

**"İçtihat Metni"**

MAHKEMESİ :Sulh Hukuk Mahkemesi

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı, emlak komisyoncusu olduğunu, davalıya ait taşınmazın satışına aracılık edilmesi hususunda davalı ile aralarında 14.2.2011 tarihinde 1 yıl süreli aracılık sözleşmesi (gayrimenkul tellallığı) imzaladıklarını, taşınmazın değerinin 100.000,00 TL olarak kararlaştırıldığını, davalının 13.7.2011 tarihinde sözleşmeye konu taşınmazı kendisine haber vermeden tapuda 3. kişiye sattığını ancak sözleşme gereğince kendisine ödenmesi gereken komisyon bedelini ödemediğini, sözleşme gereğince ödenmesi gereken komisyon bedelinin tahsili amacıyla başlatılan icra takibinin itiraz üzerine durduğunu ileri sürerek itirazın iptali ile takibin devamına, davalı aleyhine icra inkar tazminatına hükmedilmesini istemiştir.

Davalı, davanın reddini dilemiş, kötüniyetli takip başlatıldığından bahisle kötüniyet tazminatına hükmedilmesini istemiştir.

Mahkemece, bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucu davanın kısmen kabulü ile icra takibinin 4.720,00 TL asıl alacak üzerinden devamına, karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacının aşağıdaki bent kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine karar verilmesi gerekir.

2-Davacı, tellallık sözleşmesi gereği cezai şartın tahsili için başlattığı icra takibine vaki itirazın iptali istemi ile eldeki davayı açmıştır. Bozma öncesi mahkemece, taraflar arasındaki 14.2.2011 tarihli sözleşmeye göre satış bedeli üzerinden öngörülen cezai şartın geçerli olduğu ve davacıyı bağladığından tapu kaydındaki satış bedeli olan 44.000,00 TL üzerinden % 6 cezai şart bedeli yönünden davanın kısmen kabulüne dair verilen kararın taraflarca temyizi üzerine Dairemizin 01.02.2016 tarih, 2014/2186 esas, 2016/2326 karar sayılı ilamında;: "Davalının, davacı komisyoncuyu devre dışı bırakarak taşınmazı, tapuda dava dışı üçüncü kişiye 13.7.2011 tarihinde satmış olması nedeniyle sözleşmenin "satılık/kiralık emlakın özellikleri" başlıklı bölümünde taşınmazın 100.000,00 TL satış fiyatının olduğu ve sözleşme süresinin 1 yıl süreli olduğu belirlenmiş olup, sözleşmenin 10. maddesinde ise satış fiyatının % 3+ KDV'sinin tellalık ücreti olarak kararlaştırıldığına göre; takip ve dava konusu yapılan satış bedelinin % 6+ KDV oranındaki bedelin, % 3+ KDV'sinin davalı satıcı tarafından ödemesi gereken tellallık ücreti olup, davalının satıcı sıfatıyla sözleşme gereğince üstlendiği ücreti ödemekle yükümlü olduğunda duraksama olmamalıdır. Bunun dışında satış bedelinin geri kalan % 3 +KDV oranındaki kısmının ise cezai şart niteliğinde bulunduğu kabulü gereklidir. O halde davalı taşınmaz malikinin, davacı komisyoncuyu devre dışı bırakarak taşınmazı satmış olmasınedeniyle sözleşmede

cezai şart niteliğinde bulunduğunun kabulü gereklidir. O halde davalı taşınmaz malikinin, davacı komisyoncuyla devre dışı bırakarak taşınmazı satmış olması nedeniyle sözleşmede satış bedeli olarak gösterilen 100.000,00 TL üzerinden hesaplanacak % 6'sı + KDV oranındaki bedelden, % 3 + KDV'nin tellallık ücreti olarak ödenmesine karar verilmesi gerektiği gibi; geri kalan % 3 + KDV' oranındaki cezai şarttan ise Borçlar Kanunun 161/son maddesi gereğince gerekli indirim yapılarak davalının sorumluluğu yoluna gidilmesi gerekirken, mahkemece yanlışlıklarla değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. " gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiş, mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucu cezai şart bedelinden indirim yapılmak suretiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ve reddedilen miktar üzerinden davacı aleyhine yargılama giderleri ve vekalet ücretine hükmedilmiştir.

6100 sayılı HMK'nun 323/1-ğ maddesine göre, vekil ile takip edilen davalarda vekalet ücretinin yargılama giderlerinin kapsamındadır. Aynı Kanun'un 326. maddesine göre, yargılama giderleri davada haksız çıkan tarafa yükletilir. Davada iki taraftan biri kısmen haklı çıkarsa yargılama giderleri tarafların haklılık oranına göre belirlenir. Kural bu olmakla birlikte B.K 161/son maddesi gereği (T.B.K. 182/son) hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir. Cezai şarttan indirim yapılmasını davacının önceden takdir etmesi düşünülemez. Cezai şarttan indirim yapılması tamamen hakimnin takdirine ait olduğundan indirilen miktardan dolayı davacı taraf aleyhine yargılama giderleri ve avukatlık ücretine hükmedilemez. Bu nedenle mahkemece tenkis edilen miktar üzerinden davacı aleyhine yargılama gideri ve vekalet ücretine hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Ne var ki, yapılan bu yanlışlıkların giderilmesi yeni bir yargılamayı gerektirmediğinden kararın düzeltilerek onanması HUMK nun 438/7 maddesi gereğidir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacının ikinci bent kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bent gereğince temyiz olunan kararın hüküm başlıklı bölümünün; 4-b bendinde yer alan "b)Davalı kendisini vekil ile temsil ettirdiğinden karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre reddedilen miktar yönünden 900,00TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak vekille temsil edilen davalıya verilmesine," ibarenin hükümden tamamen çıkartılmasına, 6. bendinin hükümden tamamen çıkartılarak yerine aynen "Davacı tarafından yatırılan 70,15 TL peşin harç, temyizden önce yatırılan 94,75 TL ile 119,00TL temyiz yoluna başvuru harcı olmak üzere toplam 283,90 TL yargılama giderinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine" ibaresinin yazılmasına, 7. bendinin hükümden tamamen çıkartılarak yerine aynen "Davalı tarafından yapılan yargılama giderlerinin davalı üzerinde bırakılmasına" ibaresinin yazılmasına, hükmün düzeltilmiş bu şekliyle ONANMASINA, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/III-1 maddesi uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 26/02/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi.