

A N K A R A B A R O S U



HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU VE BORÇLAR KANUNU SEMPOZYUMU

24-25 MART 2011



Editör

Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi



ANKARA BAROSU BAŐKANLIĐI

Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

Tel: (0.312) 416 72 00

Faks: (0.312) 309 22 37

www.ankarabarusu.org.tr

ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ABEM

ANKARA BAROSU

EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ

Ihlamur Sk. No: 1 Kızılay/ANKARA

Tel: (0.312) 416 72 00

**GÖLBAŐI AV. ÖZDEMİR ÖZOK
SOSYAL TESİSLERİ**

Gazi Osman PaŐa Mah. Sahil Cd.

No: 46 GölbaŐı/ANKARA

Tel : (0.312) 485 03 93 - 484 46 06

ANKARA BAROSU

GELİNCİK MERKEZİ

Ihlamur Sk. No: 1 Kızılay/ANKARA

Tel: (0.312) 444 43 06

www.gelincikprojesi.com

www.gelincikprojesi.org

Grafik–Tasarım:

Ali Kemal ÇERŐİL

(Ankara Barosu)

Basım Yeri:

Başak Matbaacılık

Macun Mah. Anadolu Bulv. No: 5/15

Ostim–Yenimahalle /ANKARA

(0.312) 397 16 17

Bu kitaptaki görüş ve değerlendirmeler, katılımcıların kendi fikirleri olup, Ankara Barosu'nun görüşleri olarak nitelendirilemez ve Ankara Barosu'nun resmi bir yorumu olarak kabul edilemez.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	VI
SUNUŞ	1
I. OTURUM	3
TEBLİGAT KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER	5
Dr. Ahmet Cemal RUHİ	5
İSTİNAF MAHKEMELERİ	17
Av. Arslan TEMEL	17
HÂKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	25
Av. Ender DEDEAĞAÇ	25
II. OTURUM	41
HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU GENEL İNCELEMESİ	43
Av. Bülent Nuri KURDOĞLU	43
6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU İLE İSPAT VE DELİLLER KONUSUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER	49
Dr. Mustafa Göksu	49
HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NUN 1-143. MADDELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÖN İNCELEME	65
Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERMENEK	65
III. OTURUM	97
6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN TARİHÇESİ VE GENEL HÜKÜMLERİ	99
Av. Jülide SOYBAŞ	99
6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN HAKSIZ FİİLE İLİŞKİN HÜKÜMLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	105
Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR	105
HAKSIZ FİİL VE TAZMİNAT HUKUKU	121
Nedim AKKURT	121
IV. OTURUM	199
GENEL ANLATIM	201
Av. Kürşat KARACABEY	201
6098 SAYILI TBK'NUN ÖZEL BORÇ İLİŞKİLERİ AÇISINDAN	

DEĞERLENDİRİLMESİ	209
Av. Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu	209
İSTİSNA SÖZLEŞMESİ	221
Muammer ÖZTÜRK	221
KEFALET SÖZLEŞMELERİNDEKİ YENİLİKLER	225
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	225
6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA KİRA SÖZLEŞMESİ	235
Mithat CERAN	235
YENİ HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDA VEKÂLET ÜCRETİ	249
Av. Dr. Mehmet Savaş ÖZDAĞ	249

KISALTMALAR

AY	: Anayasa
BK	: Borçlar Kanunu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
E.	: Esas
H.D.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HMKT	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
K.	: Karar
md.	: Madde
Ör.	: Örneğin
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

SUNUŞ

Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü tarafından düzenlenen “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu*” konulu sempozyum, 24-25 Mart 2011 tarihleri arasında Ankara Adliyesi Konferans Salonu’nda gerçekleştirilmiştir. Ankara Barosu yönetici ve avukatlarının, akademisyenlerin, Yargıtay üyelerinin ve tetkik hakimlerin katkı ve katılımlarıyla gerçekleştirilen bu sempozyum, konu aldığı henüz yürürlüğe girmemiş iki Kanun’un ayrıntılı bir şekilde incelenmesi ve tartışılmasına fırsat sunduğu için ayrı bir öneme sahiptir.

