sırasında davalılar vekilince, C. Denizcilik Gözetim ve Liman Hiz. Ltd. Şti. adına vekaletname sunulmuştur.

SGK kayıtları incelendiğinde, davacının mahkemece kabul edilen hizmet süresi dışında C. Denizcilik ve Tic. Ltd Şti.'nden adına çalışma bildirildiği saptanmıştır.

Mahkemece, gerekçeli karar başlığında ise M. Denizcilik A.Ş. ve C. Denizcilik A.Ş. davalı olarak gösterilmiş ve bu şirketler aleyhine hüküm kurulmuştur.

Davacı vekiline davasını kim veya kimlere karşı yönelttiği konusunda ayrıntılı olarak beyanda bulunması için süre verilmeli, Cenk Denizcilik A.Ş. isimli bir şirketin bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve 6100 sayılı HMK'nun 124. maddesi de dikkate alınarak, taraf teşkili sağlandıktan sonra sonuca gidilmelidir.

Hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

2- Kabule göre de; davacı gemiadamı olup, 4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca gelir vergisinden muaftır. Asgari geçim indirimi vergi mükellefi olan çalışanın devlete ödeyeceği gelir vergisinden kesilerek çalışana iade edilmesidir. Davacı gelir vergisinden muaf olduğundan asgari geçim indirimi alamaz. Mahkemece davacının asgari geçim indirimi alacağının reddi gerekirken kabulü isabetsizdir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda açıklanan sebeple **BOZULMASINA,** bozma nedenine göre sair temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine yer olmadığına, davalılar yararına takdir edilen 2.037.00 TL. duruşma avukatlık parasının karşı tarafa yükletilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 19/03/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ • DAVA DIŞI TALEPLER

ÖZET: İcra takibinde talep edilmeyen ve itirazın iptali davasının konusu dışında olan alacak için itirazın iptali kararı verilmesi doğru değildir.

İtirazın iptali davası dışında kalan alacak için ayrı bir dava açılarak birleştirme yapılması ya da mevcut davada ıslahla talep yapılması mümkündür.

Y. 9. HD E: 2015/35604 K: 2019/7101 T: 28.03.2019

Davacı, davalı aleyhine kıdem ve ihbar tazminatı, yıllık ücretli izin ve fazla mesai alacağı için ilamsız takipte bulunmuş, takip itiraz üzerine

durmuş, iş bu itirazın iptali davası açılmıştır. İlamsız takipteki ödeme emrinde asıl alacaklar yanında işlemiş faiz alacakları da talep edilmiş, dava dilekçesinde ise ödeme emrinde olup ancak dava dilekçesinde yer verilmeyen yıllık izin dışındaki kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve fazla mesai ücreti alacağının faizleri ile birlikte toplam 26.365,20 TL dava değeri belirtilerek itirazın iptali davası açılmıştır.

Ödeme emrinin yıllık izin ve faizi de içerecek şekilde toplam 28.795,38 TL olması karşısında açılan dava kısmi itirazın iptali davası niteliğindedir.

Davacı yargılama sırasında verdiği 01.09.2015 harç tarihli dilekçesi ile davasını ıslah ettiğini bildirmiş, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacağını arttırdığını belirtmiş ve bunlara karşılık 16,99 TLıslah harcı yatırmıştır.

Mahkemece verilen kararda "Takibin 6.475,11 TL kıdem tazminatı alacağı, 3.534,39 TL ihbar tazminatı alacağı, 1.750,18 TL fazla mesai alacağı, 2.100 TL yıllık izin alacağı üzerinden devamına" şeklinde hüküm oluşturulmuştur.

Öncelikle itirazın iptali davası yukarıda açıklandığı şekilde yıllık izin ücreti talebini içermeden kısmi iptal şeklinde açılmıştır. Bu nedenle hükümde itirazın iptali davasına konu edilmeyen yıllık izin ücreti alacağı açısından da takibin devamına karar verilmesi hatalıdır.

Dairemiz uygulaması ve Yargıtay'ın genel uygulamaların da itirazın iptali davası dışında kalan miktarlara yönelik olarak tahsil talepli alacak davası açılması mümkün olup, ayrı bir dava açılıp birleştirme yapılabileceği gibi somut davada yapıldığı üzere ıslah ile de talepte bulunulması mümkündür.

Mahkemece, ıslah dilekçesi değerlendirilmeden ve dilekçede ıslah ile arttırılan 456,81 TL kıdem tazminatı, 0,28 TL ihbar tazminatı ve 537,47 TL yıllık izin ücreti alacağı açısından tahsil hükmü kurulmasının düşünülmemesi hatalıdır.

Sonuç olarak itirazın iptali davası açısından sadece 6.475,11 TL net kıdem tazminatı, 3.534,39 TL net ihbar tazminatı ve 1.750,18 TL net fazla çalışma ücreti alacağı ile bu alacak kalemlerinden ihbar tazminatı ile fazla mesai ücreti alacaklarının işlemiş faizleri yönünden takibin devamına karar verilmeli, ıslah açısından da yukarıda belirtilen 456, 81 TL kıdem tazminatı, 0,28 TL ihbar tazminatı ve 537,47 TL yıllık izin ücreti alacağı hakkında tahsil hükmü kurulmalıdır. Açıklanan nedenlerle Mahkeme kararının bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine 28.03.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YILLIK ÜCRETLİ İZİN • HAKLI FESİH

ÖZET: Uzun süre yıllık ücretli izin haklarının işçiye kullandırılmamış olması işçi açısından haklı fesih sebebi oluşturur.

Bu nedenle haklı fesihten doğan kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekir.

Y.9. HD E: 2017/10772 K: 2019/8028 T: 08.04.2019

Ç) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, Davacının doğum izni öncesinde 2014 yılı Ocak, Şubat, Mart aylarına ilişkin ücretlerinin iş aktinde belirtildiği şekilde hak edilen aydan sonraki aylarda en geç ayın 15'ine kadar ödendiğini, yıllık izinlerinin kullanılmasının tamamen işveren insiyatifinde olduğunu dosya içinde davacının yıllık izin talep ettiği ve bu talebin kabul edilmediğine dair bilgi olmadığı, yıllık ücretli izin kullandırılmamasının işçiye haklı fesih imkanı vermeyeceği, bu nedenle kıdem tazminatı talebinin reddine karar verildiği, davacının 76 gün yıllık izin hakkı olduğunu ve kullandırıldığına dair belge ibraz edilmediği gerekçesi ile davacının yıllık ücretli izin alacağının kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresinde davacı ve davalılar vekillerince temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalıların tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2- Davacı işçi davalı Bakanlığa ait işyerlerinde alt işveren işçisi olarak 2008 yılından 24.12.2014 tarihine kadar çalıştığını, ücretlerinin düzensiz ödenmesi ve yıllık izinlerinin kullandırılmaması nedeniyle iş sözleşmesini haklı olarak fesih ettiğini bildirmiş ve kıdem tazminatı talebinde bulunmuştur. Davalı işveren feshin haklı nedene dayanmadığını savunmuştur.

Mahkemece ücretlerin sözleşmede kararlaştırılan süre içinde ödendiği gerekçesi ile kıdem tazminatının reddine, davaya konu 76 günlük izin ücreti isteğinin kabulüne karar verilmiştir.

Yıllık izin kullandırma zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olsa da işçinin yıllık olarak dinlenme hakkının sağlanması işyeri çalışma koşulları arasında yer alır. Başka bir anlatımla işçinin yıllık dinlenme hakkının tanınması, dayanağı Anayasa olan çalışma koşulu olup aksine uygulama 4857 sayılı yasanın 24/II-f. bendine göre işçi açısından haklı fesih nedeni oluşturur.

Somut olayda ; davacı işçiye 6 yılı aşan süre içinde sadece 14 gün yıllık izin kullandırılmıştır. İşçiye uzun bir süre dinlenme hakkının sağlanmaması işçi açısından yukarıda sözü edilen madde gereği haklı fesih nedeni oluşturur. Mahkemece kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) SONUÇ:

Temyiz olunan kararın açıklanan sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 08.04.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

GEMİ ADAMI • ZİNCİRLEME SÖZLEŞMELER • İHBAR TAZMİNATI • FAİZLER

ÖZET: Davacı gemi adamı davalının gemilerinde birbiri ardına belirli süreli sözleşmelerle çalışmış olup yenilemeler için esaslı neden bulunmadığından belirsiz sözleşmeye dönüştüğü kabul edilerek ihbar tazminatına hükmedilmelidir.

Gemi adamının kıdem tazminatına ve ücret alacaklarına dava tarihinden itibaren yasal faiz işletilmelidir.

Y. 9. HD. E: 2016/3339 K: 2019/13024 T: 11.06.2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin, davalı şirketlere ait gemilerde 04.03.2004-03.06.2011 tarihleri arasında çalıştığını, davalı şirketler arasında bağlantı bulunduğu ve birlikte istihdamın söz konusu olduğu, davacının en son 1.250 dolar aylık ücret ve ayrıca 200 dolar ambar parası aldığı, iş akdinin işverenler tarafından feshedildiğini ve işçilik alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek; kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücretlerinin tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Vekilinin Cevabının Özeti:

Davalılar vekili; zamanaşımı itirazında bulunarak, davacının davalı şirketlerde aralıklı olarak belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalıştığını, çalışma süreleri sonunda kendi isteğiyle işyerinden ayrıldığını, kıdem tazminatına hak kazanmadığını ayrıca bütün haklarını aldığını beyan ederek ibra verdiğini, şirketler arasında bağlantı bulunduğu ve birlikte istihdam iddialarının gerçeği yansıtmadığını savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Karar süresinde taraflarca temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara, delillerin taktirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

2- Uyuşmazlık belirli süreli iş sözleşmelerinin iki veya fazla süre ile yenilenmesi halinde belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüşüp dönüşmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Mahkemece, davacı ile yapılan iş sözleşmelerinin belirli süreli olduğu gerekçesi ile ihbar tazminatının reddine hükmedilmiştir.

Borçlar Kanunu 430. maddesinde esaslı bir neden olmadıkça üst üste belirli süreli iş sözleşmeleri yapılamayacağı ifade edilmiştir.

Borçlar Kanunu genel kanun olduğundan, gemi adamı ile belirli süre için yapılan iş sözleşmelerinin yenilenmesinde esaslı nedenin varlığı aranmalıdır.

Somut uyuşmazlıkta; davacı, davalılara ait gemilerde birbiri ardına belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalışmış olup, sözleşmeler belirli bir sefer için yapılmamıştır. Yenilemeler için esaslı bir neden de bulunmadığından belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüştüğü kabulü ile ihbar tazminatına da hükmedilmesi gerekirken reddine karar verilmesi hatalıdır.

3- Davacı 854 sayılı Deniz İş Kanunu' na tabi olarak çalışmıştır. Deniz İş Kanununda faizin türüne ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı dikkate alındığında, hüküm altına alınan işçilik alacaklarına yasal faiz uygulanması gerekirken, yazılı şekilde mevduata uygulanan en yüksek faize hükmedilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

4-Deniz İş Kanunu'nda kıdem tazminatına yürütülecek faize ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda kıdem tazminatına da genel hükümler doğrultusunda, dava dilekçesinde istenen miktarlar yönünden dava tarihinden, ıslah dilekçesi ile arttırılan miktarlar yönünden ise ıslah tarihinden itibaren yasal faize hükmedilmelidir.

Karar bu yönü ile de hatalıdır.

F)SONUÇ:

Temyiz olunan kararın açıklanan sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının isteği halinde ilgililere iadesine, 11.06.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

İŞ KANUNU • GEMİ ADAMI • KIDEM TAZMİNATI FAİZİ

ÖZET: Deniz İş Kanunu'nda olmayıp da, 4857 Sayılı Yasada bulunan bir hükmün gemi adamlarına uygulanması mümkün değildir.

Y. 9. HD. E: 2019/4670 K: 2019/14180 T: 25.06.2019

MAHKEMESİ :İŞ MAHKEMESİ

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizen incelenmesi davalılardan ...Konteyner Taşımacılığı ve Ticaret A.Ş. vekili tarafından istenilmekle, temyiz taleplerinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalı ... Konteyner Taşımacılığı ve Tic. A.Ş. vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacının gemi adamı ve Deniz İş Kanunu'na tabi olduğu konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Anılan kanunda kıdem tazminatına yürütülecek faize ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. 4857 sayılı İş Yasasına tabi işçilik alacaklarına uygulanan ve kanunda açıkça düzenlenen mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının gemi adamının alacaklarına uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Bu durumda genel hükümler doğrultusunda dava tarihinden itibaren yasal faiz uygulanması gerekirken, fesih tarihinden itibaren işleyecek mevduat faizine hükmedilmesi hatalı olup, bozma sebebi ise de, bu yanlışlığın düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün HMK. nun geçici 3/2. maddesi atfıyla HMUK. nun 438/7. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.

SONUÇ:

Temyize konu kararın hüküm fıkrasındaki kıdem tazminatına ilişkin "a" bendinin hükümden çıkartılarak yerine;

"a) Net 7.557,98 TL kıdem tazminatının dava tarihi olan 22/12/2015 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı ... Konteyner Taşımacılığı ve Ticaret A.Ş.den alınarak, davacıya verilmesine," bendinin yazılmasına, hükmün bu şekilde **DÜZELTİLEREK ONANMASINA,** Yargıtay

İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 28.09.2018 tarih ve 2018/2 E. 2018/8 K. sayılı İBK. uyarınca onama harcı alınmasına yer olmadığına, nisbi temyiz harcının istek halinde temyiz eden davalı ... Konteyner Taşımacılığı ve Ticaret A.Ş.ye iadesine, 25/06/2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

İTİRAZIN İPTALİ DAVASI • FAZLA ÇIKAN ALACAK

ÖZET: İtirazın iptali davalarında icra takibinde talep edilen alacaklardan daha fazla alacak hesaplanması halinde, fazla kısmın ek dava ile ya da ıslah ile istenebileceği yerleşik Yargıtay uygulamasıdır.

Y. 9. HD. E: 2019/5207 K: 2019/14977 T: 04.07.2019

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizen incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmekle, temyiz taleplerinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY KARARI

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili; müvekkilinin iş akdinin haksız yere feshedildiğini iddia ederek kıdem-ihbar tazminatı ile fazla mesai, yıllık izin alacaklarının davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, yetki itirazında bulunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece bozma kararına uyularak toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Dava itirazın iptali talepli olup, mahkemece verilen hüküm dairenin 2017/11247 Esas, 2018/13814 K sayılı 26.06.2018 tarihli kararı ile bozulmuş, mahkemece bozmaya uyularak yargılamaya devam olunmuş, yargılama sırasında davacı vekili bilirkişi raporunu dikkate alarak takipten fazla hesaplanan alacaklara yönelik olarak 01.02.2019 harç tarihli ıslah dilekçesiyle, ıslah dilekçesinde belirtilen alacakların tahsilini talep etmiştir.

Mahkemece yazım tarzı itibariyle biraz karışık olsa da itirazın kısmen iptaline ve ıslah dilekçesinde talep edilen miktarların tahsiline karar vermiştir.

Dairemiz ve diğer hukuk dairelerinin uygulamalarında itirazın iptali şeklinde açılan davalarda takipten fazla alacak çıktığında fazla kısmın itirazın iptali ile birlikte ya da ek dava veya ıslah ile istenebileceği kabul edilmektedir. Ancak somut uyuşmazlıkta takibin fazlasının talebi bozmadan sonra ıslah yoluyla yapılmıştır. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulu' nun bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına ilişkin 06.05.2016 tarih ve 2015/1 E. 2016/1 K. sayılı kararına göre "her ne surette olursa olsun bozmadan sonra ıslahyapılamayacağından" mahkemece bozmadan sonra ıslaha değer verilerek tahsil hükmü kurulması hatalıdır.

Mahkemece yapılacak iş sadece itirazın iptaline dair hüküm kurmak, bozmadan sonra ıslahla talep edilen kısımla ilgili olarak karar verilmesine yer olmadığına karar vermektir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 04/07/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ ŞARTLARININ AĞIRLAŞTIRILMASI • EYLEMLİ FESİH

ÖZET: İş şartlarının ağırlaşması sebebiyle işyerinden ayrılarak eylemli şekilde haklı fesih yapan işçinin işyerinden ayrılmasından sonra oluşturulan devamsızlık tutanaklarına itibar edilemez.

Y. 9. HD. E: 2016/6511 K: 2019/16764 T: 25.09.2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı işverene bağlı olarak 03/05/2004 tarihinden itibaren belirsiz süreli hizmet akdi ile çalışmakta iken iş akdinin bildirim süresine uyulmaksızın tek taraflı olarak feshedildiğini, ancak SGK'ya 09/09/2011 tarihi itibariyle disiplin kararı gerekçe gösterilerek fesih bildirimi yapıldığını, müvekkilinin iş akdinin haksız ve kötü niyetli olarak feshedilmesine rağmen ödenmesi gereken kıdem ve ihbar tazminatı alacağının ödenmediği gibi herhangi bir ödeme taahhüdü de verilmediğini, müvekkilinin hafta tatili çalışma ücreti ile genel tatil çalışma ücretinin de kendisine ödenmediğini, iddia ederek, kıdem tazminatı alacağı, ihbar tazminatı alacağı, genel tatil çalışma alacağı ile hafta tatili çalışması alacağının davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep ve dava ettiği görülmüştür.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının 2004 yılı 1. Dönem ile 2005 yılı 2. Dönem arasında Barbaros Belediyesinde geçici işçi statüsünde çalışmakta iken 21/04/2007 tarihinde yürürlüğe giren kanunda geçici iş pozisyonlarında çalışanların sürekli işçi kadrolarına veya sözleşmeli personel statüsüne geçirilmeleri, geçici işçi çalıştırılması ile bazı kanunlarda değişiklik yapılması hakkında kanun ile daimi işçi kadrosuna geçirildiğini, davacının 01/01/2006 ila 09/09/2011 tarihleri arasında daimi işçi olarak Barbaros Belediyesinde çalıştığını, çalıştığı süre içerisinde sürekli tekrarlayan disiplinsiz davranışları olduğunu, bir çok kez izin almaksızın işe gelmediğini, son kez izinsiz olarak 15-16-17 Ağustos 2011 tarihleri arasında 3 gün, 18-19-22-23-24 Ağustos 2011 tarihleri arasında 5 gün işe gelmediğini, davacının iş akdi haklı nedenle feshedildiğinden tazminat talep etme hakkının bulunmadığını, izinsiz olarak işe gelmediği günler nedeniyle hakkında tutanak tutulduğunu ve 24/08/2011 tarihinde savunnasının istendiği, davacının yasal süre içinde savunmasını vermemesi nedeniyle 4857 sayılı iş kanununun 25. maddesi uyarınca ve yüksek hakem kurulu başkanlı-

ğının 17/02/2010 tarih ve 2009/227 esas 2010/33 sayılı karar ile alınan ek disiplin ceza cetvelinin 5/d maddesi uyarınca davacı hakkında ... Disiplin Kurulunca işten çıkarma cezası verildiği ve davacının iş akdinin haklı nedenle sonlandırıldığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı ve davalı vekili temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Davalı işyerinde çöp kamyonunda şoför olarak çalışan davacının doğrudan çöp toplama işine verildiği, bunun üzerine iş şartlarında aleyhe değişiklik olan bu tasarruf sonrasında davacı işçinin işyerini terk ederek eylemli fesih gerçekleştirdiği, işçinin fesih sonrasında davalı işverenin tuttuğu devamsızlık tutanaklarının ve gerçekleştirdiği devamsızlık feshinin sonuca etkisinin bulunmadığı, dosyadaki bilgi ve belgeler ile sabit olup izah edilen fesih şekline göre davacının kıdem tazminatına hak kazandığı kabul edilerek buna yönelik talebin hesaplattırılıp hüküm altına alınması gerekirken reddi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 25.09.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BASIN İŞ KANUNU • YILLIK İZİN ÜCRETİ

ÖZET: Çalışırken yıllık izin talep etmesine rağmen kendisine izin kullandırılmadığını ispat eden davacı gazetecinin izin ücreti iki kat olarak hesaplanır.

Aksi takdirde gazetecinin izin ücreti son ücreti üzerinden tek kat olarak hesaplanır.

Y. 9. HD E: 2016/14555 K: 2019/20318 T: 19.11. 2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalıya ait işyerinde Basın İş Kanunu kapsamında çeşitli görevlerde son olarak bir dergide görsel yönetmen olarak çalışırken iş sözleşmesinin işverence haksız şekilde fesh edildiğini, fesih sonrası 4857 sayılı Kanun kapsamında bir kısım ödeme yapılmış ise de alacaklarının Basın İş Kanununa göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürerek bakiye kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık izin ücreti alacağının tahsilini, istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, zamanaaşımı def'ini öne sürüp, davacının Basın İş Kanunu kapsamında değil 4857 sayılı Kanun kapsamında çalıştığını, iş sözleşmesinin fesh edilmesi üzerine tazminat ve tüm alacaklarının ödendiğini, alacağı olmadığını, savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davacının, yaptığı işe göre Basın İş Kanunu kapsamında çalıştığı, alacaklarının buna göre belirlenmesi gerektiği, fesih sonrası işverence yapılan ödemelerin mahsubu ile bakiye kıdem ve ihbar tazminatı ve yıllık izin ücreti alacağı olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne, karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davalı taraf temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2- Davacı Basın İş Kanuna tabi olup, yıllık ücretli izin alacağı hesabının açıklığa kavuşturulması gereklidir.

5953 sayılı Basın İş Kanunu'nun 29. maddesine göre; "Gazeteciye bu Kanun'un 21'inci maddesinde yazılı yıllık izni vermeyen veya izni vermiş olup da izin müddetine ait ücreti ödemeyen işverene, yıllık izin vermediği veya izin süresine ait ücretleri ödemediği kimsenin izin müddetine tekabül eden ücretler yekununun üç katı kadar idarî para cezası verilir; ayrıca gazeteciye ödenmesi gereken ücret toplamı, iki kat olarak ödenir. Kanun'un 21. maddesinde meslekteki kıdemine göre kullanacağı izin süresi belirtilirken son fıkrasında "izin hakkından feragat edilemeyeceği" açıkça vurgulanmıştır. 29. maddeden gazeteci çalışırken uygulanması gereken bir yaptırım düzenlediği, çalışırken izin vermeyen veya izin verildiği halde izin ücreti ödenmeyen işveren hakkında uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Dairemizin kararlılık kazanan dönem ücreti üzerinden ödenmesi gereken izin ücreti, bu kullandırılmayan veya kullandırılmasına rağmen ücreti ödenmeyen ücrettir. Ancak bunun için gazetecinin çalışırken talep etmesine rağmen izin kullandırılmadığını veya izin verilmediğini iddia etmesi gerekir. Çalışırken bu yönde talebi olmayan gazetecinin, fesih nedeni ile son ücret üzerinden hesaplanacak izin ücreti, 21. maddedeki sürelerle sınırlıdır. Başka bir anlatımla fesih nedeni ile son ücret üzerinden hesaplanacak izin ücreti 29. madde gereği 2 kat hesaplanamaz.

Dosya içeriğine göre; davacı, çalışırken yıllık izin talebinde bulunmasına rağmen izin kullandırılmadığını veya izin verilmesine rağmen ücretinin ödenmediğini iddia ve ispat etmiş değildir. Bu nedenle 21. maddeye göre kullanılmayan izinlerin, 29. madde uyarınca iki katı alınarak ve son ücreti yerine dönem ücretlerine göre hesaplanması Dairemiz uygulamasına göre hatalıdır.

Kullanılmayan toplam izin süresi, 29. madde uygulanmadan ve son ücret üzerinden hesaplanmalıdır.

Yeni kurulacak hükümde davacının kararı temyiz etmediği dikkate alınarak usuli müktesep haklar korunmalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 19/11/2019 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

GEMİ ADAMI • FAZLA ÇALIŞMA
•
48 SAAT ÇALIŞMA • ÖZEL NEDENLE İSTİFA
•
HAKLI FESİH

ÖZET: Deniz İş kanuna göre haftalık 48 saati aşan, 48 saat aşılmasa da günlük 8 saati aşan çalışma fazla çalışmadır.

48 saat çalışıp 48 saat dinlenen gemi adamının fiilen çalıştığı günlük süre 14 saat olup, buna göre her gün 8 saati aşan 6 saatlik süre fazla çalışma sayılmalıdır. Buna göre de aylık fazla çalışma 90 saattir.

Özel nedenlerle istifa ettiğini bildirerek işyerinden ayrılan işçinin fesih tarihinde fazla çalışma ücreti alacağının bulunduğu dikkate alınarak feshin haklı sebebe dayandığı kabul edilmelidir.* *

Y. 9. HD E: 2016/36040 K: 2019/20332 T: 19.11.2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalıya ait işyerinde Deniz İş Kanunu kapsamında usta gemici olarak çalışırken ücretlerinin gerektiği gibi ödenmemesi üzerine iş sözleşmesini haklı olarak fesh ettiğini ileri sürerek kıdem tazminatı ile fazla çalışma, yemek ücreti, ulusal bayram ve genel tatil alacaklarının tahsilini, istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalılar vekili, zamanaşımı def'ini öne sürerek, davacının istifa ederek ayrıldığını, bu nedenle kıdem tazminatına hak kazanmadığını, fazla mesai ve genel tatil ücretlerinin tahakkuk ettirilerek ödendiğini, yemek ücreti alacağı da olmadığını, savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, da-

* Gönderen Av. Ali Gündüz BALÇIK

** Bu kararın 3.paragrafındaki "4857 sayılı kanunun 24/II – e maddesi "bölümü" Deniz İş Ka-nununun 14/II-a maddesi" olarak anlaşılmalıdır

vacının, haklı fesih iddiasında bulunduğu ancak fesih nedenlerini ispatlayamadığı, yapılan fazla çalışmalar ile tatil çalışmalarının ücretlerinin ödendiği ancak bir kısım yemek ücreti alacağı olduğu gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne, karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı taraf 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, davalı iş yerinde Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan davacının fazla çalışma ücreti alacağı olup olmadığı hususunda, uyuşmazlık vardır.

Deniz İş Kanunu'nun 28/1 maddesine göre "Bu kanuna göre tespit edilmiş bulunan iş sürelerinin aşılması suretiyle yapılan çalışmalar, fazla saatlerde çalışma sayılır". Deniz İş Kanunu'na tabi gemiadamlarının iş süresi 26 ncı belirtilirken, iş sürelerine tabi olmayan gemiadamları 27 nci ve fazla saatlerle çalışma sayılamayacak işler de 28/3 maddede açıklanmıştır. Kanunun 26/2 maddesine göre "İş süresi, gemiadamının işbaşında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süredir".

Keza kanunun 27. Maddesine göre;

a) Birden fazla kaptanın bulunduğu gemilerde birinci kaptan veya bu kanunun 2 nci maddesinin (C) fıkrasında yazılı olduğu şekilde kendisine vekalet eden kimse (kılavuz kaptanlar dahil),

b) Birden fazla makinistin bulunduğu gemilerde başmakinist,

c) Doktor ve sağlık memurları,

d) Hemşire ve hastabakıcılar,

e) Asli görevleri can, mal ve gemi kurtarma olan kurtarma gemilerinde çalışan gemiadamları,

f) Gemide kendi nam ve hesabına çalışanlar, iş sürelerine tabi olmayan gemiadamları olarak açıklanmıştır.

Diğer taraftan kanunun 28/3 maddesi uyarınca da;

a) Geminin, gemideki şahısların veya gemi hamulesinin selameti için kaptanın yapılmasını zaruri gördüğü işler,

b) Gümrük, karantina ve sair sıhhi formaliteler dolayısiyle yerine getirilmesinde zorunluluk bulunan ilave işler,

c) Gemi seyir halinde veya limanda iken gemide yaptırılan (yangın, gemiyi terketme, denizde çatışma, denizden adam kurtarma ve savunma) talimleri gibi yapılan işler fazla saatlerle çalışma sayılmayacaktır.

Deniz İş Kanunu hem günlük (8 saat) hem haftalık (48 saat) çalışma süresinin aşılmasını fazla saatlerle çalışma olarak kabul etmiştir. Deniz İş Kanununun 28/son fıkrasına göre "Fazla saatlerle çalışmaları belgelemek üzere işveren veya işveren vekili noterden tasdikli ayrı bir defter tutmak zorundadır. Bu defterde gemiadamına uygulanan zam nispetleriyle fazla çalışmanın yapıldığı gün ve o güne düşen miktarı ve gemiadamının hakettiği fazla çalışma ücreti gösterilir. Fazla saatlerle çalışma ücretlerinin asıl ücretler için hizmet aktinde gösterilmiş bulunan zaman, yer ve devrelerde, işveren veya işveren vekili tarafından gemiadamlarına tam olarak ödenmesi zorunludur". Madde gereğince gemi işvereni donatan, donatma iştiraki veya onun vekili kaptan, fazla saatlerle çalışma konusunda noterden tasdikli ayrı bir defteri tutmak zorundadır. Bu defterin tutulması ispat açısından önemlidir. Gemi adamı defter tutulmasa dahi fazla çalışma yaptığını diğer delillerle kanıtlayabilir. Ancak defter tutulmuş ve gemi adamı fazla saatlerle çalışmayı gösteren bu defteri imzalamış ise ihtirazı kayıt koymadığı sürece defterde belirtilen saatlerden daha fazla çalışma yaptığını ileri süremez.

Dosya içeriğine göre davacının, davalılara ait gemide gemici olarak 48 saat çalışma 48 saat dinlenme usulüne göre çalıştığı, işyerinde yürürlükte olan TİS hükümlerine göre bu çalışması karşılığında ayda 54 saatlik fazla çalışma ücreti aldığı ve davacının özel nedenleri gerekçe göstererek iş sözleşmesini fesh ettiği anlaşılmaktadır.

Gemiadamı olan davacının işbaşında çalıştığı veya vardiya tuttuğu günlük sürenin belirlenmesi ve günlük 8 saati aşan çalışmasının fazla saatlerle çalışma kabul edilerek fazla çalışma ücretinin hesaplanması gerekir.

Taraflar arasında çalışma saatleri tartışmasız olup 48 saat çalışıp 48 saat dinlenen davacının, 48 saat çalıştığı günlerde fiilen çalıştığı kabul edilen süre 14 saat olup bu süreden 8 saati aşan 6 saat, fazla çalışma sayılmalıdır. Buna göre davacının aylık fazla çalışma saati 90 saat olup işverence 54 saati ödendiğinden bakiye 36 saatlik fazla çalışma ücreti alacağı vardır. Mahkemece hatalı değerlendirme ile talebin reddi isabetsizdir.

3- Davacı, işverene sunduğu istifa dilekçesinde nedeni açıkça göstermeyip "özel nedenler" gerekçesine yer vermiş olup yukarıdaki bentte açıklandığı üzere fesih tarihinde ödenmemiş fazla çalışma ücreti alacağı vardır. Bu durum davacıya 4857 sayılı Kanunun 24/II-e maddesi hükmüne göre haklı fesih imkanı tanıyacağından kıdem tazminatı talebinin kabul

edilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 19/11/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BASIN İŞ KANUNU • ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

ÖZET: Anayasa Mahkemesi tarafından verilen itiraz kararı Resmi Gazete'de yayınlanmakla sonuç doğurduğundan; 19.11.2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi Kararı uyarınca Basın İş kanunu gereğince fazla çalışma ve genel tatil ücretlerine uygulanan %5 fazlalıklara ilişkin taleplerin reddine karar verilecektir.*

Y. 9. HD. E: 2019/7908 K: 2019/22117 T: 11.12.2019

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkili işçinin 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'a (Basın İş Kanunu) tâbi olarak 14.03.2006 tarihinde işe başladığı hâlde Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) girişinin yapılmadığını, 14.03.2006-11.05.2007 tarihleri arası SGK primleri ile bu döneme ilişkin aylık ücretlerinin ödenmediğini, işçilik alacaklarının ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesinin müvekkili tarafından haklı nedenle feshedildiğini iddia ederek ücret, ücret alacağının %5 fazlalığı, fazla çalışma, fazla çalışma alacağının %5 fazlalığı, genel tatil, genel tatil alacağının %5 fazlalığı ile yıllık izin ücreti alacaklarının tahsili talebinde bulunmuştur.

Birleşen davada ise işçilik alacaklarının tahsili istemiyle açılan davada mahkemece verilen kararın temyiz aşamasında olduğunu, bu dosyada bir kısım işçilik alacaklarının hüküm altına alındığını ancak dava ve ıslah dilekçesini aşacak şekilde taleplerin hüküm altına alındığını, miktar olarak talep edilmeyen alacaklardan ücret alacağının %5 fazlalığı, genel tatil

* Bu karara göre: Fazla çalışma ve genel tatil ücretlerin ilişkin % 5 fazlalık kuralı iptal edilmiş Basın İş Kanunu 14.maddede belirlenen ücret alacağına ilişkin %5 fazlalık iptal edilmemiştir

alacağı ile genel tatil alacağının %5 fazlalığı alacaklarının harçlandırılmadan hüküm altına alındığından bu miktarları harçlandırılmak suretiyle talep etme zorunluluğunun doğduğunu, ayrıca davacının ödenmeyen son üç aylık ücreti dışında talep edilmeyen diğer aylara ait ücretlerinin de peşin ödenmediğinden ilk işe başladığı tarihten itibaren aylık ücretlerinin geç ödenmesinden kaynaklanan %5 fazlalığı talep ettiğinden bahisle bu alacakların da hüküm altına alınması talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının Basın İş Kanunu'na tâbi olmadığını, bu nedenle günlük %5 fazlasıyla ödenmesi taleplerinin reddi gerektiğini, davacının ödenmediğini iddia ettiği 2009 yılı Ağustos ve Eylül ayı ücretlerinin ödendiğini ancak Ekim ayı ücretinin 19 günlük bakiyesinin ödenmediğini, fazla çalışma ve genel tatil günlerinde çalışmasının söz konusu olmadığını savunmuş, birleşen davada ise zamanaşımı defi ve derdestlik itirazında bulunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yargılama Safhası ve Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece verilen 06/10/2011 tarihli ilk kararda, davacının Basın İş Kanunu'na göre çalıştığı kabul edilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Kararı taraf vekillerinin temyizi üzerine Dairemizin 06.02.2014 tarihli ve 2011/52151 E., 2014/3518 K. sayılı ilamı ile "mahkemece genel tatil, genel tatil alacağının %5 fazlası ile ücret alacağının %5 fazlası alacaklarında davacının dava ve ıslah dilekçesi ile talep ettiği miktar aşılarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 74'ncü ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 26'ncı maddelerine aykırı karar verilmesi; %5 fazla alacaklarından indirim yapılmaması; davacının 30.08.2008 ve 30.09.2009 günleri izinli olduğu hâlde anılan günler için genel tatil ücretinin hesaplanması ve davalı lehine vekalet ücretine hükmedilirken yetersiz gerekçeyle somut olayla ilişkilendirilmeden vekalet ücretinin üç katına hükmedilmesinin hatalı olduğu" gerekçesi ile bozulmuştur.

Mahkemece bozma kararına uyularak verilen 06.02.2014 tarihli ikinci kararda, bozma kararı ve birleşen dava dosyası da dikkate alınarak bilirkişiden ek rapor alındığı, bu ek rapor ile bozma öncesi aldırılan bilirkişi raporları ve tüm dosya içeriğinden davanın açılış tarihi itibariyle %5 fazla ödeme alacak tutarlarından %85 oranında indirim yapmak gerektiği, asıl dava yönünden ücret alacağına ilişkin davanın reddedildiği, yine birleşen dava yönünden ücret alacağı %5 fazla ödeme alacağı ile %5 genel tatil fazla ödeme alacağına ilişkin davanın reddi gerektiği gerekçesiyle asıl ve birleşen davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün taraf vekillerince temyizi üzerine karar Dairemizin 27.05.2015 tarihli ve 2015/14205 E., 2015/19429 K. sayılı ilamı ile; "2-Mahkemece bozma kararına uyulduktan sonra alınan 16.10.2014 tarihli bilirkişi raporunda ücret alacağındaki gecikme nedeniyle %5 fazla alacak olarak 71.955,00 TL hesaplanmış, ancak karar gerekçesinde %5 fazlalıklardan %85 indirim yapılması gerektiği belirtilerek 737,72 TL ücret alacağın geç ödenmesi nedeniyle %5 fazlası olarak hüküm altına alınmıştır.

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davacının tüm, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2-Anayasa Mahkemesi'nin 13.06.1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 04.01.1961 tarihli ve 212 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değişik ek 1 inci maddesinin 8 inci fıkrasının 2 nci cümlesinin iptaline dair 19.11.2019 gün ve 30953 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 19.09.2019 tarihli ve 2019/48 E., 2019/74 K. sayılı "İPTAL" kararının eldeki uyuşmazlığa etkisinin açıklığa kavuşturulması gereklidir.

Anayasa Mahkemesi sözkonusu norm denetimini, itiraz yoluyla (somut norm denetimi ile), yani görülmekte olan bir davada Mahkemenin başvurusu üzerine yapmış olup, buna bağlı olarak yaptığı ilk incelemede, itiraz yoluna başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu davanın konusunun, 5953 sayılı Kanun'a tabi bir basın mensubu olan davacının, çalıştığı dönemde mesai saatleri dışında yapmış olduğu çalışmaları karşılığında kendisine ödenmesi gereken fazla çalışma ücretinin günlük yüzde beş fazlasıyla tahsiline karar verilmesi talebi olduğundan, bu talebin dayanağının da Kanun'un "Çalışma Müddeti ve fazla mesai" başlıklı ek 1. maddesinin sekizinci fıkrasının ikinci cümlesinin oluşturduğu, burada 14. maddede düzenlenen aylık ücretin ödenmediğine ilişkin bir iddia veya bu yönde bir talep de bulunmadığı, dolayısıyla Kanun'un 14. maddesinin itiraz konusu ikinci fıkrasının somut uyuşmazlıkta uygulanma imkânı bulunmadığı gerekçesiyle 5953 sayılı Kanun'un 4/1/1961 tarihli ve 212 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değişik 14. maddesinin ikinci fıkrasının itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulama imkânı olmadığından bu fıkraya ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine karar verilmiş, esas incelemesini de 5953 sayılı Kanun'un 04.01.1961 tarihli ve 212 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değişik ek 1 inci maddesinin 8 inci fıkrasının 2 nci cümlesine hasren yaparak bu norm ile sınırlı bir iptal kararı vermiştir. Dolayısıyla halihazırda 5953 sayılı Kanun'un 14. maddesinde düzenlenen ücret alacağının %5 fazlası Anayasa Mahkemesince iptal edilmemiştir.

5953 sayılı Kanunun ek 1 inci maddesinde, günlük iş süresinin gece ve gündüz devrelerinde sekiz saat olduğu kural altına alındıktan sonra takip eden fıkrada günlük sekiz saati aşan çalışmalarla, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerle yapılan çalışmaların "fazla saatlerde çalışma" olduğu açıklanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptaline konu olan ek 1 inci maddesinin 8 inci fıkrasının 2 nci cümlesinde ise "Fazla çalışma ücretlerinin gününde verilmemesi halinde, her geçen gün için %5 fazlasıyla ödenir." hükmü mevcuttur. Anılan ek 1 inci maddede, fazla saatlerde çalışmaların (günlük sekiz saati aşan çalışmalarla, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil çalışmaları) %5 fazlalıkları ayrı ayrı düzenlenmemiş, aynı kurala tabi kılınmıştır.

Anılan Kanun maddesinin düzenleniş şekline göre Anayasa Mahkemesi'nin iptaline konu olan norm cümlesi, ek 1 inci maddenin kapsamında yer alan gece ve gündüz devrelerindeki günlük sekiz saatlik iş müddetini aşan fazla çalışmalar ile ulusal bayram, genel tatiller ve hafta tatili çalışmalarının tamamı için sonuç doğuran bir düzenleme olup, bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararının bu alacakların tümünün %5 fazlalıklarına uygulanmasını gerekli kılmaktadır.

Yukarıdaki tespit ve açıklamalara göre iptal kararının kapsamı belirlendikten sonra bu iptal kararının bağlayıcılığı ve ne zaman hukukî sonuç doğuracağı sorununun ele alınması gereklidir.

T.C. Anayasası'nın 153 üncü maddesinin 6 ncı fıkrasında, "Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar." düzenlemesi mevcut olup, bu düzenlemenin doğal sonucu olarak Anayasa Mahkemesi'nce bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tümünün ya da bunların belirli hükümlerinin Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiğinin bilindiği halde görülmekte olan davaların Anayasa'ya aykırılığı saptanan kurallara göre görüşülüp çözümlenmesi, Anayasa'nın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülmeyeceği kabul edilmektedir (Danıştay 4. Dairesi. 09.05.2011 tarih ve 2011/2546 E., 2011/3384 K. sayılı kararı).

Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının zaman içerisindeki etkisi böylece çıkmakta ve "İptal kararlan geriye yürümez" kuralı belirtilen anlamı taşıyarak geçerli olmaktadır. Anayasa'nın 153. maddesindeki "İptal kararları geriye yürümez" kuralının, geriye yürümezlik kuralının, yalnız lafza bağlı kalınarak yorumlanması hukuk devleti ilkesine ve bu ilke içinde var olan adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı sonuçlar doğurabileceği gibi itiraz yoluyla yapılacak denetimin amacına da ters olduğu aşikârdır. Ayrı-

ca iptal kararının geriye yürümezliği kuralı, çoğu zaman iptal kararlarını işlevini ve etkinliğini azaltmaktadır.

Ancak geriye yürümezlik ilkesinin en önemli istisnası, Anayasa'nın 152. maddesindeki somut norm denetimidir. Madde uyarınca mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkta Anayasa aykırılık iddiasını ciddi görülür ve Anayasa Mahkemesine iptal için başvuru yapılırsa; Anayasa Mahkemesi tarafından iptal kararı verildiğinde, iptal kararına uymak zorundadır. Özelikle Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümeyecekse somut norm denetimine başvurunun bir anlamı olmayacaktır. Somut norm denetiminde, iptal kararının yapısı gereği durdurulan dava bakımından geriye etkili uygulama söz konusudur.

İtiraz yoluyla yapılan başvuru üzerine iptal edilen hükmü, benzer işlerde uygulama durumunda bulunan başka mahkemeler de Anayasa Mahkemesi iptal kararına uymak zorunda olup, iptal edilen yasa maddesine dayanarak karar veremezler. İtiraz yoluna başvuran mahkemenin verilecek olan iptal kararı ile bağlı olması, diğer mahkemeler bakımından da aynı etkiyi haizdir. Sadece başvuran mahkeme açısından iptal kararının geriye yürüyeceğinin kabulü, uygulanacak olan norm bakımından mahkemeler arasında eşitsizlik doğuracaktır. Tüm mahkemelerin itiraz yoluna başvurması da beklenemeyeceğinden, uyuşmazlığa dair iptal kararının diğer mahkemelerde derdest olan davalar bakımından da uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Yukarıda yapılan tespit, açıklama ve değinilen uyulması zorunlu yargısal içtihatlara göre somut uyuşmazlık ele alındığında;

Mahkemece asıl davada, fazla çalışma ücreti ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının %5 fazlalıkları hüküm altına alınmış ve bu alacak kalemleri bozma kapsamı dışında kalmış ve bilahare 19.11.2019 tarihli ve 30953 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 19.09.2019 tarihli ve 2019/48 E., 2019/74 K. sayılı iptal kararı ile de söz konusu %5 fazlalıklarının dayanağı olan norm iptal edilmiştir. O halde Anayasa Mahkemesi'nce itiraz üzerine verilen bu iptal kararı Resmî Gazete'de yayımlanmakla sonuç doğurduğundan ve bu durum ise bozma kararına uyulmakla meydana gelen usulî müktesep hakkın istisnası olduğundan iptal kararının temyiz aşamasında gözetilerek uyuşmazlığa tatbikînin sağlanması gereklidir.

Bunun sonucu olarak Mahkemenin Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararının gereği olarak fazla çalışma ücreti ile ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının %5 fazlalıklarına ilişkin taleplerin reddine karar verilmesi için hükmün tekrar bozulması gerekmiştir.

Ayrıca, davanın açılış tarihi itibariyle %5 fazla ödemeye dair yasal düzenleme yürürlükte olduğundan, bu alacakların salt daha sonra Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararının gereği olarak reddedilmelerine karar verildiğinden, Dairemizce bu red nedeniyle oluşan miktar bakımından davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesinin hakkaniyetli olmayacağı ve adaletsizliğe yol açacağı sonucuna varılmıştır. Buna bağlı olarak da Mahkemece bozma sonrası verilen hükümde sözkonusu red nedeniyle davalı lehine vekâlet ücretine hükmedilmemelidir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 11.12.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 10. HUKUK DAİRESİ

İŞ KAZASININ TESPİTİ DAVASI • TARAF TEŞKİLİ

ÖZET: İş kazasının tespiti davasında kazaya uğrayan işçiyi çalıştıran işverenin de davalı gösterilmesi gerekir.

Y.10.HD E: 2016/14363 K: 2019/542 T: 31.1.2019

Dava, iş kazasının tespiti tespiti istemine ilişkindir.

Mahkemece, hükümde belirtilen gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Hükmün, davalı şirket vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Dava, dava dışı ... Enerji Müh. İnş. San. Tic. Ltd Şti. tarafından yapımı yürütülen ve davalı şirketin 380 Kv çift devre iletkenli ... ... Brş. Noktasında kadar E.İ.H. yapımı işinde alt işveren olarak faaliyet gösterdiği işyerinde davacının eşi ... 'ün hizmet akdiyle çalışırken 18/02/2013 tarihinde kalp krizi geçirmesi sonucu vefat etmesi şeklinde gelişen olayın iş kazası olduğunun tespiti istemine ilişkindir. Ancak dosya kapsamından müteveffa Ferda Hülür'ün olay tarihinde dava dışı ... Enerji Müh. İnş. San. Tic. Ltd Şti.'nin sigortalısı olarak çalıştığı, buna rağmen mahkemece işçiyi çalıştıranın hangi işveren olduğu tespit edilmeksizin ve bu hususta değerlendirme yapılmaksızın davalı kurum ve şirket hakkında, yazılı şekilde hüküm kurulduğu anlaşılmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Tarafta iradi değişiklik" başlıklı 124'üncü maddesinde; bir davada taraf değişikliğinin, ancak karşı tarafın açık rızası ile olanaklı olduğu bildirildikten sonra, maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği isteminin, karşı tarafın rızası aranmaksızın hakim tarafından kabul edileceği, dava dilekçesinde yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılgıya dayanıyorsa, hakimin karşı tarafın rızası aranmaksızın taraf değişikliği isteminin kabul edebileceği açıklanmıştır. Nitekim madde ge-

rekçesinde de, taraf değikliğini mutlak olarak davalının rızasına bağlamanın yargılama ilişkisini katı bir şekle bağlayarak yargılamaya hakim olan ilkelerden "usul ekonomisi ilkesi" ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir.

Bu tür davalarda elde edilecek hükmün, sigortalıyı çalıştıran işverenin hak alanını da ilgilendirdiği ve onun yönünden bir takım sorumluluk ve yükümlülükler doğurabileceği belirgin bulunmakla, işverenin davalı Kurumla birlikte zorunlu dava arkadaşı konumunda yer aldığı ve kendisine de husumet yöneltilmesi gerektiği açıktır. Bu bakımdan; dava dışı işverenin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124'üncü maddesi de nazara alınarak yasal yöntemine uygun biçimde davaya katılımı sağlanmalı, göstereceği tüm kanıtlar toplandıktan sonra yapılacak değerlendirme üzerine elde edilecek sonuca göre hüküm kurulması gerekirken, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu, davalı Kurum ve davalı alt işveren konumundaki şirkete karşı açılan davada, anılan gerek yerine getirilmeksizin yargılamaya devam edilerek karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davalı şirket vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle, sair hususlar incelenmeksizin **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalı şirkete iadesine, 31.01.2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KALP KRİZİNDEN DOĞAN ÖLÜM • KUSUR TESPİTİ

ÖZET: İşyerinde çalışırken kalp krizi geçirerek vefat eden işçinin ölümünden dolayı işverenin sorumluluğu ve kusur durumu belirlenirken; yapılan işin ağır ve tehlikeli işlerden olup olmadığı da belirlemek suretiyle kalp hastalığı alanında uzman doktor bilirkişinin de bulunduğu bilirkişi kurulundan rapor alınmalıdır.

Y.10. HD E: 2015/20599 K: 2017/7792 T: 13.11.2017

Dava konusu, 29.03.2012 tarihinde geçirdiği iş kazası sonucu vefat ettiği sigortalının hak sahiplerine ödenen ilk peşin sermaye değeri gelirin rücuan tahsili istemine ilişkindir.

Davanın yasal dayanağı, olay tarihinde yürürlükte bulunan ve 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunudur.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun "İş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğu" başlığını taşıyan 21. maddesinin birinci fıkrası, sigortalıya ya da ölümü halinde hak sahiplerine bağlanan gelirler ile yapılan harcama ve ödemelerin işverenden rücuan tahsili koşullarını 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 rücûan sorumlu olduğu sonucu çıkarılmaktadır.

Buna göre; işverenin ve üçüncü kişilerin iş kazasındaki kasıt veya kusurunun tespiti amacıyla; iş kazasının oluşumuna ilişkin maddi olguların eksiksiz biçimde saptanması, sorumluluğu gerektiren her koşulun, kendi özelliği çerçevesinde araştırılıp irdelenmesi, işveren ve diğer ilgililerin kusur oran ve aidiyetlerinin belirlenmesi gerekir.

Bu kapsamda; 6331 sayılı Kanunun 37'nci maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılan ancak zararlandırıcı sigorta olayının meydana geldiği tarihte yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77'nci maddesi uyarınca, işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. İşverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya bulundukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumluluktan 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 tecrü-

beli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeyeceği gibi bir düşünce ile almaktan sarfınazar etmesi kabul edilemez.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ile Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) ortak Komisyonunda işçi sağlığının esasları: Bütün işkollarında işçinin fiziksel, ruhsal ve sosyo-ekonomik bakımdan sağlığını en üst düzeye çıkarmak ve bunun devamını sağlamak; çalışma şartları ve kullanılan zararlı maddeler nedeni ile işçi sağlığının bozulmasını engellemek; her işçiyi kendi fiziksel ve ruhsal yapısına uygun işte çalıştırmak; özet olarak işin işçiye ve işçinin işe uyumunu sağlamak olarak tanımlanmaktadır. Belirlenen amaçlara ulaşmak, dolayısıyla iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemek temel sorumluluktur. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08.11.2006 gün ve E: 2006/10 - 696, K: 2006/704 sayılı kararı).

İnceleme konusu davada; davalı şirkette çalışmakta olan sigortalı tünel içinde kaynak röntgeni yaparkenkalp krizi geçirerek vefat etmiştir. Hükme esas alınan 27.03.2014 tarihli kusur raporunda davalı işverene % 80, sigortalıya % 20 oranında kusurlu bulunmuştur. Kusur raporu hazırlayan heyette kardiyolog hekim yer almamıştır. Olayın kalp krizi sonucu meydana geldiği belirgin olmakla, yapılan işin ağır ve tehlikeli işlerden olup olmadığı da belirlenmek suretiyle, çalışma koşullarının bünyesel nedenlerden dolayı kalpkrizine etkisi olup olmadığı yönünde kardiyolog bilirkişinin de bulunduğu konusunda uzman bilirkişi heyetinde yeniden kusur raporu alınarak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 13/11/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

MESLEK HASTALIĞI

ÖZET: İş kazası ani bir olay olmasına karşın meslek hastalığı belirli bir süreçte tekrarlanan bir sebeple oluşmaktadır. Meslek hastalığı işyeri şartlarından dolayı yavaş yavaş ortaya çıkan sağlık sorunudur.

Bu duruma göre, uzun süre çalışma veya tekrarlama sonucu oluşan arızaların meslek hastalığı olabileceği dikkate alınarak inceleme yapılmalıdır.

Y.10.HD E: 2016/17217 K: 2019/3441 T:15.4.2019

Davacı vekili, davacının davalı fabrikanın depo bölümünde kargo yükleme boşaltma işinde çalışırken 10.02.2009 tarihinde kargoları indirip kaldırması esnasında yere yığılıp kaldığı, akabinde belinde oluşan kırık nedeniyle 4 adet platinin takılması ile sonuçlanan olayın iş kazası olduğunun tespitine karar verilmesini talep etmiş olup, Mahkemece, davanın kabulüne karar verildiği anlaşılmıştır.

Davaya konu olan ve tespiti istenen "iş kazası" mevzuatımızda 506 sayılı Kanunun 11-a ve 5510 sayılı Kanunun 13. maddesi ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, her iki kanunda da iş kazası tanımlanmamış, kazanın hangi hal ve durumlarda iş kazası sayılacağı yer ve zaman koşulları ile sınırlandırılarak belirlenmiştir

1- 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun 13. maddesinde İş Kazası;

"a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,

b)İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,

c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,

d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda,

e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş

gelişi sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olaydır." şeklinde belirlenmiştir.

İş kazası nedeniyle sosyal sigorta yardımlarının yapılabilmesi öncelikle Kurumun zararlandırıcı sigorta olayının iş kazası olduğunu kabul etmesine bağlıdır. İş kazası olgusu Kurumca kabul edilmezse somut olayda olduğu gibi sigortalının ya da hak sahiplerinin olayın iş kazası olduğunu dava yolu ile tespit ettirmesi gerekmektedir.

2-5510 sayılı Kanun 14. maddeye göre, "meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleridir." 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun "Tanımlar" başlıkla 3/1-1 bendinde "Meslek hastalığı: Mesleki risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalık" olarak tanımlanmıştır.

Sigortalının mesleğini icrası sırasında sürekli tekrarladığı faaliyetlerden dolayı ya da icra edilen işin niteliği veya işin şartları nedeniyle mesleği ile bağlantılı olarak meydana gelen hastalıklar da sosyal güvenlik sistemi içerisinde bir sosyal risk olarak kabul edilmekte ve bu hastalıklar meslek hastalığı olarak nitelendirilmektedir.

İş kazası ani bir olay olmasına karşın meslek hastalığı, belirli bir zaman dilimi içerisinde tekrarlanan bir sebeple oluşmaktadır. Meslek hastalığı, işin nitelik ve yürütüm şartlarından dolayı ya da işyerinin durumu dolayısıyla yavaş yavaş ortaya çıkan bir sağlık sorunudur.

Somut olayda, davacıya 10.02.2009 tarihinde meydana geldiği iddia edilen iş kazası ile ilgili aynı gün hastaneye başvurup başvurmadığı, kazayı gören olup olmadığı, geçmişte bel rahatsızlığı olup olmadığı, olmuş ise hangi hastahanelere gittiği, tedavi görüp görmediği, görmüş ise tedavi süresi sorularak tedavi evrakları istenmeli, Özel Kartal Hastanesinin arşivlerinin nerede saklandığı sorulup araştırma yapılmalı, mevcut hastane kayıtlarında ani bir kaza olayından bahsedilmediği, uzun süre ağır koli kaldırılması nedeni ile oluşan hastalıktan bahsedildiği, iş kazasının ani bir olay olduğu, uzun süre çalışma veya tekrarlama sonucu meydana gelen arızaların meslek hastalığı konusu olabileceği nazara alınarak davacıda var olan bel rahatsızlığının 10.02.2009 tarihinde meydana geldiği iddia edilen olay sonucu mu yoksa geçmişten gelen rahatsızlıkların sonucu mu olduğu araştırılıp irdelenerek karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu, davanın kabulüne karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

O hâlde, davalı vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen kararın yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA**, temyiz harcının istek halinde davalı ...Ş.'ye iadesine, 15.04.2019 gününde oybirliğiyle karar verildi

MALULİYET TESPİTİ • UYGULANACAK HÜKÜMLER

ÖZET: 506 Sayılı Yasanın yürürlük döneminde çalışma gücünün en az 2/3'nü kaybedenlerin malul sayılacağı, 01.10.2018'tarihinden itibaren yürürlüğe giren 5510 Sayılı Yasa döneminde ise çalışma gücünün %60'ını kaybedenlerin malul sayılacağı düzenlenmiştir.

Sigortalının maluliyetinin bu hükümlere göre tespit ve değerlendirilmesi gerekecektir.

Y.10. HD E: 2016/17272 K: 2019/3456 T:15.4.2019

A) 1- a) Kurum hastanelerince düzenlenecek usulüne uygun sağlık kurulu raporları ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu çalışma gücünün en az 2/3'ünü yitirdiği,

b) 34 üncü madde gereğince yapılan tedavi sonunda Kurum sağlık tesisleri sağlık kurullarınca düzenlenecek usulüne uygun rapor ve dayanağı tıbbi belgelerin incelenmesi sonucu çalışma gücünün en az 2/3'ünü yitirdiği,

c) İş kazası ve meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60'ını yitirdiği,

Kurumca tespit edilen sigortalı malullük sigortası bakımından malul sayılır.

2- Meslek hastalığı sonucu, meslekte kazanma gücü azalma oranının tespiti Kurumun meslek hastalıkları hastanelerince yapılır.

B) Bu Kanun kapsamında ilk defa çalışmaya başladıkları tarihte mevcut hastalık veya arızası bulunanlar bu hastalık veya arızasının malul sayılmayı gerektirecek düzeyde olmadığını Kurum veya Kurum dışındaki hastanelerden işe girmeden önce alınmış, usulüne uygun sağlık raporu ve

dayanağı tıbbi belgelerle kanıtlamakla yükümlüdürler. Sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihte, malul sayılmayı gerektirecek derecede hastalık ve arızalarının bulunduğu önceden veya sonradan tespit edilen sigortalılar bu hastalık veya arızaları nedeni ile malullük sigortası yardımlarından yararlanamazlar.

Bu gibi sigortalılara malullük sigortasından evvelce ödenmiş bulunan aylıklar geri alınır.

C) Bu maddenin uygulama hükümleri çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir."

5510 sayılı Kanunun 25'nci maddesinde;

"(Değişik madde: 17/04/2008-5754 S.K./13.mad)

Sigortalının veya işverenin talebi üzerine Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usûlüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi sonucu, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az %60'ını, (c) bendi kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün en az %60'ını veya vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybettiği Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilen sigortalı, malûl sayılır.

Ancak, sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce sigortalının çalışma gücünün %60'ını veya vazifesini yapamayacak derecede meslekte kazanma gücünü kaybettiği önceden veya sonradan tespit edilirse, sigortalı bu hastalık veya özrü sebebiyle malûllük aylığından yararlanamaz.

Yedek subay veya er olarak ya da talim, manevra, seferberlik veya harp dolayısıyla görevleri ile ilgileri kesilmeksizin silâh altına alındıkları dönemde malûl olup, bu malûllükleri asıl görevlerini veya işlerini yapmaya mani olmayanlar hakkında, bu hastalık veya özürleri sebebiyle malûllük sigortasına ilişkin hükümler uygulanmaz.

4'üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalıların yazılı talepleri halinde, haklarında bu madde hükümleri uygulanmaksızın malûllüklerinin mani olmadığı başka vazife veya sınıflara nakil suretiyle tayinleri yapılmak üzere istifa etmiş sayılırlar. Bunların, istifa etmiş sayıldıktan sonra dahi, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını isteme hakları mahfuzdur. Ancak, kurumlarında başka vazife ve sınıflara nakli mümkün olanlardan özel kanunlarına göre yükümlülük süresine tabi olanlar, bu yükümlülüklerini tamamlamadıkça veya malûliyetlerinin

yeni vazifelerine de mani olduğuna dair usûlüne uygun yeniden rapor almadıkça bu haklarını kullanamazlar.

4'üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılardan, vazifelerini yapamayacak derecede hastalığa uğrayanlar, hastalıkları kanunlarında tayin edilen sürelerden fazla devam etmesi halinde, hastalıklarının mahiyetlerine ve doğuş sebeplerine göre birinci fıkra uyarınca malûl veya 47 nci madde hükümlerine göre vazife malûlü sayılırlar.

4'üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılardan; personel kanunlarına tabi olmayanların hastalık sebebiyle malûl sayılmalarına esas alınacak hastalık süresi hakkında kendi özel kanunları yürürlüğe girinceye kadar 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun hastalık iznine ilişkin hükümleri uygulanır. Kanunlarındaki yazılı sürelerden önce geçen hastalığı en çok bir yıl içinde nüksetmesi halinde eski ve yeni hastalık süreleri birleştirilmek suretiyle işlem yapılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."hükümleri düzenlenmiştir.

Yukarıda belirtilen yasal düzenlemelerden anlaşılacağı üzere; 506 sayılı Kanunun yürürlük döneminde çalışma gücünün en az 2/3 ünü kaybedenlerin malul sayılacağı düzenlenmişken, 5510 sayılı Kanunun yürürlük döneminde ise çalışma gücünün %60 'ını kaybedenlerin malul sayılacağı düzenlenmiştir.

Dosya kapsamındaki kayıt ve belgelerden;davalıya babasından dolayı 01.08.2001 tarihinden itibaren ölüm aylığı bağlandığı, 26.07.2004 tarihinde üniversiteden kaydını sildirdiğinin tespiti üzerine aylığının kesildiği, 17.08.2004-16.07.2008 tarihleri arası yersiz ödenen ölüm aylığından dolayı borç tahakkuku yapıldığı, çalışma gücünün %60'ını kaybettiğine dair 27.02.2009 tarihli raporu takip eden aybaşından itibaren bu defa malul olmasından dolayı 01.03.2009 tarihinden ölüm aylığı bağlandığı, 01.03.2009-16.03.2010 tarihleri arası davalıya ödenmesi gereken 6.799,66 TL birikmiş ölüm aylığı miktarının borçtan mahsup edilerek 19.367,14 TL üzerinden takip yapıldığı, itiraz üzerine işbu itirazın iptali davasının açıldığı anlaşılmaktadır.

Dosya kapsamında bulunan 27.02.2009 tarihli raporda davalının çalışma gücünün %60'ını kaybettiği şeklinde rapor düzenlendiği, 28.01.2015 tarihli 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu raporunda da çalışma gücünün %60'ını kaybettiği, maluliyet başlangıcının tespit edilemediği, 31.03.2016 tarihli Adli Tıp Genel Kurul raporunda ise çalışma gücünün %60'ını kaybettiği, maluliyet başlangıcının 24.03.2008 olduğuna dair rapor düzenlenmiştir.

5510 sayılı Kanunun yürürlük döneminde çalışma gücünün %60'ını kaybedenlerin malul sayılacağı düzenlendiğinden 01.11.2008 tarihinden itibaren malullüğünden dolayı davalıya ölüm aylığı bağlanma şartları oluşmakla bu kapsamda değerlendirme yapılarak borç miktarı belirlenmelidir.

Ayrıca Kurum alacağı likit olduğundan Kurum lehine icra inkar tazminatına hükmedilmelidir.

Mahkemece, açıklanan maddi ve hukuki ilkeler gözetilmeksizin, eksik araştırma ve incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması, usûl ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davacı Kurum avukatı ile davalı vasisinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 15.04.2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KALP HASTALIĞINDAN ÖLÜM • İŞYERİ ŞARTLARI

ÖZET: İşyerinde başlayan kalp rahatsızlığından dolayı hastaneye giderek tedavi gören işçinin vefat etmesi olayında; yapılan işin ağır ve tehlikeli işlerden olup olmadığı da belirlenmek suretiyle,-çalışma şartlarının kalp krizine etkili olup olmadığı hususu kalp hastalığı alanında uzman olan kişininde iştirakiyle oluşturulan bilirkişi kurulu tarafından incelenmelidir.

Y. 10. HD E: 2016/17996 K: 2019/3939 T: 25.4.2019

Dava, rücuan tazminat istemine ilişkindir.

Dava; 15.12.2010 tarihli iş kazası nedeniyle vefat eden sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirlerin davalı işverenden tahsili istemine ilişkin olup, davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Kanunun 21. maddesidir.

Somut uyuşmazlıkta, sigortalının davalı işyerinde çalışmakta iken geçirdiği kalp krizi sonucu vefat ettiği, ... İş Mahkemesinin ... E., ... K. sayılı

ilamıyla sigortalının kalp krizi sonucu ölümü olayının iş kazasıolduğunun tespitine karar verdiği ve kararın onanarak kesinleştiği, diğer bir ifade ile olayın iş kazasıolduğu konusunda uyuşmazlık bulunmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davalının olayda kusurunun olmadığı belirlenmiştir.

Davanın yasal dayanağı, olay tarihinde yürürlükte bulunan ve 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunudur.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun "İş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğu" başlığını taşıyan 21. maddesinin birinci fıkrası, sigortalıya ya da ölümü halinde hak sahiplerine bağlanan gelirler ile yapılan harcama ve ödemelerinişverenden rücuan tahsili koşullarını 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 rücûan sorumlu olduğu sonucu çıkarılmaktadır.

Buna göre; işverenin ve üçüncü kişilerin iş kazasındaki kasıt veya kusurunun tespiti amacıyla; işkazasının oluşumuna ilişkin maddi olguların eksiksiz biçimde saptanması, sorumluluğu gerektiren her koşulun, kendi özelliği çerçevesinde araştırılıp irdelenmesi, işveren ve diğer ilgililerin kusur oran ve aidiyetlerinin belirlenmesi gerekir.

Bu kapsamda; 6331 sayılı Kanunun 37'nci maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılan ancak zararlandırıcı sigorta olayının meydana geldiği tarihte yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 77'nci maddesi uyarınca, işverenler işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler. İşverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya bulundukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve so-

rumluluktan 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 itibarlaişverenin, mevzuatın kendisine yüklediği tedbirleri, işçinin tecrübeli oluşu veya dikkatli çalıştığı takdirde gerekmeyeceği gibi bir düşünce ile almaktan sarfınazar etmesi kabul edilemez.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ile Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) ortak Komisyonunda işçi sağlığının esasları: Bütün işkollarında işçinin fiziksel, ruhsal ve sosyo-ekonomik bakımdan sağlığını en üst düzeye çıkarmak ve bunun devamını sağlamak; çalışma şartları ve kullanılan zararlı maddeler nedeni ile işçi sağlığının bozulmasını engellemek; her işçiyi kendi fiziksel ve ruhsal yapısına uygun işte çalıştırmak; özet olarak işin işçiye ve işçinin işe uyumunu sağlamak olarak tanımlanmaktadır. Belirlenen amaçlara ulaşmak, dolayısıyla iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemek temel sorumluluktur. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08.11.2006 gün ve E: 2006/10 - 696, K: 2006/704 sayılı kararı).

İnceleme konusu davada; davalı işverene ait Yemekhanede görevli olarak çalıştığı, daha önce kalprahatsızlığından dolayı tedavi gördüğü ,işyerindeki kalp rahatsızlığının başlaması üzerine hastaneye gittiği , tedavi gördüğü hastanede 20.12.2010 tarihinde kalp rahatsızlığından vefat etmiştir. Hükme esas alınan 20.04.2016 tarihli kusur raporunda davalı işverene iş kazası olayında olayda kusurunun olmadığı yönünde karar verilmiş ise de, Olayın kalp krizi sonucu meydana geldiği belirgin olmakla, yapılan işin ağır ve tehlikeli işlerden olup olmadığı da belirlenmek suretiyle, çalışma koşullarının bünyesel nedenlerden dolayıkalp krizine etkisi olup olmadığı yönünde kardiyolog bilirkişinin de bulunduğu konusunda uzman bilirkişi heyetinde yeniden kusur raporu alınarak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O hâlde, davacı Kurum vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** 25/04/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KALP KRİZİNDEN ÖLÜM • İLLİYET • KUSUR • İŞ KAZASI TESPİTİ

ÖZET: İşyerinde çalışırken kalp krizi geçirerek vefat eden sigortalının ölümünde, işyeri şartlarının kalp krizini tetikleyip tetiklemediği yönünden işgücü sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman olan kardiyoloğun da yer alacağı bilirkişi heyetinden rapor alınarak olay ile çalışma şekli arasında illiyet bulunup bulunmadığı, illiyet bulunuyor ise işverenin kusurlu olup olmadığı tespit edilmelidir.

Y. 10. .HD E: 2019/145 K: 2019/5250 T: 20.6.2019

Davalı iş yerinde 14.10.2009 tarihinde çalışmakta iken geçirdiği kalp krizi sonucu vefat eden sigortalının Zonguldak 1. İş Mahkemesinin 2010/321 E. - 2010/574 K. sayılı ilamıyla vefatının iş kazası olduğunun tespit edildiği ve anılan hükmün onanarak kesinleşmesi üzerine davacı kurum tarafından, sigortalının hak sahiplerine bağlanan gelirlerin davalı işverenden tahsili istemine ilişkin açılan eldeki davanın yasal dayanağı 5510 sayılı Kanunun 21. maddesidir.

Sosyal Güvenlik Kurumunun sigortalı veya onun hak sahiplerine yaptığı ödemeler nedeniyle işverenebaşvurabilmesi ve iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından işverenin sorumluluğu,5510 sayılı Kanunun 21/1. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, "İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurum ca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır."

21. maddede düzenlenen Kurum alacağının hukuki niteliği, kanundan doğan basit rücu alacağıdır. Sosyal Güvenlik Kurumu, Anayasa ve yasalarla kendisine verilen görev kapsamında sosyal risklere maruz kalanlara yardımları yapacak ancak kusurlu davranışı ile sebep olanlardan 21. madde kapsamında rücu edebilecektir.

5510 sayılı Kanunun 12/1. maddesine göre işveren, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlardır. 21. maddede düzenlenen işverenin sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Borçlar Kanununda düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerinin Kurumun rücu alacağında uygulama alanı yoktur.Kurumunişverene rücu hakkının doğması için iş kazası veya meslek hastalığının işverenin kastı veya iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmiş olması gerekir.Kasıt; iş kazası veya meslek hastalığına, işverenin bilerek ve isteyerek, hukuka aykırı eylemiyle neden olması hâlidir (SSİY m. 45).İş kazası veya meslek hastalığı işverenin, sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucunda oluşmuşsa yine işvereni Kuruma karşı sorumlu hâle getirir. Mevzuat; yasal olarak yürürlüğe konulmuş ve yürürlüğünü muhafaza eden, sigortalıların sağlığını koruma veiş güvenliği alanında, yasa koyucu ile yasa koyucunun yürütme veya idareye verdiği yetki sonucu, bu organlarca kabul edilen genel, objektif kural veya hükümlerin tümüdür (SSİY m. 45).

Temel hak ve özgürlükler kapsamında güvence altına alınan kişilik değerlerinin başında bireyin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı gelmektedir. İşverenin temel insan haklarından olan işçinin vücut bütünlüğünü korumak üzere teknolojik gelişmelerin sağladığı imkân oranında gerekli tedbirleri almalıdır.Bu düzenleme ile işverenin, işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliğine ilişkin mevzuatın kendisine yüklediği, objektif olarak mümkün olan tüm tedbirleri alma yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve bu nedenle işkazası veya meslek hastalığı şeklinde sosyal sigorta riskinin gerçekleşmesi halinde, kusur esasına göre meydana gelen zararlardan Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı rücuan sorumlu olduğu sonucuna

ulaşılmaktadır. Dolayısıyla, işverenin ve üçüncü kişilerin iş kazasındaki kasıt veya kusurunun tespiti amacıyla; iş kazasının oluşumuna ilişkin maddi olguların eksiksiz biçimde saptanması, sorumluluğu gerektiren her koşulun, kendi özelliği çerçevesinde araştırılıp irdelenmesi, işveren ve diğer ilgililerin kusur oran ve aidiyetlerinin belirlenmesi gerekir.

Kanunun 21/1. Maddesinde, işverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesinin de dikkate alınacağı hükmü vardır. Kaçınılmazlık da uygun illiyet bağını kesen sebeplerden en önemli olup mücbir sebebin bir unsurudur.İş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmesinde işverenin sorumluluğu kapsamında, dış etkenler, kötü rastlantılar, teknik arıza, beklenmeyen hal sorumluluğa etkilidir.Kaçınılmazlık kanunda tanımlanmamış ancak Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m. 45/3'de

düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre, "İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır. Kaçınılmazlık, olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallar gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumudur. İşveren alınması gerekli herhangi bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez."

Kaçınılmazlığın genel bir tanımı yapılacak olursa denilebilir ki kaçınılmazlık, önüne geçmenin imkânsız olduğu veya ne kadar özen gösterirse göstersin, hangi tedbir alınırsa alınsın oluşması engellenemeyen bir durumu ifade eder. İşverenin mevzuatta yer almasa bile, iş sağlığı ve güvenliği yönünden aklın, bilimin, tekniğin gerekli gördüğü her türlü önlemi almak zorunda olduğu Yargıtayın yerleşik içtihatlarındandır. Alınması gereken her türlü tedbir objektif olarak işverenden beklenen makul tedbirler olmalıdır. İş kazası ve meslek hastalığının ortaya çıkmasında kaçınılmazlığın varlığı halinde işveren ve üçüncü kişiler, belirlenen kaçınılmazlık oranında sorumluluktan kurtulacaktır.

21. maddedeki, "Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverendenisteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir" ibareleri işverenin Kurum karşısında sorumluluğunun kapsamını belirlemektedir. "İleride yapılması gereken ödemeler" ile iş kazası ya da meslek hastalığı ile uygun neden-sonuç bağı çerçevesinde, sigortalı için sağlık durumunun gerektirdiği sürece yapılan sağlık yardımları ve diğer hizmetlerin yol açtığı giderler amaçlanmıştır (Anayasa Mahkemesi, 20.12.1983 tarih, 1982/4 E, 1983/17 K).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 miktarında, başlama tarihinden sonraki kanun ve katsayı değişiklikleri nedeniyle meydana gelecek artışlar Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından istenemeyecektir.

21. maddedeki düzenleme ile bağlanan gelirler yönünden, Sosyal Güvenlik Kurumunun işverendenisteyebileceği rücu alacağına bir sınırlama getirilmiştir. Sigortalı veya hak sahiplerinin işverendenisteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, ilk peşin sermaye değeri toplamıKurumun rücu alacağının sınırını oluşturmaktadır. İlk peşin sermaye değerli gelirin, Kurum yararına tazmini mümkün kısmının belirlenebilmesi için gerçek zarar tavan hesabı yapılması zorunluluğu bulunmaktadır. Mahkemece, konusunda uzman bilirkişiden gerçek zarar tavan hesabı yaptırılarak işverenin kusuru oranında sorumluluğunun belirlenmesi gerekir.

Yukarıda belirtildiği üzere davanın yasal dayanağını oluşturan 5510 sayılı yasanın 21. maddesi kusur sorumluluğunu öngördüğü dikkate alınarak işverenin kusurunun belirlenmesi açısından, eldeki dava dosyası içinde bulunan kurum denetmen raporunda ifadesi alınan kişilerin; sigortalının yüksek şeker hastası olduğunu, iş çıkışları oturduğu evin yanına çıkma yaptığını ve burada çalışması sebebiyle çok yorulduğunu, sigortalının davalı iş yerinde kas gücü gerektirmeyen bir iş olan sinyalci olarak çalıştığını beyan etmeleri, dosyadaki kayıtlara göre sigortalının sağlık raporlarında, sağlık açısından herhangi bir probleminin bulunmadığı ve daha önce kalple ilgili bir rahatsızlık yaşamadığı hususları belirgindir.

Hukuk Genel Kurulunun 20.03.2013 tarih 2012/21-1121 Esas, 2013/386 Karar sayılı Kararında açıklandığı üzere öncelikle, işverenden davacının şahsi sicil dosyasının tümü getirtilerek, işverenin sigortalının periyodik sağlık muayenelerini yaptırıp yaptırmadığı, bu muayenelerde kalp rahatsızlığı ile ilgili bir bulguya rastlanıp rastlanmadığı, şahsi dosyada "kalp rahatsızlığı" nedeniyle alınmış bir istirahat raporunun bulunup bulunmadığı, ölüm olayından önceki tarihlerde sigortalının bünyesini zorlayacak bir çalışma yaptırılıp yaptırılmadığı, olay günü sigortalıyı işyerinde rutin dışında bir gerginlik ve stres içine sokacak bir olayın cereyan edip etmediği araştırılmalıdır. Ayrıca, kalp krizinde, kişinin yaşının, beslenme şekli ve kültürünün, genetik özelliklerinin ve bünyevi yapısının, tütün

bağımlılığı, alkol kullanımı, egzersiz durumunun, cinsiyetinin de faktör olduğu, sağlığının çeşitli faktörlerinin bir araya gelmesiyle bozulabileceği; ayrıca işyerindeçalışma şartlarının kalp krizini tetikleyip tetiklemediği hususlarının kusurun ağırlığının değerlendirilmesinde dikkate alınacağı işyeri hekimliği, işgücü sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman olan bir kardiyoloğun da yer alacağı bilirkişi heyetinden iş kazası ile çalışma şekli arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı, illiyet bulunuyorsa kalp krizinin oluşumunda işverenin kusurunun bulunup bulunmadığının saptandığı, kusuru mevcut ise kusurunun ağırlığının değerlendirildiği kusur raporu alınmalıdır. Mahkemece belirtilen esaslara ve usule uygun olmayan bilirkişi raporu esas alınarak, eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirmeye dayanan yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir ve bozmayı gerektirir.

O hâlde, taraf vekillerinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Temyiz edilen hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde davalıya iadesine, 20/06/2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ

ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİ • OY HAKKI

ÖZET: TTK'da oydan yoksunluk haline ilişkin mevcut düzenleme, anonim şirketin pay sahiplerinin oy hakkına ve bunun doğumuna ilişkin 434. ve 435. maddeleri gözetildiğinde istisnai nitelikte olup istisna hükümlerinin yorum yoluyla kapsamının genişletilmesi durumu, kaçınılması gereken bir yöntemdir.

Y. 11. HD E: 2018/1327 K: 2019/8307 T:19/12/2019

Davacılar vekili, davalı şirketin 03/04/2015 tarihinde yapılan 2014 yılı olağan genel kurul toplantısının 2, 8 ve 10 no'lu gündem maddelerinde alınan kararların iptali gerektiğini, olağan genel kurul toplantısında görüşülecek 2 nolu gündem maddesinin yönetim kurulunca hazırlanan 2014 yılına ait yıllık faaliyet raporunun okunması ve müzakere edilmesi olarak belirlendiğini, ancak toplantıda pay sahiplerinin okuyup incelemesi için yeterli sürenin geçmiş olduğundan yeniden okunmamasına karar verildiğini, finansal tabloların müzakeresi ve 8 nolu madde de finansal tablolara bağlı gündem maddelerinin görüşülmesinin ertelenmesine rağmen yönetim kurulu üyeleri seçiminin yapılmasının yasaya aykırı olduğunu, yönetim kurulu üyelerine TTK'nın 395 ve 396. maddelerinde belirtilen izinlerin verilmesine ilişkin gündemin 10. maddesi uyarınca alınan kararların iptali gerektiğini, ertelenen gündem maddelerine ilişkin olarak 04/05/2015 tarihinde yapılan 2014 yılı olağan genel kurul toplantısının 4, 5, 6 ve 9 no'lu gündem maddelerinde alınan kararların da iptali gerektiğini, finansal tabloların okunmaması ve bunlarla ilgili hususların sağlıklı bir şekilde müzakere edilmemiş olması nedeniyle gündemin 4. maddesi, YK üyelerinin ibrasına ilişkin gündemin 5. maddesi, kazanç dağıtımına ilişkin gündemin 6.maddesi denetçi seçimine ilişkin gündemin 9.maddesinde alınan kararların da yasaya ve iyiniyet kurallarına aykırı olduğundan iptali ve bir kısım kararların da butlanı gerektiğini ileri sürerek,tarihli toplantıda alınan 2, 8 ve 10 no'lu ve 04/05/2015 tarihli toplantıda alınan 4, 5, 6 ve 9 no'lu kararların iptalini ve bir kısım kararların butlanını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, genel kurul toplantısında alınan kararların yasa, ana sözleşme ve objektif iyiniyet kurallarına aykırı olmadığından iptali ya da butlanını gerektirir bir durum da bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

İlk derece mahkemesince iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, yönetim kurulu üyelerinin şirketle rekabet yasağının kaldırılması ve işlem yapmasına izin verilmesi, şahsi bir iş kabul edildiğinden, buna ilişkin karar da TTK m. 436/1 oydan yoksunluk gerektiren paylarla alındığından 03/04/2015 tarihli genel kurul toplantısında alınan 10 no'lu kararın iptali gerektiği, diğer 2 ve 8 no'lu kararlar ile 04/05/2015 tarhli genel kurul toplantısında alınan 4. 5. 6. ve 9 no'lu kararların iptalini gerektirir herhangi bir aykırılığın bulunmadığı gerekesiyle, davanın kısmen kabulü ile davalı şirketin 03/04/2015 tarihli genel kurul toplantısında alınan 10 no'lu kararın iptaline karar verilmiştir.

Karara karşı, taraf vekillerince istinaf yoluna başvurulmuştur.

İstinaf Mahkemesince iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, 6102 sayılı TTK'nın 413/son maddesinde yönetim kurulu üyelerinin görevden alınmaları ve yenilerinin seçiminin yılsonu finansal tablolarının müzakeresi ile ilgili sayılacağı açıkça düzenlemiş olup, ertelenen toplantıda görüşülmesi gerekirken erteleme kapsamına alınmayarak görüşülmesinin kanuna aykırı olduğundan gündemin 8. maddesi ile ilgili alınan kararın iptali gerektiği, diğer kararlar yönüden taraflarca ileri sürülen istinaf istemlerinin yerinde olmadığı gerekçesiyle, davalı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine, davacı vekilinin istinaf başvurusunun kısmen kabulüne, İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2015/682 E-2016/899 K. sayılı ve 08/12/2016 tarihli hükmünün HMK 353/b-2 gereği kaldırılmasına, davanın kısmen kabulüne, 03/04/2015 tarihli genel kurul toplantısında alınan 2 nolu kararın iptali isteminin reddine, 8 ve 10 nolu kararların iptaline, 04/05/2015 tarihli genel kurul toplantısında alınan kararların iptali isteminin reddine karar verilmiştir.

Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir.

1- İlk Derece Mahkemesince verilen karara yönelik olarak yapılan istinaf başvurusu üzerine HMK'nın 355 vd. maddeleri kapsamında yöntemince yapılan inceleme sonucunda Bölge Adliye Mahkemesince esastan verilen nihai kararda, aşağıda belirtilen husus dışında, dosya kapsamına göre saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kurallarına aykırı bir yön olmadığı gibi HMK'nın 369/1. ve 371. maddelerinin uygulanmasını gerektirici nedenlerin de bulunmamasına göre, davacılar vekilinin tüm, davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı

dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Dava, davalı şirketin 03.04.2015 ve ertelenen 04.05.2015 tarihli genel kurul toplantısında alınan kararların iptali istemine ilişkindir. İlk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda dava konusu 03.04.2015 tarihli genel kurul toplantısında alınan 10 nolu kararın iptaline ve bölge adliye mahkemesince de, davalı vekilinin bu yöne ilişkin istinaf isteminin esastan reddine karar verilmiştir.

Dava konusu 03.04.2015 tarihli genel kurul toplantısının 10 nolu gündem maddesi ile davalı şirket yönetim kurulu üyelerine TTK'nın 395 ve 396. madde hükümlerinde belirtilen izin ve yetkilerin verilmesine, toplam 20.436.584.444 adet olumsuz oya karşılık, AHolding A.Ş. temsilcisinin 20.436.583.976 adet olumlu oyu, N. Holding A.Ş. temsilcisinin 20.436.476.966 olumlu oyu olmak üzere toplam 40.873.060.942 olumlu oy ile oyçokluğuyla karar verildiği, TTK'nın 436/1 maddesi uyarınca işbu oylamada pay sahibi yönetim kurulu üyelerinden ..., ...,...ve...'a ait toplam 106.726 adet paydan doğan oy hakkının kullanılmadığı anlaşılmıştır.

Uyuşmazlık, yukarıda unvanları belirtilen anonim şirketlerin, pay sahibi bulundukları davalı anonim şirketin genel kurulunda, aynı zamanda kendilerinin hakim ortağı ve yöneticisi olan A. ve...'yi de kapsayacak şekilde, davalı şirketin yönetim kurulu üyelerine, TTK'nın 395. ve 396. maddeleri çerçevesinde izin verilmesi oylamasında oydan yoksun olup olmadıklarına ilişkindir. Mahkemece, yukarda açıklanan gerekçe ile söz konusu anonim şirketlerin yapılan genel kurul toplantısında, anılan konulardaki kararlar bakımından oydan yoksun oldukları görüşüyle sonuca varılmıştır. Ancak, 6102 sayılı TTK'nın "Oydan Yoksunluk" başlıklı 436. maddesinde "Pay sahibi kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri ya da hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki kişisel nitelikte bir işe veya işleme veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin olan müzakerelerde oy kullanamaz. Şirket yönetim kurulu üyeleriyle yönetimde görevli imza yetkisini haiz kişiler, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerine ilişkin kararlarda kendilerine ait paylardan doğan oy haklarını kullanamaz. " hükmü yer almaktadır. Görüşülüp karara bağlanan gündem maddesinde, mahkemece oydan yoksun oldukları değerlendirilen anonim şirketlerin ne kendileri ile davalı şirket arasında, ne de yine bu anonim şirketlerin ortağı olduğu şahıs şirketi ile hakimiyetleri altındaki şirketler arasında kişisel nitelikte bir iş görüşülüp karara bağlanmış değildir. TTK'da oydan yoksunluk haline ilişkin mevcut düzenleme, anonim şirketin pay sahip-

lerinin oy hakkına ve bunun doğumuna ilişkin 434. ve 435. maddeleri gözetildiğinde istisnai nitelikte olup istisna hükümlerinin yorum yoluyla kapsamının genişletilmesi kaçınılması gereken bir yöntemdir.

Bu nedenlerle, TTK'nın 436. maddesinde hükme bağlanan oydan yoksunluk halinin uyuşmazlık konusu 10 nolu karar yönünden oluşmadığı nazara alınmaksızın yanılgılı değerlendirmeye dayalı, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davacılar vekilinin tüm, davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının **REDDİNE**, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Bölge Adliye Mahkemesi kararının **BOZULMASINA,** HMK'nın 373/2. maddesi uyarınca dava dosyasının Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, takdir olunan 2.037,00 TL duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, aşağıda yazılı bakiye 8,50 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davacılardan alınmasına, ödediği peşin temyiz harcının isteği halinde temyiz eden davalıya iadesine, 19/12/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

BANKA PERSONELİNİN YAPTIĞI YOLSUZLUK • BANKANIN SORUMLULUĞU • FAİZ TÜRÜ

ÖZET: Banka şubesinde bulunan hesabındaki mevduatın davalı banka personeli tarafından yapılan yolsuzluklarla tüketildiği, hesaplara EFT yapıldığı, davacının davalı banka ile çalışmaya başladığından beri hesabındaki paraların birçok kez aynı şekilde ortakları ve kendi hesabına talimatlı veya talimatsız olarak EFT yapılmak suretiyle davacıya intikal ettirildiği anlaşıldığında bankaların özel yasa ile kurulmuş ve kendisine ayrıcalıklar tanınmış bir güven kurumu olması dolayısıyla en hafif kusurlarından bile sorumlu olduğu, davacı yanın kusuru da gözetilerek denetime elverişli hüküm kurulmalıdır.

Y. 11. HD E: 2018/2370 K: 2019/8311 T: 19/12/2019

Davacı vekili, müvekkilinin, davalı Banka'nın ...Şubesi'nde 01.11.1998 tarihinde hesap açtırdığını, 03.08.2001 tarihinde banka personelinin yapmış olduğu yolsuzluklar nedeni ile hesabında bulunan 626.800 USD parayı çekmek istediğini, ancak bankaca parasının ödenmediğini ileri sürerek 626.800 USD'nin faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının bankanın devamlı müşterisi olduğunu, her gün para yatırıp çektiğini, bu paraları genelde EFT yaparak başka yerlere gönderdiğini, ayrıca davacı hakkında soruşturma yapılması için şikayette bulunduklarını, davacı aleyhine ceza davası açıldığını, verilen beraat kararının kesinleşmediğini, dava konusu paraların 24.07.2001 ile 02.08.2001 tarihleri arasında diğer bankaların ...şubelerine EFT yapılmak suretiyle davacının ortakları ve kendi hesabına havale edildiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, ...2. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen karar sonucunda oluşan durumun daha önce verilen kararın değiştirilmesini gerektirir mahiyette olmadığı ve aynı gerekçe ile hüküm tesis etmek gerektiği gerekçesiyle, davanın kabulü ile, 626.800,00 USD'nin fili

ödeme günüdeki efektif satış kuru üzerinden ve 626.800,00 USD dolarının 06/08/2001 tarihinden itibaren dövize uygulanan en yüksek mevduat faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1- Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmaması ile davacının davalı banka personeli ile el ve işbirliği içerisinde hareket ettiğinin kanıtlanamamış olmasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Davacı tarafça, davalı banka nezdinde bulunan hesabındaki paranın banka personeli tarafından gerçekleştirilen yolsuzluklar ile tüketildiği iddiasına dayalı olarak açılan işbu davada, yazılı gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak, mahkemece bozma öncesi yapılan yargılama sırasında bilirkişi incelemesi yaptırılmış ve üç ayrı bilirkişi heyetinden bilirkişi raporu alınmış ise de, raporlar, taraf iddia ve savunmalarını karşılamaya, somut uyuşmazlığı çözmeye yeterli olmadığı gibi, birbiri ile de çeliştiği ve ayrıca mahkemece yapılan yargılama sonucunda tüm bu raporlardan da ayrılarak, gerekçesi de belirtilmeksizin davacı tarafından sunulan hukuki mütalaa doğrultusunda karar verildiği anlaşılmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ca bozulan karar ortadan kalkar ve hukuki geçerliliğini yitirir. Bozulan karar sonraki kararın eki niteliğinde olmadığından bu karara atıf yapılarak hüküm kurulması isabetsiz olduğu gibi, bozulan karardaki gerekçeye dayanılması da yasal dayanaktan yoksundur. Zira, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası yargılamanın açıklığı ilkesini kabul etmiştir. Gerek mülga 1086 sayılı HUMK'un 382 ve devamı maddelerinde gerekse de yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK'nın 294 vd. maddelerinde hükmün nasıl tesis edileceği ve sonrasında kararın nasıl yazılacağı etraflıca hükme bağlanmıştır. Yargılamanın açık bir şekilde yapılması ve tesis edilen hükmün açıkça belirtilmesi ilke olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle hükmün açık, anlaşılır ve şüpheye yer vermeyecek şekilde infazı kabil olarak kurulması gerekir. Aksi halde, yargılamanın açıklığı ilkesi, dolayısıyla kamu vicdanı zedelenmiş olacaktır. Kararların bu hususlara aykırı oluşturulması mahkeme kararlarına duyulan güveni sarsacağı gibi, verilen kararların hukuki denetiminin yapılmasını da olanaksız kılmaktadır. Bu itibarla, "...2. Ağır Ceza mahkemesince verilen karar sonucunda oluşan durumun mahkemece daha önce verilmiş olan kararın değiştirilmesini gerektirir mahiyette olmadığı ve aynı gerekçe ile hüküm tesis etmek gerektiği" şeklinde ifadelere yer vermek sureti ile belirtilen ilkelerin nazara alınmaması doğru olmamıştır.

Somut uyuşmazlığa gelince ise, davacı tarafça yukarıda da belirtildiği üzere, banka şubesinde bulunan hesabındaki mevduatın davalı banka personeli tarafından yapılan yolsuzluklarla tüketildiğinin iddia edildiği, davalı tarafça da, hesaptaki paraların 24.07.2001- 03.08.2001 tarihleri arasında davacı tarafından başka banka şubelerinde bulunan kendisine ya da ortağı olduğu ... Altın Tic. A.Ş.'nin diğer ortağına ait hesaplara EFT yapıldığı, davacının davalı banka ile çalışmaya başladığından beri hesabındaki paraların birçok kez aynı şekilde ortakları ve kendi hesabına talimatlı veya talimatsız olarak EFT yapılmak suretiyle davacıya intikal ettirildiği, bu EFT'lere davacı tarafından hiçbir itirazda bulunulmadığı, davacı tarafından talep edilen 600.000 USD'nin TL'ye çevrilerek davacının TL hesabına geçildiği, bu paraların da diğer banka şubelerine gönderenin davacı olduğu belirtilerek EFT yapıldığı, yapılan EFT toplamının 940.200,00 TL olduğu, bunun 792.650,00 TL'sinin hesaptan düşülen kısım olup, aradaki fark olan 147.550,00 TL'nin ise, hesaptan çekilen 129.405 USD'nin TL karşılığı olarak yapılan EFT tutarı olduğu savunulduğuna göre, işbu iddia ve savunma kapsamında, sunulan tüm taraf delilleri ve banka kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, bankaların özel yasa ile kurulmuş ve kendisine ayrıcalıklar tanınmış bir güven kurumu olması dolayısıyla en hafif kusurlarından bile sorumlu olduğu, kendilerine yatırılan paraları mudilere istendiğinde veya belli bir vadede ayni veya misli olarak iade etmekle yükümlü bulunduğu (4491 sayılı Yasa ile değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 10/4 ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 61. maddesi), bu tanımlamaya göre, mevduatın ödünç ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşme olup, BK'nın 306 ve 307. maddeleri uyarınca ödünç alanın, akdin sonunda ödünç verilen parayı eğer kararlaştırılmışsa faizi ile iadeye mecbur olduğu, aynı Yasa'nın 472/1. maddesi uyarınca usulsüz tevdide paranın nef'i ve hasarının mutlak şekilde saklayana geçtiği için ayrıca açıklamaya gerek kalmadan saklayanın bu parayı kendi yararına kullanabileceği, bu açıdan değerlendirildiğinde, usulsüz işlemle çekilen paraların aslında doğrudan doğruya bankanın zararı niteliğinde olup, mevduat sahibinin bankaya karşı alacağının aynen devam ettiği, usulsüz işlemlerin gerçekleşmesinde ispatlandığı takdirde mevduat sahibinin müterafik kusurundan söz edilebileceği ve bankanın bu kusur oranı üzerinden hesap sahibinin alacağından mahsup talebinde bulunabileceği de göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılıp, denetime de elverişli şekilde hüküm tesisi gerekirken anılan hususlar nazara alınmaksızın, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.

3- Ayrıca, 3095 sayılı Yasa'nın 4/a madddesinde " Sözleşmede daha yüksek akdi veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde, yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır. " hükmü düzenlenmiş olup, yabancı para alacağına dayalı işbu davada 3095 sayılı Yasa'nın 4/a maddesi uyarınca faize hükmetmek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi de doğru olmamış, kararın bu nedenle de bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nuaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin sair temyiz itirazarının **REDDİNE** (2) ve (3) numaralı bentlerde açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davalı yararına **BOZULMASINA,** takdir olunan 2.037,00 TL duruşma vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, ödediği peşin temyiz harcının isteği halinde temyiz eden davalıya iadesine, 19/12/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 12. HUKUK DAİRESİ

SEFERDEN MEN KARARI • GEMİ HACZİ • İHTİYATİ HACİZ

ÖZET: Takip kesinleşmiş ise gemi üzerine haciz konulabilir ve seferden men de tedbir olarak uygulanabilir.

Seferden men bir muhafaza işlemi olup haczin doğal sonucudur.

Ancak, ihtiyati haciz uygulanmasında, ihtiyati haciz kararı veren mahkeme kararında "seferden men'' kararına hükmedilmemiş ise, ihtiyaten haczedilen geminin seferden menine karar verilemez.

Y.12. HD. E: 2018/12468 K: 2019/15947 T: 05.11.2019

Alacaklı KPI Bridge Oil Ltd. Şti. tarafından borçlu hakkında ihtiyati haciz kararına dayanılarak genel haciz yoluyla başlatılan ilamsız icra takibinde borçlunun icra mahkemesine başvurusunda; icra müdürlüğünce ... 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 10.10.2014 tarih ve 2014/458 D. İş sayılı ihtiyati haciz kararı uyarınca ... 1 isimli geminin ihtiyati haczi ve seferden meni için ..... Başkanlığı'na ve Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'ne müzekkere yazıldığını, borca, faize, faiz oranına ve ferilerine itirazları üzerine takibin durdurulduğunu, dolayısıyla takibin kesinleşmediğini ancak; alacaklının itirazdan haberdar olduğu halde yasal sürede itirazın kaldırılması davası açmadığından ihtiyati haciz kararının hükümsüz kaldığını belirterek geminin seferden men kararının kaldırılması talebinin reddine yönelik icra müdürlük kararının ve geminin seferden men kararının kaldırılmasını talep ettiği, mahkemece itirazların alacaklıya tebliğ edildiğine dair tebligat parçasının icra dosyasında bulunmadığı, itirazın kaldırılması dava açma süresinin itirazın tebliğinden itibaren başlayacağı gerekçesi ile şikayetin redddine karar verildiği, hükmün borçlu tarafından istinaf edilmesi üzerine ... Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesince borç-

lunun istinaf başvurusunun HMK'nin 353/1-b-1. bendi gereğince; esastan reddine karar verildiği, karara karşı borçlu tarafından temyiz yoluna başvurulduğu anlaşılmaktadır.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1353. maddesinde; "Deniz alacaklarının teminat altına alınması için, geminin sadece ihtiyati haczine karar verilebilir. Bu alacaklar için gemi üzerine ihtiyati tedbir konulması veya başka bir surette geminin seferden men edilmesi istenemez. Akdî veya kanuni bir rehin ile teminat altına alınmış deniz alacakları hakkında da birinci fıkra hükmü uygulanır." hükmü ile aynı Yasanın 1366/1. maddesinde; "İhtiyati haczine karar verilen bütün gemiler, bayrağı ve hangi sicile kayıtlı oldukları dikkate alınmaksızın, icra müdürü tarafından seferden men edilerek muhafaza altına alınır." hükmü yer almaktadır. Şu halde, takibin kesinleşmesinden önce ancak ihtiyati haciz kararı alınması suretiyle seferden men kararı verilebilir.

Takip kesinleşmiş ise aynı Kanunun 1382. maddesi uyarınca, gemi üzerine haciz konulabilir ve seferden men de tedbir olarak uygulanabilir. Seferden men bir muhafaza işlemi olup, haczin doğal bir sonucudur.

Somut olayda, alacaklının ... 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 10.10.2014 tarih ve 2014/458 D. İş sayılı kararı ile ... 1 isimli gemiye yönelik 207.042,64 USD deniz alacağı kabul edilen alacak için ihtiyati haciz kararı aldırdığı, alacaklının ihtiyati haciz kararının infazı amacıyla 10.10.2014 tarihinde icra müdürlüğüne müracaat ettiği, ... 22. İcra Müdürlüğü'nün 2014/13310 Esas sayılı dosyası üzerinden Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü ve ..... Başkanlığına müzekkere yazılarak... 1 isimli geminin ihtiyaten haczine ve seferden menine ilişkin müdürlük kararının infazının istendiği,ancak ... 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 10.10.2014 tarih ve 2014/458 D. İş sayılı ihtiyati haciz kararında... 1 isimli geminin seferden menine ilişkin hüküm bulunmadığı anlaşılmaktadır.

O halde, mahkemece yukarıda yer verilen açıklamalar doğrultusunda takibin kesinleşmesinden önce alınanihtiyati haciz kararında geminin seferden menine hükmedilmediğinden, icra müdürlüğünce seferden men kararı verilemeyeceği gerekçesiyle şikayetin kabulü ile geminin seferden men kararının kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı gerekeçe ile şikayetin reddi ve istinaf başvurusunun da Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddedilmesi isabetsiz olup, Bölge Adliye Mahkemesi kararının kaldırılması, İlk Derece Mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının kabulü ile yukarıda yazılı nedenlerle 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nun 364/2. maddesinin göndermesiy-

le uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nun 373/1. maddesi uyarınca, istinaf talebinin esastan reddine ilişkin ... Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi'nin 19.04.2018 tarih 2017/3424 E.- 2018/786 K. sayılı kararının **KALDIRILMASINA**, ... 4. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 21.09.2017 tarih 2016/732 E.-2017/525 K. sayılı kararının **BOZULMASINA,**dosyanın İlk Derece Mahkemesi'ne, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, 05/11/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İSTİNAF KANUN YOLU • SÜRE

ÖZET: İcra ve İflas Kanunu'nun 363/1. maddesine göre; istinaf yoluna başvuru süresi, tefhim veya tebliğden itibaren on gündür.

Y. 12. HD E: 2018/16056 K: 2019/18070 T:18/12/2019

Alacaklı tarafından yapılan kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte, borçlunun icra mahkemesine başvurarak sair şikayetleri ile birlikte borca itirazda bulunduğu, ilk derece mahkemesince, şikayetlerin ve itirazın reddine karar verildiği, borçlu tarafından istinaf yoluna başvurulması üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince istinaf isteminin esastan reddine karar verildiği görülmüştür.

2.3.2005 tarih ve 5311 sayılı Kanunun 24. maddesi ile değişik 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 363/1. maddesine göre; istinaf yoluna başvuru süresi, tefhim veya tebliğden itibaren on gündür.

Somut olayda, icra mahkemesi kararı istinaf yoluna başvurana 21.12.2017 tarihinde tefhim edildiği halde, istinaf dilekçesi belirli süre geçirildikten sonra, 05.01.2018 tarihinde verilip kaydettirilmiştir.

O halde, Bölge Adliye Mahkemesince, İİK'nun 365/3. maddesi gereğince istinaf isteminin süre aşımından reddine karar verilmesi gerekirken, işin esasının incelenmesi doğru değil ise de, sonuçta istinaf istemi reddedildiğinden, sonucu itibariyle doğru olan Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanması gerekmiştir.

SONUÇ

Borçlunun temyiz itirazlarının reddi ile sonucu doğru Bölge Adliye Mahkemesi kararının yukarıda yazılı nedenlerle 5311 sayılı Kanun ile de-

ğişik İİK'nun 364/2. maddesi göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nun 370. maddesi uyarınca **ONANMASINA,** alınması gereken 44,40 TL temyiz harcından, evvelce alınan harç varsa mahsubu ile eksik harcın temyiz edenden tahsiline, 18/12/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

BELEDİYE MALLARI • HACİZ

ÖZET: Borçlu belediyenin haczedilen taşınmazların 6306 Sayılı Kanun kapsamında kaldığı iddiasına ilişkin temyiz aşamasında yapılan araştırmalara binaen dosya arasına alınan Bakanlık yazılarına göre dava konusu taşınmazların haczine engel teşkil eden bir durumun mevcut olmadığı, ayrıca taşınmazlar hakkında 6306 sayılı Kanun'da bahsi geçen "tahsis" durumunun söz konusu olmadığı ve cebri icraya engel teşkil eden herhangi bir kısıtlamanın bulunmadığı anlaşıldığından alacaklının, borçlu belediyenin mal beyanında bildirdiği mallar dışındaki mallarının da haczini isteyebileceği açıktır.

Y. 12. HD E: 2019/12929 K: 2019/18074 T:18/12/2019

Alacaklı tarafından başlatılan genel haciz yolu ile takipte, borçlu ...'nın icra mahkemesine başvurusunda, mal beyanında bulunulmasına rağmen alacak miktarını aşacak şekilde taşınmazlara ve banka hesaplarına haciz konulduğunu, haczedilen taşınmazların 6306 sayılı Kanun kapsamında afet riski altında olması nedeni ile haciz konulamayacağını, ayrıca belediye mallarının devlet malı olması nedeni ile haczedilemeyeceğini ileri sürerek hacizlerin fekkini talep ettiği, ilk derece mahkemesince, bir kısım taşınmazlar yönünden haciz konulmasına ilişkin 16.05.2017 tarihli memur işleminin kaldırılmasına karar verildiği, alacaklı tarafından istinaf yoluna başvurması üzerine, Bölge Adliye Mahkemesince, istinaf başvurusunun esastan reddine karar verildiği görülmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin 17.06.2015 tarih ve 2014/194-2015/55 sayılı olup, Resmi Gazete'nin 26.06.2015 tarih ve 29398 sayısında yayımlanan

kararı ile; 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesine, 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 121. maddesiyle eklenen fıkranın birinci cümlesinin "...ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır" ve ikinci cümlesinin "...veya kamu hizmetlerini aksatacak..." ibareleri ile 6552 sayılı Kanun'un 123. maddesiyle eklenen geçici 8. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

5393 sayılı Yasa'nın 15/son maddesinin, haciz işleminin sadece gösterilen mal üzerine uygulanacağına dair kısmının iptal edilmiş olması nedeniyle, aynı maddede yer alan; "Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez" hükmü gözetilmek suretiyle belediye mallarının haczi mümkündür. İcra müdürlüğü, borçlunun gösterdiği mallar dışında kalan alacaklının talep ettiği diğer mallar üzerine de haciz uygulamak zorundadır.

Öte yandan, borçlu belediyenin haczedilen taşınmazların 6306 sayılı Kanun kapsamında kaldığı iddiasına ilişkin temyiz aşamasında yapılan araştırmalara binaen dosya arasına alınan .... Bakanlığı'nın 22.08.2019 tarihli ve.... Dairesi'nin 09.12.2019 tarihli cevabi yazılarına göre dava konusu taşınmazların haczine engel teşkil eden bir durumun mevcut olmadığı, ayrıca taşınmazlar hakkında 6306 sayılı Kanun'da bahsi geçen "tahsis" durumunun söz konusu olmadığı ve cebri icraya engel teşkil eden herhangi bir kısıtlamanın bulunmadığı anlaşılmıştır.

O halde; alacaklının, borçlu belediyenin mal beyanında bildirdiği mallar dışındaki mallarının da haczini isteyebileceği anlaşılmakla, mahkemece şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.

SONUÇ

Alacaklının temyiz isteminin kabulü ile yukarıda yazılı nedenlerle 5311 sayılı Kanun ile değişik İİK'nun 364/2. maddesinin göndermesiyle uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nun 373/1. maddesi uyarınca, ... Bölge Adliye Mahkemesi 22. Hukuk Dairesi'nin 09.11.2017 tarih ve 2017/1708 E. - 2017/1721 K. sayılı kararının **(KALDIRILMASINA),** Gaziosmanpaşa İcra Hukuk Mahkemesi'nin 16.06.2017 tarih ve 2017/582 E. - 2017/583 K. sayılı kararının **(BOZULMASINA),** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, dosyanın İlk Derece Mahkemesi'ne, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesi'ne gönderilmesine, 18/12/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

İCRA CEZA • ŞİKAYET

ÖZET: Şikayete dayanak olan icra takip dosyasında ödeme emri borçluya tebliğ edilip henüz takip kesinleşmeden şikayette bulunulduğu ve buna göre kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında açılan davanın CMK'nın 223/8. maddesi gereğince "düşmesi" gerekir.

Y. 12. HD E: 2019/13107 K: 2019/17978 T: 17/12/2019

Sanığın üzerine atılı 2004 sayılı İİK'nın 337/a ve 331/1. maddelerine aykırılık suçlarının kovuşturmasının şikayet şartına bağlı olduğu, İİK'nın Onaltıncı Bab'ında düzenlenen bir kısım suçlar bakımından şikayet hakkının doğması için bu suçların niteliği gereği icra takibinin kesinleşmesi gerektiği, icra takibi kesinleşmeden yapılacak şikayetin, henüz doğmamış bir hakkın kullanımı niteliğinde olacağı ve icra takibinin sonradan kesinleşmesinin de bu şikayeti süresinde ve usulüne uygun yapılmış bir şikayet konumuna getirmeyeceği cihetle;

CMK'nun 223/8. maddesinde soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halinde "davanın düşmesine" karar verileceğinin öngörülmesi,

Somut uyuşmazlıkta, şikayete dayanak olan icra takip dosyasında ödeme emri borçluya tebliğ edilip henüz takip kesinleşmeden şikayette bulunulduğu ve buna göre kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında açılan davanın CMK'nın 223/8. maddesi gereğince "düşmesine" karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması,

Kanuna aykırı ve şikayetçi vekilinin temyiz nedenleri bu itibarla yerinde görüldüğünden, tebliğnameye uygun olarak HÜKMÜN 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, CMUK'nın 322. maddesinin verdiği yetkiyle, soruşturma ve kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceği anlaşıldığından 5237 sayılı TCK'nun 73/1. maddesi yollamasıyla 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddesi uyarınca sanık hakkında açılan **DAVANIN DÜŞMESİNE,** 17/12/2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ

TARAF SIFATI • ORTAK GİRİŞİM ŞİRKETLERİ

ÖZET: İdare ile şirket ayrıca sözleşme imzalamışsa ilgili davada taraf sıfatının Ortak Girişimden bağımsız olarak varlığı kabul edilmelidir.

Y. 13. HD E: 2019/6211 K: 2019/13133 T:25/12/2019

Davacı şirket, dava dışı .... İnş. ... Ltd. Şti. ile kurdukları ortak girişim ile davalı idare arasında düzenlenen sözleşme uyarınca davalıya hizmet verildiğini, sözleşme süresince 5510 sayılı yasada yapılan değişikliğin davalı tarafından yanlış yorumlandığını ve şirketin istihkaklarından 2008-Ekim ve 2011 yılının son ayları arasında haksız kesintiler yapıldığını, 5510 sayılı yasanın 81. maddesine eklenen bende göre sigorta primlerini düzenli ödeyen ve sigortasız işçi çalıştırmayan işverenleri teşvik etmek amacıyla sigorta pirim oranının %5'lik kısmının hazinece karşılanacağının belirtildiğini, 5510 sayılı yasanın yürürlüğünden itibaren bu kanun gereğince 5 puanlık indirimleri uygulamak suretiyle sigorta primlerinin tahakkuk ettirildiğini ve ödendiğini, ancak davalı idarenin söz konusu pirim indirimlerini hak edişlerinden haksız olarak kestiğini ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 500,00 TL'nin davalıdan tahsilini istemiş; ıslahla birlikte talep sonucunu 7.259,33 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın usulden reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davacı, davalı idareye hizmet verdiğini, davalı idarenin 5510 sayılı yasa gereğince kendisine ödenen ödenen beş puanlık hazine yardımını hakedişlerinden kestiğini ileri sürerek eldeki davayı açmış, kesintilerin Ekim 2008 ile 2011 yılının son ayına ait tarihler arasında yapıldığını ileri sürmüştür. Bozma öncesi alınan bilirkişi raporunda, kesintilerin 2011 yılına ait olduğu ve davacı şirketin farklı ortak şirketlerle kurduğu değişik iş ortaklıkları ile hizmet verdiği belirtilmiş ve mahkemece bu rapor esas alınarak davanın kabulüne dair verilen karar davalının temyizi üzerine Dairemizin 21.06.2018 tarihli ilamı ile özetle, dosya içerisinde sadece 12.01.2010 tarihli sözleşme bulunduğu ve bu sözleşmenin davalı idare ile

davacı şirket ve dava dışı .... İnş. ... Ltd. Şti.'nin kurmuş olduğu iş ortaklığı arasında imzalandığı, davacı şirket ile dava dışı şirket arasındaki iş ortaklığının adi ortaklık niteliğinde bulunduğu ve ortaklığı oluşturan tüm kişilerin davada taraf olması gerektiği, diğer yandan kesintilerin yapıldığı tüm sözleşmelerin dosyaya kazandırılmadığı, davaya konu uyuşmazlığa ilişkin tüm sözleşmelerin getirtilerek öncelikle belirtilen bu husus açıklığa kavuşturulduktan sonra başka bir adi ortaklıkta var ise, adi ortaklığı oluşturan tüm şirketlerin davaya katılımı sağlanarak yargılamaya devam edilip sonucuna uygun karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.

Mahkemece, bozma ilamına uyulmuş, yapılan yargılama sonucu, dava dışı şirketlere tebligat çıkartıldığı, ... Otom. ... Ltd. Şti. vekilinin duruşmaya katıldığı ancak, diğer şirket olan .... İnş. ... Ltd. Şti.'nin duruşmaya katılmadığı, davacı şirket ile dahili davacı .... Otom. İletişim ve Telekomünikasyon Hiz. San. Tic. Ltd. Şti.'nin tek başlarına dava açıp davayı takip etme yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir.

Dosyaya sunulan sözleşmeler incelendiğinde, davalı idare ile imzalanan bir kısım sözleşmelerin davacı ...Tem. San. Tic. Ltd. Şti. ile, bir kısım sözleşmelerin davacı ...Tem. San. Tic. Ltd. Şti. ile .... Otom. ... Ltd. Şti.'nin oluşturmuş olduğu ortak girişim ile, bir kısım sözleşmelerinde davacı ...Tem. San. Tic. Ltd. Şti. ile dava dışı .... İnş. ... Ltd. Şti.'nin oluşturmuş olduğu ortak girişim ile imzalandığı anlaşılmaktadır. Davacı ...Tem. San. Tic. Ltd. Şti.'nin tek başına davalı idare ile imzaladığı sözleşme yönünden davada taraf sıfatı bulunduğu gibi, bozma ilamından sonra davaya dahil olan dahili davacı .... Otom. ... Ltd. Şti. ile birlikte ortak girişim olarak katıldıkları ihale sonucu imzalanan sözleşmelere yönelikte davada taraf sıfatları bulunmakta olup, belirtilen sözleşmeler yönünden gerekli ayrım yapılarak işin esasına girildikten sonra hasıl olacak sonuca uygun karar verilmesi gerekirken, değinilen bu yön gözardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün davacı yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/III-1 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 25/12/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TÜKETİCİ SIFATI • KAMU TÜZEL KİŞİSİ

ÖZET: Kamu tüzel kişileri hukuken tüketici olarak tanımlanamaz.

Y. 13. HD. E:2019/5961 K: 2019/13102 T:25/12/2019

Davacı, Adıyaman İl ... Müdürlüğüne bağlı ambulansın, 19.02.2013 tarihinde davalının işlettiği akaryakıt istasyonundan yakıt alındıktan sonra arızalandığını, arızanın ayıplı akaryakıttan kaynaklandığını ileri sürerek; fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla aracın tamiri için ödenen 6.001,02 TL'nin davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Amaç başlıklı 1. maddesinde yasanın amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2. maddesinde "Bu kanun, birinci maddesinde belirtilen amaçlarla mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü tüketici işlemini kapsar" hükmüne yer verilmiştir. Yasanın 3. maddesinde mal; alışverişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları ifade eder. Satıcı; kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal sunan gerçek veya tüzel kişileri kapsar. Tüketici ise bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi, Hizmet; bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti sağlayıcı; Kamu tüzel kişileri de dahi olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Bir hukuki işlemin 4077 sayılı Yasa kapsamında kaldığının kabul edilmesi için yasanın amacı içerisinde yukarıda tanımları verilen taraflar arasında mal ve hizmet satışına ilişkin bir hukuki işlemin olması gerekir. Somut olayda davacı, kamu tüzel kişisi olması nedeni ile kanunda belirtilen tüketici vasfına sahip değildir. Hal böyle olunca, davanın 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun kapsamına girmediğinin kabulü gerekir. Öyle olunca, davanın tüketici mahkemesinde görülmesi doğru olmayıp, tarafların sıfatına ve aradaki ilişkiye göre genel mahkemede

görülmelidir. Görev kamu düzeninden olup, yargılamanın her safhasında ileri sürülebileceği gibi mahkemece resen de gözetilmesi gerekir. Mahkemece, genel mahkeme sıfatıyla davanın görülmesi gerekirken, Tüketici Mahkemesi sıfatıyla yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre, davalının temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenle temyiz olunan kararın **BOZULMASINA,** (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle davalının temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/III-1 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 25/12/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ÇALINTI ARAÇ • ARAÇ YARARLANMA BEDELİ

ÖZET: Araç, satın alanın kullanımında değilse yararlanma bedelinden söz edilemez.

Y. 13. HD E: 2019/5765 K: 2019/13053 T:25/12/2019

Davacı, davalıdan 30.11.2006 tarihinde noter kanalıyla satın almış olduğu aracın plaka değişikliklerini de yaptıktan sonra muayeneye götürdüğü zaman aracın çalıntı olduğunun anlaşıldığını ve araca el konulduğunu, uğradığı zararların tazmini amacıyla davalıya 06.12.2010 tarihinde ihtarname gönderilmesine rağmen sonuç alınamadığını ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla araca el konulması sebebiyle satış bedeli olarak ödediği 11.500,00 TL'nin araca el koyma tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 7.188,00 TL'nin ihtarnamenin tebliğ tarihi olan 20.12.2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1-Davacı, satış sözleşmesine konu aracın hukuki ayıp nedeniyle zapdedildiğinden bahisle satış bedeli olarak ödediği bedelin tahsilini istemiş-

tir. Davacının 30.11.2006 tarihinde davalıdan noter satış sözleşmesi ile satın alıp adına tescil ettirdiği araca, çalıntı olması nedeniyle el konulduğu uyuşmazlık konusu değildir. Mahkemece, davacının talebinin kısmen kabulü ile araç satış bedeli olan 11.500,00 TL bedelden araç yararlanma bedelinin mahsubu ile 7.188,00 TL'nin tahsiline karar verilmiştir. Kural olarak satın alan, aracı iade edip satıcıyı temerrüde düşürmedikçe satış bedeli için faiz, satıcı da aracın kullanımından dolayı kira isteyemez. Satış sözleşmesine konu araç zaptedildiğinden davacının kullanımında değildir. O halde mahkemece, aracın davacının kullanımında iken yararlanma bedeli olarak hesaplanan miktar satış bedelinden mahsup edilmeden karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre tarafların sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan hükmün **BOZULMASINA,** (2) nolu bentte açıklanan nedenle tarafların sair temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik yer olmadığına, peşin alınan 44,40 TL harcın davacıya, 170,80 TL harcın davalıya iadesine, HUMK'nun 440/III-1 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 25/12/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

TİCARİ İŞ • AVANS FAİZİ

ÖZET: Taraflardan biri için için ticari iş olan iş diğeri için de ticari iş sayılır ve talep halinde uyuşmazlık konusu alacağa avans faizi uygulanır.

Y. 13. HD E: 2019/6303 K: 2019/13140 T: 25/12/2019

Davacı, davalı yüklenici ile dava dışı arsa sahipleri arasında imzalanan 13.10.2014 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereği davalıya düşen A Blok 1 ve 16 nolu bağımsız bölümleri toplam 100.000,00 TL bedelle satın aldığını, satış bedelini ödediğini, taahhüt edilen teslim süresi geçmesine rağmen bağımsız bölümlerin teslim edilmediğini, satış bedeli olarak ödenen bedelin tahsili amacıyla başlatılan icra takip dosyasında kısmi tahsilat yapılmış ise de borcun tamamının tahsil edilemediğini, sözleşmeye konu taşınmazların emsal değerinin arttığını ve bu nedenle menfi zararı

oluştuğu gibi kira gelirinden de yoksun kaldığını ileri sürerek, taşınmazların değer artışı nedeniyle uğramış olduğu zarar ile kira kaybı karşılığı şimdilik 15.000,00 TL'nin teslim tarihi olan 30.06.2015 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsilini istemiş, ıslahla birlikte talep sonucunu 134.365,00 TL'na yükseltmiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

İlk derece mahkemesince, davacının taşınmazların değer artışına yönelik menfi zararının kabulü ile, 10.000,00 TL'nin dava tarimindoen itibaren, bakiye 114.250,00 TL'nin ıslah tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, kira kaybına yönelik talebin reddine, karar verilmiş; karara karşı davacı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

... Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesince, davacının istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir.

... Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesinin kararı süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

1-Dosya kapsamının birlikte değerlendirilmesiyle yapılan inceleme sonucunda, uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk kurallarına göre, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan ve yerinde olmayan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Davacı, dava dilekçesinde alacağına avans faizi uygulanmasını talep etmiştir. Davalı yüklenici tacir olup, taraflardan biri için ticari sayılan iş diğer taraf içinde ticari sayılır. Bu nedenle, mahkemece hükmedilen alacağa avans faizi uygulanması gerekirken, yasal faiz uygulanmış olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

Ne var ki, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden bölge adliye kmahkemesi kararının kaldırılarak, ilk derece mahkemesi kararının 6100 sayılı HMK'nun 370/2. maddesi gereğince düzeltilerek onanmasına karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacının sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle ... Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesinin 14.10.2019 tarih ve 2019/1492 E.-2019/1968 K. sayılı kararının **KALDIRILMASINA,** ... 2. Tüketici Hukuk Mahkemesinin 26.03.2019 tarih ve 2016/522 E.-2019/164 K. sayılı kararının hüküm fıkrasının 1. bendinde yazılı "yasal faizi ile birlikte" ibaresinin hükümden çıkartılarak yerine "avans faizi ile birlikte" ibaresinin yazıl-

masına, kararın düzeltilmiş bu şekli ile **ONANMASINA,** aşağıda dökümü yazılı 44,40 TL harcın davacıdan alınmasına, dosyanın ilk derece mahkemesine, kararın bir örneğinin Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 25/12/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

ASIL - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ
•
MÜTESELSİL SORUMLULUK

ÖZET: Dava konusu olayda da davacı ile davalılar 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 itibariyle (dava dışı işçiye karşı) müteselsilen sorumludurlar. Bu düzenleme, işçi alacağının güvence altına alınması amacıyla yapılmış olup, sadece işçilere karşı bir sorumluluktur. Asıl ve alt işveren arasındaki ilişkide ise iş hukuku değil, Borçlar Kanunu ve sözleşme hukuku esas alınacağından, uyuşmazlığın taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gereklidir.

Y.13. HD E: 2017/7530 K:2019/1322 T: 06/02/2019

Davacı, davalılar ile yapılan hizmet alım sözleşmeleri kapsamında davalıların alt işveren olarak çalıştırdığı dava dışı işçinin işçilik alacakları için açtığı alacak davası sonucunda kesinleşmiş mahkeme ilamına istinaden icra dosyasına 25.465,05 TL ödeme yapmak zorunda kaldığını, aralarındaki hizmet sözleşmesi ile eki belgelere göre çalışacak işçilerin İş Kanunu ve ilgili mevzuata göre bütün sosyal hakları ile tüm sorumluluğun yüklenici firmalara ait olduğunu ileri sürerek; ödenen 25.465,05 TL'nin davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı ... Organizasyon Turizm Sağlık Reklam İnş. Yemek Üretim Bilg. Tem. Gıda ilaçlama Taah. Tic. Ltd. Şti. Ve ... Grup İnş. Gıda Mak. İlaçlama Bilg. Yem. Ürt. Hizm. Taah. Tic. Ltd. Şti. davanın reddini dilemiş, diğer davalılar davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalılar ... Organizasyon Turizm Sağlık Reklam İnş. Yemek Üretim Bilg. Tem. Gıda ilaçlama Taah. Tic. Ltd. Şti. Ve ... Grup İnş. Gıda Mak. İlaçlama Bilg. Yem. Ürt. Hizm. Taah. Tic. Ltd. Şti. tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalıların sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Dava, asıl işveren davacının, davalı şirketler tarafından çalıştırılan işçinin açmış olduğu dava sonrasında ödemek zorunda kaldığı miktarın rücuen tahsili istemine ilişkindir.

4857 sayılı İş Kanununun 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.

Dava konusu olayda da davacı ile davalılar 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 itibariyle (dava dışı işçiye karşı) müteselsilen sorumludurlar. Bu düzenleme, işçi alacağının güvence altına alınması amacıyla yapılmış olup, sadece işçilere karşı bir sorumluluktur. Asıl ve alt işveren arasındaki ilişkide ise iş hukuku değil, Borçlar Kanunu ve sözleşme hukuku esas alınacağından, uyuşmazlığın taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gereklidir.

Alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olan borçlular, kendi aralarındaki iç ilişkide, bu husustaki nihai sorumluluğun hangi tarafa ait olduğu konusunda bir anlaşma yapabilirler. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 167. (Mülga Borçlar Kanunu'nun 146.) maddesinde düzenlenen, "Aksi karalaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişki-

nin niteliğinden anlaşılmadıkça, borçlulardan her biri, alacaklıya yapılan ifadan, birbirlerine karşı eşit paylarla sorumludurlar. Kendisine düşen paydan fazla ifada bulunan borçlunun, ödediği fazla miktarı diğer borçlulardan isteme hakkı vardır." şeklindeki hükümde de, müteselsil borçlulardan 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 düzenlemiş oldukları sözleşme hükümleri kendilerini bağlayacağından, dış ilişkide kanundan doğan teselsül gereğince borcu ödemiş olan müteselsil borçlunun, ödediği miktarın iç ilişkide borcun nihai yükümlüsü olan borçludan rücuen tahsilini talep edebileceği kabul edilmelidir.

Bu açıklamalardan sonra somut olaya bakıldığında; davacı bakanlık ile davalı şirketler arasındaki sözleşmelerin 23. maddesinde sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukların ilgili mevzuatın bu konuyu düzenleyen emredici hükümleri ile genel şartnamenin altıncı bölümünde düzenlendiği belirtilerek sözleşmenin eki genel şartnameye atıf yapılmış olup, sözleşmelerin eki genel şartnamelerde ise bu yönde bir düzenlemeye yer verilmediği tespit edilmiştir. Taraflar arasındaki hizmet alım sözleşmeleri ve eklerinde davalı yüklenici şirketlerin dava dışı işçinin işçilik alacaklarından sorumlu olduğuna dair hüküm bulunmadığı anlaşılmakla, yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda davalı yüklenicilerin kendi sorumlu olduğu döneme ilişkin işçilik alacaklarının yarısından asıl işveren konumundaki davacının, diğer yarısından davalı yüklenicilerin sorumlu olduğunun kabulü gerekir.

O halde, mahkemece, son işveren olan davalının kıdem, yıllık izin ücreti, hafta tatili, fazla mesai, genel tatil ücretlerine işçilik alacaklarından kendi dönemine isabet eden miktarların yarısından asıl işveren konumundaki davacının, diğer yarısından davalı yüklenicilerin sorumlu olduğu kabul edilerek, gerekli görülürse konusunda uzman bilirkişiden bu doğrultuda, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, açıklanan hususlar göz ardı edilerek, yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle davalıların sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bentte açıklanan nedenlerle temyiz edilen hükmün davalılar ... Organizasyon Turizm Sağlık Reklam İnş. Yemek Üretim Bilg. Tem.

Gıda ilaçlama Taah. Tic. Ltd. Şti. Ve ... Grup İnş. Gıda Mak. İlaçlama Bilg. Yem. Ürt. Hizm. Taah. Tic. Ltd. Şti. yararına **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/I maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 06/02/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

VEKALET ÜCRETİ • AVUKATIN İSTİFASI

ÖZET: Mahkemece, avukatlık ücretinin muaccel olup olmadığının ve masrafların ödenip ödenmediğinin az yukarıda bahsedilen Avukatlık Kanununun 171 ve 173. maddeleri gözetilerek çözümlenmesi gerekir. Bu kapsamda, davacı avukatın alacağı talep etmesi için alacağın muaccel olması ve muaccel alacağın ödenememesi halinde istifanın haklı, henüz muaccel olmamış bir alacağın istenmesi halinde de istifanın haksız olacağının kabulü gerekir. Ayrıca, diğer bir istifa sebebi olan masrafların işin başında ödenmediğinin de yasal karine gereği davacı avukatça kanıtlanması gerekir. Bahsedilen her iki husus da dairemizin kökleşmiş içtihatları arasındadır.