Sempozyumun iki günlük sınırlı süresi içinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu’nun tüm içerikleriyle incelenmesi mümkün olmadığı için; konu sınırlaması yapılmış ve seçilen alanların güncel gelişmelerle olduğu kadar, uygulamada karşılaşılan sorunlarla da ilgili olması amaçlanmıştır. Bu nedenle sempozyumun ilk günü Hukuk Muhakemeleri Kanunu Oturumu’na, ikinci günü ise Borçlar Kanunu Oturumu’na ayrılmıştır. Her iki günde de sabah ve öğleden sonra olmak üzere ikişer oturum gerçekleştirilmiştir. Sempozyum, Ankara Barosu Başkanı Av. Metin Feyzioglu’nun yaptığı açılış konuşmasıyla başlamış ve tüm oturumlarına Av. Erol Aras başkanlık etmiştir.

I. Oturum’da Dr. Ahmet Cemal Ruhi, “*Tebliğat Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler*”; Av. Arslan Temel, “*İstinaf Mahkemeleri*” ve Av. Ender Dede-ağaç, “*Hakimin Hukuki Sorumluluğu*” başlıklı tebliğlerini sunmuşlardır. Sempozyum’un II. Oturumu Av. Bülent Nuri Kurdoğlu’nun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na ilişkin genel bir inceleme yaptığı konuşmasıyla başlamıştır. Daha sonra Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyeleri olan Dr. Mustafa Göksu, “*6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle İspat ve Deliller Konusunda Yapılan Değişiklikler*” ve Yrd. Doç. Dr. İbrahim Ermenek, “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 1-143. Maddelerinin Değerlendirilmesi ve Ön İnceleme*” başlıklı sunumlarını gerçekleştirmişlerdir.

III. Oturum, Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümler açısından incelenmesine ayrılmıştır. Bu oturumda öncelikle, Av. Jülide Soybaş tarafından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki değişikliklere ilişkin genel bir anlatım yapılmış ve Türk Borçlar Hukuku tarihçesi üzerinde durulmuştur. İkinci konuşmacı olan Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Yrd. Doç. Dr. Mürsel Başgül, Kanun’un Genel Hükümleri’nde yer alan değişikliklere ilişkin bir giriş yaptıktan sonra; ayrıntılı olarak genel işlem şartlarına dair hükümleri içeren incelemesini sunmuştur. Daha sonra

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Yrd. Doç. Dr. Emel Badur, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleri'ni haksız fiil düzenlemeleri açısından ele alan konuşmasını yapmıştır. Bu oturumun dördüncü konuşmacısı olan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Nedim Akkurt'un, haksız fiil ve tazminat hukuku konulu tebliğinin sunumu ile öğle arasına geçilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri açısından incelenmesine ayrılan IV. Oturum, Av. Kürşat Karacabey'in özel borç ilişkilerine ilişkin genel bir anlatım yaptığı konuşmasıyla başlamıştır. Daha sonra Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Av. Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu, "6098 Sayılı TBK'nun Özel Borç İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi" başlıklı tebliğini sunmuştur. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi üyesi Muammer Öztürk'ün istisna, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım'ın kefalet ve Yargıtay 6. Hukuk Dairesi tetkik hakimi Mithat Ceran'ın kira sözleşmelerine ilişkin sunumlarıyla oturum tamamlanmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu gibi temel nitelikli bazı yasalar, toplumsal yaşamda sürekli karşılaşılan hukuki ilişkileri ve usul kurallarını konu almaları açısından, diğer kanunlarla karşılaştırıldıklarında daha yaygın uygulanırlığa sahiptirler. Bu nedenle bu tür temel kanunlarda yapılan değişiklikler akademisyenler, hakimler ve avukatlar, noterler gibi hukuki camianın tüm meslek gruplarını ilgilendirmenin yanı sıra; toplum açısından da büyük öneme sahiptirler. Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü tarafından düzenlenen bu Sempozyum'un en büyük önemi, uygulamacılar ve akademisyenlerin karşılıklı görüş alışverişinde bulunmuş olmaları ve ortak sorunlara olduğu kadar, üzerinde görüş birliğine varılan çözüm yollarına da birlikte ulaşmalarıdır. Bu gerçekler ışığında, Sempozyum'da sunulan tebliğlerin kitaplaştırılmasının bir amacı da, konuya ilişkin katkıların daha geniş kitlelere ulaştırılmasının faydalı olacağı düşüncesidir.¹

Dr. Emel Badur
Nisan 2011, Ankara

1 Sempozyum kitabında, sadece sunumlarını basım için gönderen konuşmacıların tebliğleri yer almaktadır.

I. OTURUM

TEBLİGAT KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Dr. Ahmet Cemal RUHI

Ülkemizde resmî işlemlerde ve özellikle de yargı alanında, tebligatla ilgili problemler önemli bir yer işgal etmektedir. Tebligat, yargılamada, temelini Anayasa'da ve temel insan haklarında bulan adil yargılanma hakkı, onun devamı niteliğindeki hukukî dinlenme hakkı, bu çerçevede kişinin kendisi ile ilgili yargılamadan haberdar olma ve bilgilenme hakkıyla doğrudan ilgilidir.