Y. 13. HD E: 2016/226 K: 2018/7283 T: 26/06/2018

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, davalının kiracısını tahliye edilmesi için davalı ile 2.500,00 TL ücret karşılığı uzlaştıklarını, davalının kiracısı aleyhine ... 36.İcra Müdürlüğü'nün 2010/44250 esas numaralı dosyasıyla icra takibi yaptığını, açmış olduğu tahliye davası davalının kira kontratı üzerinde oynama yapmış olmasıyla ve 2008 başlangıç tarihli kira kontratı sunmuş olması sebebiyle tahliye davasının davalı yüzünden ret olduğunu, bunun üzerine yeni bir icra takibi yaptığını kısa sürede kesinleştirilerek borçlu kiracının

adresinde haciz işlemi yaptığını tahliye taahhüdünü almak suretiyle mecuru tahliye etmesini sağladığını, 2012 tarihinde yardımcısı ...' la birlikte gidip kiracıdan mecurun anahtarının borçludan tutanakla teslim aldığını, davalıyı çağırıp yaptığı masrafları ve vekalet ücreti ödemesini istediğini,davalının kabul etmemesi üzerine noterden ihtarname gönderip istifa dilekçesini sunduğunu akabinde davalı aleyhine icra takibi başlattığını, davalının itirazı nedeniyle takibin durduğunu tüm bu nedenlerle itirazın iptali ile takibin devamına, lehine %40 inkar tazminatına hükmedilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiştir.

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı,davalının vekili olarak takip ettiği dosyalara ilişkin vekalet ücretinin ve bir kısım masrafların ödenmediği gerekçesiyle vekillik görevinden istifa ettiğini ileri sürerek, davaya konu alacağın tahsilini talep etmiştir. Davalı,davacı avukatın vekillik görevini gereği gibi yerine getirmediğini, kirayı almasına rağmen tarafına vermediğini savunarak, davanın reddini dilemiştir. Mahkemece de, davalı yanın delil olarak sunduğu davacıya ait kartvizitin arka kısmında aynı zamanda davacı tanığı olan ve davacın ofiste çalışan ... imzalı yazısı ile davalıdan 400,00 TL ve 100,00 TL alındığı belirtilerek tahsilden %12 vekalet ücreti alınacağı not edildiği ve ücreti vekalet alacağının tahsil edilecek birikmiş kira alacağının % 12 olarak belirlendiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Öncelikle, ücreti vekalet alacağının tahsil edilecek birikmiş kira alacağından alınacağına yönelik avukatlık ücret sözleşmesi geçerli değildir. Çünkü avukatlık ücreti yapılan işin olumlu sonuçlanmasının ya da davayı kazanmanın değil verilen hizmetin karşılığıdır.Avukatlık Kanunu'nun 164/4 bendi gereğince, avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılmayacağı yazılıdır.Bu nedenle olumlu sonuç alınmadığı takdirde ücret ödenmeyeceğinin yazılı olduğu sözleşme Avukatlık Kanuna aykırıdır ve geçersizdir.Bu durumda sözleşme yapılmamış sayılacaktır. Kaldı ki ortada geçerli bir avukatlık ücret sözleşmesi yoktur.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 512/1. (eski BK 396/1.) maddesine göre, vekillikten istifa her zaman mümkün olup, bu istifa vekalet ilişkisini ileriye doğru sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir işlemdir. Ancak istifa haksız ve müvekkil de bu nedenle zarara uğramışsa, vekil bu zarardan sorumludur. Avukatlık Kanunu'nda ise haksız istifa halinde, vekil yönünden Borçlar Kanunun-

daki aynı konuya ilişkin düzenlemelere göre daha ağır bir sorumluluk esası getirilmiştir. Gerçekten de, Avukatlık Kanununun 174/1 maddesinde "üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat ücret talebinde bulunamaz." hükmü mevcut olup, bu hükümle, vekaletten haklı bir neden olmadan istifa eden avukatın, Borçlar Kanunundaki vekalet akdine ilişkin genel düzenlemelerden farklı olarak, herhangi bir zarar şartı olmadan da müvekkile karşı sorumlu tutulduğu görülmektedir. Anılan düzenlemeye göre, haksız olarak işi bırakan, vekaletten istifa eden avukat, ücrete hak kazanamadığı gibi, aksine bir hüküm mevcut değilse aldığı peşin ücretleri, kullanmadığı masraf avanslarını da iş sahibine iade etmek zorundadır.

Avukatlık Kanununun 171/1 maddesinde düzenlenen "Avukat üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder." ve "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 2. maddesinde düzenlenen "...avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır." hükümleri gereğince de avukat, aksine sözleşme yoksa, işi sonuna kadar takip edip sonuçlandırmadan ücretini talep edemez. (Bkz. Aynı doğrultuda HGK. 23.3.1983 4/562-156; HGK. 3.7.1987 3/92-599; 13. HD. 2005/15433 E. 2008/3694 K.; 13. HD.2008/6280 E. 2008/11580 K.) Ancak, haksız azil halinde olduğu gibi, avukatın haklı olarak vekillikten istifa etmesi halinde de, işe devam etme olanağı mevcut olmadığından, avukat, haklı istifa tarihi itibariyle muaccel olan vekalet ücreti alacağının ödetilmesini talep edebilir. Öte yandan, vekalet ilişkisi bir bütün olup, vekaletten azil gibi, istifa da, taraflar arasındaki tüm dava ve takiplere sirayet eder. Zira, azil ve istifa ile birlikte vekalet akdinin en önemli unsurlarından olan "güven ilişkisi" de sona ermektedir.

Öte yandan, Avukatlık Kanununun 173/2. maddesinde, "Avukata tevdi edilen işin yapılması veya yapıldıktan sonra sonucunun alınması için gerekli bütün vergi, resim, harç ve giderler, iş sahibinin sorumluluğu altında olup, avukat tarafından ilk istekle avukata veya gerektiği yere ödenir. Bu harcamaların avukat tarafından yapılabilmesi için yeteri kadar avansın iş sahibi tarafından verilmiş olması gerekir." hükmü mevcut olup, bu hüküm gereğince, işin görülmesi için gerekli olan tüm masrafların iş sahibi tarafından işin başında avukata ödenmiş olduğu karine olarak kabul edilmeli, bunun aksini ileri süren, başka bir ifade ile müvekkilinden masraflar için avans almadığını iddia eden avukatın da, bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

Bu açıklamalardan sonra dava konusu olaya bakacak olursak; davacı tarafından davalıya gönderilen 27.01.2012 tarihli ihtarnamede istifa sebebi olarak masraflar ile vekalet ücretinin ödenmemesi hususları ileri sürülmüş olup, istifanın haklı olup olmadığının bu kapsamda değerlendirilmesinin uyuşmazlığın çözümünde önemli olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece, avukatlık ücretinin muaccel olup olmadığının ve masrafların ödenip ödenmediğinin az yukarıda bahsedilen Avukatlık Kanununun 171 ve 173. maddeleri gözetilerek çözümlenmesi gerekir. Bu kapsamda, davacı avukatın alacağı talep etmesi için alacağın muaccel olması ve muaccel alacağın ödenememesi halinde istifanın haklı, henüz muaccel olmamış bir alacağın istenmesi halinde de istifanın haksız olacağının kabulü gerekir. Ayrıca, diğer bir istifa sebebi olan masrafların işin başında ödenmediğinin de yasal karine gereği davacı avukatça kanıtlanması gerekir. Bahsedilen her iki husus da dairemizin kökleşmiş içtihatları arasındadır. O halde, mahkemece, Avukatlık Kanununun 171 ve 173. maddeleri ile dairemiz kökleşmiş içtihatları da dikkate alınarak istifanın haklı olup olmadığının belirlenmesi gerekirken, somut nedenler belirtilmeksizin istifanın haklı olup olmadığı tartışılmaksızın davanın reddine dair yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre, davacının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine bu aşamada gerek görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan 1. bent gereği temyiz olunan kararın davacı yararına **BOZULMASINA,** 2. bent gereğince davacının diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'un 440/III-1 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 26.06.2018 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 14. HUKUK DAİRESİ

ADRES KAYIT SİSTEMİ • TEBLİGAT USULÜ

ÖZET: Muhatabın gösterilen adresten sürekli olarak ayrılması ve yeni adresinin de tebliğ memurunca tespit edilememesi durumunda, tebliğ evrakının tebligatı çıkaran mercie geri gönderilmesi gerekir. Ancak bu aşamadan sonra, Kanunun 10/2 ve Yönetmeliğin 16/2. maddeleri nazara alınarak, tebliğ evrakının açık mavi renkli zarfla, adresin muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresi olduğu belirtilerek, Kanunun 21/2. maddesine göre tebliği mümkün olabilecektir.

Y. 14. HD E: 2016/14295 K: 2020/196 T: 08/01/2020

7201 sayılı Tebligat Kanunu, 19.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6099 sayılı Kanunla değiştirildikten sonra, gerçek kişilere yapılacak tebligatla ilgili olarak iki aşamalı bir yol benimsenmiştir.

1) Bu kanun değişikliğine göre, muhatabın adres kayıt sistemindeki adresine, Kanunun 21/2. maddesi uyarınca doğrudan tebligat yapılması mümkün değildir. Muhataba çıkarılan ilk tebligat, öncelikle bilinen veya gösterilen en son adresine, mavi renkli zarf kullanılmaksızın ve adres kayıt sistemindeki adres olduğuna ilişkin şerh verilmeksizin Kanunun 10. maddesine göre normal bir şekilde çıkarılmalıdır. Muhatabın bu adreste bulunmaması durumunda, tebliğ memurunca Kanunun 20 ve 21. maddesinin birinci fıkrası ile Tebligat Yönetmeliğinin 29. maddesi uyarınca, muhatap lehine olan araştırmalar yapılarak tebligatın kendisine ulaşması ve bilgilendirme işlemlerinin yerine getirilmesi gerekir.

2) Muhatabın gösterilen adresten sürekli olarak ayrılması ve yeni adresinin de tebliğ memurunca tespit edilememesi durumunda, tebliğ evrakının tebligatı çıkaran mercie geri gönderilmesi gerekir. Ancak bu aşamadan sonra, Kanunun 10/2 ve Yönetmeliğin 16/2. maddeleri nazara alınarak, tebliğ evrakının açık mavi renkli zarfla, adresin muhatabın ad-

res kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresi olduğu belirtilerek, Kanunun 21/2. maddesine göre tebliği mümkün olabilecektir.

Tebligat Kanununun 10/2 ve 21/2. maddeleri farklı şekilde yorumlanarak, başka adresi bilinmediği gerekçesiyle muhatabın adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresine doğrudan doğruya 21/2. maddesine göre tebligat çıkartılması ve bu hükme göre tebliğ edilmesi, yukarıda belirtilen hükümlere aykırı olduğundan ve muhatabın savunma hakkını kısıtlayacağından usulüne uygun değildir.

Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında somut olaya gelince, gerekçeli karar tebligatının davalılardan ...'nin bilinen en son adresine çıkarılması, bu adreslerin tebligata elverişli olmadığının anlaşılması veya tebligat yapılamaması halinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilip tebligatın buraya yapılması gerekirken, ilk seferde doğrudan Kanunun 21/2. maddesine göre tebligat yapılması usulüne uygun olmadığından, adı geçen davalının adresine 7201 sayılı Tebligat Kanunu ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik hükümlerine uygun şekilde gerekçeli kararın tebliği sağlanarak ve yasal temyiz süresi beklenildikten sonra temyiz incelemesi yapılmak üzere Dairemize gönderilmesi için dosyanın **MAHALLİNE İADESİNE,** 08.01.2020 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

FERAGAT VE KABUL

ÖZET: Feragat ve kabulün hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir. Kısmen feragat veya kabulde, feragat edilen veya kabul edilen kısmın, dilekçede yahut tutanakta açıkça gösterilmesi gerekir. Feragat ve kabul, kayıtsız ve şartsız olmalıdır.

Y. 14. HD E: 2018/3628 K: 2019/8549 T: 11/12/2019

Dava, önalım hakkına dayalı tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiştir. Davalı vekili istinaf isteminde bulunmuştur.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesince istinaf isteminin esastan reddine karar vermiştir.

Hükmü, davalı vekili temyiz etmiştir.

Davacı vekili Av. ... hükmün verilmesinden ve kararı temyizinden sonra 05.12.2019 tarihli dilekçesi ile davadan feragat ettiğini bildirmiş, dosyada mevcut 25.04.2016 tarihli ve 8962 yevmiye numaralı vekaletnamesinde davadan feragate yetkili bulunduğu anlaşılmıştır.

6100 sayılı HMK'nun 307. maddesinde feragatin, davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi olduğu belirtilmiştir.

2018/3628-2019/8549, 6100 sayılı HMK'nun "Feragat ve kabulün şekli" başlıklı 309. maddesi hükmüne göre de feragat ve kabul, dilekçeyle veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılır. Feragat ve kabulün hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir. Kısmen feragat veya kabulde, feragat edilen veya kabul edilen kısmın, dilekçede yahut tutanakta açıkça gösterilmesi gerekir. Feragat ve kabul, kayıtsız ve şartsız olmalıdır.

Yukarıda belirtildiği üzere feragatin kati bir hükmün hukuki neticelerini hasıl edeceği hükme bağlanmıştır. Yine belirtmek gerekir ki feragatin geçerliliği karşı tarafın muvafakatine bağlı değildir. Etkisini onu yapanın tek yönlü irade beyanı ile doğurur. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamaları da bu doğrultudadır. (11.4.1940 tarihli ve 70 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.5.1992 tarihli ve 1992/2-250/364 sayılı kararı)

Bu nedenle kararın davacının davadan feragati hakkında mahkemesince bir karar verilmek üzere bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle feragat nedeniyle hükmün **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde yatırana iadesine, 11.12.2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

ÖNALIM HAKKI

ÖZET: Önalım hakkının kullanılabilmesi için dava açıldığı tarihte davacı ile davalının taşınmazda paydaş olmaları ve paydaşlığın karar kesinleşinceye kadar devam etmesi gerekir.

Y.14. HD E: 2019/2284 K: 2019/7692 T: 13/11/2019

Davacı, 3246 ada, 21 parsel kayıtlı bulunan taşınmazda 1/4 hisseye sahip olduğunu, taşınmazın 1/4 hissesinin de davalıya 24.04.2015 tarihinde satılmış olduğunu belirterek Medeni Kanunun 732. maddesi gereğince davalıya ait payının iptaline ve adına tesciline karar verilmiştir.

Davalı, davanın reddini savunmuştur.

Bakırköy 7. Asliye Hukuk Mahkemesinin 22.02.2016 tarihli 2016/91 Esas, 2016/146 sayılı Kararı ile davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekilinin istinaf istemi üzerine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Mahkemesince davalı vekilinin istinaf başvurusunun 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 353/1-b/1. maddesi gereğince esastan reddine karar verilmiştir.

Hükmü, davalı vekili temyiz etmiştir.

Önalım hakkı paylı mülkiyet hükümlerine tabi taşınmazlarda bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını kısmen veya tamamen üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlara bu satılan payı öncelikle satın alma yetkisi veren bir haktır. Davacının paydaşlığını davanın devamı sırasında da sürdürmesi gerekir. Paylı mülkiyet nedeniyle doğan yasal önalım hakkı ancak paylı mülkiyet ilişkisi devam ettiği sürece söz konusudur. Bu nedenle dava konusu taşınmazda payı kalmayan davacının dava hakkı ortadan kalkar. Zira önalım hakkının konuluş amacı paydaş olmayan üçüncü kişinin ortaklığa girmesine engel olmaktır. Paylı mülkiyete tabi bir taşınmazda payın üçüncü kişiye satılması halinde diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabileceğinden satış tarihinde paydaş olan önalım hakkı sahibinin paydaşlığının karar kesinleşinceye kadar devam etmesi gerekir. Davacının payını kaybetmesi halinde taşınmazın paylı maliki olmadığından üçüncü şahsın aldığı paya ilişkin önalım hakkına dayalı dava açma hakkını yitirmiş olur

Somut uyuşmazlıkta; tapu kaydından davacının dava konusu taşınmazdaki payını temyiz aşamasında 01.08.2018 tarihinde dava dışı Hazine Gayrimenkul İnşaat ve Yatırım Ticaret Anonim şirketine satış suretiyle devrettiği anlaşılmaktadır. Önalım hakkının kullanılabilmesi için dava açıldığı tarihte davacı ile davalının taşınmazda paydaş olmaları ve paydaşlığın karar kesinleşinceye kadar devam etmesi gerekir. Davacı dava konusu taşınmazdaki payını yargılama sırasında dava dışı üçüncü kişiye devrettiğinden dava açıldığı tarihte varolan önalım hakkını yitirmiştir. Bu nedenle mahkemece davacının aktif dava ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle HMK 373/1. maddesi gereğince Bölge Adliye Mahkemesi kararının **KALDIRILMASINA,** temyiz olunan hükmün **BOZULMASINA**, dosyanın **İLK DERECE MAHKEMESİNE,** kararın bir örneğinin ilgili Bölge Adliye Mahkemesi Dairesine **GÖNDERİLMESİNE**, peşin yatırılan harcın istek halinde yatırana iadesine, 13.11.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ

ESER SÖZLEŞMESİ • DAVA KONUSUNDA AYRILIK

ÖZET: Dava konusu değerlendirilirken, davacının dava dilekçesindeki talebinin esas alınması gerekir. Zira usul hükümlerinden olan tasarruf ilkesi ve resen gözetme ilkeleri gereğince, davacı açısından dava konusunun bağlayıcı olması için kendi talebinin bulunması gerekir. İlk davada davacının dava konusu etmediği bir blok olan A bloğu hüküm kurulurken hükümde yer almıştır. Dava konusu olmayan ve hakkında yargılama da yapılmayan bir taşınmazın yanlışlıkla hükümde yer alması dava konusu haline getirmeyecektir. Hukuk güvenliği açısından maddi anlamda kesinliği aramamızın sebebi, tarafların dava konusu ettikleri bir hususun tekrar dava konusu edilmemesidir. Ancak tarafların dava konusu etmedikleri bir hususun yargılama sırasında da yargılamada bulunmazken talep açılarak, hükümde yanlışlıkla yer alması, tarafın iradesini yansıtmadığı gibi dava konusu edilmeyen bir hususu da dava konusu haline getirmeyecektir.

Y. 15. HD E: 2019/1630 K: 2019/5279 T:26/12/2019

Dava, eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak açılan tapu iptâl ve tescili istemine ilişkin olup, ilk derece mahkemesince yapılan yargılama neticesinde, açılan davanın kesin hüküm nedeni ile dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmiş, kararın davacı tarafça istinaf edilmesi üzerine bölge adliye mahkemesince istinaf isteminin esastan reddine dair verilen karara karşı arsa sahiplerince süresinde temyiz yoluna başvurulmuştur.

Davacılar taleplerinde özetle; ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/408 Esas, 2011/373 Karar sayılı kararı ile, maddi hataya düşüle-

rek kat karşılığı inşaat sözleşmesine aykırı olarak davalı kooperatif adına tescil edilen 4927 ada, 25 parselde inşa edilen ve onaylı mimari projeye göre A Blokun müvekkillerinin murisi olan arsa malikine ait olması gerekirken, davalı yüklenici kooperatif adına tescil edildiğini, taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinde davalı kooperatife verilmesi gereken blokların A-B-C-D-E Blokları olduğunu, ancak onaylanan mimari projede bu blok isimlerinin F-E-B-C ve D olarak değiştirildiğini, buna rağmen ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 30.09.2011 tarih, 2010/408 Esas, 2011/373 Karar sayılı kararı ile davalı kooperatif tarafından açılan dava sonucunda verilen karar ile 5 Blok yerine 6 Bloğun davalı adına tesciline karar verildiğini, bilirkişi raporları ile yükleniciye ait olan blokları belirlendiğini, mahkemece maddi hata sonucu F-B-C-D ve E Blok yanında A Bloğunda yüklenici kooperatif adına tescil edildiğini, ilgili kararın Yargıtay denetiminden geçerek kesinleştiğini, mahkemeye maddi hatanın düzeltilmesi istemiyle yapılan başvuru sonucunda mahkemece tescil kararı verilen A Bloğun müvekkillerinin murisine ait olduğu kabul edilmiş olmasına rağmen tavzih yoluyla hükmün değiştirilemeyeceği nedeniyle tavzih taleplerinin reddine karar verildiğini, ilgili kararın temyiz edilmiş olmasına rağmen mahkemece verilen kararın onanarak kesinleşmiş olması nedeniyle müvekkillerinin hak kaybına uğradığını belirterek ... 2 . Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/408 Esas, 2011/373 Karar sayılı kararına konu 4926 ada, 3 ve 4 parsellerin tevhidi sonucu oluşan 4927 ada 25 parseldeki A Bloka ait tapu kayıtlarının iptâli ile davacılar murisi Turhan Nalbantoğlu mirasçılarının veraset ilamındaki paylarına göre adlarına tescili isteğinde bulunmuştur.

Davalı taraf talebinde özetle; ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 30.09.2011 tarih, 2010/408 Esas 2011/373 Karar sayılı kararının, üç kez Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleştiğini, kesinleşen kararın 1-c bendi ile dava konusu A blokun ... Konut Yapı Kooperatifi adına tesciline karar verildiğini, kararın yargı denetiminden geçerek kesinleştiğini, sonrasında davacıların tavzih talebinde bulunduklarını, tavzih talebinin de reddine karar verildiğini beyan ederek davanın kesin hüküm sebebiyle reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

İlk derece mahkemesince yapılan yargılama neticesinde; ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/408 Esas, 2011/373 Karar sayılı dosyasında dava konusu A bloğunda bulunduğunu, verilen kararın yasa yollarından geçerek kesinleştiği gerekçesi ile kesin hüküm nedeniyle dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmiş, verilen karara karşı yapılan istinaf isteminin reddi üzerine süresinde temyiz yoluna başvurulmuştur.

Davacıların muris... ile davalı kooperatif arasında, 21.10.1996 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalanmış olup, bu sözleşme gereğince; davacıya ait arsalar üzerinde yapılacak inşaattan A, B, C, D, E bloklarının davalı kooperatife verilmesinin kararlaştırıldığı, onaylanan mimari projede ise blok isimlerinin F, E, B, C ve D olarak değiştirildiği anlaşılmaktadır. Bu konuda taraflar arasında bir ihtilâf bulunmamaktadır. Davacı tarafın iddiası, ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/408 Esas sayılı dava dosyasında yapılan yargılama sırasında, maddi hata sonucu F, B, C, D ve E bloklarının yanında A bloğun da yüklenici adına tescil edildiğidir. Davalı tarafça işin esasına itiraz edilmeksizin kesin hüküm itirazında bulunulmuştur. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları dikkate alındığında, uyuşmazlığın ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/408 Esas ve 2011/373 Karar sayılı ilamında, dava konusu taşınmazın da bulunması nedeni ile elimizdeki dava yönünden kesin hüküm oluşturup oluşturmayacağı hususunda bulunmaktadır.

Hem kişiler hem de devlet açısından hukuki istikrarın sağlanması ve adalete güvenin tesisi açısından, mahkemelerce verilen kararların bir noktada kesinleşmesi gerekmektedir. İlk derece mahkemelerinin verdiği kararın yasa yolları tüketilerek kesinleşmesi halinde kesin hükümden bahsetmemiz mümkündür. Kesin hüküm de kendi içerisinde şekli anlamda kesin hüküm ve madde anlamda kesin hüküm olarak ikiye ayrılmaktadır. Şekli anlamda kesin hüküm, kararın şekli anlamda kesinleşmesi ile, yani o karara karşı belirli bir aşamadan sonra olağan kanun yollarına başvurulamayacağı, diğer bir deyişle olağan kanun yollarının tüketilmesi ile ortaya çıkar. Şekli anlamda kesinlik ile taraflar arasındaki uyuşmazlıktan ziyade görünmekte olan davanın sona erdiği anlaşılır. Artık taraflar arasında bu uyuşmazlığa ilişkin görülmekte olan bu davanın kapandığını şekli anlamda kesinlikle söyleyebiliriz. Uyuşmazlığın tümden ortadan kaldırılması için ayrı bir müesseseye ihtiyaç bulunmaktadır. Bunada maddi anlamda kesin hüküm denilmektedir. Maddi anlamda kesin hüküm ile, yargısal kararlara, kanun koyucu tarafından bir gerçeklik tanınması sözkonusudur (Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası; Medeni Usul Hukuku, yetkin yayınları 5. baskı Ankara 2019, S. 688). Maddi anlamda kesin hüküm ile taraflar arasındaki uyuşmazlık tümden sona ermektedir. Artık bu uyuşmazlık, taraflar arasında bir dava konusu yapılamayacak demektir. HMK'nın 303. maddesinde aynen "bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir. Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere,

bir hükmün maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için bu dava ile yeni açılan davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekmektedir. Hür üçünün birlikte bulunması halinde, artık kesin hüküm bulunduğunun kabulü gerekecek, açılan yeni dava kesin hüküm nedeni ile dava şartı yokluğundan redde mahkum olacaktır.

Tüm bu anlatılanlar nezdinde dava konusu olaya döndüğümüzde; davacıların murisi ... ile davalı arasında ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/408 Esas sayılı dosyasında yargılama yapılmıştır. Yargılama neticesinde, davanın kabulüne karar verilmiş, verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulmuş, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 07.12.2012 tarih ve 2012/4878 Esas, 2012/7702 Karar sayılı ilamı ile temyiz isteminin reddi ile kararın onanmasına karar verilmiş, davacıların maddi hatanın düzeltilmesi talebi üzerine 11.04.2014 tarihli ek karar ile talebin reddine karar verilmiş, verilen karara karşı temyiz yoluna başvurması üzerine Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 16.11.2015 tarih ve 2014/9941 Esas 2015/7350 Karar sayılı ilamı ile ek kararın onanmasına karar verilmiş, bu onama kararına karşı karar düzeltme yoluna da gidilmemesi üzerine, verilen karar 13.01.2016 tarihinde kesinleşmiştir. Dolayısı ile bu dosya yönünden şekli anlamda kesin hükmün oluştuğu anlaşılmaktadır.

Maddi anlamda kesinlik yönünden değerlendirdiğimizde; taraflara baktığımızda, bu davada davacı olan şahısların murisi diğer davada davalı konumunda, bu davanın davalısı kooperatif ise davacı konumundadır. Dolayısıyla her iki davanın taraflarının aynı olduğu anlaşılmaktadır. İlk davada dava konusuna gelince, taraflar arasında kararlaştırılan sözleşme gereğince, davacıya ait arsalar üzerinde yapılacak inşaattaki B,C, D, F ve E bloklarının dava konusu olduğu, elimizdeki davadaki dava konusu ise A blok olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısı ile her iki davanın dava konusu farklıdır. Dava konusu değerlendirilirken, davacının dava dilekçesindeki talebinin esas alınması gerekir. Zira usul hükümlerinden olan tasarruf ilkesi ve resen getirme ilkeleri gereğince, davacı açısından dava konusunun bağlayıcı olması için kendi talebinin bulunması gerekir. İlk davada davacının dava konusu etmediği bir blok olan A bloğu hüküm kurulurken hükümde yer almıştır. Dava konusu olmayan ve hakkında yargılama da yapılmayan bir taşınmazın yanlışlıkla hükümde yer alması dava konusu haline getirmeyecektir. Hukuk güvenliği açısından maddi anlamda kesinliği aramamızın sebebi, tarafların dava konusu ettikleri bir hususun tekrar dava konusu edilmemesidir. Ancak tarafların dava konusu etmedikleri bir hususun yargılama sırasında da yargılamada bulunmazken talep açılarak, hükümde yanlışlıkla yer alması, tarafın iradesini yansıtmadığı

gibi dava konusu edilmeyen bir hususu da dava konusu haline getirmeyecektir. Netice itibari ile her iki davanın konusunun aynı olmadığı açıkca ortadadır. Dava sebeplerine baktığımızda, ilk davadaki dava sebebinin sözleşme gereğince yüklenici tarafından edimin ifa edilmesi nedeni ile yüklenicinin hakettiği taşınmazlardaki tapu kayıtlarının iptâli ve tescil, iken elimizdeki davada dava sebebi ise ilk davada dava konusu olmayıp hüküm kurulurken yanlışlıkla A bloğunda hükümde yer olması nedeni ile tapu iptâli ve tescil istemine dayanmaktadır. Dolayısı ile dava sebebinin de her iki davada farklı olduğu anlaşılmaktadır.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, eldeki dava ile ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/408 Esas ve 2011/373 Karar sayılı ilamındaki dava konularının farklı olduğu, bu hali ile maddi anlamda kesin hüküm oluşturmayacağı, bu husus dikkate alındığında, davanın esası incelenerek bir karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan değerlendirme ile kesin hüküm nedeniyle davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi ve bu karara karşı yapılan istinaf isteminin de aynı gerekçe ile esastan reddedilmesi doğru olmamış, ... Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi'nin 22.02.2019 tarih ve 2017/1653 Esas 2019/216 Karar sayılı ilamının kaldırılarak ilk derece mahkemesi kararının davacılar yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün davacılar yararına **BOZULMASINA,** 2.037,00 TL duruşma vekâlet ücretinin davalıdan alınarak Yargıtay'daki duruşmada vekille temsil olunan davacılara verilmesine, ödenenden 5766 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile yapılan değişiklik gereğince Harçlar Kanunu 42/2d maddesi uyarınca alınması gereken 218,50 TL Yargıtay başvurma harcının mahsup edilerek, varsa fazla alınan harcın temyiz eden davacılara iadesine,

6100 sayılı HMK 373. madde hükümleri gözetilerek dosyanın ilk derece mahkemesine, karardan bir örneğin ise Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine, 26.12.2019 gününde kesin olmak üzere oybirliğiyle karar verildi.

KARAR DÜZELTME • MADDİ HATA

Özet: Bölge Adliye Mahkemelerince hakem kararının iptâli davası sonucu verilen kararın temyizi üzerine Yargıtay tarafından verilen onama veya bozma kararlarına karşı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda karar düzeltme müessesesi düzenlenmemiş olması sebebiyle Yargıtay'ca verilen karar kesin olup, Yargıtay'da yeniden incelenmesi talep edilemez ise de; maddi hata yapılması halinde bununla sınırlı olmak üzere talebin Yargıtay'ca tekrar incelenip değerlendirilmesi mümkündür.

Y. 15. HD E:2019/3807 K: 2019/5264 T: 19/12/2019

Dava, 6100 sayılı HMK'nın 439. maddesine göre açılmış olup, hakem kararının iptâli istemine ilişkindir. İlk derece mahkemesi sıfatıyla ... Bölge Adliyesi Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi'nce davanın kabulü ile hakem kararının iptâline dair verilen kararın iptâl davası davalısı vekilince temyizi üzerine Dairemizden verilen 10.10.2019 gün 2019/2366 Esas, 2019/3879 Karar sayılı onama ilamına karşı iptâl davası davalısı vekilince temyiz başvurusunun duruşma istemli olarak yapılmış olmasına rağmen bu husus gözden kaçırıldığından, dosyanın eski hale getirilerek incelemenin duruşmalı yapılması talep edilmiştir.

Davalı vekilinin dosyanın Dairemize gönderilmesi talebi ... Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi'nin 22.11.2019 gün 2019/1 Hakem sayılı ek karar ile reddedilmiş, iptâl davası davalısı vekilince bu ek karar temyiz edilerek, maddi hatanın düzeltilip temyiz incelemesinin duruşmalı yapılması isteminde bulunulmuştur.

Bölge Adliye Mahkemelerince hakem kararının iptâli davası sonucu verilen kararın temyizi üzerine Yargıtay tarafından verilen onama veya bozma kararlarına karşı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda karar düzeltme müessesesi düzenlenmemiş olması sebebiyle Yargıtay'ca verilen karar kesin olup, Yargıtay'da yeniden incelenmesi talep edilemez ise de; maddi hata yapılması halinde bununla sınırlı olmak üzere talebin Yargıtay'ca tekrar incelenip değerlendirilmesi mümkündür.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararına karşı maddi hatanın düzeltilmesi ve yasal olarak mümkün olmamakla birlikte karar düzeltme talebinde bulunulması halinde bunun yerinde ve mümkün olup olmadığını inceleme ve değerlendirme yetkisi Bölge Adliye Mahkemesi'ne ait olmayıp ilgili Yargıtay Dairesi'ne ait olduğundan ... Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi'nin 22.11.2019 tarihli ek kararının dosyanın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesi talebinin reddine dair 3. maddesinin bozularak kaldırılmasından sonra davalı iş sahibi vekilinin maddi hatanın düzeltilmesi isteminin incelenmesine geçilmiştir.

Hakem kararının iptâli davası sonucunda davanın kabul edilerek hakem kararının iptâline dair verilen karar davalı iş sahibince yasal süresi içinde verilen dilekçe ile ve duruşma istemli olarak temyiz edilmiştir. HUMK'nın 369/2. maddesi hükmünce davanın miktar ve değeri duruşmalı temyiz sınırının üzerinde olduğundan Yargıtay'ca temyiz isteminin duruşmalı olarak yapılması gerekir. Ön inceleme aşamasında duruşmadan çıkartıldığı şerhi düşülmüş ise de davalının duruşma talebinden vazgeçtiğine dair bir dilekçesi ve beyanı bulunmamaktadır.

6100 sayılı HMK'nın hukuki dinlenilme hakkı başlıklı 27/1. maddesinde davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptir, denildikten sonra; 27/2. maddesinde bu hakkın a)Yargılama ile ilgili bilgi sahibi olunmasını, b)Açıklama ve ispat hakkını, c)Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içereceği belirtilmiştir. Buna göre koşulların bulunması halinde tarafların temyiz incelemesinin duruşmalı yapılmasını istemeleri hukuki dinlenilme hakkının kullanılması niteliğinde olup, mahkemeler ve Yargıtay tarafından kısıtlanmaması gerekir.

Bu durumda davalı vekilince temyiz incelemesinin duruşmalı yapılması talep edilmiş, duruşma isteminden vazgeçilmemiş ve duruşmalı inceleme koşulları oluşmasına rağmen maddi hata sonucu bu husus ve davalının hukuki dinlenme hakkı gözden kaçırılarak temyiz incelemesinin dosya üzerinden yapıldığı bu kez yapılan incelemede anlaşıldığından maddi hatanın düzeltilmesi talebinin kabulü uygun bulunmuştur.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davalı vekilinin maddi hatanın düzeltilmesi talebinin kabulü ile Dairemizin 10.10.2019 gün 2019/2366 Esas, 2019/3879 Karar sayılı onama ilamının ortadan kaldırılmasına, davalı iş sahibinin duruşmalı temyiz talebi nedeniyle taraf vekillerine tebligat yapıl-

mak suretiyle duruşma günü tayini ve işlemlerin yapılması için dosyanın kaleme tevdiine, 19.12.2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İSTİRDAT DAVASI • YARGITAY'DA MADDİ HATA

ÖZET: Davacı iş sahibince ciro edilip, davalı yükleniciye verilen 25.08.2011 keşide tarihli, 12.500,00 TL meblağlı çekin 25.08.2011 tarihinde ödendiği anlaşıldığından; birleşen davada tespit edilecek eksik ve kusurlu işlerin giderim bedeli de dikkate alınarak menfi tespit isteminin esası ile ilgili hüküm kurulması, tamamı ile ilgili menfi tespit isteminde haklı olduğu kabul edilse dahi ciro edilip, ödenen çekle ilgili çekin ödendiği tarihten itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte bedelinin istirdatına karar verilmesi, icra takibine konu edilip, ihtiyatî tedbir kararı verildiği için ödenmeyen bono ile ilgili istirdat kararı verilemeyeceğinden, sadece borçlu bulunulmadığının tespitine karar verilmesi gerekir.

Y. 15. HD E: 2019/624 K: 2019/5277 T: 19/12/2019

Asıl ve birleşen dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmakta olup; asıl dava sözleşme ilişkisi nedeni ile verilip icra takibine konu edilen bono ve çek nedeni ile borçlu bulunmadığının tespiti ve istirdat istemine, birleşen dava ise eksik ve kusurlu işlerin giderim bedelinin tahsili talebine ilişkindir. Mahkemece, davaların birleştirilerek yapılan yargılaması sonucunda asıl davada paranın icra veznesine yatırılması nedeniyle istirdata dönüştüğü kabul edilerek asıl dava konusu bono ve çekin ödeme tarihlerinden itibaren avans faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, birleşen davanın ise tam kabulüne dair verilen karar, taraf vekillerince temyiz edilmiş, Dairemiz'in 06.12.2018 günlü, 2018/2651Esas, 2018/4902 Karar sayılı bozma ilamı üzerine asıl ve birleşen dosyanın davacısı iş sahibi kooperatif ile asıl dosyanın davacıları dava konusu bononun kefilleri ... ve ... vekilince karar düzeltme isteminde bulunulmuştur.

1-Yargıtay ilamında belirtilen gerektirici nedenler karşısında ve özellikle Dairemiz'in bozma ilamının 2. bendinin başlangıcında asıl davada

gerçek kişi davacılardan "..."ın adının "..." olarak yazılması maddi hataya dayalı olup, maddi hatanın bu şekilde düzeltilmesi ile asıl ve birleşen dosyanın davacısı iş sahibi kooperatif ile asıl dosyanın davacıları gerçek kişi kefillerin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan iddialarının yerinde görülmemesi nedeniyle diğer karar düzeltme taleplerinin reddi gerekmiştir.

2-Asıl ve birleşen dosya davacısı iş sahibi kooperatif ile asıl dosyanın davacıları ... ve ...'ın diğer karar düzeltme istemlerinin incelenmesine gelince; Dairemiz'in bozma ilamında "...Bu durumda mahkemece hükme esas alınan raporu düzenleyen bilirkişi kurulundan 14.06.2011 tarihli protokolde kabul edilen ve giderilmediği anlaşılan eksikliklerin, tamamlanması gerektiği kabul edilen 25.06.2011 tarihinden itibaren dava açılabilmesi için gereken makul süre sonundaki mahalli piyasa rayiçleri ile giderim bedeli ile aynı protokolde garanti verilen söz konusu protokolden sonra ortaya çıkan gizli ayıpların ayıbın ortaya çıkmasından itibaren giderilmemesi üzerine dava açılması için gereken süre sonundaki mahalli piyasa rayiçleri ile giderim bedeli konusunda gerekçeli ve denetime elverişli ek rapor alınıp birleşen davada bulunacak bu miktardan ödenmeyen iş bedeli 71.000,00 TL düşülerek ve davadan önce davacı iş sahibinin ... 10. Noterliği'nden keşide ettiği 07.11.2013 tarihli ihtarnamenin tebliğ tarihine 1 haftalık ödeme süresi eklenip bulunacak tarihten itibaren avans faizi uygulanarak tahsil kararı verilmesi gerekir.

Asıl dava yönünden de; iş sahibince davalıya ciro edilerek verilen çekin tahsil edilip edilmediği araştırılıp, birleşen davada tespit edilecek eksik ve kusurlu işlerin giderim bedeli de dikkate alınarak menfi tespit isteminin esası ile ilgili hüküm kurulması, tamamı ile ilgili menfi tespit isteminde haklı olduğu kabul edilse dahi yapılacak araştırma sonucuna göre ciro edilen çek ödenmişse çekin ödendiği tarihten itibaren avans faizi ile birlikte bedelinin istirdatına karar verilmesi, icra takibine konu edilip ihtiyatî tedbir nedeni ile ödenmeyen bono ile ilgili istirdat kararı verilemeyeceğinden sadece borçlu bulunulmadığının tespitinin gerektiği" belirtilmiş ise de; bu kez yapılan incelemede dosyada bulunan Banka... Şubesi'nin 24.12.2012 tarihli yazısından asıl davanın konusu olan ve iş sahibi kooperatif tarafından davalı yükleniciye ciro edilerek verilen 25.08.2011 keşide tarihli, 12.500,00 TL bedelli 3240458 seri nolu çekin 25.08.2011 tarihinde ödendiği anlaşılmıştır.

Bu durumda mahkemece davacı iş sahibince ciro edilip, davalı yükleniciye verilen 25.08.2011 keşide tarihli, 12.500,00 TL meblağlı çekin 25.08.2011 tarihinde ödendiği anlaşıldığından; birleşen davada tespit

edilecek eksik ve kusurlu işlerin giderim bedeli de dikkate alınarak menfi tespit isteminin esası ile ilgili hüküm kurulması, tamamı ile ilgili menfi tespit isteminde haklı olduğu kabul edilse dahi ciro edilip, ödenen çekle ilgili çekin ödendiği tarihten itibaren işleyecek avans faiziyle birlikte bedelinin istirdatına karar verilmesi, icra takibine konu edilip, ihtiyatî tedbir kararı verildiği için ödenmeyen bono ile ilgili istirdat kararı verilemeyeceğinden, sadece borçlu bulunulmadığının tespitine karar verilmesi gerekirken; asıl ve birleşen dosya davacısı iş sahibince ciro edilerek davalıya verilen çekin ödendiğine ilişkin bankanın yazı cevabı gözden kaçırılarak çekin ödenip ödenmediğinin araştırılması yönünden de hükmün bozulduğu bu kez yapılan incelemede anlaşıldığından, asıl ve birleşen dosya davacısı iş sahibi kooperatifin ve asıl dosya davacıları ... ile ...'ın karar düzeltme isteminin bu yönden kabulü gerekmiş; kararın bu sebeple de bozulması uygun bulunmuştur.