Tebliğattaki yanlışlık, eksiklik ve usulsüzlük adil yargılanma hakkı ihlâline kadar varacak sonuçlar doğurabilecektir. Tebligatın bir yandan güvenli ve doğru şekilde yapılması, diğer yandan da mümkün olan en kısa sürede, en ucuz ve en basit şekilde yapılması gereklidir.

11.01.2011 Tarih ve 6099 Sayılı Kanun (Resmî Gazete 19 Ocak 2011 Çarşamba, Sayı: 27820) ile Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun kabul edildi. Bu kısmi değişikliklerle tebligatın hızlanması amaçlanmaktadır.

MADDE 1 – 11.02.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 1 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 1–Kazaî merciler, 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvelde yer alan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, (II) sayılı cetvelde yer alan özel bütçeli idareler, (III) sayılı cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, (IV) sayılı cetvelde yer alan sosyal güvenlik kurumları ile il

özel idareleri, belediyeler, köy hükmî şahsiyetleri, barolar ve noterler tarafından yapılacak elektronik ortam da dâhil tüm tebligat, bu Kanun hükümlerine göre Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılır.”

Tebliğat işleminin tebligat yapılacak olan ülkenin egemenlik işleminde olmasının bir göstergesidir. Bu nedenle tebligat düzenleme yetkisi ancak Kanun'da belirtilen kurum ve kuruluşlara verilmiştir.

5018 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre merkezî yönetim kapsamında kabul edilen ve anılan Kanun'a ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumları ile il özel idareleri, belediyeler, köy hükmî şahsiyetleri, barolar ve noterler tebligat çıkartmaya yetkili kurumlar olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme sayesinde belirsizlik ortadan kalmış, tebligat çıkarmaya yetkili mercilerin hangileri olduğu yasal bir dayanağa kavuşmuştur.

11.01.2011 Tarih ve 6099 sayılı Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 7201 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer alan elektronik ortamda tebligata ilişkin hüküm yayımı tarihinden bir yıl sonra, yani 19.01.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

MADDE 2 – 7201 sayılı Kanuna 7 nci maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Elektronik tebligat:

MADDE 7/a–Tebliğata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir.

Anonim, limitet ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur.

Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre elektronik yolla tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde bu Kanun'da belirtilen diğer usullerle tebligat yapılır.

Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar yönetmelikle belirlenir.”

Maddenin birinci fıkrasına göre, tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat

yapılabilir. Bu fıkra iradi tebligatı düzenlemektedir. Kendisine elektronik tebligat yapılmasını isteyen kişi, tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını sağlayabilir. Burada önemli olan verilecek elektronik adresin tebligata elverişli olması gerekir. Merkezi Türkiye'de olmayan ve kontrol edilemeyen, denetlenemeyen bir elektronik adres kabul edilmeyecektir.