SONUÇ:

Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle asıl ve birleşen dosya davacısı iş sahibi kooperatif ile asıl dosyanın davacıları ... ve ...'ın diğer karar düzeltme istemlerinin reddine, 2. bent uyarınca kabulü ile Dairemiz'in 06.12.2018 günlü, 2018/2651 Esas, 2018/4902 Karar sayılı bozma ilamının 3. sayfasının ikinci paragrafındaki "Asıl dava yönünden de; iş sahibince davalıya ciro edilerek verilen çekin tahsil edilip edilmediği araştırılıp, birleşen davada tespit edilecek eksik ve kusurlu işlerin giderim bedeli de dikkate alınarak menfi tespit isteminin esası ile ilgili hüküm kurulması, tamamı ile ilgili menfi tespit isteminde haklı olduğu kabul edilse dahi yapılacak araştırma sonucuna göre ciro edilen çek ödenmişse çekin ödendiği tarihten itibaren avans faizi ile birlikte bedelinin istirdatına karar verilmesi, icra takibine konu edilip ihtiyatî tedbir nedeni ile ödenmeyen bono ile ilgili istirdat kararı verilemeyeceğinden sadece borçlu bulunulmadığının tespitinin gerektiği" kısmının kaldırılarak yukarıdaki bentte belirtilen "Davacı iş sahibince ciro edilip, davalı yükleniciye verilen 25.08.2011 keşide tarihli, 12.500,00 TL bedelli çekin 25.08.2011 tarihinde ödendiği anlaşıldığından; birleşen davada tespit edilecek eksik ve kusurlu işlerin giderim bedeli de dikkate alınarak menfi tespit isteminin esası ile ilgili hüküm kurulması, tamamı ile ilgili menfi tespit isteminde haklı olduğu kabul edilse dahi ciro edilerek ödenen çekle ilgili çekin ödendiği tarihten itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte bedelinin istirdatına karar verilmesi, icra takibine konu edilip, ihtiyatî tedbir kararı verildiği için ödenmeyen bono ile ilgili istirdat kararı verilemeyeceğinden, sadece borçlu bulunulmadığının tespitine karar verilmesi gerektiği"ne ilişkin gerekçe ilave edilerek hükmün değiştirilen bu gerekçe ile **BOZULMASINA,**

ödenenden 5766 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile yapılan değişiklik gereğince Harçlar Kanunu 42/2-d maddesi uyarınca alınması gereken 176,60 TL Yargıtay başvurma harcının mahsup edilerek, varsa fazla alınan harcın temyiz eden asıl dosya davacıları ile birleşen dosya davacısına, 143,50 TL Yargıtay başvurma harcının mahsup edilerek, varsa fazla alınan harcın temyiz eden asıl ve birleşen dosya davalısına iadesine, ödediği karar düzeltme peşin harcının istek halinde karar düzeltme isteyen asıl dosya davacıları ile birleşen dosya davacısına geri verilmesine, 19/12/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 17. HUKUK DAİRESİ

TRAFİK KAZASI • YAYANIN TAM KUSURU

ÖZET: Yaşanan kazada yaya %100 kusurlu bulunmuş ise işleten ve sigorta şirketinin tazminat sorumluluğu ortadan kalkar.

Y. 17. HD E: 2016/20054 K: 2019/8405 T:23/09/2019

Davacılar vekili; davalılardan ... Türk Sigorta Şirketi nezdinde ZMMS poliçesi ile sigortalı bulunan, diğer davalı ...'in sevk ve idaresindeki araç ile karşıdan karşıya geçmekte olan davacıların ortak murisi ve oğulları olan ...'a çarpması nedeniyle 10/11/2012 tarihinde meydana gelen trafik kazası sonucu, ...'un hayatını kaybettiğini, ...'un ölümü ile birlikte davacılar olan anne ve babasının mütevefanın desteğinden yoksun kaldığını beyanla, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak davacıların her biri için 5.000,00'er TL destekten yoksun kalma tazminatının davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı ... Şirketi vekili; kazanın, davacılar murisinin tam kusuru sonucu meydana gelmesi sebebiyle, müvekkili şirketin sorumluluğu bulunmadığını beyanla davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Diğer davalı davaya cevap vermemiştir.

Mahkemece, müteveffa yaya ...'un %100 oranında kusurlu olduğunun anlaşıldığı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.11.2012 tarih 2013/17-72 Esas, 2013/1558 Karar sayılı ilamına göre de sigorta şirketinin ancak sigortalı aracın kusuru oranında zarardan sorumlu olacağı

gerekçesiyle kusuru olmayan sürücünün aracının sigortacısına karşı açılan davanın reddine dair verilen hüküm, davacılar vekili tarafından süresi içerisinde temyiz edilmiştir.

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde, dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacılar vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün **ONANMASINA** ve aşağıda dökümü yazılı 15,20 TL kalan onama harcının temyiz eden davacılardan alınmasına 23/09/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YANGIN SİGORTASI • MUAFİYET TUTARI ve ÖDEME

ÖZET: Konusu poliçede kararlaştırılan %100 sigorta bedelinin %20'sinin sigortalı üzerinde kalacağına dair sigorta poliçesinde yer alan özel şart niteliğindeki müşterek sigorta uygulaması ve ayrıca sigortalının sorumlu olacağı kısım üzerinden uygulanacak %10 oranında muafiyet düşülüp ve nihayetinde sigortacının yapmış olduğu ödemede dikkate alınarak davacının hak ettiği sigorta tazminatı bulunmalıdır.

Y.17. HD E: 2018/4278 K: 2019/7293 T:11/06/2019

Davacı vekili, müvekkiline ait binanın davalı ... nezdinde "Vakıfbank Ticari Paket Sigorta Poliçesi" kapsamında sigortalandığını, sigorta şirketi tarafından 250.000,00 TL banka hesabına ödendiğini, sigorta tarafından verilen 351.539,76 TL'yi ihtirazı kayıt koymak suretiyle müvekkilinin almak zorundu kaldığını, böylece toplam 601.539,76 TL aldığını, bakiye tazminatının ödenmediğini binayı yıktırıp enkazı da kaldırdığını, 106.200,00 TL enkaz kaldırma ücretinin de poliçe kapsamında olduğunu ve kendisine ödenmediğini belirterek davalı ... hakkında başlattığı icra takibine yapılan itirazın iptalini ve davalı aleyhine icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili şirketin ...'a ait işyerinde 09/11/2011 tarihinde meydana gelen deprem hadisesiyle ilgili 601.539,00 TL ödemiş olup poliçedeki muafiyet oranları, aşkın sigorta hükümleri göz önünde tutulduğunda müvekkili şirketin herhangi bir borcunun kalmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Yapılan yargılama sonucu davanın kısmen kabulüne dair verilen hüküm, davacı vekili ile davalı vekilinin temyizi üzerine, Dairemizin 08/12/2016 gün ve 2016/1191-2016/11314 sayılı ilamı ile bozulmuştur. Mahkemece, uyulmasına karar verilen bozma ilamı, toplanan delillere göre; davanın kısmen kabulü ile Van 2. İcra Müdürlüğünün 2012/2607 sayılı dosyasından yapılan takipte 2.119.279,10 TL asıl alacak, 6.183,65 TL işlemiş faiz ve asıl alacağa takip tarihinden itibaren değişen oranlarda avans faiz işletilmesi yönünden davalı itirazının iptali ile bu miktarlar üzerinden takibin devamına, fazlaya ilişkin istemin reddine, icra inkar

tazminatı isteminin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili ile davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde bir usulsüzlük bulunmamasına göre davacı vekilinin tüm, davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan ve yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, deprem teminatlı işyeri sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Dairemizin 8.12.2016 tarihli 2016/1191 Esas 2016/11314 Karar sayılı ilamı ile "Bina değerleri arasında bilirkişi raporlarında fahiş fark bulunduğu bilirkişi raporları arasındaki bina değerine dair çelişki giderilmeden karar verilmesinin doğru olmadığı, mahkemece; sigorta şirketinin, sigorta poliçesi düzenlenmeden önce eksper görevlendirip görevlendirmediği belirlenerek, dava konusu binanın plan, proje ve ilgili tüm kayıtları getirtilerek, binanın yıkımdan önceki fotoğrafları istenerek, mahallinde keşif yapılmak suretiyle daha önce alınan tüm bilirkişi raporlarını da irdeleyen uzman bilirkişi heyetinden rapor alınıp tüm deliller değerlendirilerek karar verilmesi" gereğine değinilmiştir.

Mahkemece bozmaya uyularak bilirkişi incelemesi yapılmış; hükme esas alınan bu bilirkişi raporuna göre; yıpranma oranı yansıtıldığında yapı inşa bedelinin 2.254.893,08 TL olduğu, yapı denetim bedelinin 42.279,25 TL olduğu, proje maliyet bedelinin 72.271,05 TL olduğu, buna göre toplam 2.369.443,38 TL olduğu, enkaz kaldırma bedeline ilişkin ibraz edilen faturanın gerçeği yansıttığı yönünde görüş bildirilmiştir. Mahkemece, enkaz kaldırma bedelinde KDV'nin zaten dahil olması nedeniyle raporda bu hususta mükerrer hesaplama yapıldığı belirtilerek resen yapılan hesaplamada; yapım bedelinin %18 KDV'siyle birlikte [2.369.443,38 +(2.369.443,38*18/100)] toplam 2.795.943,18 TL olduğu tespit edilmiş, sonrasında bozmadan önce alınan 27.11.2014 havale tarihli hesap raporunun rakamları haricinde poliçeye ve dosya kapsamına uygun olduğu kanaatine varıldığından bu rapor üzerinden gidilerek yapılan uyarlama sonunda; olay tarihindeki yeniden imal bedelinin yukarıda açıklandığı şekilde 2.795.943,18 TL olduğu, sigortalı üzerinde kalan %20'lik kısmın 559.188,63 TL (2.795.943,18+20/100) olduğu, bunun mahsubu sonucu ara toplamın 2.236.754,55 TL (2.795.943,18+ 559.188,63) olduğu, sigortanın sorumlu olduğu bu kısım üzerinden yapılacak %10 muafiyet indirimi tutarının 223.675,45 TL [2.236.754,55-(2.236.754,55*10/100)] olduğu, enkaz kaldırma masraflarının 106.200,00 TL (bu bedelin sigorta bedelinin %4'ünden küçük olduğu), buna göre genel toplamın

2.119.279,10 TL (2.236.754,55 - 223.675,45+106.200,00) olduğu sonucuna ulaşılmış ve hükme bu rakam esas alınmıştır.

Davacı taraf, davalı ... tarafından 250.000,00 TL'nin banka hesaplarına ödendiğini, davalı ... tarafından verilen 351.539,76 TL'yi ihtirazı kayıt koymak suretiyle almak zorundu kaldıklarını, böylece toplam 601.539,76 TL aldıklarını beyan etmiştir. Dava öncesi yapılan 601.539,76 TL ödeme taraflar arasında ihtilafsız olup davacı kabulündedir. Ancak, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda ve ayrıca mahkemenin resen yaptığı hesaplamalarda dava öncesi yapılan 601.539,76 TL ödeme düşülmemiş olup davalı yararına bu husus bozmayı gerektirmiştir.

3-Tüm mal sigortası türlerinde olduğu gibi, işyeri sigortasında da, sigorta kapsamına giren rizikonun gerçekleşmesinden sonra, sigortacı tarafından "gerçek zarar miktarının" ödenmesi gereklidir. Sigortacı tarafından ödenecek tazminat miktarı, sigortalı malın rizikonun gerçekleştiği andaki değeri dikkate alınarak tespit edilmektedir. Zarar miktarının iddia ve ispatı ise sigorta ettirene düşen bir görevdir. Somut olayda; hükme esas alınan bilirkişi raporunda 42.279,25 TL yapı denetim hizmet bedeli, 72.271,05 TL toplam proje maliyet bedeli hesaplamalara dahil edilmiş ise de davalı ... şirketinin ödemesi gereken gerçek zarar hesaplanırken bu kalemlerin hesaplamalara dahil edilmesi isabetli değildir.

4-Dava dayanağı Sigorta Poliçesinin 2. sayfasında yazılı Deprem Klozu başlıklı maddesinde; "Yangın Poliçesi Genel Şartları ve Deprem ve Yanardağ Püskürmesi Teminatı Kloz hükümleri saklı kalmak kaydıyla, deprem ve yanardağ püskürmesi sigortası %100 sigorta bedelinin en az %20'si sigortalının üzerinde kalmak kaydı ile sigortalıyla müşterek sigorta şeklinde yapılmıştır. Sigortalı ve sigortacı bu oranın arttırılması hususunda anlaşabilirler. Bu poliçede sigortalının üzerinde kalan kısmı %20'dir. Sigortalı üzerinde tutmayı kabul ettiği kısmı tekrar sigorta ettiremez. Sigortalı, meydana gelecek hasarlarda yukarıda belirtilen ve mutabık kalınmış bulunan oran nispetinde hasara iştirak eder. Yangın Poliçesi Genel Şartları ve Deprem ve Yanardağ Pürkürmesi Teminatı Kloz hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu teminatla ile ilgili her bir hasarda aynı sigortalıya ait ve aynı riziko adresindeki sigorta teminatının bina ve muhteviyatı (emtia, makine, teçhizat, demirbaş ve diğer tesisat) veya birden fazla bina ve/veya muhteviyatı kapsaması halinde, bilumum; a) bina, sabit tesisat ve dekorasyon b) emtia c) makine, teçhizat, demirbaş ve diğer tesisat gruplarının her birinin toplam sigorta bedelleri(sigortacının sorumlu olduğu kısım) üzerinden en az %2 oranında bulunacak bir tenzili muafiyet bu grupların her biri için ayrı ayrı uygulanır. Sigortacı hasarın bu muafiyet miktarı-

nı aşan kısmından sorumludur. Bu poliçede uygulanan muafiyet oranı %10'dur." özel şartına yer verilmiştir.

Dava konusu poliçede kararlaştırılan %100 sigorta bedelinin %20'sinin sigortalı üzerinde kalacağına dair sigorta poliçesinde yer alan özel şart niteliğindeki müşterek sigorta uygulaması ve ayrıca sigortalının sorumlu olacağı kısım üzerinden uygulanacak %10 oranında muafiyet düşülüp ve nihayetinde sigortacının yapmış olduğu ödemede dikkate alınarak davacının hak ettiği sigorta tazminatı bulunmalıdır. Mahkemece bu husus dikkate alınmadan toplam hasar bedeline sigortalı üzerinde kalacak olan % 20'lik oran ve % 10'luk muafiyet uygulanması doğru olmamış ve kararın açıklanan bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin tüm, davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının **REDDİNE**, (2), (3) ve (4) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, aşağıda dökümü yazılı 13,00 TL kalan onama harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı ...Ş.'ye geri verilmesine 11/06/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DESTEKTEN YOKSUNLUK • PAY DAĞILIMI

ÖZET: Desteğin 2. çocuğunun 5 yıl sonra olmasının kabul edilmesi uygun olmamıştır. Uygulamaya göre desteğin birinci çocuğunun olmasından 2 yıl sona 2. çocuğunun olması kabul edilmektedir.

Y.17. HD E: 2016/15644 K: 2019/7231 T: 10/06/2019

Davacılar vekili dava dilekçesinde, davalı ... şirketine sigortalı araç sürcüsünün sebebiyet verdiği tek taraflı kazada, müvekkilinin kızı araçta yolcu olarak bulunan ...'ın vefat ettiğini fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile şimdilik 5.000,00 TL destekten yoksun kalma zararının davalıdan temerrüt tarihinden itibaren işletilecek ticari faizi ile birlikte tahsilini talep etmiş, ıslah dilekçesi ile maddi tazminat talebini toplamda 53.749,48 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı ...Ş. vekili, aracın müvekkiline sigortalı olduğunu, poliçe limitinin 268.000,00 TL olduğunu, ancak araç maliki ile poliçede adı geçen Uğur Yorgancı'nın farklı olduğunu, bu nedenle de poliçenin geçerli olmayacağını, bu bakımdan müvekkiline husumet yöneltilemeyeceğini ileri sürerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davanın kabulü ile 53.749,48 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsili ile davacıya ödenmesine karar verilmiş; hüküm, davalı ...Ş. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde, dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı ...Ş. vekilinin aşagıdaki bend dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir.

Dava, trafik kazası nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

2-Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre; trafik kazası sonucu ölen destek kaza tarihinde 18 yaş altında ise kaza nedeniyle ölmeseydi, 18 yaşına gelmesi ile birlikte gelir elde edeceği, ana ve babasına destek olacağı ancak hayatın olağan akışına göre çocuğun 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 babanın her birine %25 pay verilmesi gerektiği, desteğin ileride evlenmesi ile birlikte desteğe iki, eşe iki, anne ve babaya birer pay verilerek, 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 pay verilmesinin uygun olacağı, daha sonra anne ve babadan yaşam tablosuna göre hangisi destekten çıkacaksa kalan kişiye diğerinin payının ilave edilerek, destek tazminatlarının varsayımsal hesabının yapılması gerekmektedir.

Mahkemenin hükme esas aldığı bilirkişi raporunda desteğin yaşamış olması durumunda 28 yaşında evleneceğini, evlenene kadar davacı annesine %25 oranında destek olacağı kabul edilmiş ise de Dairemiz içtihatlarına göre desteğin 28 yaşında evleneceğinin kabul edilmesi hatalı olmuştur. Muhtemel evleneceği yaşının ailenin içinde sosyal yaşantısı ve ekonomik durumu göz önünde bulundurularak desteğin daha erken yaşta evleneceğinin kabulü gerekir. Yine Hükme esas alınan bilirkişi raporu hesaplamasında desteğin 2. çocuğunun 5 yıl sonra olmasının da kabul edilmesi dairemizin uygulamasına göre uygun olmamıştır. Uygulamaya göre desteğin birinci çocuğunun olmasından 2 yıl sona 2. çocuğunun olması kabul edilmektedir. Bu surette davacı anneye fazla pay ayrılmak üzere hesap edilerek tazminata hükmedilmesi ve payların hatalı belirlendiği bilirkişi raporu doğrultusunda, yazılı olduğu biçimde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı ...Ş. vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı ...Ş. vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davalı ...Ş.'ye geri verilmesine 10/06/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

KASKO POLİÇESİ • ARAÇ RAYİÇ VE SOVTAJ DEĞERİ

ÖZET: Araç pert ise aracın kaza tarihindeki ikinci el piyasa rayiç değerinden sovtaj bedelinin mahsup edilerek gerçek zarar miktarının belirlenmesi gerekir.

Sigortalı aracın pert olması halinde, hasarlı aracın kimin uhdesinde bırakılacağı hususunda tercih hakkı sigortalıya aittir.

Y. 17 HD E: 2018/4857 K: 2018/12881 T: 26.12.2018

Davacı vekili; davalıların maliki ve sürücüsü bulunduğu aracın asli kusurlu olarak müvekkiline kasko sigortalı araca 09.08.2013 tarihinde çarptığını, müvekkilinin sigortalısının hasar nedeniyle müvekkiline itirazın iptali davası açtıktan sonra icra takibi başlattığını, sigortalı araç malikine toplam 28.213,37 TL ödendiğini beyanla, fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla 28.213,37 TL maddi tazminatın ödeme tarihinden işleyecek avans faizi ile davalılardan rücuen tahsilini talep etmiştir.

Davalılar vekili; müvekkillerinin aracının ZMSS poliçesi bulunduğunu, tazminattan sigortanın sorumlu olduğunu belirterek, davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; davanın kısmen kabulü ile 7.502,00 TL'nin 08.08.2014 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine, davacının fazla talebinin reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, 6102 sayılı TTK'nın 1472. maddesi gereğince sigortalıya ödenmiş olan hasar bedelinin haksız fiil sorumlularından rücuen tazmini istemine ilişkindir.

Trafik kazası nedeniyle oluşan hasar nedeniyle sigortalısının zararını karşılayan kasko sigortacısının ödediği miktarı davalı işleten ve sürücüden rücuen tazminine yönelik davanın temeli, motorlu araç kazasından dolayı hukuki sorumluluğa dayanmaktadır (YHGK., 25.12.2002 tarih, ... Esas, 2002/1102 Karar).

TTK'nun 1301. maddesi (6102 sayılı TTK m. 1472) hükmü gereğince kasko sigortacısı, sigorta bedelini ödedikten sonra hukuken sigorta etti-

ren yerine geçer ve bu sebeple sigortalı mal sahibinin hak ve yetkilerine sahip olur.

Somut olayda, davacının sigortalısı A. İnşaat Tic. ve Ltd. Şti. tarafından kaza nedeniyle sigortalı araçta meydana gelen hasarın tazmini için kasko poliçesini düzenleyen davacı ... şirketine davadan önce müracaat edilmiş, ekpertiz raporuna göre aracın hasar bedeli 13.489,65 TL, rayiç değeri 20.000,00 TL olarak belirlenmiş, taraflar aracın onarımı ekonomik olmayacağı için hurdası sigortacıya bırakılmak kaydı ile 20.000,00 TL'nin davacıya ödenmesi konusunda anlaşmaya varmış ancak davacının sigortalısı aracın hurdasının satışı için vekalet vermediğinden sigortacı tarafından ödeme yapılmamış, bunun üzerine sigortalı tarafından kasko sigortacısına karşı ... Asliye Ticaret Mahkemesi'nde ... Esas sayılı dosya ile itirazın iptali davası açılmıştır. İşbu davada mahkemece 27.5.2014 tarihinde eksper raporuna göre davanın kabulü ile 20.000,00 TL asıl alacak ile 44,00 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 20.044,00 TL'ye yapılan itirazın iptaline, kabul edilen asıl alacağa takip tarihinden itibaren avans faizi uygulanmasına, icra inkar tazminatının reddine hükmedilmiş, davacı icra inkar tazminat yönü ile hükmü temyiz etmiş, Dairemiz'in 04.12.2014 tarihli kararı ile hükmün onanmasına karar verilmiştir.

... İcra Müdürlüğü'nün 2013/17809 sayılı dosyasında alacaklı A. İnşaat Tic. ve Ltd. Şti. tarafından borçlu ... aleyhine 20.11.2013 tarihinde 20.000,00 TL asıl alacak ve 44,00 TL işlemiş faiz olarak toplam 20.044,00 TL üzerinden ilamsız takip başlatılmış, sigorta şirketinin itirazı üzerine ... Asliye Ticaret Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen ... Esas sayılı dosyası ile itirazın iptali davası açılmış, yine aynı icra dosyasında 18.7.2014 tarihinde 430,30 TL yargılama gideri, 5,52 TL işlemiş faiz, 2.405,28 TL ilam vekalet ücreti ve 30,84 TL işlemiş faiz olmak üzere toplam 2.871,94 TL için sigorta şirketi aleyhine ilamlı takip yapılmış, sigorta şirketi tarafından icra dosyasına 08.08.2014 tarihinde 24.621,12 TL, 14.01.2015 tarihinde 3,766,00 TL ödeme yapılmıştır.

Eldeki davada ise, davacı kasko şirketi tarafından ... İcra Müdürlüğü'nün 2013/17809 sayılı dosyasına ödenen toplam 28.213,37 TL'nin karşı araç sürücüsü ve malikinden rücuen tahsili talep edilmektedir. Mahkemece makine mühendisinden alınan 20.08.2015 tarihli bilirkişi raporunda aracın kaza tarihindeki rayiç değerinin 21.000,00 TL olduğu, araç hasarının 13.498,00 TL olduğu, aracın pert olduğu, araç hasarlı vaziyette 11.000,00 TL'ye satılabileceğinden, onarıldığından hasarlı aracın maliyetinin 13.498,00 TL+11.000,00 TL=24.498,00 TL olduğu, araç pert olduğundan gerçek hasar bedelinin 7.502,00 TL (21.000,00 TL-13.498,00 TL)

olduğu belirtilmiş, mahkemece 7.502,00 TL'ye hükmedilmiştir. Bilirkişi raporunda pert hesabı doğru yapılmamıştır. Zira araç pert ise aracın kaza tarihindeki ikinci el piyasa rayiç değerinden sovtaj bedelinin mahsup edilerek gerçek zarar miktarının belirlenmesi gerekirken, bilirkişi tarafından sovtaj dışında başka miktarların da mahsup edildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca Kasko Sigorta Poliçesi Genel Şartları hükümleri uyarınca "Onarım masrafları, sigortalı taşıtın rizikonun gerçekleştiği tarihteki değerini aşar ya da taşıt onarım kabul etmez ise taşıt tam hasara uğramış sayılır. Bu durumda değeri tamamen ödenen araç ve aksamı, talep ettiği takdirde sigortacının malı olur." Sigortalı aracın pert olması halinde, hasarlı aracın kimin uhdesinde bırakılacağı hususunda tercih hakkı sigortalıya aittir. Davacı tarafça temyiz dilekçesinde araç hurdasının dava dışı sigortalısında kaldığı iddia edilmiştir. Bu durumda mahkemece sigortalı araç hurdasının davacıda mı, yoksa dava dışı sigortalısı olan A İnşaat Tic. ve Ltd. Şti.'de mi kaldığı hususu da araştırılarak araç hurdası davacıda kaldı ise sovtajın aracın kaza tarihindeki ikinci el piyasa rayiç değerinden tenzil edilmesi, dava dışı sigortalıda kaldı ise aracın kaza tarihindeki ikinci el piyasa rayiç değerine hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi doğru olmadığı gibi; ayrıca davacının icra dosyasında ödediği yargılama gideri, işlemiş faiz ve ilam vekalet ücretini de işbu davada tazminat olarak talep ettiği gözetilerek talep edilen miktarların da değerlendirilmesi gerekirken, bu hususta herhangi bir gerekçe gösterilmeden değerlendirme yapılmaması da doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 26.12.2018 oybirliğiyle karar verildi.

İBRANAME
•
ÖDEME GÜNKÜ VERİLERE GÖRE HESAPLAMA

Özet: Davacıya ödeme yapıp ibraname alan davalının ödeme yaptığı tarih verileri ile zarar miktarı hesaplanmalı, davacıya yapılan ödemenin KTK. 111. md. hükmüne göre yetersiz olup olmadığı belirlenmeli, eğer ödeme yapılan tarih itibarıyla yetersiz olduğu anlaşılırsa, son rapor tarihindeki verilere göre hesaplama yapılarak ve davalı tarafça yapılan ödemenin belirlenen bedelden güncellenerek düşülmesiyle elde edilen sonuca göre karar verilmesi gerekir.

Y.17. HD E: 2016/8282 K: 2019/2837 T:12/03/2019

Davacı vekili, davalı ...'ın kusuru ile meydana gelen kazada davacının yaralandığını belirterek 20.000,00 TL maddi, 20.000,00 TL manevi tazminatın tahsilini talep etmiştir.

Davalılar davanın reddini talep etmiştir.

Mahkemece maddi tazminat talebi bakımından karar verilmesine yer olmadığına, manevi tazminat talebinin kısmen kabulü ile 1.000,00 TL'nin davalı ...'dan tahsiline karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde bir usulsüzlük bulunmamasına göre, davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava trafik kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "Sorumluluğa İlişkin Anlaşmalar" başlıklı 111.maddesinde, tazminat miktarlarına ilişkin anlaşmaların iptali koşulu belirlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, bu Kanun'da öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten 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.

Somut uyuşmazlıkta, davalı tarafça davacıya 15/10/2014 tarihinde 3.047,00 TL ödeme yapılmış olup, taraflar arasında 10.10.2014 tarihli ibraname düzenlenmiştir. Mahkemece alınan 12.06.2015 aktüer raporunda davacının zararı, yapılan ödemenin mahsup edilmesinden sonra 2.764,85 TL olarak belirlenmiştir. Bu durumda mahkemece aynı bilirkişiden, davacının gerçek zararının tespiti hususunda ayrıntılı, gerekçeli ve denetime elverişli ek rapor alınarak davacıya ödeme yapıp ibraname alan davalı ...'nın ödeme yaptığı tarih verileri ile zarar miktarı hesaplanmalı, davacıya yapılan ödemenin KTK. 111. md. hükmüne göre yetersiz olup olmadığı belirlenmeli, eğer ödeme yapılan tarih itibarıyla yetersiz olduğu anlaşılırsa, son rapor tarihindeki verilere göre hesaplama yapılarak ve davalı tarafça yapılan ödemenin belirlenen bedelden güncellenerek düşülmesiyle elde edilen sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirmeyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

3-Manevi tazminat zenginleşme aracı olmamakla beraber, bu yöndeki talep hakkındaki hüküm kurulurken olay sebebiyle duyulan acı ve elemin kısmen de olsa giderilmesi amaçlanmalı ve bu sebeple tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile birlikte olayın meydana geliş şekli de gözönünde tutularak, hak ve nesafet kuralları çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır. Zira, M.K'nun 4.maddesinde, kanunun takdir hakkı verdiği hallerde hakimin hak ve nesafete göre hükmedeceği öngörülmüştür.

Yukarıda belirtilen hususlar ve tarafların sosyal ve ekonomik durumu dikkate alındığında, davacı lehine takdir olunan manevi tazminat miktarının bir miktar az olduğu görülmüş ve hakkaniyete uygun bir manevi tazminata hükmedilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddi, (2) ve (3) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA,** peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 12/03/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DESTEKTEN YOKSUNLUK • ÖĞRENİM GÖREN ÇOCUK

ÖZET: Desteğin ölüm tarihi itibariyle 14 yaşında olan ve lise eğitimini devam ettiren davacının eğitim hayatına ilişkin belgelerin okulundan getirtilmesinden sonra; rapor düzenleyen bilirkişiden, eğitim hayatı devam eden davacının yaşadığı yer ve ailenin sosyal ekonomik durumuna göre yüksek öğrenim göreceği kabul edilmek suretiyle, 25 yaşına kadar destek alacağı gözetilerek hesaplama yapılması konusunda ek rapor alınması ve oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekir.

Y. 17. HD E: 2015/4020 K: 2017/10089 T: 06/11/2017

Davacılar vekili, davalının trafik sigortacısı olduğu aracı sevk ve idare eden davacıların babası...'ın yaptığı tek taraflı kazada öldüğünü, davacıların ölen babalarının desteğinden yoksun kaldıklarını belirterek belirsiz alacak davası olarak açtıkları davada sonradan artırılmak üzere 2.500,00 TL'nin, temerrüt tarihinden işleyecek avans faiziyle birlikte davalıdan tahsilini talep etmiş; 30.10.2014 tarihli artırım dilekçesiyle, davacı ... için taleplerini 17.701,33 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı vekili, davacılar murisinin tam kusuruyla sebep olduğu kazada ölmesi ve onun kusurunun davacılara da yansıyacak olması nedeniyle davacıların tazminat talep hakları bulunmadığını, kabul anlamına gelememekle birlikte poliçe limitiyle sınırlı olarak zarardan sorumlu olduklarını, avans faizi isteminin yersiz olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, iddia, savunma, yapılan yargılama ve toplanan delillere göre; davacı ...'nin, desteğin ölümünden önce evlenmiş olması ve muris babasıyla destek ilişkisinin kesilmiş olması nedeniyle tazminat talep hakkı bulunmadığından, bu davacının tazminat isteminin reddine; davacı ... yönünden davanın kabulü ile 17.701,33 TL'nin 12.09.2012 tarihinden işleyecek avans faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına; özellikle, davacılar desteğinin ölümünden önce yaptığı hayvancılık ve çiftçilik işinde sağladığı şahsi katkı gözönünde

bulundurularak, desteğin hesaba esas gelirinin somut olayın özelliklerine uygun biçimde belirlenmiş olmasına göre; davacılar vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Dava, 6098 sayılı TBK'nun 53. maddesi gereği, ölenin yakınlarının destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir.

Davacı taraf, ölenin iki çocuğu için destekten yoksun kalma tazminatı talebinde bulunmuş; mahkeme tarafından, benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda, davacı ... için tazminata hükmedilmiştir.

Desteğin, küçük çocuklarının bakım ihtiyacından ne zaman kurtulacağını tayin etmek çocuğun yaşadığı yöreye, sosyal çevreye, çocuğun özelliklerine, cinsiyetine, ailenin sosyal ve ekonomik durumuna göre değişmektedir. Hakim, her somut olayda, destek ölmeseydi, ne kadar süre ile destek olacak idiyse bu süreyi destek süresi olarak kabul eder. Anababaya yardımda, onların yaşama süreleri; çocuklara yardımda ise, çocukların çalışmaya başlama süresi esas alınır. Çocuklarda, kız veya erkek olmalarına, ... öğrenim yapıp yapmamalarına göre farklı süreler kabul edilmektedir. Bunun dışında kız çocukları için genellikle, çalışmaya başlama veya evlenme ile destek ihtiyacı ortadan kalkar.

Mahkemece hükme esas alınan 11.03.2014 tarihli hesap bilirkişi raporunda desteğin, davacı ...'a 18 yaşa kadar destek olacağı kabul edilerek hesaplama yapılmıştır. Dairemizin yerleşik ve kabul gören uygulamasına göre, ... öğrenim görme durumu bulunmayan halde, kız çocuklarının 22 yaşına kadar, erkek çocuklarının 18 yaşına kadar; ... öğrenim gören ya da görme ihtimali bulunan çocukların ise 25 yaşına kadar destek alacağı dikkate alınarak destek tazminatı hesaplanması gerekmektedir.

Bu durumda mahkemece; desteğin ölüm tarihi itibariyle 14 yaşında olan ve lise eğitimini devam ettiren davacı ...'ın eğitim hayatına ilişkin belgelerin okulundan getirtilmesinden sonra; rapor düzenleyen bilirkişiden, eğitim hayatı devam eden ...'ın yaşadığı yer ve ailenin sosyal ekonomik durumuna göre ... öğrenim göreceği kabul edilmek suretiyle, 25 yaşına kadar destek alacağı gözetilerek hesaplama yapılması konusunda ek rapor alınması ve oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı olduğu biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davacılar vekilinin, yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının **REDDİNE;** (2) nolu bentte

açıklanan nedenlerle, davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**; peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacılara geri verilmesine 06/11/2017 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DESTEKTEN YOKSUNLUK ZARARI • ASKERLİK ÇAĞI

ÖZET: Askerlik çağında destek için gelir hesap edilmez.

Y. 17. HD E: 2016/15591 K: 2019/7627 T:17/06/2019

Davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkili ...'nin oğlu ...'in sürüsücü olduğu araç ile tek taraflı kaza yaparak vefat ettiğini, aracın davalı ... şirketine ... adına karayolları mali sorumluluk sigorta poliçesi ile sigortalı olduğunu, ...'in bekar olduğunu, annesi ile yaşadığını, aynı zananda Isparta Süleyman Demirel Üniversitesi dört yıllık Teknik Eğitim Fakültesi İ.Ö. yapı öğretmenliği bölümünde okuduğunu, müvekkilinin köyde yaşadığını, ev hanımı olduğunu, hayvancılık yaparak geçimini sağladığını, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere davasının 6100 Sayılı Yeni Hukuk Yargılama Yasasının 107.maddesine göre belirsiz alacak davası olarak açıldığını, yargılama sırasında tolanacak deillere, bilirkişiden alınacak rapora göre arttırdılmak üzere anne ... için belirlenecek 10.000,00 TL destek tazminat tutarının arttırım sonrası kendilerine yapılan ödemenin düşüldükten ve bakiye tazminatın tutarı için peşin harcı yatırıldıktan sonra davalı ... şirketinden tahsilini talep etmiş, ıslah dilekçesi ile maddi tazminat talebini 47.505,77 TL'ye yükseltmiştir.

Davalı ...Ş. (... Sigorta A.Ş.) vekili, dava açılmasına sebebiyet vermediklerinden temerrüdleri söz konusu olmadığını ileri sürerek davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davanın kabulü ile 47.505,77 TL destek tazminatını, 37.505,77 TL'si için bedel arttırım dilekçe tarihi olan 13/04/2016 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile poliçe limiti ile sınırlı olmak kaydı ile davalı ...Ş'den (yeni adı ... Sigorta A.Ş.) alınarak davacıya verilmesine karar verilmiş, hüküm davacı ... vekili ve davalı ...Ş. (... Sigorta A.Ş.) vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan cismani zarar nedeniyle maddi tazminat istemine ilişkindir.

1-Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı ...Ş. (... Sigorta A.Ş.) vekilinin aşagıdaki bentler dışındaki sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2-Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda CSO 1980 yaşam tablosu dikkate alınarak davacının ve murisin kaza tarihinden sonraki muhtemel yaşam süresi belirlenmiş ve hesaplama yapılmıştır.

Ancak karara esas alınan hesaplama, Hukuk Genel Kurulu'nun 1989/4-586 esas,1990/199 sayılı kararı ve yerleşik Yargıtay içtihatlarına uygun değildir. Tarafların bilirkişi raporunda kullanılan yaşam tablosuna açık itirazları olmasa dahi TBK 51. maddesi uyarınca tazminatın kapsamı hakim tarafından belirleneceğinden, tazminat hesabında Population Masculine Et – Feminine (PMF 1931) Tablosu esas alınarak davacının muhtemel yaşam süresinin belirlenmesi gerekirken tazminat esaslarına uygun olmayan yaşam süresine göre hesaplama yapılan bilirkişi raporunun hükme esas alınarak yazılı olduğu biçimde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.

3-Maddi tazminatın (zararın) hesaplanmasında gelirin doğru olarak belirlenmesi önemli bir yer tutmaktadır. Davacı vekili dava dilekçesinde; murisin Yapı Öğretmenliği bölümünde okuduğunu iddia etmiştir. Dosya içerisindeki öğrencilik belgesine göre de desteğin 4 yıllık Yapı Öğretmenliği 4. sınıf öğrencisi olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece murisin geliri ile ilgili Milli Eğitim Müdürlüğüne müzekkere yazılmış aylık net ücretin 2.262,00 TL olabileceği bildirilmiş, Hükme esas alınan hesap bilirkişi raporunda ise murisin gelirinin hesaplaması yapılırken öğrencilik döneminde de söz konusu maaş aldığı kabul edilmek suretiyle hesaplama yapılmıştır. Öğrencilik döneminde maaş alamayacağı askerlik çağındaki desteğin askerlik vazifesinin 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 okuduğu bölümü bitirir bitirmez işe başlamış olduğu kabul edilerek hesaplama yapılması da hatalı olmuştur.

Bu durumda mahkemece; davacının mesleğine göre muhtemel gelirinin saptanması için; emsal gelir araştırması yapılması, ilgili meslek odaları ve meslek kuruluşlarından mezuniyetten sonra iş bulma sürelerini, aylık kazancının ne kadar olacağı yönünde araştırma yapılarak bu araştırmaların sonuçları dahilinde gerçek gelirin net biçimde saptanması, mezuniyetten sonra askerlik yapma durumuda göz önünde bulundurulması

ve buna göre evlenme yaşının belirlenmesi ile iş bulma sürelerinin belirlenmesinden sonra ve yukarıda açıklandığı üzere PMF 1931 yaşam tablosu esas alınarak tazminat hesabı konusunda rapor alınarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı olduğu biçimde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.

4-Davaya konu edilen ve hüküm altına alınan tazminat yönünden, davalı sigortacıya davadan önce başvuru yapıldığı ve bu nedenle davalının temerrüt tarihinin davadan önce oluştuğu gözetilip (davacının talebiyle de bağlı kalınarak) kısmi ödeme tarihinden sonra 27/06/2013 tarihinden itibaren dava ve ıslah dilekçesi ile talep edildiğinden 27/06/2013 itibaren temerrüt faizine hükmedilmesi gerekirken ıslah yoluyla artırılan bölüm için ıslah tarihinden faize hükmedildiği görülmektedir.

Davalı sigortacının temerrüdü, davaya konu edilen tazminatın tamamı için aynı tarihte doğacağından, tazminatın tamamına 27.06.2013 tarihinden faiz yürütülmesi de bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle, davalı ...Ş. (... Sigorta A.Ş.) vekilinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının REDDİNE; (2) ve (3) nolu bentlerde açıklanan nedenlerle, davalı ...Ş. (... Sigorta A.Ş.) vekilinin temyiz itirazlarının, (4) nolu bentte açıklanan nedenlerle de, davacı ... vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacı ve davalıya geri verilmesine 17/06/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ

KEFALET • BORÇLAR KANUNU

ÖZET: Kredi ve kefalet sözleşmesinin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 818. sayılı Borçlar Kanununun kefalete ilişkin maddelerinin uygulanması gerekir.

Y. 19. HD E: 2018/988 K: 2019/5620 T: 19/12/2019

Davacı vekili, davalıların takip dayanağı kredi sözleşmesini müteselsil kefil sıfatı ile imzaladıklarını, asıl borçluya kullandırılan kredinin ödenmemesi üzerine hesabın kat edilerek borçlulara ihtarname gönderildiğini, borç ödenmeyince takibe geçildiğini, davalıların yapılan takibe haksız itiraz ederek takibi durdurduklarını belirterek, itirazın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili, kredi sözleşmesinin asıl borçlusuna karşı icra takibi başlatmadan ve asıl borçlunun borca teminat olarak ipotek verdiği taşınmaz ile ilgili ipoteğin paraya çevrilmesi yoluna başvurmadan borcun tahsili amacıyla kefillere başvuru yapılmasının açık yasal düzenleme karşısında hukuka aykırı olduğunu, davacı bankaca borcun teminatı olması amacı ile borç miktarınca hayat sigortası yapıldığını, asıl borçlunun vefat etmesi nedeniyle hayat sigortasındaki risk vuku bulduğundan sigorta yaptırılan şirket tarafından borcun ödenmesi gerektiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

İlk derece mahkemesince, Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın sözleşmede açıkça gösterilmesi gerektiği ve sözleşmede kefilin ödeyeceği muayyen bir miktarın gösterilmiş olup olmadığının, sözleşmede böyle muayyen bir miktarın anlaşılmasına olanak bulunup bulunmadığının hakim tarafından resen gözetilmesi gerektiği, somut olayda davalıların kefil olduğu kredi sözleşmesinin incelenmesinde 100.000 TL bedelli olduğu, 100.000 TL'nin el yazısı ile doldurulduğu ancak sözleşmenin de tarihi olan 02.04.2012 tarihinde dosya içerisinde buluna hesap ekstresinin incelenmesinde nakit kredi kullandırımının 15.000,00 TL olduğu, bu hususun da kefillerin 15.000 TL'ye kefil oldukları yönündeki iddialarını doğruladığı, bu haliyle sözleşmede belir-

tilen miktara davalılar tarafından kefil olunmadığı ve kefaletin bu haliyle yasada aranan şartları taşımadığından bahisle davanın reddine, alacaklı bankanın takipte haksız olduğu ancak kötüniyetli olmadığı gerekçesiyle kötüniyet tazminatı talebinin reddine karar verilmiş, hükme karşı taraf vekillerince istinaf kanun yoluna başvurulmuştur.

Bölge adliye mahkemesince,davalılardan ...'nün dava tarihinden önce öldüğü,ölü kimse aleyhine dava açılamayacak ise de, bu şahsın mirasçıları davalı vekiline vekaletname vererek davaya katılmış olduklarından ve HMK'nın 124/2. maddesinde yer alan "maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebi, karşı tarafın rızası aranmaksızın hâkim tarafından kabul edilir" düzenlemesi karşısında, dava dilekçesinde ölü olduğu anlaşılan ...'nün davalı olarak gösterilmesi maddi bir hatadan kaynaklandığından mirasçılarının davaya dahil edilmesi ile davada taraf teşkilinin sağlandığı,davaya konu takip dayanağı 02/04/2012 tarihli davacı banka ile dava dışı asıl borçlu ... arasında imzalanmış genel kredi sözleşmesinin 100.000 TL bedelli olup, davalılar ... ve ... kredi sözleşmesini müteselsil kefil olarak imzalandığı, kredi sözleşmesinin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı B.K.'nın 484. maddesine göre kefalet sözleşmesinin geçerliliği için sözleşmenin yazılı olması ve kefil olunan miktarın belirli veya belirlenebilir olması yeterli olduğu, kredi sözleşmesinde miktar belirtildiğinden ve miktarın yazılı olduğu sözleşmenin 2. sayfası müteselsil kefiller tarafından da imzalandığından, kefalet sözleşmesinde miktar belirlenebilir durumda ve kefalet sözleşmesinin geçerli olduğu, kredi ve kefalet sözleşmesinin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 818. sayılı Borçlar Kanununun kefalete ilişkin maddelerinin uygulanması gerekirken, olay tarihinde yürürlükte olmadığı için uygulanmasına olanak bulunmayan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 583. maddesi uyarınca şekil şartlarına uyulmadığından kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğuna dair mahkeme kabulü hatalı olduğu,ancak kredi sözleşmesinin asıl borçlusu ... 26/05/2013 tarihinde öldüğü,davacı bankaca kredi hesabı 29.05.2013 tarihinde kat edilmiş aynı tarihte noter ihtarnamesi ile borçlulara kredi borcunun ihtarın tebliğinden itibaren 3 gün içersinde ödenmesi ihtar edildiği, ihtarname asıl borçluya ölü olduğundan tebliğ edilemediği,hesabın kat edildiği ve ihtarnamenin keşide edildiği tarihte yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK.'nın 586. maddesinde "Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefili takip edebileceği, ancak bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir." hükmü dü-

zenlendiği, hesap kat ihtarı asıl borçluya tebliğ edilemediğinden TBK'nın 586. maddesinde öngörülen şartlar gerçekleşmediği,bu nedenle alacaklı müteselsil kefil olan davalılara karşı icra takibinde bulunamayacağı, davalıların takibe itirazı haklı olduğundan itirazın iptali davasının reddi gerektiği, mahkemece davanın reddine karar verilmesi esas itibarıyla doğru ise de, mahkemece hatalı değerlendirme ile kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğundan bahisle davalılar hakkındaki davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile mahkeme kararının HMK'nın 353/1-b-2 maddesi gereğince kaldırılmasına ve mahkeme gerekçesinin düzeltilerek davanın reddine karar verilmiş,dava tüm davalılar yönünden aynı sebepten reddedildiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan AAÜT 3/2 maddesine göre davalılar lehine tek bir vekalet ücreti hükmedilmesi ve davacı bankanın takipte kötüniyetli olduğu ispatlanamadığından kötüniyet tazminatı talebinin reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle davalılar vekilinin istinaf başvurusunun reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili ve davalılar vekilince temyiz edilmiştir.

Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle istinaf sebebi yapılmayan hususların temyiz sebebi yapılamayacağına göre, davacı vekili ve davalılar vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle, muhakeme hukukuna ve maddi hukuka uygun bulunan Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi'nin 2017/1182 Esas ve 2017/1229 karar ve 21.11.2017 tarihli hükmün **ONANMASINA**, dosyanın Elbistan 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderilmesine, aşağıda yazılı onama harçlarının temyiz eden taraflardan alınmasına, 19/12/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

USUL HUKUKU • OLMAYAN DÂHİLİ DAVA İŞLEMİ

ÖZET: HUMK sisteminde dahili dava diye bir usul olmadığı bu nedenle usulsüz olarak yapılan dahili dava işleminin yapılmamış sayılması yönünde karar oluşturulmalıdır.

Y. 19. HD. E: 2019/2226 K: 2019/5622 T: 19/12/2019

Davacı vekili, taraflar arasında 26.05.2011 tarihli Makine Alım Sözleşmesi ve 02.06.2011 tarihli Tamirat Sözleşmesi imzalandığını, işlerin finans kaynağının ...'dan alınan hibe kredi olduğunu, davalının makineleri eksiksiz ve kusursuz teslim etmediği gibi tamirat işlerinin de hiçbirini yapmadığını, tamirat sözleşmesi gereğince müvekkilinin davalıya peşinat olarak elden 5.000,00 TL ödediğini, ayrıca sözleşmedeki ödeme tarihlerine uygun olarak toplam 75.000,00 TL bedelli çekleri davalıya verdiğini ileri sürerek, davacının çeklerden dolayı davalıya borçlu olmadığının tespitine ve çeklerin iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, 26.05.2011 ve 02.06.2011 tarihli sözleşmelerin tek bir işe ilişkin olduğunu, davacının... 'dan fazla para alabilmek için ek sözleşme yaptığını, 02.06.2011 tarihli sözleşmede belirtilen çeklerin, 26.05.2011 tarihli sözleşme gereğince teslim edilen makinelere karşılık olarak verildiğini, davalının sözleşme edimini eksiksiz ve kusursuz olarak ifa ettiğini, ayıplı ifaya ilişkin davacının herhangi bir ihbarda bulunmadığını, davacının 02.06.2011 tarihli sözleşme bedelini ödemiş gibi davalının hesabına 75.000 TL havale gönderildiğini, bu paranın aynı anda davacı şirketin ortağı ve sahibi ...'in aynı bankadaki hesabına iade edildiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece davanın reddine dair verilen kararın, davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine Dairemizin 2016/ 7011 esas ve 2017/ 1874 karar ve 08.03.2017 tarihli ilamı ile "Davalı taraf akdi ilişkiyi kabul ederek, edimini eksiksiz yerine getirdiğini beyan etmiştir. Her ne kadar davacı, banka havaleleri ile ödenen 75.000 TL'nin muvazaalı işlem olduğunu, kendilerinin hesaba gelen tutarı davacı şirket ortağı ...'e geri ödediklerini bu nedenle çekler tutarında alacaklı olduklarını belirtmekte ise de kimse kendi muvazaasına dayanamaz. Davacının davalı hesabına 75.000 TL ödediğinde uyuşmazlık yoktur. Bu ödemenin dava dışı 3. kişi hesabına gönderilmesi muvaza iddiasını kanıtlayıcı nitelikte değildir. Mahkemece bu yönler gözetilmeden yazılı şekilde delil takdirinde hataya düşülerek davanın reddi doğru görülmemiştir. " gerekçesiyle bozulmuştur.

Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda, davalının 02.06.2011 tarihli sözleşme gereği edimini tam olarak yerine getirmediği, tarafların fatura ve irsaliye tarihleri ticari defter kayıtlarına göre davacının 75.000,00 TL tutarlı teslim ettiği çeklerin 02.06.2011 tarihli sözleşmeden dolayı olduğu, davacı tarafından davalı ... Makine Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. hesabına 75.000,00 TL yapılan ödemenin dava dışı 3. kişi hesabına gönderilmesi muvazaa iddiasını kanıtlayıcı nitelikte olmadığı, çekin keşidecisi olan davacının çek iptali istemede hukuki yararının olmaması gerekçesiyle davacının davalı ... Makine Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti'ye 75.000,00 TL tutarında borçlu olmadığına, çek iptali isteminin reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

1 - Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.

2- HUMK sisteminde dahili davalı şeklinde müessese bulunmamaktadır. Buna rağmen davacının ... ve ...'i dahili davalı olarak göstermiş olduğu anlaşılmaktadır. Temyize konu kararda dahili davalı olarak gösterilen kişiler hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemiş, bu karar dahili davalı vekillerine tebliğ edilmiş, dahili davalı vekilleri tarafından bu husus temyiz edilmemiştir. Mahkemece davanın sadece ....Ltd. Şti. aleyhine açıldığı görülerek onun hakkında hüküm oluşturulması da isabetli olmuştur. Ancak karar başlığında da gösterilen dahili davalılar hakkında dahili dava işleminin yapılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekirken bu konuda herhangi bir karar verilmemesi doğru olmamıştır. Hükmün bu nedenle bozulması gerekir ise de bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün gerekçesine yukarıda belirtilen şekilde "HUMK sisteminde dahili dava diye bir usul olmadığı bu nedenle usulsüz olarak yapılan dahili dava işleminin yapılmamış sayılmasına karar verilmiştir" sözlerinin eklenmesine, hüküm fıkrasına 8. bent olarak "8-Davacı vekili tarafından dahili davalılar ... ve ... yönünden yapılan dahili dava işleminin yapılmamış sayılmasına" bendinin eklenmesi suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenle 6100 sayılı HMK'nın geçici 3. maddesi ve 5236 sayılı Kanunun geçici 2. maddesi yollamasıyla 1086 sayılı HUMK'un 5236 sayılı Kanunu'nun 16. maddesiyle değiştirilmeden önceki 438/7 maddesi gereğince mahkeme kararının

gerekçesi yazılı şekilde düzeltilerek ve hüküm fıkrasına 8. bent olarak "8-Davacı vekili tarafından dahili davalılar ... ve ... yönünden yapılan dahili dava işleminin yapılmamış sayılmasına" bendinin eklenmesi suretiyle hükmün değiştirilen bu haliyle **DÜZELTİLEREK ONANMASINA,** peşin harcın istek halinde temyiz eden davacıya iadesine, 19/12/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 20. HUKUK DAİRESİ

YABANCI BAYRAKLI GEMİ • İŞÇİLİK ALACAKLARI

ÖZET: Yabancı bayraklı gemide çalışan gemi adamının işçilik alcaklarına ilişkin davaya Borçlar Kanunu hükümlerine göre genel mahkemede bakılacaktır.

Y. 20. HD. E: 2015/13585 K 2016/935 T: 26.1.2016

Dava, icra takibine yapılan itirazın iptali istemine ilişkindir.

İstanbul 6. Asliye Hukuk Mahkemesince, davacının gemi kaptanı ve gemi adamı olduğu, alacağın TTK'nın 1320. maddesi anlamında davacıya gemi alacaklısı sıfatı verdiği ve davaya bakma görevinin denizcilik ihtisas mahkemesine ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik yönünde hüküm kurulmuştur.

İstanbul 17. Asliye Ticaret (Denizcilik İhtisas Mahkemesi sıfatıyla) Mahkemesi ise, uyuşmazlığın TBK'nın 393 ve devamı maddelerinde düzenlenen hizmet sözleşmesinden kaynaklandığı ve davaya asliye hukuk mahkemesince bakılması gerektiği gerekçesiyle karşı görevsizlik kararı vermiştir.

854 sayılı Deniz İş Kanununun 1. maddesine göre "Bu kanun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akti ile çalışan gemiadamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır" denilerek, Deniz İş Kanununun kapsamı belirlenmiştir. Gemiler aracılığı ile yapılan deniz taşıma işleri ayrı bir Kanuna tâbi olduğundan, 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında bırakılmıştır. Gemi yabancı ülke bayrağı taşıyor veya gemi Türk bayraklı olsa bile yüz grostonilato değil ise, bu gemide çalışanlar hakkında Deniz İş Kanunu uygulanmayacaktır. İş ilişkisine dayalı bir uyuşmazlıkta işçi deniz taşıma işinde çalışır, ancak çalıştığı gemi Deniz İş Kanunu kapsamında kalmaz ise uyuşmazlığın Borçlar Kanunu hükümlerine göre genel mahkemede çözümleneceği açıktır.

Somut olayda davacının, ... gemi siciline kayıtlı, eski adı ... ... yeni adı ... gemisinde III. gemi kaptanı olarak çalıştığı, işçilik alacakları ödenmediğinden, davalılara karşı yaptığı icra takibine itiraz edildiğinden

yapılan itirazın iptali ve geminin seferden men'ine karar verilmesi istemiyle dava açtığı anlaşılmaktadır.

Dosya kapsamından, geminin yabancı bayrak taşıdığı, yabancı bayrak taşıması nedeni ile deniz taşıma işinde çalışan davacı yönünden Deniz İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı, davacının talebi hakkında uyuşmazlığın genel hükümlere göre çözümleneceği anlaşıldığından, uyuşmazlığın asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince İstanbul 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin Y**ARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 26/01/2016 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YOLCUNUN HAKLARI • TÜKETİCİ MAHKEMESİ

ÖZET: Yolcu olan davacının uçakta yaralanmasından doğan davaya Tüketici Mahkemesinde bakılacaktır.

Y. 20. HD E: 2016/2381 K: 2016/4920 T: 21.04.2016

..... 17. Asliye Hukuk Mahkemesince, davalının davacıyı ücreti mukabili seyahate götürdüğü, aradaki sözleşmenin taşıma sözleşmesi niteliğinde bulunduğu, 4077 aynı Kanunun 23. maddesi gereğince taşıma sözleşmenin hükümlerinin tüketici mahkemesince değerlendirileceği belirtilerek görevsizlik kararı verilmiştir.

..... 5. Tüketici Mahkemesi ise haksız fiilin taşımacılık fiili ile ilgisi olmadığı, uyuşmazlığın haksız fiilden kaynaklandığı gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Amaç Başlıklı 1. maddesinde Kanunun amacı açıklandıktan sonra kapsam başlıklı 2. maddesinde "Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar." hükmüne yer verilmiştir. Satıcı; "kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi"; tüketici ise "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi" ifade etmektedir. Aynı Kanunun 3. maddesinde de "Tüketici işlemi", "Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de

dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlemi" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Somut olayda, davacı vekili, müvekkilinin şirket yöneticisi olduğunu, sık sık uçak seyahati yaptığını, 04/07/2014 tarihinde...uçağı ile ...ya seyahate gittiğini, seyahat esnasında uçağın tuvaletini kullandığını,hosteslerin servisten artan kaynar sıcak suyu tuvalete dökmeleri nedeni ile yandığını, maddi ve manevi ızdırap çektiğini, seyahatinin tatil amaçlı olması nedeni ile bu imkandan da yoksun kalıp, yanık tedavisi yaptığını, bu nedenle maddi ve manevi tazminat isteklerinin fazlası saklı kalmak kaydı ile toplam 10.000.TL'nin olay tarihinden yürüyen yasal faizi ile tahsilini talep ve dava etmiştir. Yolcu olan davacı, davalıdan hizmet almakta olup belli bir yere ulaşmasını sağlamakla yükümlü olan davalı şirket bu sözleşmenin ifası sırasında davacıyı zarara uğrattığı ve bu ilişkinin 4077 sayılı Kanunun uygulama kapsamında kaldığı anlaşıldığına göre, uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince ..... 5. Tüketici Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 21/04/2016 gününde oy birliği ile karar verildi.

YABANCI BAYRAKLI GEMİ
•
İŞ KAZASI • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Yabancı bayraklı gemide çalışan gemi adamının maruz kaldığı iş kazasından doğan tazminat davasına genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılacaktır.

Y. 20. HD E: 2016/5453 K: 2016/7231 T: 20.06.2016

Dava, gemi ve yük alacağından kaynaklanan tazminat davasıdır.

İstanbul Anadolu 21. Asliye Hukuk Mahkemesince, 854 sayılı Deniz İş Kanununun 1. maddesi gözönüne alındığında yabacı ülke bayrağı taşıyan

veya Türk Bayraklı olsa bile yüz grostonilatonun altında olan gemide çalışanlar hakkında Deniz İş Kanununun uygulanamayacağı, uyuşmazlığın Borçlar Kanunu hükümlerine göre genel mahkemede çözümleneceği, ancak gemi ticaret gemisi ise deniz ticareti hükümlerine tâbi olması nedeniyle özel ihtisas mahkemelerinin görevli olacağı, HSYK'nın 20/07/2004 gün ve 370 sayılı kararı ile İstanbul'da Denizcilik İhtisas Mahkemesinin faaliyete geçtiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

İstanbul 17. Asliye Ticaret (Denizcilik İhtisas) Mahkemesince ise taraflar arasındaki uyuşmazlığın TTK'nın 5. maddesinde yer alan deniz ticaretine ilişkin bir ihtilaf olmadığı, davacının babası ...'ün davalı şirkete ait Panama bayraklı gemide "Yağcı" sıfatıyla hizmet sözleşmesine bağlı ancak Deniz İş Kanunu kapsamında kalmayan gemi adamı olarak çalıştığı, son seferinde hastalandığı halde, en yakın limanda indirilmeyip ölümüne sebep olunduğu iddiasıyla açılan maddi manevi tazminat davasında Borçlar Kanunun hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı ve asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

Somut olayda davacı, murisi babası ...'ün gemi adamı olarak davalıya ait gemide çalıştığı sırada hastalanması üzerine tedavisi için en yakın limanda indirilmediği ve ölümünden davalı şirketin sorumlu olduğu iddiasıyla maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin olduğundan, uyuşmazlığın genel hükümler çerçevesinde İstanbul Anadolu 21. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından görülüp sonuçlandırılması gerekir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince İstanbul Anadolu 21. Asliye Hukuk Mahkemesinin yargı yeri olarak belirlenmesine 20/06/2016 gününde oy birliği ile karar verildi.

YABANCI BAYRAKLI GEMİ • DENİZ İŞ KANUNU • GÖREVLİ MAHKEME

ÖZET: Yabancı bayrak taşıyan gemiye Deniz İş Kanunu hükümleri uygulanamayacağından gemi adamının açacağı davaya Asliye Hukuk Mahkemesinde bakılacaktır.

Y.20. HD E: 2018/5114 K: 2018/6688 T: 22.10.2018

*D*ava, menfi tespit istemine ilişkindir.

... 17. Asliye Ticaret Mahkemesince dava konusu hizmet aktinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ticaret kanununda düzenlenmediği gibi, BK'dan kaynaklandığı, Ticaret Kanununda mahkemenin görev alanında sayılan, Borçlar Hukukundaki düzenlemelerden olmadığı, yerleşik Yargıtay İçtihatlarına göre yabancı bayraklı gemiler için hizmet aktinden kaynaklanan uyuşmazlıkların asliye hukuk mahkemesi görev alanına girdiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir.

... 5. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından ise Deniz İş Kanunu hükümlerine tâbi olduğundan bahisle görevsizlik karar verilmiş ise de davalının işletmecisi olduğu geminin yabancı bayraklı olması nedeniyle 854 sayılı Deniz İş Kanunu 1/1.maddesi uyarınca uyuşmazlığın bu Kanun hükümlerine tâbi bulunması söz konusu değildir. Öte yandan, karar tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nın 1320/1-a maddesi uyarınca gemi adamlarının iş sözleşmesinden kaynaklanan parayla ölçülebilen hakları kendilerine gemi alacaklısı hakkı verdiği gibi, aynı Kanunun 4/1-a maddesi uyarınca bu nitelikteki istemlere konu dava ve işler ticari nitelik arzettiği gerekçesiyle görevsizlik yönünde hüküm kurulmuştur.

854 sayılı Deniz İş Kanununun 1. maddesine göre "Bu kanun denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akti ile çalışan gemiadamları ve bunların işverenleri hakkında uygulanır" denilerek, Deniz İş Kanununun kapsamı belirlenmiştir. Gemiler aracılığı ile yapılan deniz taşıma işleri ayrı bir kanuna tâbi olduğundan 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında bırakılmıştır. Gemi yabancı ülke bayrağı taşıyor veya gemi Türk bayraklı olsa bile yüz grostonilatoluk değil ise bu gemide çalışanlar hakkında Deniz İş Kanunu uygulanmayacaktır. İş ilişkisine dayalı bir uyuşmazlıkta işçi deniz taşıma işinde çalışır, ancak çalıştığı gemi Deniz İş Kanunu

kapsamında kalmaz ise uyuşmazlığın Borçlar Kanunu hükümlerine göre genel mahkemede çözümleneceği açıktır.

Somut olayda; davacı vekili, müvekkillerinden ..." isimli geminin sicile kayıtlı maliki olup, diğer müvekkili olan ...'da mukim müvekkilinin ... &...'in ise bahse konu geminin teknik işletmesinden sorumlu olan bir firma olduğunu, müvekkilleri aleyhine ... ... 22. İcra Müdürlüğünün 2014/6180 E. sayılı dosyasından başlatılan ilamsız icra takibinde ödeme emri, müvekkil şirketlere değil, müvekkil şirketlere izafeten diğer takip borçlusu ...Holding A.Ş.'ye tebliğ edildiğini, söz konusu şirketin, müvekili şirketlerin acentesi ya da temsilcisi olmamasına yapılan tebligatın usulsüz olmasına ve davacı müvekkiller tarafından icra takibinin haricen öğrenilmesinin hemen ardından süresi içinde borca takibe ve rehne itiraz edildiğini, buna rağmen, icra müdürlüğünce takibin durdurulması talebi reddedilerek müvekkillerinin maliki ve 2018/5114 - 2018/6688 teknik yöneticisi oldukları geminin seferden men'ine karar verildiğini belirtilerek, açıklanan nedenler ile ihtiyati tabeplerinin aciliyetine binaen öncelikle duruşma açılmadan dosyanın incelenmesini, davacının her iki davacı bakımından kabulü ile davacı müvekkillerinin davalı takip alacaklısına borcu veya kanuni rehin hakkı dolayısıyla sorumlulukları bulunmadığı hususunun tespiti için iş bu davayı açtığı, dosya kapsamından geminin yabancı bayrak taşıdığı, bu nedenle Deniz İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı, davacının talebi hakkında uyuşmazlığın genel hükümlere göre çözümleneceği anlaşıldığından, uyuşmazlığın ... 5. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince ... 5. Asliye Hukuk Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 22/10/2018 gününde oy birliğiyle karar verildi.

DENİZ İŞ KANUNU • DAVADA YETKİ • BAĞLAMA LİMANI

ÖZET: Deniz İş Kanunu hükümlerine göre çalışan gemi adamının maruz kaldığı iş kazasına ilişkin davaya geminin bağlanma limanının bulunduğu yer mahkemesinde de bakılabilecektir.

Y. 20. HD E: 2018/6299 K: 2019/540 T: 04.02.2019

3. İş Mahkemesince ise 854 sayılı Kanunun 46. maddesine göre bu kanun kapsamına giren gemi adamlarıyla bunların işveren vekilleri arasında bu kanundan veya hizmet sözleşmesinden doğan davalar hakkında, 5521 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Hizmet aktinde ayrıca bir hüküm yoksa dava, geminin bağlama limanının iş davalarını bakmaya yetkili mahkemede görülür. Anılan yasal düzenleme ile 5521 sayılı Kanunun 5. maddesinde belirlenen davalının ikametgahı mahkemesinin ve işçinin işini yaptığı bağlama limanında iş davalarını bakmaya yetki mahkemede de dava açılabileceği belirtilmiş olup, müteveffa işçinin çalıştığı ve iş kazasının yaşandığı ... isimli geminin bağlama limanının ... ili olduğu gibi, sicilinin de ...'a kayıtlı olduğu gerekçesi ile yetkisizlik yönünde hüküm kurulmuştur.

Somut olayda; davacı vekili müvekkillerinin miras bırakanı ...'ın davalı şirkete ait ... isimli çamur gemisinde Güverte Lostromosu olarak görev yaptığını, 31.01.2018 tarihinde gerçekleşen bir iş kazası sonucunda hayatını kaybettiğini, bu elim olay sonucunda eşi, oğlu ve kızının kendisinin desteğinden mahrum kaldığını, ayrıca çok büyük manevi ızdırap yaşadıklarını, yaşanan olayın saat sabah ....30 sıralarında gerçekleştiğini, müteveffa ...'ın gece vardiyasında çalışırken çamur dolu ambarı boşaltmak amacıyla hidrolik pistonun emniyet pimine balyozla vurduğunu, bunun üzerine ... hidrolik borunun patlaması ve oluşan sarsıntının etkisiyle ...'ın geminin ambarına, çamurun içine düştüğünü, bu arada ambar kapaklarının açıldığını ve ...'ın çamurla birlikte denize akarak gözden kaybolduğunu, ...' ın cansız bedeninin olaydan saatler sonra saat 10.30 civarında balıkçı tekneleri tarafından deniz yüzeyinde bulunduğunu, müteveffanın eşi ... için uğramış olduğu maddi zarar bakımından fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla ölüm tarihinden işletilecek faiziyle birlikte şimdilik ....000,00 TL , manevi tazminat olarak da yine ölüm tarihinden başlatılacak faiziyle birlikte 100.000,00 TL, kızı ... için maddi zarar bakımından ....000,00 TL, manevi tazminat olarak 60.000,00 TL, oğlu ... için manevi tazminat olarak 60.000,00 TL, cenaze giderleri olarak tüm mirasçılar adı-

na fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla ölüm tarihinden işleyecek faiziyle birlikte şimdilik 100,00 TL tazminata, karar verilmesini talep etmiştir.

Deniz taşıma işlerinde çalışanlar 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabidir. Gemiler aracılığı ile yapılan deniz taşıma işleri ayrı bir yasaya tabi olduğundan, 4857 sayılı Kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır. Deniz İş Kanununun 46. maddesi uyarınca, "Bu kanun kapsamına giren gemi adamlarıyla bunların işveren veya işveren vekilleri arasında bu kanundan veya hizmet aktinden doğan davalar hakkında, 5521 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Hizmet aktinde ayrıca bir hüküm yoksa dava geminin bağlama limanında iş davalarını bakmaya yetkili mahkemede görülür". düzenlemesi mevcuttur. Bu nenenle Deniz İş Kanununun 46/2. madde düzenlemesi uyarınca davanın geminin bağlama limanı olan ... İş Mahkemelerinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri ve 5235 sayılı Kanunun 36/3. maddesi gereğince ... 11. İş Mahkemesinin **YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE** 04/02/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 21. HUKUK DAİRESİ

İŞ KAZASI • KAZANÇ BELİRLEME

ÖZET: Davacının yaptığı iş tereddütsüz şekilde tespit edilmek sureti ile bu doğrultuda Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, TÜİK ve ilgili meslek odalarından, sendika üyesi işçi olması halinde ise bağlı bulunduğu sendikadan yapmış olduğu iş ile ilgili alabileceği ücreti araştırmak ve hükme esas hesap raporu tarihindeki doneler dikkate alınarak taraflar lehine oluşan usuli kazanılmış haklar da gözetilerek ilk derece mahkemesince maddi tazminata hükmedilmelidir.

Y. 21. HD E: 2019/2020 K:2019/6886 T:14/11/2019

A)Davacı İstemi;

Davacı vekili dava ve ıslah dilekçesinde özet olarak; 110134,04 TL maddi tazminat ile 35000 TL manevi tazminatın davalılardan müştereken alınmasını talep ve dava etmiştir.

B) Davalı Cevabı;

Davalılar vekilleri cevap dilekçeleri ve akabinde özet olarak, davanın reddine karar verilmesini talep etmişlerdir.

C) İlk Derece Mahkemesi Kararı ve Gerekçesi;

İlk derece mahkemesince yapılan yargılama neticesinde; 110134,04 TL maddi tazminat ile 15000 TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 23/04/2011 tarihinden itibaren işleyecek ve hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin istemin ise reddine karar verilmiştir.

D)Bölge Adliye Mahkemesi Kararı ve Gerekçesi;

... Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nce; yargılama giderleri yönünden hüküm fıkrası değiştirilmek sureti ile 110134,04 TL maddi

tazminat ile 15000 TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 23/04/2011 tarihinden itibaren işleyecek ve hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin istemin ise reddine karar verilmiştir.

E) Davalı ...Ş.'nin Özetle Temyiz Nedenleri;

• Müvekkili şirketin tüm tedbirleri aldığı, aldırılan kusur raporunu kabul etmediklerini,

• Ceza dosyasında diğer davalının kusurlu bulunduğu, kusur raporunda işçiye yüklenen kusur oranının az olduğunu,

• İşin diğer davalıya anahtar teslimi yolu ile verildiği, taşeron sözleşmesi gereği diğer davalının olayda kusurlu olduğunu,

• Tazminat hesabının hatalı olduğunu,

• Hesap raporuna esas alınan hesaplama yönteminin hatalı olduğunu,

• 8399,40 TL olarak tespit edilen istinaf harcının hatalı olduğunu belirterek Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulması talep edilmiştir.

F) Delillerin Değerlendirilmesi ve Gerekçe;

1-Dosyadaki temyiz kapsam ve nedenlerine göre; davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar verilmiştir.

2-Dava, 23/04/2011 tarihli iş kazası nedeniyle sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece neticeten 110134,04 TL maddi tazminat ile 15.000,00 TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 23/04/2011 tarihinden itibaren işleyecek ve hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin taleplerin ise reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki kayıt ve belgelerin incelenmesinden; davacının Ağrı içme suyu arıtma tesisi inşaatında çalışırken montaj demirine keser ile vurması sonucu demirin bir parçasının gözüne isabet etmesi neticesinde % 8,2 oranında malul kaldığı, iş kazasının gerçekleşmesinde davacının % 20 oranında müterafik kusurunun bulunduğu, hesap bilirkişi raporunda asgari ücretin 3,75 katı üzerinden hesap yapıldığı ve mahkemece rapora itibarla hüküm kurulduğu anlaşılmıştır.

Taraflar arasında uyuşmazlık maddi zararın belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. 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 kıdemi ve yaptığı işin özelliği ve niteliğine göre işçiye ödenmesi gereken ücret olduğu, iş yeri ve/veya sigorta kayıtlarına geçmiş ücret olmadığı Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindendir. Bu durumda gerçek ücretin tespiti önem kazanır.

Somut olayda, hakkaniyete uygun maddi tazminatın tespiti açısından, sigortalının yaptığı iş, yaşı ve kıdemi belirtilmek suretiyle TÜİK'dan, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile işin yapıldığı yer olan Ağrı ilindeki ilgili Meslek Odalarından sigortalının yaptığı işe karşılık alabileceği emsal ücretin sorularak, kazalı işçinin gerçek ücretini tereddütsüz olarak belirlenmeden ve davacının sendika üyesi olup olmadığı açıklığa kavuşturulmaksızın, tanık beyanları dikkate alınarak asgari ücretin 3,75 katı üzerinden yapılan hesaba itibarla maddi tazminata hükmedilmesi hatalı olmuştur.

Mahkemece yapılacak iş, yukarıda açıklanan şekilde davacının yaptığı iş tereddütsüz şekilde tespit edilmek sureti ile bu doğrultuda Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, TÜİK ve ilgili meslek odalarından, sendika üyesi işçi olması halinde ise bağlı bulunduğu sendikadan yapmış olduğu iş ile ilgili alabileceği ücreti araştırmak ve hükme esas (09.11.2016 havale tarihli) hesap raporu tarihindeki doneler dikkate alınarak taraflar lehine oluşan usuli kazanılmış haklar da gözetilerek maddi tazminata hükmetmekten ibarettir.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalı vekilinin bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilerek Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

G) SONUÇ

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı 6100 sayılı HMK'nun 373/1. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** temyiz harcının davalılardan Aker İnşaat A.Ş.'ye iadesine dosyanın Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 14/11/2019 gününde oy birliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • ALT İŞVEREN • İŞÇİYE KARŞI SORUMLULUK

ÖZET: Bir işyerinde alt işverenin işçisi olarak çalışan işçinin maruz kaldığı iş kazasında asıl işveren ve alt işveren birlikte (müteselsil) olarak sorumludurlar.

İşyerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde alt işverenin mevcudiyetinden söz edilemez. Böyle bir durumda ortada iki bağımsız işveren bulunmaktadır.

Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan sözleşme ile iş kazasına veya meslek hastalığına bağlı maddi ve manevi sorumluluğun alt işverene ait olduğunun kararlaştırılması; bu sözleşmenin tarafı olmayan işçi veya mirasçılarını bağlamaz.

Y. 21. HD E: 2017/1085 K: 2018/177 T: 16.01.2018

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, kanuni gerektirici nedenler ile temyiz edenin sıfatına, temyiz kapsam ve nedenlerine göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

2- Dava, sigortalının 18/06/2005 tarihinde maruz kaldığı iş kazası sonucunda vefatı nedeniyle yakınlarının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir

Mahkemece, davalı ... hakkındaki davanın reddine, davacı es ... için 114.806,00 TL maddi, 40.000,00 TL. manevi tazminatın, davacı çocuk ... için 7.404,00 TL maddi, 25.000,00 TL. manevi tazminatın, davacı çocuk ...'nun ise maddi tazminat talebinin reddine, 25.000,00 TL. Manevi tazminatın iş kazası tarahinden işletilecek yasal faizleri ile davalı ... den alınarak davacılara verilmesine karar verilmiştir.

Dosya kapsamından; davalı ... Dağıtım Ticaret ve Taahhüt AŞ'nin sözleşme ile ... İli ... İlçesi , ... ve ... mahallelerindeki yatırımlar PE ve servis hattı yapım işini davalı ... (...)'e verdiği anlaşılmaktadır.

Somut olayda uyuşmazlığın sağlıklı bir çözüme kavuşturulabilmesi için öncelikle asıl işveren-alt işveren kavramlarının açıklanması gerekir.

İş kazalarından kaynaklanan tazminat davalarının özelliği gereği, kaza

tarihinde yürürlükte bulunan İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları göz önünde tutarak ve özellikle yapılan işin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken tedbirlerin neler olduğu İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün ilgili maddelerinin göz önünde tutulmak suretiyle,incelenmesi,işverenin hangi önlemi almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı, gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelenmek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranının hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde belirlenmesi gerekir. (Hukuk Genel Kurulunun 16.06.2004 gün ve 2004/21-365 E.-369 K.sayılı kararı da aynı yöndedir).

Bu açıklamadan olarak şüphesiz ki tarafların kusur durumu irdelenirken konusunda ehil bilirkişilere olayı inceletmek kadar olaya neden olan tüm saiklerin bir bütün olarak ele alınması ve bu kapsamda da taraflarca ortaya konulan iddia ve savunmalar ile tüm delillerin titizlikle değerlendirilerek kusurun aidiyeti ve oranına dair raporun oluşa uygun olup olmadığının tespiti gerekir. Kusur oranlarının kesin olarak tespiti hem maddi hem de manevi tazminat miktarını doğrudan etkilemesi bakımından önem taşımaktadır. Zira maddi tazminat davalarında sigortalının kazanç kaybının hesaplanmasında davacının kendi kusuru oranında tespit olunan kazanç kaybından indirim yapılacağı gibi yine manevi tazminat davalarında hükmedilecek miktarının takdirinde tarafların kusur durumu yine mahkemece öncelikle dikkate alınacaktır.

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.

Diğer taraftan, mülga 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun "Üçüncü Kişinin Aracılığı" başlıklı 87. maddesi "Sigortalılar 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 işveren de sorumludur. Bir işde veya bir işin bölüm veya ek-

lentilerinde işverenden iş alan ve kendi adına sigortalı çalıştıran üçüncü kişiye aracı denir." hükmünü içermektedir. Görüldüğü üzere, 506 sayılı Kanunun 87. maddesinde verilecek işin yapılan asıl işle ilgili olacağına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır.

01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren ve 506 sayılı Kanunun 87. maddesini yürürlükten kaldıran 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 12. maddesinin son fıkrasında; asıl işveren, 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 kişi olarak tarif edilmiştir. Buna göre; sigortalılar üçüncü kişiler aracılığıyla işe girmiş ve bunlarla sözleşme yapmış olsalar dahi, asıl işveren bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır.

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.

Alt işverenden söz edebilmek ve asıl işvereni, aracının borçlarından sorumlu tutabilmek için bir takım zorunlu unsurlar bulunmaktadır.

a) İşyerinde işçi çalıştıran bir asıl işveren bulunmalıdır. Sigortalı çalıştırmayan "işveren" sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden

iş alanlar da aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında dayanışmalı sorumluluk doğmayacaktır.

b) Bir başka işveren, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde iş almalı ve sigortalı çalıştırmalıdır.

c) İşverenlik sıfatını, alınan işte ve o iş nedeniyle sigortalı çalıştırılması sonucunda kazanmış olması aranacaktır. Bu kişinin diğer bir takım işyerlerinde çalıştırdığı sigortalılar nedeniyle kazandığı işverenlik sıfatının sonuca etkisi bulunmamaktadır.

d) İşverenden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte olmamalıdır, aksi halde iş alan kimse aracı değil, bağımsız işveren niteliğinde bulunacaktır.

e) İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, iş anahtar teslimi verildiğinde veya işveren kendisi sigortalı çalıştırmaksızın işi bölerek ihale suretiyle farklı kişilere vermişse, iş sahibi (ihale makamı) Yasanın tanımladığı anlamda asıl işveren olmayacağından, bir alt-üst işveren ilişkisi bulunmayacaktır.

f) Alt işverenin aldığı iş, işverenin asıl işinin bölüm ve eklentilerindeki işin bir kesimi yada yardımcı işler kapsamında bulunmalıdır. Asıl işverenden alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işveren sayılacaktır. Bu noktada belirleyici yön; yapılan işin, diğerinin bütünleyici, yardımcı parçası olup olmadığıdır. İşyerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, alt işverenden söz etme olanağı kalmayacak, ortada iki bağımsız işveren bulunacaktır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.05.1995 gün ve 1995/9-273-548 sayılı kararı da aynı yöndedir.)

Bu açıklamalardan yola çıkılarak somut olayda, davalılardan ... Dağıtım Ticaret ve Taahhüt AŞ'nin ana statüsünün "Şirketin Amaç ve Faaliyet Konuları" başlıklı 3. maddesinde doğal gaz dağıtım şebekesi ve diğer tesisleri kurarak, kurdurtarak veya mevcut tesisleri devralarak doğal gazın dağıtımına ve mahalli gaz boru hattı şebekesi ile nakli faaliyetlerini yürütmek, dağıtım şebekesi için sevkiyat kontrol merkezi ve diğer tesisleri kurmak ya da kurdurtmak asıl işleri arasında sayılmış olup, asıl işinin bir bölümü olan ... İli ... İlçesi, ... ve ... mahallelerindeki yatırımlar PE ve servis hattı yapım işini ihale ile diğer davalı ... (...)'e verdiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, ... Dağıtım Ticaret ve Taahhüt AŞ'nin, sözleşmenin 9. maddesinde açıkça belirtildiği üzere işe müdahale yetkisini de elinde bulundurduğu da gözetildiğinde, gerek 4857 sayılı Yasa, gerekse 506 sayılı Yasa karşısında asıl işveren, diğer davalı ...'in (...) ise, alt işveren (aracı) konumunda olduğu, kendi asıl işini ihale ile bir şirkete vermesinin onu asıl işverenlik sıfatından ve bunun doğal neticesi olarak da sorumluluktan kurtarmadığı, kendine ait işi bir başkasına yaptıran kişi ya da kurum alt işverenin(taşeronun) ve bu alt işverenin istihdamlarının kusurlarından onun ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağı açıktır.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgulara dikkat edilmeden davalı ... Dağıtım Ticaret ve Taahhüt AŞ yönünden davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.

Yapılması gereken iş, ... Dağıtım Ticaret ve Taahhüt AŞ'yi de asıl işveren olarak tazminat istemlerinden sorumlu tutmaktan ibarettir.

O halde davacıların bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan nedenlerle **BOZULMASINA,** temyiz harcının istek halinde temyiz eden davacılara iadesine 16/01/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.

İŞ KAZASI • ALT İŞVERENİN İŞÇİSİ

ÖZET: Alt işverenin aldığı iş, işverenin asıl işinin bölüm ve eklentilerindeki işin bir kesimi ya da yardımcı işler kapsamında bulunmalıdır. Asıl işverenden alınan iş asıl işverenin faaliyet alanına göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımakta ise işi alan kimse alt işveren değil bağımsız işveren sayılacaktır.

Ancak, alt işverene verilen işte asıl işverene normal denetim sınırlarını aşacak şekilde yetkiler verilmiş ise, işi veren kimsenin asıl işveren sıfatı devam edecektir.

Y.21. HD E: 2016/17768 K: 2018/5101 T: 29.5.2018

Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, kanuni gerektirici nedenler ile temyiz kapsam ve nedenlerine göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,

Dava, sigortalının 20/07/2009 tarihinde maruz kaldığı iş kazası sonucu %15 oranında sürekli iş göremezliği nedeniyle maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davalı ...Ş hakkındaki davanın reddine, 105.164,62 TL maddi, 10.000,00 TL manevi tazminatın kaza tarihi olan 20/07/2009 tarihinden itibaren uygulanacak yasal faizi ile birlikte davalı ...Tic Ltd Şti.den alınıp davacıya verilmesine, karar verilmiştir.

Dosya kapsamından, kazalının davalı ... Tic Ltd Şti.nde hizmet akdiyle sıvacı olarak çalıştığı, diğer davalı ... A.Ş. firmasına ait demir çelik fabrikasında sıva yaptığı bir sırada, üzerinde bulunduğu sıva iskelesinin kırılması sonucu, yaklaşık 6 metre yükseklikten zemine düşmesi sonucu kazalndığı anlaşılmıştır. Hükme esas alınan 02/12/2014 tarihli kusur bilirkişi raporunda; davalı ...Ltd Şti.nin %90, kazalının %10 oranında kusurlu oldukları, diğer davalı ... A.Ş.nin kendisine ait demir çelik fabrikası işyerinde yapılmakta olan inşaat işleri sırasında kazanın meydana geldiği, bu firmanın asıl işinin demir ve çelik üretimi işi olduğu, yaptırılan işin ise inşaat işleri kapsamında yer aldığı, bu nedenlerle, anılan her iki firma arasında 4857 sayılı İş Kanunu Madde 2'ye uygun bir asıl işveren alt iş-

veren ilişkisinin mevcut olmadığı gerekçesiyle kusursuz olduğuna kanaat getirilmiştir.

Yargılamaya konu ihtilafın sağlıklı biçimde çözülmesi için asıl işveren-alt işveren kavramlarının da açıklanmasında fayda bulunmaktadır.

4857 sayılı Kanun'un 2.maddesine göre bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir.

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

5510 sayılı Kanun'un 12/6.maddesi ile de asıl işveren, bu Kanunun işverene yüklediği yükümlülüklerden dolayı alt işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur.

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

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

Alt işverenden söz edebilmek ve asıl işvereni, aracının borçlarından sorumlu tutabilmek için bir takım zorunlu unsurlar bulunmaktadır.

a) İşyerinde işçi çalıştıran bir asıl işveren bulunmalıdır. Sigortalı çalıştırmayan "işveren" sıfatını kazanamayacağı için, bu durumdaki kişilerden iş alanlar da aracı sayılmayacak ve anılan madde kapsamında dayanışmalı sorumluluk doğmayacaktır.

b) Bir başka işveren, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölüm veya eklentilerinde iş almalı ve sigortalı çalıştırmalıdır.

c) İşverenlik sıfatını, alınan işte ve o iş nedeniyle sigortalı çalıştırılması sonucunda kazanmış olması aranacaktır. Bu kişinin diğer bir takım işyerlerinde çalıştırdığı sigortalılar nedeniyle kazandığı işverenlik sıfatının sonuca etkisi bulunmamaktadır.

d) İşverenden alınan iş, işverenin sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir işyeri olarak değerlendirilebilecek nitelikte olmamalıdır, aksi halde iş alan kimse aracı değil, bağımsız işveren niteliğinde bulunacaktır.

e) İşin bütünü başka bir işverene bırakıldığında, iş anahtar teslimi verildiğinde veya işveren kendisi sigortalı çalıştırmaksızın işi bölerek ihale suretiyle farklı kişilere vermişse, iş sahibi (ihale makamı) Yasanın tanımladığı anlamda asıl işveren olmayacağından, bir alt-üst işveren ilişkisi bulunmayacaktır.

f) Alt işverenin aldığı iş, işverenin asıl işinin bölüm ve eklentilerindeki işin bir kesimi yada yardımcı işler kapsamında bulunmalıdır. Asıl işverenden alınan iş, onun sigortalı çalıştırdığı işe göre ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımaktaysa, işi alan kimse alt işveren değil, bağımsız işveren sayılacaktır. Bu noktada belirleyici yön; yapılan işin, diğerinin bütünleyici, yardımcı parçası olup olmadığıdır. İşyerindeki üretimle ilgili olmayan ve asıl işin tamamlayıcısı niteliğinde bulunmayan bir işin üstlenilmesi halinde, alt işverenden söz etme olanağı kalmayacak, ortada iki bağımsız işveren bulunacaktır. (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.05.1995 gün ve 1995/9-273-548 sayılı kararı da aynı yöndedir.)