Normal tebligatta, tebligatın ulaşip ulaşmadığı veya tarihi ve benzeri hususları kontrol etmek bakımından posta idaresinden sorulabilmesinde olduğu gibi, e-tebligatın da benzer şekilde kontrol edilebilir ve güvenilir olması gerekir. Bu çerçevede, merkezî ve resmî bir elektronik adresin esas alınarak, e-tebligatın yapılması kuralı kabul edilmiş, ancak tebligata elverişli elektronik adresle ilgili hususların ayrıntılı düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, anonim, limitet ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur. Bu düzenleme ile sermaye şirketleri bakımından e-tebligat zorunlu kılınmıştır. Tüzel kişiler içinde bu konuda en uygun olanlar sermaye şirketleridir. Zira sermaye şirketleri nitelikleri gereği güven uyandırmak, sağlıklı bir organizasyon yapmak ve belirli ölçüde de şeffaf olmak durumundadır. Sermaye şirketlerinin internet sayfası oluşturması ve bu tür teknolojik gelişmeleri takip etmesi gibi zorunluluklar da gündemde bulunmaktadır. Bu hususlar dikkate alındığında, e-tebligatın yaygınlaştırılmasını sağlamak üzere uygun bir zemin de oluşturulmuş olacaktır. Sermaye şirketlerinin bu yolla resmî işlemlerde daha hızlı iletişim kurmaları ve tebligat almaları da mümkün hâle gelebilecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre elektronik yolla tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde bu Kanun'da belirtilen diğer usullerle tebligat yapılır. Ancak, bazen elektronik yolla tebligat yapılması mümkün olmayabilir ve bu durum, tebligatı çıkartan veya muhataptan kaynaklanmayabilir. Örneğin, elektronik postaların engellenmesi, teknik altyapının zarara uğraması, istem dışı engellemeler gibi durumlarda, birçok yönden önem taşıyan tebligatın yapılamaması ve bunun da muhatabın iradesi dışı gerçekleşmesi söz konusu olacaktır. Zorunlu sebeplerle elektronik yolla tebligat yapılamıyorsa, tebligatın amacını ortadan kaldırmamak için, alternatif olarak diğer tebligat yollarının devrede kalması ve uygulanabilmesi mümkün olmalıdır. Fıkroda bu imkânın, yani diğer yollarla tebligatın açık olduğu düzenlenerek bir boşluğun doğmaması amaçlanmıştır.

Maddenin dördüncü fıkrasına göre, elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır. Bu düzenleme ile elektronik yolla tebligatın ne zaman yapılmış sayılacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre, e-tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihte değil, ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılacaktır. Her ne kadar (sermaye şirketleri dışında) e-tebligatın ihtiyarî olması esas kabul edilmişse de kişilerin fizikî ortamda bulunmayan elektronik adreslerini her gün kontrol edemeyebilecekleri ve kendileri izin vermedikçe onların yerine bir başkasının da bu adrese ulaşması söz konusu olamayacağından, beş günlük süre öngörülmüştür. Bu şekilde beş gün sonra tebligat yapılmış sayılsa da bu usul, klasik tebligata göre yine de hızlı olacaktır. Burada hesaplama bakımından, elektronik yolla tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarih dikkate alınmaksızın, bu tarihi takip eden beşinci günün sonunda tebligat yapılmış sayılacaktır.

Maddenin beşinci fıkrasına göre, bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir. Kanun'da tüm ayrıntıların yer alması mümkün olmadığı gibi, gelişen şartlara göre Kanun'da kısa aralıklarla değişiklik yapmak da doğru olmayacağından, son fıkrada, elektronik yolla tebligata ilişkin ayrıntıların yönetmelikte düzenleneceği belirtilmiştir. Bu şekilde, genel çerçevesi Kanun'da ortaya konulan ve düzenlenen hükümlerin ayrıntıları yönetmeliğe bırakılmıştır.

11.01.2011 Tarih ve 6099 sayılı Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle 7201 sayılı Kanun'a eklenen 7/a maddesinin sermaye şirketlerine elektronik yolla tebligat yapılması zorunluluğu getiren ikinci fıkrası yayımı tarihinden iki yıl sonra, yani 19.01.2013 maddenin diğer fıkraları yayımı tarihinden bir yıl sonra, yani 19.01.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir.

MADDE 3 – 7201 sayılı Kanunun 10 uncu maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığı anlaşılmaması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır.”

Öncelikle bilinen en son adrese tebligat yapılacaktır. Yeni düzenleme ile, muhataba daha kolay ulaşılabilecek bir adres biliniyorsa oraya tebligat yapılması imkânı açık tutulmuştur. Ancak, tebligatın yapılmasını isteyen veya tebligatı çıkartan makamın bildirdiği adresin, tebligata elverişli olmadığı

anlaşılması ya da bu adrese tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın 5490 sayılı Kanun'a göre adres kayıt sistemindeki adresi bilinen son adresi olarak kabul edilerek, tebligat buraya yapılacaktır.