Somut olayda, davalılar arasında imzalanan 06/07/2009 tanzim tarihli protokolde; T. İnş Elektronik San. İç Ve Diş Tic Ltd Şti.nin, Ç. Metalürji A.Ş. ,nin tesislerinde muhtelif inşaat işi yapacağı konusunda tarafların anlaşmış oldukları, malzemelerin Ç. Metalurji A.Ş. tarafından karşılanacağı, Ç. Metalurji A.Ş. nin tasvip etmediği işçinin çalıştırılamayacağı yönünde maddeler bulunduğunun anlaşılması karşısında davalı ...Ş. nin, kendisi-

ne olağan denetim sınırlarını aşacak şekilde yetkiler tanıyan sözleşme ile işi diğer davalı T. İnş Elektronik San. İç ve Diş Tic Ltd Şti.ye verdiği, asıl işveren olması nedeniyle hüküm altına alınan tazminatlardan (davacının talebi dikkate alınarak) davalı T. İnş Elektronik San. İç ve Diş Tic Ltd Şti. İle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden davalı ...Ş. hakkındaki davanın reddine karar verilmesi hatalı olmuştur.

Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi 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 davacıya iadesine, 29/05/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi

İŞ KAZASI • SIFIR MALULİYET • MADDİ ZARAR • MANEVİ TAZMİNAT

ÖZET: İş kazası sonucunda maluliyet oranı ''0'' çıkan işçinin kaza sebebiyle hiç çalışamadığı ve istirahatlı olduğu sürenin maddi zararı hesaplanmalıdır.

Maluliyet oranı ''0'' çıkan işçinin manevi tazminat isteme hakkı bulunmaktadır.

Y.21. HD E: 2018/920 K: 2019/886 T: 12.02.2019

Dosyadaki yazılara, toplanan delillere, hükmün dayandığı gerektirici nedenler ile temyiz kapsam ve nedenlerine göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine,Dava, 11/01/2012 tarihli zararlandırıcı sigorta olayı sonucu sürekli iş göremezliğe uğrayan sigortalının maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir.Dosya kapsamından davacının iş kazası sonucu % 0 oranında sürekli iş göremezliğinin bulunduğu ve iş kazasının meydana gelişinde davacı sigortalının % 20, davalı işverenlerin % 80 oranında kusurlu olduk-

ları anlaşılmaktadır.Mahkemece, davacının maluliyetinin bulunmaması nedeniyle maddi ve manevi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir.

1-İş kazalarından kaynaklanan tazminat davaları nitelikçe Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan zararın giderilmesi istemine ilişkindir.

Dosya kapsamından, mahkemece, davacı sigortalının dava konusu iş kazası nedeniyle bir süre çalışamadığı, davacının istirahatli kaldığı bu süreler bakımından ücret kaybının doğduğu hususu göz ardı edilerek neticeye varıldığı anlaşılmaktadır.

Sigortalıya, iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle geçici iş göremez durumda bulunduğu sürece, Kurum tarafından 5510 sayılı Yasanın 18. maddesi uyarınca geçici iş göremezlik ödeneği ödenir. Bu ödenek iş kazalarında olay, meslek hastalığında da tedavinin başladığı tarihten itibaren çalışmaz durumda kaldığı (raporlu olduğu) sürece ödenir. Geçici iş göremezlik devresinde sigortalının çalışamadığı dönemde yoksun kaldığı gelir de iş kazası sonucu oluşan maddi zarar kapsamındadır. Raporlu olunan dönemde çalışamayan sigortalının bu dönemde yoksun kaldığı ücreti kadar bir zararının oluşacağı ve bu zararın da maddi zarar içerisinde kabul edilmesi gerektiği açıktır. Sigortalının zararlandırıcı olay nedeni ile tedavisinin devam ettiği ve çalışamadığı sürelerdeki maddi zararı bu dönemde % 100 iş gücü kaybına uğradığı kabulüne göre yapılmalıdır. Bilirkişi aracılığıyla maddi zararı tespit edilip SGK'ca sigortalıya ödenmesi gereken geçici iş göremezlik ödeneği var ise bunun rücuya tabi kısmının hesaplanan maddi zarardan düşülmesi ile elde edilecek sonuç kazalının geçici iş göremezlik dönemi de denilen istirahatli dönemdeki karşılanmamış zararını ortaya koyacaktır. Hal böyle olunca da Mahkemece sürekli iş göremezlik oranı %"0" olan davacının istirahatli (raporlu) kaldığı dönem bakımından yoksun kaldığı ücret kaybının hesaplanmadan yazılı gerekçe ile maddi tazminat isteminin reddine karar verilmesi usul ve yasaya doğru olmamıştır.Yapılacak iş; davacının raporlu olduğu dönemde %100 oranında malul kaldığını değerlendirerek, bu dönemde çalışamaması nedeniyle yoksun kaldığı ücreti kadar bir zararının olduğunun kabulüne göre maddi zararını bilirkişiye hesaplattırmak ve tüm delilleri bir arada değerlendirip sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

2-Öte yandan, gerek mülga B.K'nun 47 ve gerekse yürürlükteki 6098 sayılı T.B.K'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 olayın özelliklerini göz önün-

de tutarak manevi zarar adı ile zarar görene verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 26.06.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.Hakimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları tarafların sosyal ve ekonomik durumları paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu olayın ağırlığı davacının sürekli iş göremezlik oranı, işçinin yaşı, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, hükmedilecek tutarın manevi tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda olması gerektiği de söz götürmez.Bu açıklamalar doğrultusunda somut olayda, % 0 oranında sürekli iş göremezliğe uğrayan davacının sürekli iş göremez duruma gelmese dahi, üzüntü ve elem duyacağı, ruh bütünlüğünün ihlali, sinir bozukluğunun da bedensel zarar kavramına dahil bulunduğu gözetilerek, tedavi gördüğü süre dikkate alınarak uygun bir miktar manevi tazminata karar verilmesi gerekirken, mahkemece manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi 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,** 12/02/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.

YURT DIŞI BORÇLANMASI
•
SİGORTALILIĞIN BAŞLANGICI

ÖZET: Yurt dışı çalışmalarının borçlanmasında işçinin yurtdışında sigorta kapsamına alındığı tarihin Türkiye'de sigortalılık başlangıcı olduğu kabul edilerek aylık şartlarının ne şekilde gerçekleştiği araştırılarak sonuca gidilmelidir.*

Y. 21. HD E: 2018/7096 K: 2019/494 T: 04.02.2019

A) Davacı İstemi:

Davacı, sigortalılık başlangıç tarihinin ... 'da doğum yaptığı tarih olan 18/06/1979 olarak tespitine, emekliliğe hak kazandığının tespiti ile dava tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlanmasına karar verilmesini talep etmiştir.

B) Davalı Cevabı:

Sosyal Güvenlik Kurumu vekili,davanın reddini istemiştir.

C)İlk Derece Mahkemesi Gerekçesi ve Kararı:

İlk Derece Mahkemesince , davacının ... 'da prim yatan sürelerle ilgili belgesinin olmadığı bu sebeple ... 'da rant sigortası kapsamına ne zaman girdiği veya rant sigortası kapsamına girip gitmediği hususu dosya kapsamından anlaşılamadığı,Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı Sosyal Sigortalar Genel Müdürlüğünün yurtdışı borçlanma ve tahsis işlemleri konulu 08/06/2011 tarih ve 2011/48 sayılı Genelgesinin 8.1. maddesinde sigortalılık süresi ve toplam prim ödeme gün sayısının tespitinde "Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında, sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler borçlanılmış ise sigortalılığın başlangıç tarihi borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülerek bulunan tarihin; üçüncü fıkrasında ise sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi hizmeti bulunmayan istek sahiplerinin sigortalılıklarının başlangıç tarihinin borçlarını tamamen ödedikleri tarihten borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülerek tespit edilen tarihin sigortalılık süresinin başlangıç tarihi olarak alınacağı öngörülmüştür..." kuralına yer verildiğinden ... ' da doğum yaptığı tarihe göre davacının emeklilik koşullarının tespitinin mümkün olmadığı, davacının

* Dergimizin 2020/1. sayısında yayımlanan 12.02.2019 trarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararına bakınız.

doğum yaptığı tarihin (18.06.1979) Türkiye' de işe giriş tarihi olarak kabul edilmesinin de yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

İstinaf Başvurusu ;

Davacı kararın hukuk aykırı olduğunu belirterek istinaf yoluna başvurmuştur.

D) Bölge Adliye Mahkemesi Gerekçesi ve Kararı :

Bölge Adliye Mahkemesince, 3201 sayılı Kanunun 5. Maddesi ve 5510 sayılı Kanunun 41. maddesine göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlanılma halinde, sigortalılığın başlangıç tarihi borçlanılan gün sayısı kadar geriye götürülür şeklinde düzenleme yapıldığı, Türkiye ile ... arasında imzalanan sözleşmenin 27. maddesinin bu hususta iç hukuk hükümlerine atıf yaptığı, 506 Sayılı Kanunun, 4759 Sayılı Kanunun 1. Maddesi ile eklenen 60/A maddesi ve 5510 sayılı Kanunun geçici 9. maddesi dikkate alındığında davacının emeklilik şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle davacının istinaf taleplerinin esastan reddine karar verilmiştir.

E) Temyiz:

Davacı vekili,davacının işe başlangıç tarihinin 18.06.1979 olarak kabul edilerek emekliliğinin bu tarihe göre hesaplanması, 5510 ve 3201 sayılı(ve diğer) kanun hükümlerince 2013 yılında emekliliğe hak kazandığını belirterek kararı temyiz etmiştir.

F) Delillerin Değerlendirilmesi ve Gerekçe:

Dosyadaki kayıt ve belgelerden; 05.01.1960 doğumlu davacının 30.04.2013 tarihli borçlanma talebi ile 06.09.1978-27.07.1982 tarihleri arası 1402 gün karşılığı borçlanma bedelini 27.05.2013 tarihin-de ödediği,31.05.2013 tarihinde tahsis talebinde bulunduğu,Yurt dışı ikamet belgesinden, 06.09.1978 tarihinden 11.08.1984 tarihine kadar ... 'da ikamet ettiği,davacının ... Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü kayıtlarına 23.07.2013 tarihinde giren dilekçesi ile 18.06.1979 tarihinde ... ' de kızı ... ' nu (...) doğurduğunu, kızının doğum tarihinin kendisinin sigorta başlama tarihi olarak kabul edilerek emeklilik haklarının verilmesini talep ettiği, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından, davacının 30.04.2013 tarihli dilekçesi ile ev hanımlığı süresini borçlanmak istediği ve ev hanımlığı belgesi ile müracaat ettiği, dosyasında ... 'da prim yatan sürelerle ilgili belgenin olmamasından dolayı işe giriş tarihinin 18.06.1979 olarak tespit edilemeyeceğine dair cevap verildiği ve tahsis talebinin de davacının Türkiye'de ilk

defa 07/12/2006 tarihinde çalışmaya başladığı, 1402 gün yurt dışı borçlanması yapması nedeniyle işe girişinin 16.01.2003 olduğu, 31.05.2013 tarihi itibariyle toplam 3639 gün hizmet süresinin bulunduğu belirtilerek reddedildiği anlaşılmaktadır. Dosyada davacının yurt dışı sigortalılık durumunu gösteren bir belge bulunmadığı, sadece ... 'da ikamet süresini gösteren belgeler olduğu ,davacının yurt dışı borçlanmasının da ikamet sürelerine dayanılarak yapıldığı ,mahkemece davacının ... 'da gebelik/analık(... /...), çocuk yetiştirme (...) , zorunlu prim (...) vb. şekilde ... 'da rant sigortası kapsamına girip girmediği ile ilgili araştırma yapılmadan davanın reddine karar verildiği görülmektedir. Yapılacak iş, Sosyal Güvenlik Kurumu aracılığıyla ... Sigorta Kurumundan davacının,varsa yurt dışı çalışmalarını ve sigortalılık durumunu gösteren belgeler istenerek ve davacıdan ... 'da çalışmasına veya analık/gebelik,çocuk yetiştirme vs. şekilde sigorta kapsamına alınmasına dair o ülke sigorta merciinden alınan hizmet cetveli veya yurt dışında sigortalılık sürelerini kanıtlayan diğer belgeleri sunması istenerek, yapılacak araştırmaya göre davacının yurt dışı sigortalılık süresini gösteren hizmet cetvelinin (yurtdışı sürelerini gösterir TR4 formüleri) bulunması halinde bu belgelere göre, yurt dışında sigorta kapsamına alındığı tarihi Türkiye'de sigortalılık başlangıcı kabul ederek aylık koşullarını araştırmak,davacının yurt dışında yukarıda belirtilen şekilde sigorta kapsamına alındığını gösteren hizmet cetveli bulunmaması ve Alman Sigorta Kurumunca da davacının ... 'da sigortalılık süresi bulunmadığının bildirilmesi halinde şimdiki gibi davanın reddine karar vermekten ibarettir.

O halde, bu maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, Bölge Adliye Mahkemesince eksik inceleme ve araştırma sonucu davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile yeniden hüküm kurulması gerekirken, istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebepten dolayı kaldırılmasına ve ilk derece Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı 6100 sayılı HMK'nun 373/1. maddeleri uyarınca **KALDIRILMASINA,** ilk derece mahkemesi kararının **BOZULMASINA,** dosyanın ilk derece mahkemesine, kararın bir örneğinin de Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine, 04/02/2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ

TURİSTİK AMAÇLA KULLANILAN TEKNE
•
UYGULANACAK KANUN

ÖZET: Deniz taşıma işinde kullanılmayan ve yabancı bayrak taşıyan ve turistik maksatla kullanılan teknede çalışan gemici 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındadır.

Y. 22. HD. E: 2019/7288 K: 2019/18447 T: 08.10.2016

Davacı vekili, müvekkili işçinin iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haksız ve bildirimsiz olarak feshedildiğini, normal mesaisinin üzerinde fazla measi yapmasına ve tatil günlerinde de çalışmasına rağmen karşılığının ödenmediğini, yıllık izinlerinin kullandırılmadığını ileri sürerek, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti alacağı, dini ve milli bayram alacağı, fazla mesai alacağı ve hafta tatili alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kabulüne dair verilen karar, Dairemizin 11.03.2019 tarihli ve 2016/7506 esas, 2019/5610 karar sayılı ilamı ile; "Somut olayda davacının çalıştığı ... isimli yatın Amerika Birleşik Devletleri bayrağı taşıdığı, bağlama limanının ...olduğu, ... isimli yatın ...Adaları bayrağı taşıdığı, bağlama limanının ... olduğu Göcek, Antalya, Fethiye ve Marmaris Liman Başkanlıkları kayıtlarından anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca davacının Deniz İş Kanunu kapsamında bir çalışmasının olmadığı, davada Deniz İş Kanunu'nun 46. maddesinin öngördüğü koşulların oluşmadığı açıktır. Gemi Türk Bayrağı taşımıyor ise gemide çalışanlar hakkında Deniz İş Kanunu uygulanmayacak, bu gemideçalışan işçiler hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Davaya bakmaya İş Mahkemesi değil genel hükümlere göre genel mahkemeler görevli olduğundan görevsizlik kararı verilmesi gerekirken görev hususu gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.... " gerekçesi ile bozulmuştur.

Mahkemece 4857 sayılı İş Kanununda deniz taşıma işlerinde çalışanların kanun kapsamında olmadıklarının hüküm altına alındığı, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununun 29. maddesinin 3. fıkrasında "Türk ve Yabancı bayraklı deniz turizmi araçlarının gezi, spor ve eğlence amacı ile kullanılması yolcu taşımacılığı sayılmaz" hükmünün ve 24.07.2009 tarih ve 27298 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Deniz Turizmi Yönetmeliğinin 2. maddesinin 2. fıkrasında ise "Turizm amacı dışında yük ve yolcu taşımacılığı yapan Deniz araçları bu yönetmelik kapsamı dışındadır" hükmünün yer aldığını, davacının turistik amaçla kullanılan gezi teknesinde çalıştığı hususunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmadığı ve bu nedenle yapılan işin 4857 sayılı Kanunan tabi olduğu gerekçesiyle bozma kararına karşı direnilmiştir.

Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiş olup, Dairemizin, direnme kararını 6352 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile eklenen 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun geçici ikinci maddesi uyarınca öncelikle inceleme yetkisi bulunmaktadır. Somut uyuşmazlığa bakıldığında; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4.maddesinin 1.fıkrası anlamında deniz taşıma işi yapılmadığı, davacının çalıştığı işyerinin turistik maksatla kullanılan yat olduğu ve yabancı bayrak taşıdığı anlaşıldığından, davacının iş sözleşmesi ilişkisi ile 4857 sayılı İş Yasası kapsamında kaldığı kabul edilerek, uyuşmazlığın İş Kanunu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Anılan sebeplerle bozma gerekçesinin yerinde olmadığı ve bozma gerekçesine göre direnme kararının uygun bulunduğu anlaşıldığından, Dairemizin 11.03.2019 tarihli ve 2016/7506 esas, 2019/5610 karar sayılı bozma ilamının ortadan kaldırılmasına karar verildi. 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, iki tarafın yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün, olaya uygulanacak mülga 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun ek geçici 2. maddesi uyarınca **ONANMASINA,** aşağıda yazılı temyiz giderinin temyiz edenlerden davalıya yükletilmesine, 08.10.2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

AYNI EYLEM İÇİN İKİ AYRI CEZA VERİLMESİ
•
GEÇERSİZ FESİH

ÖZET: İşçinin aynı eylemi için iki ayrı ceza verilemez.

Bu nedenle eylemi hakkında "ücret kesme" cezası verilen işçinin aynı eylemden dolayı işten çıkartılması geçersiz fesihtir.

Y.22. HD E: 2017/35431 K: 2017/11936 T: 12.06.2017

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalı ... Kulübünün ... Hipodromu iş yerinde pist şefi olarak çalışmakta iken 02.04.2016 tarihinde geçerli bir neden bulunmadan iş akdine son verildiğini öne sürerek feshin geçersizliğinin tespiti ile işe iadenin mali sonuçlarının belirlenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili; davacının, 10.09.2009 tarihinde kum pist bakım sorumlusu olarak ... Derneği At Yetiştiriciliği ve Yarışları İktisadi İşletmesine bağlı ... Hipodrom Müdürlüğü bünyesinde çalışmaya başladığını ve iş akdinin geçerli nedenle feshedildiği 02.04.2016 tarihine kadar iş yerinde çalışmalarını sürdürdüğünü, davacının çalışmalarından yeterli verim alınamadığını, verilen görevleri yerine getirme konusunda istenilen performansı gösteremediğini, bu sebeple Kulüp Yönetim Kurulunun kararı ile 02.04.2016 tarihi itibari ile yasal haklarının ödenerek iş akdinin feshedildiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararının Özeti:

İlk Derece Mahkemesince, işyeri şahsi sicil dosyasının yapılan incelemesinde; kum pist bakım sorumluluğu işinin yükletildiği, kendisinin imzası ile pistler şefi olarak çalışmayı kabul ettiği, buna ilişkin görev ve yükümlülükleri okuyup imzaladığı, hakkında çeşitli nedenler ile disiplin soruşturmaları yapıldığı ve displin cezalarının uygulandığı,2014, 2015 ve 2016 yıllarında sık sık rapor aldığı, ayrıca davacı işçinin maaşı üzerinde ... 8. İcra Müdürlüğü, ... 8. İcra Müdürlüğü, ... 7. İcra Müdürlüğü gibi çeşitli İcra Müdürlükleri tarafından konulan maaş hacizleri bulunduğu, bu nedenler ile yapılan feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

İstinaf:

İlk Derece Mahkemesinin kararına karşı davacı istinaf yoluna başvurmuştur.

Bölge Adliye Mahkemesi Kararının Özeti:

Bölge Adliye Mahkemesince; mahkemenin vakıa ve hukuki değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya aykırılık bulunmadığı, hükümde kamu düzenine aykırılık da görülmediği gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf başvurusunun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353/1-b.1 maddesi gereğince esastan reddine dair karar verilmiştir.

Temyiz:

Bölge Adliye Mahkemesi kararını davacı vekili temyiz etmiştir.

Gerekçe:

4857 sayılı İş Kanunu'nun 19.maddesinin birinci fıkrasına göre işveren fesih bildirimini yazılı yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Fesih bildirimi yazılı yapılmamışsa veya fesih sebebi açık ve kesin bir şekilde belirtilmemişse aynı Kanunu'nun 21.maddesi gereğince geçerli sebep gösterilmediği kabul edilir.

İş Kanunu'nun "İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı" başlığını taşıyan 25.maddesinin son fıkrasına göre işverenin haklı nedene dayanarak iş sözleşmesini feshettiği durumda fesih bildiriminin yazılı yapılması koşulu aranmaz.

Somut olayda; 02.04.2016 tarihli fesih bildirimi ile "24.3.2016 tarihli Yönetim Kurulu kararı gereği " iş akdine son verildiği ve haklarının ödeneceği davacıya bildirilmiştir. İşveren tarafından fesih sebebi açık ve kesin şekilde davacıya bildirilmemiştir. Fesih bildirimi içeriğinden bahsi geçen Yönetim Kurulu Kararının da bildirime ekli olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla davalı işverence yapılan fesih 4857 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde aranan şartları taşımadığından şeklen geçersiz olup sırf bu nedenle davacının işe iade talebinin kabulüne karar verilmesi gerekmektedir. Bu hususun İlk Derece ve İstinaf Mahkemelerince gözardı edilmesi doğru bulunmamıştır.

Feshin geçerli nedene dayandığı yönündeki kabulün gerekçesi incelendiğinde de varılan sonucun dosya kapsamı ile örtüşmediği sonucuna varılmaktadır. Davalı işveren cevap dilekçesinde davacının çalışmasından verim alınamamasına ve performans düşüklüğüne dayanmıştır. Ne var ki, davranış nedeniyle bildirimli yapılan fesihlerde 4857 sayılı Kanun'un

19. maddesinin 2. fıkrasına göre fesihten makul süre önce savunma alınmış olması geçerlilik şartı olmasına karşın dosyada davacının yöntemince savunmasının alındığını gösterir bir delil bulunmamaktadır. İlk Derece Mahkemesi gerekçesinde davacının maaşı üzerinde hacizler olduğundan söz edilmiş ise de, fesih bildiriminde sebep belirtmeyen işverenin cevap dilekçesinde dahi bu nedene dayanmadığı görülmektedir. Davacının eylemlerinin geçerli fesih nedeni olduğu kabul edilmiş ise de, davacının en son eylemi hakkında "ücret kesme" cezası uygulandığı bundan sonra hakkında yeni bir tutanak tutulduğuna yönelik dosyaya bir delil sunulmadığı, davacının her eylemi hakkında ceza uygulanmışken tekrar tüm eylemleri nedeniyle fesih yaptırımının uygulanmış olduğu ve bu durumun " aynı eylem nedeniyle iki ceza verilemeyeceği "kuralına aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Belirtilen hususlar dikkate alındığında feshin esas yönünden de geçerli bir nedene dayandığının kabul edilemeyeceği açıktır.

Belirtilen sebeplerle, 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, Bölge Adliye Mahkemesi hükmü ile İlk Derece Mahkemesi hükmünün bozulmak suretiyle ortadan kaldırılması ve davacının 10.09.2009-02.04.2016 tarihleri arasında çalıştığı gözetilerek aşağıdaki gibi karar verilmesi gerekmiştir.

Sonuç:

Yukarıda açıklanan gerekçe ile;

1- Bölge Adliye Mahkemesinin yukarıda tarih ve sayısı belirtilen kararı ile İlk Derece Mahkemesinin kararının **BOZULARAK ORTADAN KALDIRILMASINA,**

2- İşverence yapılan **FESHİN GEÇERSİZLİĞİNE** ve davacının **İŞE İADESİNE,**

3- Davacının kanuni sürede işe başvurmasına rağmen, işverenin süresi içinde işe başlatmaması halinde ödenmesi gereken tazminat miktarının işçinin beş aylık ücreti olarak belirlenmesine,

4- Davacının işe iade için işverene süresi içinde başvurması halinde hak kazanılacak olan ve kararın kesinleşmesine kadar doğmuş bulunan en çok dört aylık ücret ve diğer haklarının davacıya ödenmesi gerektiğinin belirlenmesine,

5- Karar tarihi itibariyle alınması gerekli olan 31,40 TL karar ve ilam harcından, peşin alınan 29,20 TL harcın mahsubu ile bakiye 2,20 TL karar ve ilam harcının davalıdan tahsili ile Hazineye irad kaydına,

6- Davacı vekille temsil edildiğinden, karar tarihinde yürürlükte olan AAÜT'ne göre belirlenen 1.950,00 TL avukatlık ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

7- Davacı tarafından yapılan 363,00 TL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine, davalının yaptığı yargılama giderinin üzerinde bırakılmasına,

8- Dosyanın kararı veren İlk Derece Mahkemesine gönderilmesine, karardan bir örneğin kararı veren Bölge Adliye Mahkemesine gönderilmesine,

9-Taraflarca yatırılan gider avanslarından varsa kullanılmayan bakiyelerinin ilgili tarafa iadesine, peşin alınan temyiz karar harcının istek halinde davacıya iadesine, 12.06.2017 tarihinde oybirliği ile kesin olarak karar verildi.

ALT İŞVEREN İŞÇİSİ
•
ASIL İŞVERENİN KADROSUNA GEÇİŞ • İŞYERİ DEVRİ

ÖZET: Alt işverenlerin işçisi olarak çalışırken asıl işverenin kadrosuna geçerek aynı işyerinde çalışmaya devam eden işçiye işyeri devri kuralları uygulanmalıdır.

Ancak, işyeri devrinden söz edilebilmesi için işçinin çalışmalarının kesintisiz olması gerekir. Hizmet dönemleri arasındaki 10 – 15 günlük aralıklar kesintisiz çalışmayı etkilemeyen makul süreler olarak kabul edilmelidir.

Y. 22 HD E: 2017/21626 K: 2019/9012 T:18.04.2019

Davacı vekili, davacının davalı işyerinde önce alt işveren işçisi adı altında çalışmaya başladığını, daha sonra davalının kadrolu işçisi olarak çalışmaya devam ettiğini, çalışmasının kesintisiz olduğunu, iş akdi sona erdiğinde çalışmaları karşılığı hakları ödenirken alt işverenlerde çalışılan dönemin dikkate alınmadığını öne sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile yıllık izin ücreti alacaklarının davalıdan tahsilini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Karar süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışındaki tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-Taraflar arasındaki temel uyuşmazlık, davacının davalının kadrolu işçisi olarak çalışmaya başlamadan önce değişen alt işverenler arasında geçen çalışmasının kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağına etkisi konusunda toplanmaktadır.

İşyerinin tamamının veya bir bölümünün hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devri işyeri devri olarak tanımlanabilir. 4857 sayılı Kanun'un 6'ıncı maddesinde, işyerinin bir bütün olarak veya bir bölümünün hukukî bir işleme dayalı olarak başkasına devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceği düzenlenmiştir. Bu anlatıma göre, alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6'ncı maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları da bu yöndedir .Süresi sona eren alt işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkân dahilindedir. Alt işverenin değişmesine rağmen yeni alt işveren nezdinde işyerinde çalışmaya devam edecek olan işçilerin belirlendiği hallerde, sözü edilen işçiler bakımından iş sözleşmelerinin devralan işveren geçtiği tartışmasızdır. Ancak yeni alt işverende çalışacak olan işçiler arasında gösterilmeyen ve süresi sona eren alt işveren tarafından başka bir işyerinde çalıştırılmak üzere bildirimde bulunulmayan işçilerin iş sözleşmelerinin devreden alt işveren tarafından feshedildiğini kabul etmek gerekir.

Alt işverenin asıl işverenle akdettiği çalışma süresinin sonunda veya süresinden önce alt işverenin, ilişkinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerine başka işyeri göstererek işyerinden ayrılması, ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde alt işverenler arasında hukukî bir ilişki bulunmamaktadır. Hukukî ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden belirtilen durum alt işverenler arasında işyeri devri olarak değerlendirilemez.Alt işverenlerin değişmesi en yaygın biçimde, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu eylemli durumun işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukukî sonuçlarının belirlenmesi önemlidir. Alt işverenlerin değişiminde olması gereken, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde

başka işyerlerine götürmesi veya iş sözleşmelerinin sona erdirilmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri halinde, alt işverenler arasında İş Kanunu'nun 6'ncı maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulü gerekir. Bu durumda yeni alt işverenin, devam eden hizmet akitlerini de devraldığı aynı maddede hükme bağlanmıştır. İşçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverenlere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde, işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi gerekmektedir. Bu durumda değişen alt işverenler işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını da devralmış sayılırlar. İş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt işveren tarafından bir fesih bildirimi yapılmadığı sürece, iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçi açısından, feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz. Buna karşın, süresi sona eren alt işverence iş çinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, yapılan fesih bildirimi ile iş ilişkisi sona ereceğinden, işçinin daha sonra yeni alt işveren yanındaki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun değerlendirilmesi gerekecektir.Somut olayda, davacının davalı şirketin kadrolu işçisi olarak çalışmaya başlamadan önce davalı bünyesinde değişen alt işverenlerin işçisi olarak çalıştığı sabittir. Davalı şirketin, davacının bu çalışmalarından alt işverenlerdeki işin devralındığı kabulüne göre işyeri devri kuralları gereği sorumlu olacağı muhakkaktır. Ne var ki, işyeri devrinden söz edilebilmesi için çalışma süresinin kesintisiz olması gerekmektedir. Davacıya ait işe giriş ve çıkışları gösteren Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtları incelendiğinde; davacının son alt işveren şirket nezdinde çalışırken çalışması kesintiye uğramadan davalı şirketin kadrolu işçisi olarak çalışmaya devam ettiği anlaşılmakta ise de, önceki alt işverenlerde geçen çalışma süresinin bazı dönemler kesintiye uğradığı, davacı yanca da çalışmanın kesintisiz devam ettiğinin yöntemince ispatlanamadığı anlaşılmaktadır. O halde, değişen alt işverenlerdeki çalışmanın hukuki nitelendirilmesi yapılırken, bir alt işverendeki çalışma süresinin sona erdiği ve diğer alt işverendeki çalışma süresinin başladığı tarih arasında 10-15 gün gibi makul süreyi aşan çalışma aralıklarının varlığının tespiti halinde artık işyeri devrinden söz edilemeyeceği kabul edilmelidir. Davacının bu süreyi aşan bir kesintiden sonra başlayan çalışması, yeni bir iş sözleşmesine dayalıdır. Bu kabule göre davacının kesintisiz kaç dönem halinde çalıştığı belirlenmeli ve belirlenen çalışma dönemlerinin her biri için, o dönem için belirlenen çalışma süresi ve dönemin son bulduğu tarihteki ücret seviyesine göre zamanaşımı savunması da gözetilerek kıdem tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağı hesaplanmalıdır.Mahkemece bu husus gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bzomayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerle **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 18.04.2019 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

GECE ÇALIŞMALARI • FAZLA ÇALIŞMA

ÖZET: Haftalık 45 saat aşılamasa da 7,5 saati aşan gece çalışması fazla çalışmadır.

Çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlayan çalışma gece çalışmasıdır.

Y. 22. HD E: 2016/25617 K: 2019/23991 T: 23.12.2019

2-Taraflar arasında davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı hususu uyuşmazlık konusudur.

Taraflar arasında davacının fazla çalışma yapıp yapmadığı ve fazla çalışmanın hesap yöntemi konusunda 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 çalışmaalacağının ödendiği varsayılır.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların, tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir. Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir.

İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıy-

la yapılması durumunda ise işçinin ihtirazi kayıt ileri sürmesi beklenemeyeceğinden, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının her türlü delil ile ispatı mümkündür.

Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedi buçuk saati geçemez (İş Kanunu, Md. 69/3). Bu durum günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden, haftalık kırkbeş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde yedibuçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararları da bu yöndedir. Ayrıca Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in gece çalışma süresini düzenleyen 7/son maddesine göre postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işlerde, çalışma süresinin yarısından çoğugece dönemine rastlayan bir postanın çalışması, gece çalışması sayılır.

Somut uyuşmazlıkta, davacı rehabilitasyon merkezinde bakım elemanı olarak çalışmış olup iş yerinde geceve gündüz olmak üzere 2 vardiya olduğunu, gündüz vardiyasının 08.00-17.00, gece vardiyasının ise 17.00-08.00 saatleri arasında olduğunu ve kendisinin 2009 yılından beri çoğunlukla gece vardiyasında çalıştığını iddia ederek fazla mesai talebinde bulunmuştur. Dosya içerisine ibraz edilen gece ve gündüz mesaisine yönelik saat aralığı içermeyen bir kısım kayıtların bulunduğu ve mahkemece hükme esas alınanbilirkişi raprorunda davacının davalı işyerinde 08.30-17.30 ve 17.30-08.00 saatleri arasında dönüşümlü olarak çalıştığı, gece vardiyasını takip eden gün izin yaptığının anlaşıldığı, gece vardiyasındaki çalışmalarının toplamının 14 saat 30 dakika olup Yargıtay içtihatlarına göre fiilen 12 saat çalıştığı kabul edildiğinden buna göre davacının fazla çalışmasının 4,5 saat olup gece fazla çalışmasının bunun içerisinde olduğu ve bunun zamlı karşılığının 6 saat 45 dakika olduğu ve takip eden iş gününde iş saatlerinde 7,5 saat dinlendiğinden fazla çalışmasının serbest zamanla karşılandığının anlaşıldığı ancak gündüz vardiyası için aynı hususun söz konusu olmadığı, davacının gündüz vardiyasında 1 saat ara dinlenme ile haftalık 3 saat fazla çalışma yaptığının anlaşıldığı belirtilerek sadece kayıt olan dönem yönünden gündüz vardiyasında yapılan fazla mesainin hesaplandığı görülmüş ise de öncelikle gece vardiyası yönünden yapılan hesaplama doğru olmamıştır. Ayrıca Davacının çalışma saat aralıkları davacı tanık anlatımlarına göre belirlenip bu belirlemeye göre fazla mesai hesaplanıp hüküm altına alınmıştır. Ne var ki, davacı tanıklarının da davalı aleyhine aynı nedenle açtıkları davaları bulunmakta olup bir başka deyişle davacı tanıkları davalı işverenle husumetlidir. Şu halde, başka delillerle desteklenmeden tek başına husumetli tanık anlatımına itibar edilmesi mümkün değil ise de Dairemizce incelemesi yapılan davacı tanıklarının dosyalarında kabul edilen fazla çalışma saatleri değerlendirildiğinde (Dairemizin 2014/ 22123 esas ve 2015 26878 esas sayılı dava dosyaları) davacının kayıtlı olmayan dönemde ayda bir değişen vardiya-

larla gündüz vardiyasında haftanın 6 günü 08.00-17.00 saatleri arasında, gece vardiyasında ise 17.30-08.00 saatleri arasında çalışarak ertesi gün izin yaptığının dosya kapsamına uygun olacağı kanısına varılmıştır.

Açıklanan nedenler ile yapılacak iş kayıt olan dönem yönünden kayıtlara göre davacının gece ve gündüz vardiyasında çalıştığı dönemler belirlenmeli, kayıt olmayan dönem yönünden ise davacının ayda bir değişen vardiyalarla çalıştığı kabul edilerek gündüz vardiyasında şimdiki gibi fazla mesai yaptığı kabul edilmeli, gecevardiyasında ise, haftalık çalışma süresi aşılmasa dahi 7,5 saatin üzerindeki gece çalışmalarının fazla mesai olarak değerlendirilmesi gerektiği İş Kanunu'nun 69. maddesinden açıkça anlaşılmakta olup 17.30-08.00 saatleri arasında ara dinlenmenin mahsubu sonucu belirlenecek çalışma saatinin 7,5 saati aşan kısmı kadar fazla mesai yaptığı kabulüne göre sonuca gidilmesi gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacı ve davalı ... İnş. Elekt. Ür. Tic. ve San. Ltd. Şti'ye iadesine 23.12.2019 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA

ÖZET: Toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihte sendikaya üye olanlar yürürlülük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin sendika tarafından işverene bildirildiği tarihten itibaren toplu iş sözleşmesinden yararlanırlar.

Y. 22. HD E: 2019/8089 K: 2019/24592 T: 26.12.2019

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalı Belediyede sendikalı işçi olarak temizlik işinde çalışmakta iken 08.05.2013 tarihinde iş akdinin haksız ve bildirimsiz olarak feshedildiğini, davacının üyesi bulunduğu Hizmet-İş Sendikası ile davalı Belediye arasında düzenlenen toplu iş sözleşmesi madde 30'da her hizmet yılı için 60 günlük kıdem tazminatı ödeneceğinin belirtildiğini, kıdem tazminatı hesabında 60 günlük ücretin nazara alınmasını talep ettiklerini, iş akdinin bildirimsiz feshi nedeni ile ihbar tazminatı talepleri olduğunu, müvekkile çalıştığı süre içinde hiç yıllık izin

kullandırılmadığından ve karşılığı ücret ödenmediğinden, Toplu İş Sözleşmesi madde 31'de belirtilen şekilde yıllık izin ücreti taleplerinin bulunduğunu, aylık ücretlerinin eksik ödenmesinin yanı sıra belirtilen ücret zamlarının da müvekkilin aylık ücretine yansıtılmadığını, bu sebeple de aylık ücret talebi ile birlikte aylık zam farkı alacağı taleplerinin de olduğunu, asgari geçim indirimlerinin de gereği gibi ödenmemesi nedeni ile asgari geçim indirimi alacağı taleplerinin de olduğunu belirterek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret ve zam farkı alacağı, yıllık izin ücreti alacağı ile toplu iş sözlemesinden kaynaklanan sosyal haklar alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili, davacının geçici işçi olarak çalıştığını, çalışma süresi dolduğundan iş akdine son verildiğini ileri sürerek davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kabulüne karar verilmiştir. Karar, davalı vekili tarafından süresi içinde temyiz edilmiş ve Dairemizin 15.11.2017 tarihli bozma ilamı ile karar bozulmuş bozma ilamına uyan Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Karar, davalı vekili tarafından süresi içinde temyiz edilmiştir.

Gerekçe:

1-Davacı işçinin kapatılan ... Belediyesi'ndeki çalışması sebebiyle iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden kaynaklı alacağının bulunup bulunmadığı hususu taraflar arasında uyuşmazlık konusudur.

6356 sayılı Kanunun 39. maddesi düzenlemesine göre;

(1)Toplu İş Sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır.

(2)Toplu İş Sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasınca işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanır.

Somut olayda; bozma ilamına uyularak davacıya ait sendika üye kayıt fişi temin edilmiş yapılan incelemede davacının üyelik kayıt tarihi 10.12.2009 tarihidir. Uyuşmazlık konusu dönemde yürürlükte bulunan ilk Toplu İş Sözleşmesinin yürürlük tarihleri 01.04.2009-31.03.2012 olup, 10.04.2009 tarihinde imzalanmıştır. Davacı imza tarihinde sendikaya üye olmadığına göre ilgili dönem toplu iş sözleşmesinden yararla-

nabilmek için davalı işverene sendikaya üye olduğuna dair bildirim de bulunmuş olması gerekir. Davacının üyeliğinin işverene bildirilip bildirilmediği araştırılmalı sonucuna göre karar verilmelidir.

SONUÇ

Hükmün yukarıda açıklanan sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 26.12.2019 gününde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ

MÜTESELSİL SORUMLULUK • İÇ İLİŞKİDEKİ SÖZLEŞME

ÖZET: Davacı ile davalı şirketler 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 itibariyle (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.

Y. 23. HD E: 2016/3973 K: 2019/896 T: 07/03/2019

Davacı vekili, dava dışı işçi .... tarafından davacı ve davalılar aleyhine açılan davada hükmedilen bedelin tahsili için takip yaptığını, toplam 28.659,46 TL.nin müvekkili şirketçe ödendiğini, müvekkili ile davalılar arasında düzenlenen hizmet alımına ilişkin sözleşme uyarınca ödenen işçilik alacaklarının davalılara ait olduğunu ileri sürerek şimdilik 2,500,00 TL.nin faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar ...vekili ve .....vekilleri davanın reddini istemiş, diğer davalılar davaya cevap vermemiştir.

Mahkemenin 15.04.2015 tarihli ve 2013/224 E. 2014/54 K. sayılı ilamı ile davanın usulden reddine dair verilen kararı, davacı vekilinin temyizi üzerine Dairemizin 15.04.2015 tarihli ve 2014/8371E. ve 2015/2570 K. sayılı ilamı ile bozulmuştur. Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucu davalı yüklenici şirketlere ödenen ihale bedelinin içinde kıdem, ihbar, fazla mesai, bayram çalışması gibi işçilik alacaklarının yer almadığı, davacı idarenin işçilerin çalıştırılmasında yetkili olduğu, çalışma koşullarının idarece belirlendiği, işçilerin üzerinde yönetim hakkının da davacı asıl işverende olduğu, asıl işverenin tasarrufunda olan bir iş

ilişkisi bulunduğundan davacı idarenin kendi tasarrufundan doğan bir alacaktan dolayı rücu talep edilemeyeceği anlaşılmakla davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

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.

Dava konusu olayda da davacı ile davalı şirketler 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 itibariyle (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 itibariyle 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, müteselsil sorumlulardan herbirinin 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 düzenlemiş oldukları sözleşme hükümleri kendilerini bağlayacağından, dış ilişkide kanundan doğan teselsül gereğince borcu ödemiş olan müteselsil borçlunun, ödediği miktarın iç ilişkide borcun nihai yükümlüsü olan borçludan rücuen tahsilini talep edebileceği kabul edilmelidir.

Somut olayda, Koruma ve Güvenlik Hizmet Alımına ilişkin Sözleşmenin eki ve ayrılmaz parçası olan Teknik Şartnamenin 38. maddesinin (a)

bendinde "İş ve sosyal güvenlik ve diğer ilgili mevzuat uyarınca yüklenici istihdam edilen personelinin iş vereni olarak kabul edilecek ve mevzuattan doğan bütün borç ve yükümlülükler ile isdihdam edilen tüm personelin özlük yıllık izin ücret ve kıdeme ilişkin hakları ile ilgili olarak yürürlükte bulunan tüm kanun ve buna ilişkin tüzük yönetmelik ve tebliğler ile ihale dökümanında belirlenmiş tüm mali ve sosyal yükümlülükler yüklenici tarafından zamanında ve eksiksiz yerine getirilecektir. Bu konuda müdürlüğümüzün hiçbir sorumluluğu yoktur " 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 olduğu miktarın ilgili davalılardan işçiyi çalıştırdıkları dönemle sorumlu olmak kaydıyla rücuen tahsilini talep edebileceğinin kabulü gerekirken yazılı şekilde yanılgılı gerekçeye dayalı olarak hüküm kurulması doğru olmamıştır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün, davacı yararına **BOZULMASINA**, peşin alınan harcın istek halinde temyiz edene iadesine, kararın tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 07.03.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.

YARGITAY 16. CEZA DAİRESİ

İNTERNET DOLANDIRICILIĞI • ÖRGÜTLÜ SUÇ

ÖZET: Örgüt soyut bir birleşme değildir, bünyesinde hiyerarşik bir ilişki hakimdir. Bu hiyerarşik ilişki, bazı örgüt yapılanmalarında gevşek bir nitelik taşıyabilir. Bu ilişki dolayısıyla örgüt, mensupları üzerinde hakimiyet tesis eden bir güç kaynağı niteliğini kazanmaktadır.

Y. 16. CD E: 2015/1334 K:2017/4120 T:18/05/2017

Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Hükmedilen cezaların süresine göre bir kısım sanıklar müdafii Av....'in duruşmalı inceleme talebinin CMUK'un 318. maddesine göre oybirliğiyle REDDİNE,

I-Tüm sanıklar hakkında dolandırıcılık ve sanıklar ... ve ... haklarında suç işlemek amacıyla örgüt kurmak ve yönetmek suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesinde;

TCK'nın 220. maddesinde tanımlanan "örgütün" varlığının kabul edilebilmesi için hiyerarşik ilişki içinde olan en az üç kişiden teşekkül etmesi, örgütün yapısının sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaçlanan belirsiz sayıda suçları işlemeye elverişli bulunması, suç işlemek amacı etrafında fiili bir birleşme ile işbirliği, eylemli paylaşım anlayışı içinde hareket etmesi ve bu amaçlar doğrultusunda faaliyette bulunup, "devamlılık" göstermesi gerekir.

Örgüt niteliği itibarıyla devamlılığı gerektirdiğinden, kişilerin belli bir suçu işlemek veya bir suç işlemek için bir araya gelmesi halinde, örgütten değil iştirak iradesinden söz edilebilecektir. Ancak, amaçlanan suçları işlemede kolaylık sağladığı için işlenmesi amaçlanan suçlar açısından hazırlık hareketi niteliğinde olan örgütün varlığı için, amaç suçları işleme zorunluluğu olmadığı da dikkate alındığında, devamlılığın belirlenmesi noktasında yalnız amaç suçların sürekli bir şekilde işlenmesi değil, öncelikli olarak, amaç suçları sürekli biçimde işleme kararlılığının mevcut olup olmadığının araştırılması zorunludur.

Örgüt soyut bir birleşme değildir, bünyesinde hiyerarşik bir ilişki hakimdir. Bu hiyerarşik ilişki, bazı örgüt yapılanmalarında gevşek bir nite-

lik taşıyabilir. Bu ilişki dolayısıyla örgüt, mensupları üzerinde hakimiyet tesis eden bir güç kaynağı niteliğini kazanmaktadır.

Somut olayda, iletişimin tespiti tutanakları, Tüketici ve Rekabetin Korunması Müdürlüğünce hazırlanan suç duyurusu raporu, ele geçen materyallere ilişkin değer tespit tutanağı ve tüm dosya kapsamına göre; merkezi yurtdışında olan ve Uluslararası çapta faaliyet gösteren suç örgütünün Türkiye'deki faaliyetlerini yöneten sanıklar ... ve ... yöneticiliğinde Mardin ve Batman illerinde de örgütsel faaliyette bulunmak üzere bir araya geldikleri, merkezi ve bağlantıları yurtdışında bulunan oluşuma bağlı olarak Türkiye'de ... Marketing isimli piramidal yapıda kurulan sistem üzerinden yürütülen faaliyetlerde, mağdurlarla eğitim adı altında ikna toplantıları yaparak aylık yüksek bir kazançları olabileceğini vaad ettikleri, sisteme ticari bir görüntü vererek meşruiyet kazandırmak amacıyla internet sitesi üzerinden kolye, saat gibi eşyalar ile tatil paketlerini değerinin çok üzerinde fiyatlarla satışını yaparak üye kaydı yaptıkları, sistemin yeni üye olanlarca başka kişilerin aynı yöntemlerle üye yapılması suretiyle yürütüldüğü, sanıkların eylemli işbirliği içinde oldukları, yönetici konumunda olup eylemlere katılacak kişileri de belirledikleri, kazançtan pay aldıkları, aralarında gevşek bile olsa bir hiyerarşi yapı bulunduğu anlaşılmakla eylemlerinin atılı suç örgütü kurmak, yönetmek ve dolandırıcılık suçunu oluşturduğuna dair mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamede yer alan bozma düşüncesine iştirak olunmamıştır.

Dolandırıcılık suçunun niteliği gereği mağduru belli olmayan suç olarak kabulüne yasal imkan bulunmadığından sanıkların her bir mağdura karşı işledikleri sabit olan dolandırıcılık suçundan mağdur sayısınca cezalandırılmalarına karar vermek gerekirken, olayda yasal şartları ve uygulanma yeri bulunmadığı halde tek suçtan verilen cezanın TCK'nın 43/1. maddesi gereğince artırılması ile yetinilmesi ve sanıkların örgüt yapılanmasındaki konumları ile müsnet suçun işlenmesinde eylemlerinin sonuca olan katkısı gözetildiğinde temel cezanın belirlenmesinde suç örgütü kurmak ve yönetmek suçundan asgari hadden uzaklaşılarak ceza tayin edildiği halde dolandırıcılık suçundan asgari hadden eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.

TCK'nın 58/9. maddesi bir ceza değil, cezaya bağlı olarak uygulanacak infaz rejimi ile ilgili bir kurum olup, bu konunun gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, gerekse Dairemizin yerleşik uygulamaları karşısında kazanılmış hak oluşturmayacağı gözetilerek kurulan hükümlerde anılan maddenin, ayrıca Anayasa Mahkemesinin 24.11.2015 tarih ve 29542 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 08.10.2015 tarih, 2014/140 E, 2015/85 K. sayılı iptal kararının TCK'nın 53. maddesinin uygulanması yönünden infaz aşamasında gözetilmesi mümkün görülmüştür.

Yapılan yargılama sonunda toplanan deliller karar yerinde incelenip sanıkların suçlarının sübutu kabul, olay niteliğine ve kovuşturma sonuçlarına uygun şekilde vasfı tayin edilmiş, cezaları azaltıcı sebebin niteliği takdir kılınmış, savunmaları inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümlerde bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan, sanıklar müdafiilerinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin ONANMASINA,

II-Sanıklar ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme suçundan kurulan hükümlerin incelenmesinde;

1-Örgüt üyelerine talimat verme, inisiyatif kullanma gibi herhangi bir yöneticilik faaliyeti tespit edilemeyen sanıkların, sistemin tanıtılması ve yeni üye kazandırılması yönündeki faaliyetlerin belli ofislerde ve süreklilik arz eder biçimde gerçekleştirilmesi ile sanıklar ... ve ...'nun talimat ve bilgileri doğrultusunda para transferi gerçekleştirmekten ibret eylemlerinin TCK'nın 220/2. maddesinde düzenlenen suç örgütüne üye olma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle suç vasfında hataya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi,

2-Sanıklar ..., ..., ..., ..., ..., ... ve ...'ın, gerekçede örgüt üyesi oldukları kabul edildiği halde örgüt yöneticiliğinden hüküm kurulmak suretiyle gerekçe ve hüküm arasında çelişki oluşturulması,

Kanuna aykırı, sanıklar müdafiilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükümlerin bu sebeplerden dolayı **BOZULMASINA,** 18.05.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY 23. CEZA DAİRESİ

TELEFON İLE DOLANDIRICILIK

ÖZET: Öncelikle sanığın işitme engelli olup olmadığı, suç tarihi itibariyle varsa mevcut arazı dâhilinde telefonla görüşme yapıp yapamayacağı, konuşma ve duyma işlevini yerine getirip getiremeyeceği hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor aldırılması, sanığın suç tarihinde gerçekten işitme engelli olduğunun tespiti halinde CMK'nın 150/2. maddesi uyarınca müdafii atanarak yeniden savunmasının alınması, alınacak savunmasında özellikle banka hesap hareketlerinde görünen ve suç tarihinde pos makinesi üzerinden yapılan harcamaların kendisine ait olup olmadığının sorulması, bu harcamaların kendisi tarafından yapılmadığını beyan etmesi halinde ise söz konusu harcamalara ilişkin iş yerlerinden kayıtların getirtilerek harcama yapan kişinin tespitine çalışılması gerekir.

Y. 23. CD E: 2016/2248 K: 2016/5381 T:27/04/2016

Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.04.2014 tarihli kararında belirtildiği üzere, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 35. maddesine göre yapılan tebligatın geçerli olabilmesi için ilgilinin kendisine veya adına tebliğ yapılabilecek kimselere, belirtilen adreste kanunun gösterdiği usullere göre daha önceden bir tebligatın yapılmış olması gerekmekte olup, sanığın sorgusunda belirtmiş olduğu adresine daha önce her hangi bir tebligat yapılmamış olması nedeni ile 7201 sayılı Tebligat Kanunu 35. maddesine göre yapılan tebligatın usulsüz olduğu anlaşılmakla, mahkemenin temyiz isteminin reddine dair 03/12/2015 tarihli ek kararın kaldırılarak, sanığın temyiz isteminin öğrenme üzerine ve süresinde olduğuna karar verilerek yapılan incelemede;

Sanığın, suç tarihinde kullandığı ... numaralı cep telefonu ile katılanı

arayarak, şirketlerine ait ... 'da ki şantiyede aylık 1500 Euro maaş ile işçi alacaklarını, ancak öncelikle rapor ve şartname için toplamda 355 TL paranın gönderilmesi gerektiğini söyleyip, katılanın inanmasını sağladıktan sonra, adına kayıtlı banka hesabına 355 TL paranın katılan tarafından yatırılmasını sağlamak suretiyle dolandırıcılık suçunu işlediği iddia ve kabul olunan somut olayda;

1) Sanığın gönderdiği temyiz dilekçesinde ve alınan savunmasında "%92 oranında işitme engelli olması nedeni ile telefon ile konuşarak iletişim kurmadığını, bu nedenle telefonla dolandırıcılık suçunu işlemesinin mümkün olmadığını, bu dava nedeni ile hiç ifadesinin alınmadığını, dolandırıcılık eyleminde kullanılan ve adına kayıtlı bulunan 0 537 ... numaralı hattın boşandığı eşi tarafından kullanıldığı ve hatta bu telefon hattının kendisinin bilgisi dışında alındığına, kendisinin suçu işlemediğine, eski eşinin yakınlarının suçu işleyerek üzerine attıklarına" ilişkin savunmaları karşısında, gerçeğin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde tespiti bakımından, öncelikle sanığın işitme engelli olup olmadığı, suç tarihi itibariyle varsa mevcut arazı dahilinde telefonla görüşme yapıp yapamayacağı, konuşma ve duyma işlevini yerine getirip getiremeyeceği hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor aldırılması, sanığın suç tarihinde gerçekten işitme engelli olduğunun tespiti halinde CMK'nın 150/2. maddesi uyarınca müdafii atanarak yeniden savunmasının alınması, alınacak savunmasında özellikle banka hesap hareketlerinde görünen ve suç tarihinde pos makinesi üzerinden yapılan harcamaların kendisine ait olup olmadığının sorulması, bu harcamaların kendisi tarafından yapılmadığını beyan etmesi halinde ise söz konusu harcamalara ilişkin iş yerlerinden kayıtların getirtilerek harcama yapan kişinin tespitine çalışılması, ayrıca bu hesaba ait banka kartını kullanması için başka birine verip vermediğinin, verdi ise hangi tarihlerde kime verdiğinin sorulması ile, ... yazısı ekinde gönderilen ve sanığa ait banka hesabından başka bir tarihte ATM üzerinden yapılan para çekme işlemine ilişkin güvenlik kamera kayıtlarının çözümünün yapılması ile para çeken kişinin sanık olup olmadığı ile sanığın savunmasının doğru olup olmadığının tespiti, ayrıca suçta kullanılan ve suç tarihinden bir gün sonra sanığa ait banka hesabından kontör yüklemesi yapılan ... numaralı telefona ilişkin abonelik sözleşmesi asılları ile suç tarihinden önce ve sonraki tarihlere ilişkin HTS kayıtlarının getirtilerek, bu hattın kim tarafından kullanıldığının tespiti ile gerekirse abonelik sözleşmesi üzerinde imza ve yazı incelemesi yaptırılması, ayrıca sanığın boşandığı eşi olan ... 'ün tanık sıfatıyla beyanın alınarak söz konusu hattın kendisi veya bir başka yakını tarafından kullanılıp kullanılmadığının sorulması ve toplanan tüm delillerin sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdirinin gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm verilmesi,

2) Kabule göre de,

a)sanık hakkında, tekerrüre esas alınan ... Sulh Ceza Mahkemesi'nin ilamının 27/01/2005 tarihinde kesinleşmesi nedeni ile tekerrüre esas alınamayacağı gözetilmeden tekerrür hükümlerinin uygulanması,

b) TCK'nın 53. maddesinin 3. fıkrası uyarınca 53/1-c bendindeki "velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan" yoksunluğun sanığın sadece kendi altsoyu yönünden koşullu salıverme tarihine kadar süreceği, altsoyu haricindekiler yönünden ise hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam edeceğinin gözetilmemiş olması ve ayrıca TCK'nın 53/1. maddesinde düzenlenen hak yoksunluklarının, Anayasa Mahkemesi'nin 24.11.2015 tarih ve 29542 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 08.10.2015 tarih, 2014/140 E, 2015/85 sayılı iptal kararı doğrultusunda uygulanması zorunluluğu,

Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca **BOZULMASINA,** 27/04/2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARARLI BİLGİLER

NOT: Veriler bilgi amaçlı olup olası yanlışlıklardan kaynaklı sorumluluk kabul edilmez.

YARGITAY'A GÖRE KİRA ARTIŞLARINDA UYGULANACAK ORANLAR						
AYLAR	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Ocak	9.59	5.50	4.96	15,66	28,70	14,52
Şubat	8.79	5.61	5.87	15,50	17,93	13,94
Mart	8.03	5.64	6.89	15,35	18,70	
Nisan	7.36	5.47	8.01	15,36	19,39	
Mayıs	6.98	5.19	9.02	15,80	19,91	
Haziran	6.74	4.91	9.98	16,57	19,88	
Temmuz	6.43	4.77	10.94	17,41	19,91	
Ağustos	6.14	4,51	12.05	18,78	19,62	
Eylül	5.92	4.07	13.26	21.36	18,27	
Ekim	5.58	3.83	14.47	23.73	16,81	
Kasım	5.33	3.93	15,38	25.52	15,87	
Aralık	5.28	4.30	15,82	27.01	15,18	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Aya Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2016	2017	2018	2019	2020	2016	2017	2018	2019	2020
Ocak	0.55	3,98	0,99	0,45	1,84	1.82	2,46	1,02	1,06	1,35
Şubat	-0.20	1,26	2,68	0,09	0,48	- 0.02	0,81	0,73	0,16	0,35
Mart	0.40	1,04	1.54	1,58		- 0.04	1,02	0.99	1.03	
Nisan	0.52	0,76	2.60	2,98		0.78	1,31	1.87	1,69	
Mayıs	1.48	0,52	3,79	2,67		0.58	0,45	1,62	0,95	
Haziran	0.41	0,07	3,03	0,09		0.47	-0,27	2,61	0,03	
Temmuz	0.21	0,72	1,77	-0,99		1.16	0,15	0,55	1,36	
Ağustos	0.08	0,85	6,60	-0,59		-0,29	0,52	2,30	0,86	
Eylül	0.29	0,24	10,88	0,13		0.18	0,65	6,30	0,99	
Ekim	0.84	1,71	0,91	0,17		1.44	2,08	2,67	2,00	
Kasım	2.00	2,02	-2,53	-0.08		0.52	1,49	-1,44	0,38	
Aralık	2.98	1,37	-2,22	0,69		1.64	0,69	-0,40	0,74	

Yıllara Göre Üfe / Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aralık Ayına Göre Artış Oranı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2016	2017	2018	2019	2020	2016	2017	2018	2019	2020
Ocak	0.55	3,98	0,99	0,45	1,84	1.82	2,46	1,02	1,06	1,35
Şubat	0.34	5,29	3,69	0,55	2,33	1.80	3,29	1,76	1,23	1,71
Mart	0.75	6,38	5,29	2.14		1.75	4,34	2.77	2.27	
Nisan	1.27	7,19	8,03	5,18		2.55	5,71	4.69	4,00	
Mayıs	2.77	7,74	12,12	7,99		3.15	6,18	6,39	4,99	
Haziran	3.19	7,82	15,52	8,09		3.63	5,89	9,17	5,01	
Temmuz	3.41	8,60	17,56	7,02		4.84	6,05	9,77	6,44	
Ağustos	3.49	9,52	25,32	6,39		4,53	6,60	12,29	7,35	
Eylül	3.79	9,78	38,96	6,53		4.72	7,29	19,37	8,42	
Ekim	4.66	11,66	40,22	6,71		6.23	9,52	22,56	10,59	
Kasım	6.76	13,91	36,68	6,63		6.78	11,16	20,79	11.01	
Aralık	9.94	15,47	33,64	7,36		8.53	11,92	20,30	11,84	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde Bir Önceki Yılın Aynı Ayına Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2016	2017	2018	2019	2020	2016	2017	2018	2019	2020
Ocak	5.94	13,69	12,14	32,93	8,84	9.58	9,22	10,35	20,35	12,15
Şubat	4.47	15,36	13,71	29,59	9,26	8.78	10,13	10,26	19,67	12,37
Mart	3.80	16,09	14,28	29,64		7.46	11,29	10.23	19,71	
Nisan	2.87	16,37	16,37	30,12		6.57	11,87	10.85	19,50	
Mayıs	3.25	15,26	20,16	28,71		6.58	11,72	12,15	18,71	
Haziran	3.41	14,87	23,71	25,04		7.64	10,90	15,39	15,72	
Temmuz	3.96	15,45	25,00	21,66		8.79	9,79	15,85	16,65	
Ağustos	3,03	16,34	32,13	13,45		8,05	10,68	17,90	15,01	
Eylül	1.78	16,28	46,15	2,45		7.28	11,20	24,52	9,26	
Ekim	2.84	17,28	45,01	1,70		7.16	11,90	25,24	8,55	
Kasım	6.41	17,30	38,54	4,26		7.00	12,98	24,62	10,56	
Aralık	9.94	15,47	33,64	7,36		8.53	11,92	20,30	11,84	

Yıllara Göre Üfe/Tüfe Endekslerinde 12 Aylık Ortalamalara Göre Artış Hızı										
AYLAR	ÜFE					TÜFE				
	2016	2017	2018	2019	2020	2016	2017	2018	2019	2020
Ocak	5.50	4,96	15,66	28,70	15,71	7.87	7,76	11,23	17,16	14,52
Şubat	5.61	5,87	15,50	29,97	14,18	7.97	7,88	11,23	17,93	13,94
Mart	5.64	6,89	15,35	31,17		7.96	8,21	11.14	18,70	
Nisan	5.47	8,01	15,36	32,24		7.84	8,66	11.06	19,39	
Mayıs	5.19	9,02	15,80	32,85		7.71	9,09	11,10	19,91	
Haziran	4.91	9,98	16,57	32,81		7.74	9,36	11,49	19,88	
Temmuz	4.77	10,94	17,41	32,34		7.91	9,44	12,00	19,91	
Ağustos	4,51	12,05	18,78	30,51		7,98	9,66	12,61	19,62	
Eylül	4.07	13,26	21,36	26,44		7.92	9,98	13,75	18,27	
Ekim	3.83	14,47	23,73	22,58		7.89	10,37	14,90	16,81	
Kasım	3.93	15,38	25,52	19,68		7.79	10,87	15,63	15,87	
Aralık	4.30	15,82	27,01	17,56		7.78	11,14	16,33	15,18	

YİTİRDİKLERİMİZ

NAKİLLER / AYRILMALAR

Baromuzun 20657 sicil sayısında kayıtlı

Av. İsmail DORUK

11/02/2020 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1971 yılında Denizli Acıpayam'da doğmuş, 1994 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1996 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 10617 sicil sayısında kayıtlı

Av. Nevin KARAHAN

29/01/2020 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1941 yılında İstanbul'da doğmuş, 1964 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1977 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 23382 sicil sayısında kayıtlı

Av. Nurtekin SARISALTIKOĞLU

28/01/2020 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1949 yılında Tunceli Hozat Karaca'da doğmuş, 1976 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, 1999 yılında savcılıktan emekli olup, 1999 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 25312 sicil sayısında kayıtlı

Av. Sinan PATIR

26/01/2020 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1973 yılında Tokat'ta doğmuş, 1999 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 2001 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 34595 sicil sayısında kayıtlı

Av. Hilmi ÇETİNKAYA

25/01/2020 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1983 yılında Antalya Elmalı'da doğmuş, 2005 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 2007 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 17861 sicil sayısında kayıtlı

Av. Recep AKSOY

24/01/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhum 1965 yılında Üsküdar'da doğmuş, 1990 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1992 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhuma Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 27779 sicil sayısında kayıtlı

Av. Nimet ÇİFTÇİ

19/01/2020 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1956 yılında Kırklareli Babaeski'de doğmuş, 2001 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 2003 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 17684 sicil sayısında kayıtlı

Av. Hatice ÇİLENGER FIRTINA

11/01/2020 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1951 yılında Adana'da doğmuş, 1990 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1991 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

Baromuzun 4529 sicil sayısında kayıtlı

Av. Hatice MUALLA YALOVALI

12/12/2019 tarihinde vefat etmiştir.

Merhume 1935 yılında İstanbul'da doğmuş, 1958 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş, stajını Baromuzda yaptıktan sonra 1960 yılında Baromuz levhasına kaydolmuştur.

Merhumeye Tanrı'dan rahmet, kederli ailesine ve meslektaşlarımıza başsağlığı dileriz.

NAKİLLER

Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
1	15779	MEHMET	TURAL	MERSİN BAROSU	30/01/2020
2	18116	CİHAN	TOKAT	EDİRNE BAROSU	13/02/2020
3	20777	FATMA	REÇBER ALADAĞ	YALOVA BAROSU	09/01/2020
4	22556	SALİH	SANCAR	MARDİN BAROSU	16/01/2020
5	28004	CEMAL	TANLIK	İZMİR BAROSU	09/01/2020
6	30076	IŞIL	AKTUYUN	TEKİRDAĞ BAROSU	06/02/2020
7	31976	NUH	BELEN	ORDU BAROSU	16/01/2020
8	33809	İBRAHİM	KARSLI	KOCAELİ BAROSU	16/01/2020
9	34952	OLGAÇ	NACAKCI	ANTALYA BAROSU	09/01/2020
10	36269	SENEM	KİRAZ	İZMİR BAROSU	06/02/2020
11	36956	AYSUN	CELE	İZMİR BAROSU	13/02/2020
12	37672	MELTEM	SALMAN	MUĞLA BAROSU	06/02/2020
13	38505	TUĞBA	ERTEN	BURSA BAROSU	13/02/2020
14	38808	ABDULLAH	YÜKSEL	SAMSUN BAROSU	09/01/2020
15	39695	TUBA	KAYALIK ŞEN	ANKARA BAROSU	06/02/2020
16	40023	AYŞE ÖZGE	DAĞGEZ	ANKARA BAROSU	30/01/2020
17	40451	ELÇİN	BAYBURT	BALIKESİR BAROSU	23/01/2020
18	41160	EMRE	ÖZEN	TEKİRDAĞ BAROSU	23/01/2020
19	42713	PINAR	DERİN	İZMİR BAROSU	09/01/2020
20	43679	EMEK SEMEN	YAKAR	BALIKESİR BAROSU	13/02/2020
21	43887	AÇELYE	BALYEMEZ	ANKARA BAROSU	30/01/2020
22	44531	ESRA	KAYA	BALIKESİR BAROSU	13/02/2020
23	46382	BEGÜM	GÜLER	İZMİR BAROSU	09/01/2020
24	46979	AYLİN	AYKIN	MUĞLA BAROSU	06/02/2020
25	47231	BURÇİN	HİTİT	BOLU BAROSU	23/01/2020
26	47806	YASEMİN	PEKTOYLAN	BURSA BAROSU	16/01/2020
27	47981	OKAN	İLMEN	BURSA BAROSU	16/01/2020
28	47999	NASİP SERKAN	KOÇ	BURSA BAROSU	30/01/2020
29	49113	EYLÜL ECEM	DURAK	İZMİR BAROSU	16/01/2020
30	50549	MERVE	ÖNDER	ANTALYA BAROSU	16/01/2020
31	51194	ASLI	ÖZBEY	İZMİR BAROSU	09/01/2020
32	51618	EZGİ	BALTA	İZMİR BAROSU	23/01/2020
33	51724	BEGÜM	SOYDAN	İZMİR BAROSU	23/01/2020
34	52045	NUR ELVİN	OKTAY ÖZALAN	MALATYA BAROSU	06/02/2020
35	52233	ÇAĞATAY	KOYUNCU	ADANA BAROSU	30/01/2020
36	53063	ZEYNEP	ÖZÇAMUR	ESKİŞEHİR BAROSU	16/01/2020
37	53608	GAMZE	USTA	ORDU BAROSU	23/01/2020

NAKİLLER					
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Nakil Baro**	**Hareket Tarihi**
38	53881	ALPER	PEKCAN	BURSA BAROSU	30/01/2020
39	54126	MÜZEYYEN N.	DOĞAN	BURSA BAROSU	16/01/2020
40	55066	SİMGE	OĞUZ	ANKARA BAROSU	16/01/2020
41	55847	CEREN	ÇAKIR	KONYA BAROSU	30/01/2020
42	55886	AHMET Ç.	YAPILCAN	AKSARAY BAROSU	30/01/2020
43	56628	İKBAL	AYTAÇ	ÇANAKKALE BAROSU	13/02/2020
44	56770	GİZEM	ÜNER AKMAZ	DİYARBAKIR BAROSU	30/01/2020
45	56799	ZEHRA	KÜÇÜKASLAN	İZMİR BAROSU	13/02/2020
46	56810	ECE	TEKKUŞ	MERSİN BAROSU	16/01/2020
47	57378	METAL	ASLAN	AĞRI BAROSU	16/01/2020
48	57697	SİMGE	KÖYBAŞI	HATAY BAROSU	16/01/2020
49	57864	MURAT	AKIŞ	İZMİR BAROSU	23/01/2020
50	57958	CEYLAN	BİLİCİ	MERSİN BAROSU	30/01/2020
51	58012	ALPEREN	KAYSERİLİ	SAMSUN BAROSU	13/02/2020
52	58071	CANSU	ADALI	SAKARYA BAROSU	16/01/2020
53	58095	EMRE	BAL	İZMİR BAROSU	23/01/2020
54	59086	BİRCE	YETİM	KIRKLARELİ BAROSU	30/01/2020
55	59666	ZEYNEP NUR	OKUR	TRABZON BAROSU	13/02/2020
56	60198	ROJDA	KÖROĞLU	AĞRI BAROSU	09/01/2020
57	60293	CEMRE	CANBAZ	ANKARA BAROSU	30/01/2020
58	60866	ALİ	ER	ESKİŞEHİR BAROSU	16/01/2020
59	60902	DAMLA	KAYNAR	İZMİR BAROSU	30/01/2020
60	61032	İREM	YÜKSEL	ANKARA BAROSU	06/02/2020
61	61324	BOTA	BOTASUN	ANTALYA BAROSU	30/01/2020
62	62087	YUSUF	ÇETİN	İZMİR BAROSU	30/01/2020
63	62472	NURBEN L.	BİLİCİ	ANKARA BAROSU	09/01/2020
64	62635	BİLGE	YILDIZ	SAMSUN BAROSU	13/02/2020
65	62636	BİLGE	KASIRGA	İZMİR BAROSU	23/01/2020
66	63409	TUĞÇE	EKŞİ	ANTALYA BAROSU	13/02/2020
67	63710	MUSTAFA	AKAGÜNDÜZ	MANİSA BAROSU	06/02/2020
68	63778	BÜŞRA	DARILMAZ	AKSARAY BAROSU	13/02/2020
69	64545	KÜBRA	YILMAZ	KOCAELİ BAROSU	16/01/2020
70	65523	ŞEMSİ	EGİ	İZMİR BAROSU	16/01/2020
71	65756	İDİL	KALFA	ADANA BAROSU	13/02/2020
72	66167	SERHAN	DERİCİ	AYDIN BAROSU	16/01/2020
73	66508	ROZALİN	ERDEDE	İZMİR BAROSU	23/01/2020
74	66924	NAMIK BERKE	ALPCAN	NEVŞEHİR BAROSU	13/02/2020

NAKİLLER					
Sıra No	Sicil No	Adı	Soyadı	Nakil Baro	Hareket Tarihi
75	67404	HAKAN	TUNCAY	KIRIKKALE BAROSU	23/01/2020
76	67431	BÜLENT	KADAKAL	MUĞLA BAROSU	23/01/2020
77	67560	DİLEK HAZAL	AKSU	BURSA BAROSU	16/01/2020
78	67681	MERVENUR	İSKENDER	SAKARYA BAROSU	13/02/2020
79	68160	AHMET CAN	GÜRLEK	İZMİR BAROSU	13/02/2020
80	68286	ZAHİDE	GÖKŞENLİ	OSMANİYE BAROSU	23/01/2020
81	68441	CEMİLE	DÜNDAR	SİİRT BAROSU	30/01/2020
82	68528	MERVE	URUÇ	HATAY BAROSU	06/02/2020
83	68598	TUĞBA	AKPINAR	ÇANAKKALE BAROSU	13/02/2020
84	68656	EZGİ	TEKİN	GAZİANTEP BAROSU	16/01/2020
85	68700	BURAK	KÖMBE	ORDU BAROSU	13/02/2020
86	68810	TUĞÇE	USTA	ORDU BAROSU	13/02/2020
87	68865	EYLÜL	ADAMHASAN	ADANA BAROSU	13/02/2020

AYRILMALAR				
Sıra No	**Sicil No**	**Adı**	**Soyadı**	**Hareket Tarihi**
1	7495	ALTAN	KAVAK	16/01/2020
2	11068	MUSTAFA TUNÇ	ELİÇİN	23/01/2020
3	11920	MAHMUT	BAYRAKCI	16/01/2020
4	16126	HÜSNİYE	HAFIZOĞLU	13/02/2020
5	16783	FİLİZ	ÇİLER	23/01/2020
6	16932	PELİN	GÜVEN	23/01/2020
7	19056	HASAN VEDAT	MUMYAPAN	23/01/2020
8	19635	DURSUN	ALKİN	23/01/2020
9	24289	TEVFİK AYBARS	ERÇETİN	1/30/2020
10	33361	NAZLI NUR	AKYOL ÇINAR	2/6/2020
11	33591	ERCAN	KUŞ	2/6/2020
12	37078	CANAN	YÜCEL PEKİÇTEN	1/9/2020
13	38850	DENİZ	KAYATEKİN	23/01/2020
14	43082	MEHMET ALİ	ÇEVİKER	23/01/2020
15	51839	DİDEM	YALÇINTAŞ	1/9/2020
16	62036	İSMAİL ABDULLAH	EREN	23/01/2020
17	62625	HACER	SALUR ÇELİK	16/01/2020
18	63645	REYHAN	GÖRÜNMEZ	13/02/2020
19	64618	AYŞE İREM	BAYRAKTAR	30/01/2020
20	64961	DİDEM HİCRAN	ERSAN	16/01/2020
21	67390	FURKAN	TURAN	30/01/2020
22	68134	SİBEL	KABADAYI	30/01/2020

KAVRAM DİZİNİ

Kavram Dizini

A

48 SAAT ÇALIŞMA 493
ADRES KAYIT SİSTEMİ 545
AİLE KONUTUNDA İPOTEK 369
ALT İŞVEREN 475, 595
ALT İŞVERENİN İŞÇİSİ 600
ALT İŞVEREN İŞÇİSİ 614
ANAHTAR TESLİMİ 288
ANAYASA MAHKEMESİ KARARI 496
ARACIN DEĞİŞTİRİLMESİ 353
ARAÇ RAYİÇ VE SOVTAJ DEĞERİ 568
ARAÇ YARARLANMA BEDELİ 535
ASGARİ GEÇİM İNDİRİMİ 478
ASIL - ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ 538
ASIL İŞ VEREN 475
ASIL İŞVEREN 450
ASIL İŞVERENİN KADROSUNA GEÇİŞ 614
ASKERLİK ÇAĞI 575
AVANS FAİZİ 536
AVUKATA YANLIŞ BİLGİ VERİLMESİ 441
AVUKATIN İSTİFASI 541
AVUKATLIK ÜCRETİ 403
AYNI EYLEM İÇİN İKİ AYRI CEZA VERİLMESİ 611

B

BAĞIMSIZ İŞYERİ 392
BAĞLAMA LİMANI 590
BANKANIN SORUMLULUĞU 369, 522
BANKA PERSONELİNİN YAPTIĞI YOLSUZLUK 522
BASIN İŞ KANUNU 491, 496
BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ 385, 388
BEKETİCİ MESELE 397
BEKLETİCİ MESELE 434
BELEDİYE MALLARI 529
BELEDİYENİN GÖREVLERİ 450
BELİRSİZ ALACAK DAVASI 436
BORÇLAR KANUNU 578
BORDRO TAHAKKUKLARI 437

C

ÇALINTI ARAÇ 535

D

DAVA ARKADAŞLIĞI 472
DAVADAN FERAGAT 472
DAVADA YETKİ 590
DAVA DIŞI TALEPLER 480
DAVA KONUSUNDA AYRILIK 550
DAVANIN AÇILMIŞ SAYILMASI 441
DAVA ŞARTI 366
DENİZ İŞ KANUNU 588, 590
DESTEKTEN YOKSUNLUK 566, 573
DESTEKTEN YOKSUNLUK ZARARI 575

E

ECRİMİSİL 391
EMEKLİ İKRAMİYESİ 426
EMEKLİ İKRAMİYESİ PEŞİN DEĞERLİ HESAPLAMA ... 405
ESER SÖZLEŞMESİ 550
ESKİ HALE GETİRME 381
EŞİN RIZASI KOŞULU 369
EŞLER ARASINDA MAL REJİMİ 409
EVLİ KİŞİYLE BİRLİKTE OLMA 294
EYLEMLİ FESİ 489

F

FAİZLER 484
FAİZ TÜRÜ 522
FAZLA ÇALIŞMA 493, 617
FAZLA ÇALIŞMALAR 437, 448
FAZLA ÇIKAN ALACAK 487
FERAGAT VE KABUL 546

G

GECE ÇALIŞMALARI 617
GEÇERSİZ FESİH 611
GEMİ ADAMI 478, 484, 486, 493
GEMİ ADAMI SIFATI 467
GEMİDEKİ TEMİZLİK PERSONELİ 467

GEMİ HACZİ 526
GİZLİ AYIP 353
GÖNDEREN İLE GÖNDERİLENİN SORUMLULUĞU ... 309
GÖREVLİ MAHKEME 376, 586, 588

H

HACİZ 529
HAFTADA BEŞ GÜN ÇALIŞMA 466
HAK DÜŞÜMÜ SÜRES 304
HAKLI FESİH 473, 482, 493
HATA 361
HATANIN ŞARTLARI 364
HESAPLAMA YÖNTEMİ 413
HUKUKİ YARAR KOŞULU 371

I

İBRANAME 571
İCRA CEZA 531
İCRA ÖDEMESİNDE VERGİ KESİNTİS 403
İÇ İLİŞKİDE SÖZLEŞME 622
İFLAS ERTELEME KARARI 317
İHBAR TAZMİNATI 484
İHTİYATİ HACİZ 526
İLLİYET 514
İMZALI BORDROLAR 448
İNTERNET DOLANDIRICILIĞI 625
İPOTEĞİN PARAYA ÇEVRİLMESİ 317
İSTİNAF KANUN YOLU 528
İSTİRDAT DAVASI 557
İŞÇİLİK ALACAKLARI 327, 584
İŞÇİYE KARŞI SORUMLULUK 595
İŞ KANUNU 486
İŞ KAZASI 586, 592, 595, 600, 603
İŞ KAZASININ TESPİTİ DAVASI 502
İŞ KAZASI TESPİTİ 514
İŞKOLU TESPİTİ 392, 434
İŞ KOLU UYUŞMAZLIĞI 397
İŞLETME KAVRAMI 397, 442, 457, 462
İŞLETME TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ 392, 442, 446, 457, 462
İŞ MAKİNESİ KİRALANMASI 376
İŞ ŞARTLARININ AĞIRLAŞTIRILMASI 489

İŞYERİ DEVRİ 614
İŞYERİ ŞARTLARI 511
İTİRAZIN İPTALİ 480
İTİRAZIN İPTALİ DAVASI 487
İTİRAZIN İPTALİ VE KALDIRILMASI 304

K

KALP HASTALIĞINDAN ÖLÜM 511
KALP KRİZİNDEN DOĞAN ÖLÜM 503
KALP KRİZİNDEN ÖLÜM 514
KAMU TÜZEL KİŞİSİ 534
KARAR DÜZELTME 555
KARŞI TARAFIN ZARARI 361
KASKO POLİÇESİ 568
KATMA DEĞER VERGİSİ 378
KAZANÇ BELİRLEME 592
KEFALET 578
KIDEM TAZMİNATI FAİZİ 486
KISMİ DAVA 391
KİRALAMA 450
KİRALANAN YERİN TAHLİYESİ 381
KİRA SÖZLEŞMESİ 378
KİRA TESPİT DAVASINDA SÜRE 383
KİŞİLİK HAKLARI 343, 385
KOOPERATİFE AİT İNŞAAT 288
KÖTÜ NİYETLİ TEMYİZ 371, 375
KULLANMA ŞARTLARI 361
KUSUR 514
KUSUR ORANI 275
KUSUR TESPİTİ 503

M

MADDİ HATA 555
MADDİ ZARAR 603
MAHSUP 437
MAHSUP YAPILMASI 448
MAL REJİMİ 419, 426, 429
MAL REJİMİ TASFİYESİ 422
MAL TASFİYESİ 413
MALULİYET TESPİTİ 508
MANEVİ TAZMİNAT 603
MANEVİ TAZMİNAT DAVASI 294
MENFİ TESPİT DAVASI 299

MESLEK HASTALIĞI 506
MUAFİYET TUTARI ve ÖDEME 562
MUVAZAA 475
MÜTESELSİL SORUMLULUK 275, 538, 622

N

NAFAKA BORCUNDA FAİZ 368
NAFAKA BORÇLUSUNUN ÖDEMELERİ 373

O

OLMAYAN DÂHİLİ DAVA İŞLEMİ 581
ORTAK GİRİŞİM ŞİRKETLERİ 532
OY HAKKI 518
ÖDEME GÜNKÜ VERİLERE GÖRE HESAPLAMA 571
ÖĞRENİM GÖREN ÇOCUK 573
ÖNALIM HAKKI 548
ÖRGÜTLÜ SUÇ 625
ÖZEL NEDENLE İSTİFA 493

P

PARA CEZASI 371, 375
PAY DAĞILIMI 566
PEŞİN SERMAYELİ DEĞER HESABI 429

S

SAĞLIK PERSONELİ 437
SEFERDEN MEN KARARI 526
SIFIR MALULİYET 603
SİGORTALILIĞIN BAŞLANGICI 606
SİYASİLERİN SERT ELEŞTİRİYE KATLANMASI 343
SORUMLULUK 475
SUÇ ÖRGÜTÜ İLE İRTİBATLI GÖSTERMEK 388
SÜRE 528
ŞİKAYET 531
ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİ 518

T

TAM EDA DAVASI 327
TAPU KAYITLARINDA MADDİ HATALAR 366
TARAF SIFATI 532
TARAF TEŞKİLİ 502
TAŞIMA ÜCRETİ 309

TAZMİNAT HESABI 275
TEBLİGAT USULÜ 545
TEBLİĞ KOŞULU 304
TELEFON İLE DOLANDIRICILIK 628
TEREKE HAKLARININ KORUNMASI 299
TİCARİ İŞ 536
TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNDEN YARARLANMA 619
TRAFİK KAZASI 561
TRH 2010 YAŞAM TABLOSU 422
TURİSTİK AMAÇLA KULLANILAN TEKNE 609
TÜKETİCİ MAHKEMESİ 585
TÜKETİCİ SIFATI 534

U

USUL HUKUKU 581
UYGULANACAK HÜKÜMLER 508
UYGULANACAK KANUN 609
ÜCRETİN ÖDENMEMİŞ OLMASI 473

V

VEKALET ÜCRETİ 541

Y

YABANCI BAYRAKLI GEMİ 584, 586, 588
YANGIN SİGORTASI 562
YARGITAY'DA MADDİ HATA 557
YASAL AVUKATLIK ÜCRETİ 436
YAYANIN TAM KUSURU 561
YETKİLİ MAHKEME 446
YETKİLİ MAKAM 454
YETKİ TESPİTİ 397, 434
YETKİ TESPİTİNE İTİRAZ 454
YILLIK İZİN ÜCRETİ 466, 491
YILLIK ÜCRETLİ İZİN 482
YOLCUNUN HAKLARI 585
YURT DIŞI BORÇLANMASI 606
YÜZDELİK İSKONTO ORANI 409, 419

Z

ZAMANAŞIMI 391, 473
ZİNCİRLEME SÖZLEŞMELER 484