Muhatabın bilinen en son adresine tebligat çıkarılması hususu kısaca tebligat çıkarılması talebinde bulunan için bir imkân olarak düzenlenmiştir. Örneğin, muhatabın adresini bilen davacı önce dava dilekçesinde muhatabın bilinen son adresini yazarak oraya tebligat çıkarılması talebinde bulunabilir. Bu durumda bu talep dikkate alınarak hareket edilecektir. Buradaki amaç, tebligatın muhatabın bilinen adresine çıkarılarak eline ulaşmasını temin etme isteğidir.

Tebligat çıkarılması talebinde bulunan kişi muhatabın adresinden emin değilse veya muhatabın adresini bilmiyorsa bu durumda tebligatı çıkaran merciden doğrudan muhatabın adrese kayıt sistemindeki adresine tebligat çıkarılmasını isteyebilir. Tebligat çıkaran merci bu talebi yerine getirmek zorundadır. Çünkü asıl olarak muhatabın adrese dayalı kayıt sistemindeki adresine tebligat çıkarılmasıdır.

MADDE 4 – 7201 sayılı Kanunun 11 inci maddesine aşağıdaki fıkra, ikinci fıkra olarak eklenmiştir.

“Avukat tarafından takip edilen işlerde, avukatın bürosunda yapılacak tebligatlar, resmî çalışma gün ve saatleri içinde yapılır.”

Vekil vasıtasıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. Vekil birden çok ise bunlardan birine tebligat yapılması yeterlidir. Eğer tebligat birden fazla vekile yapılmış ise bunlardan ilkinde yapılan tebliğ tarihi asıl tebliğ tarihi sayılır. 11.01.2011 Tarih ve 6099 sayılı Kanun değişikliği ile ilgili maddeye ikinci fıkra olarak yeni bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, avukat tarafından takip edilen işlerde, avukatın bürosunda yapılacak tebligatlar, resmî çalışma gün ve saatleri içinde yapılır.

Bunun için işin avukat tarafından takip edilen bir iş olması, tebligatın bürosuna yapılacak olması gerekir. Bu tür tebligatlar mesai gün ve saatleri içinde yapılacaktır. Avukatlık serbest meslek olup gün ve saati olmadığı için resmî gün ve saatinden kast edilen şeyin tebliğ memurunun mesai gün ve saati olduğu kanaatindeyiz. Bu yeni düzenleme ile örneğin Cumartesi veya Pazar günü avukatlık bürosuna tebligat yapılamayacaktır.

MADDE 5 – 7201 sayılı Kanunun 21 inci maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş, mevcut ikinci fıkrada yer alan “fıkra” ibaresi “fıkralar” olarak değiştirilmiştir.

“Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır.”

11.01.2011 tarih ve 6099 sayılı Kanun değişikliği ile Tebligat Kanunu'nun 21. maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere ikinci bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır.

Eklenen fıkıyla adres kayıt sistemindeki adrese tebligat yapılması hâlinde izlenecek yöntem belirtilmiştir. Zira 10. maddede yapılan değişiklikle birlikte, bilinen en son adrese çıkartılan tebligattan sonuç alınamazsa, adres kayıt sistemindeki adres esas alınacak, başkaca araştırma yapılmadan tebligat o adrese yapılacaktır. Böyle bir durumda, muhatabın adresi, adres kayıt sisteminde görülmek ve kaydedilmekle birlikte, kendisi o adreste hiç bulunmaz ya da sürekli şekilde o adresten ayrılmış olursa, tebliğ memurunun evrakı iade etmemesi, 21. maddeye göre tebliğ işlemlerini yapması gereklidir. Zira, adres kayıt sistemindeki adres, nihaî adres olarak kabul edilecektir. Muhatap adresini değiştirmişse, bu değişikliği belirli bir süre içinde ilgili mercilere bildirmek zorundadır.

Yeni düzenlemeye göre, adres kayıt sistemine çıkartılacak tebliğ evrakında, tebliğin, adres kayıt sistemindeki adrese çıkartıldığının açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Adres kayıt sisteminden kast edilen, nüfus müdürlüğü tarafından tutulan ve ilgili kurumların kullanımına sunulan adres kayıt sistemidir. Tebligatı çıkaran merci, tebligat evrakının üzerine muhatabın adresinin üst kısmına gelecek şekilde muhatabın adresinin adres kayıt sisteminden temin edildiğini açıkça yazmalıdır. Uygulamada kaşe basıldığı veya haricen bir kâğıt üzerine yazılarak tebligat evrakına zımbalandığı görülmüştür. Daha sağlıklı olması açısından muhatabın adresinin adres kayıt sisteminden temin edildiği hususunun tebligat evrakı üzerine büyük harflerle dikkat çekici bir şekilde yazılması uygun olacaktır. Böylece tebliğ memuru, yapacağı tebligatın bu

çerçevede bir tebligat olduğunu bilerek hareket edecek ve tebligatı buna göre yapacaktır.

Bu durumda tebligatı şu şekilde yapacaktır. Tebliğ memuru, tebligat evrakının üzerinde muhatabın adresinin adres kayıt sisteminden temin edildiği hususunun açıkça yazıldığı durumda söz konusu adrese gidecektir. Böyle bir durumda muhatabın adres kayıt sistemindeki adresinde oturmamış olduğu veya sürekli olarak ayrıldığı tespit edildiğinde, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza mukabilinde teslim ederek teslim edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırılacaktır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılacaktır. Bu durumda ayrıca komşu, kapıcı ya da yöneticiye haber verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu fıkra ile, muhatabın gerçek adresini ilgili mercilere bildirmemesi durumunda, adres araştırması yapma zorunluluğu ortadan kaldırılmaktadır.

Tebliğat evrakının üzerinde muhatabın adı soyadı ve T.C. kimlik numarası yazmakla birlikte muhatabın adresinin adres kayıt sisteminden temin edildiği açıkça yazmıyorsa bu durumda tebliğ memuru belirtilen adrese gidecek adrese adreste oturan kişinin beyanına göre muhatabın belirtilen adreste oturmadığını ve taşındığını öğrendiğinde tebliğ evrakı üzerine muhatabın adresten daimi olarak ayrıldığını belirtecek, beyanda bulunan kişi veriyorsa adı ve soyadı ile imzasını alacak, vermiyorsa imtina ettiğini belirtecek, mahalle muhtarından kaşe imza almak sureti ile tebliğ evrakını çıkış merciine iade edecektir. Tebligat Kanunu'nun 21. maddesi ancak muhatabın veya muhatap adına tebligatı kabule yetkili kişilerin dağıtım saatinden sonra adrese dönecek olduğu durumlarda uygulanır. Adresten daimi olarak ayrılmalarda bu maddeye göre tebligat yapılamaz.

11.01.2011 tarih ve 6099 sayılı Kanun değişikliği ile Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Yapılan Değişiklik çerçevesinde 23. maddesine eklenen 8. fıkrasına göre, (Ek Fıkra: 6099-11.01.2011/Madde 6) tebligatın adres kayıt sistemindeki adrese yapılması durumunda buna ilişkin kaydı içermesi gerekmektedir. Kısaca tebligat adrese kayıt sistemindeki adrese yapılmış ise bu hususun tebliğ memuru tarafından tebligat mazbatasında açıkça belirtilmesi gerekecektir. Bu husus tebligat mazbatasında açıkça belirtilmemiş ise yapılan tebligat usulsüz olur.

Doğal nedenlerle örneğin ölüm gibi veya yasal bir zorunluluktan doğan nedenlerle örneğin, muhatabın tutuk evinde veya ceza evinde veyahut da askerde bulunması durumunda bu durum tebliğ evrakında belirtilir

beyanda bulunanın kişinin adı ve soyadı yazılır imza veriyorsa alınır, imza vermiyorsa imzadan imtina ettiği belirtilir. Tebliğ evrakı çıkış merciine iade edilir. Tebligatı çıkaran merci bu durumu yeni bir adres beyanı gibi değerlendirerek muhatabın bulunduğu yer örneğin askerde bulunuyorsa görev yaptığı askeri birliğe gönderir. Şayet askerde olduğu öğrenilmiş fakat nerede askerlik yaptığı tam olarak bilinmiyorsa askerlik şubesinden sorularak bildirilen adrese tebligat çıkarılır.

Tebliğat evrakı üzerine sadece adresin adrese dayalı kayıt sisteminden temin edildiğinin belirtilmesi yeterlidir. Ayrıca Tebligat Kanunu'nun 21. maddesi gereğince tebligat yapılması ve tebligatın iade edilmemesinin yazılması hatalı bir durumdur. Şöyle ki muhatap vefat etmiş fakat resmi kayıtlarda sağ görülmektedir. Tebliğ memuru adrese gittiğinde muhatabın vefat ettiğini öğrendiğinde bu durumu belirtip tebligat evrakını çıkış merciine iade etmesi gerekir. Ölmüş kişiye tebligat yapılamayacağından bu kişinin mirasçılarının tespit edilerek mirasçılara tebligat yapılması gerekir. Oysa tebliğ evrakının üzerindeki Tebligat Kanunu'nun 21. maddesi gereğince tebligat yapılması ve tebligatın iade edilmemesinin yazılması bu nedenle hatalı bir istemdir.

MADDE 6 – 7201 sayılı Kanunun 23 üncü maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinde yer alan “yapıldığını” ibaresi “yapıldığını, adreste bulunmama” şeklinde değiştirilmiş, fıkraya aşağıdaki (8) numaralı bent eklenmiş ve diğer bent teselsül ettirilmiştir.

“8. Tebligatın adres kayıt sistemindeki adrese yapılması durumunda buna ilişkin kaydı,”

11.01.2011 Tarih ve 6099 sayılı Kanun ile 23. maddeye sekizinci fıkra olarak yeni bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, tebligatın adres kayıt sistemindeki adrese yapılması durumunda buna ilişkin kaydı içermesi gerekir. Tebligatı çıkaran merci muhatabın adresi adrese dayalı kayıt sisteminden temin ettiğini açıkça belirtmek zorunda ise, tebliğ memuru da adrese dayalı kayıt sistemine ait adrese tebligat yaptığını tebliğ mazbatasında açıkça belirtmek zorundadır. Aksi takdirde usulsüz tebligat söz konusu olur.

Tebliğat görevlileri zaman zaman adreste bulunmama sebebini mazbataya açıkça yazmamaktadır. Bunun önüne geçilmesi ve tebligatın usulsüzlüğünü engellemek bakımından, “adreste bulunmama” sebebini de mazbataya yazılacağı hususu açık ve tereddütsüz bir düzenlemeye kavuşturulmuştur.

MADDE 7 – 7201 sayılı Kanunun 25/a maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Bu maddeye göre kazaî merciler tarafından çıkarılacak tebligatta, tebliğ evrakı doğrudan o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslukuna gönderilebilir.”

11.01.2010 Tarih ve 6099 Sayılı Kanun değişikliği ile Tebligat Kanunu'nun 25/a maddesine son bir fıkra eklenmiştir. Tebligat Kanunu'nun 25/a maddesinde siyâsi temsilcilikler aracılığıyla yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarına tebligat usulü düzenlenmiştir. Bugüne kadar yurt dışı temsilciliklere gönderilen tebligat Adalet Bakanlığı aracılığıyla yapılmaktaydı. Maddeye eklenen yeni fıkrada bu hususta kolaylık getirilmiştir.

Bu bağlamda, Türk vatandaşları bakımından, Adalet Bakanlığının aracılığı olmadan, doğrudan ilgili temsilciliğe (muhatabın yurt dışı adresinin bağlı bulunduğu konsolosluk, konsolosluk olmayan yerlerde büyükelçilik konsolosluk şubesine) tebligatın gönderilmesi usulü kabul edilmiştir. Zira, Adalet Bakanlığının aracılığı sadece şekli hususların incelenmesi ile ilgilidir. Bu inceleme yargı organınca yapıp tebliğ evrakı gönderilebilecek, böylece hem zaman hem de para kaybı önlenecektir. Bu şekilde yapılacak bir düzenleme işlere hızlandıracak ve bürokratik işlemleri azaltacaktır.

Yapılan kanun değişikliğinin uygulamaya geçebilmesi için Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından bu konuda bir genelge hazırlanmaktadır. Bu genelge hazırlanıp yayımlandığında uygulama başlayacaktır. Yapılan kanun değişikliğini uygulamak isteyen mercileri yeni genelge hazırlanmakta olduğu bu genelgenin beklenmesi söylenmektedir.

MADDE 8 – 7201 sayılı Kanunun 29 uncu maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan “ayrıca” ibaresi metinden çıkarılmış ve anılan bentte yer alan “gazetede” ibaresi “gazetede ve ayrıca elektronik ortamda” olarak değiştirilmiştir.

11.01.2011 Tarih ve 6099 Sayılı Kanun ile Tebligat Kanunu'nda yapılan değişiklik ile Kanun'da belirtilen ilan şekillerine ek olarak ayrıca ilanen tebligatın elektronik ortamda yapılması kararlaştırılmıştır. Elektronik ortamda yapılacak ilânen tebligattan haberdar olma ihtimali, klasik yöntemlerle yapılan ilânen tebligata göre çok yüksektir. Bir kimsenin her gazeteyi okuması ya da her ilâna bakması mümkün değildir; ancak bir arama motorundan veya ilgili elektronik resmî ilân ortamına girerek ilânen tebligatı öğrenmesi mümkündür. Tüm bu yararları dikkate alındığında, klasik yöntemler yanında elektronik ortamda da ilânen tebligat yapılması kabul edilmiştir.

11.01.2011 Tarih ve 6099 sayılı Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da yapılan düzenleme ile, 7201 sayılı

Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan "ayrıca" ibaresi metinden çıkarılmış ve anılan bentte yer alan "gazetede" ibaresi "gazetede ve ayrıca elektronik ortamda" yayınlanmasına dair hüküm yayımı tarihinden dokuz ay sonra, yani 19.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecektir. Bu hükmün hayata geçebilmesi için bu tarihe kadar konu ile ilgili teknik altyapının tamamlanması gerekir.

MADDE 9 – 7201 sayılı Kanununun 35 inci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresi de tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır."

"Daha önce tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmî kayıtlardaki adresleri esas alınır ve bu madde hükümleri uygulanır."

"Daha önce yurt dışındaki adresine tebligat yapılmış Türk vatandaşı, yurt dışı adresini değiştirir ve bunu tebliğ çıkaran mercie bildirmez, adres kayıt sisteminden de yerleşim yeri adresi tespit edilemezse, bu kişinin yurt dışında daha önce tebligat yapılan adresine Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslukunca 25/a maddesine göre gönderilen bildirim adresine ulaştığının belgelendiği tarihten itibaren otuz gün sonra tebligat yapılmış sayılır."

Muhabata veya tebligat evrakında belirtilen adreste bulunan ve muhatap adına tebligatı kabule yetkili kişilere önceden usulüne uygun olarak tebligat yapıldıktan sonra adresini değiştiren kişi yenisini bildirmediği takdirde muhatap gerçek kişi ise, öncelikle adres kayıt sisteminde kayıtlı adresine tebligat yapılacaktır. Adres kayıt sistemi oluşturulduğundan, tebligat memurunun ayrıca adres araştırması yapması yöntemi terk edilmiştir.

Tüzel kişiler bakımından özel ve açık bir düzenleme getirmektedir. Tüzel kişilerin adreslerinin, bir sicil veya resmî kayıta belirli olması sebebiyle meçhul olması düşünülemez. Bu çerçevede daha önce kendilerine tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmî kayıtlardaki adreslerinin esas alınacağı ve bu madde hükümlerinin uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir.

Örneğin açılan bir davada davalı konumundaki bir limitet şirkete tebligat çıkarılması gerekiyorsa, öncelikle davacı tarafından bildirilen davalı limitet şirketin bilinen en son adresine tebligat çıkarılacak, bilinen en son adresin

tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılamaması halinde resmi kayıttaki adresi yani ticaret sicil memurluğuna sorularak temin edilen adrese tebligat çıkarılacaktır. Bu adrese tebligat yapılamaması halinde Tebligat Kanunu'nun 35. maddesine göre tebligat yapılacaktır.

Türk vatandaşları bakımından daha önce yurt dışı adresine usulünce tebligat yapılan kimse adresini değiştirdiği hâlde bu değişikliği bildirmese, önce adres kayıt sistemindeki adresine bakılacaktır. Çünkü yurt dışındaki Türk vatandaşları bakımından da adres kayıt sisteminde açık adres kaydı tutulmaktadır. Zayıf bir ihtimal de olsa, adres kayıt sisteminden de yerleşim yeri adresi tespit edilemezse, bu kişinin yurt dışında daha önce usulüne uygun şekilde tebligat yapılan adresine, Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslğunca Kanun'un 25/a maddesine göre gönderilen bildirim adresine ulaştığının belgelendiği tarihten itibaren otuz gün sonra tebligat yapılmış sayılacaktır. Bu yöntem, aynı zamanda Kanun'un 25/a maddesindeki yöntemle uyumlu bir düzenleme olup, ortaya çıkacak belirsizlikleri gidereceği gibi, bu yolla ortaya çıkacak zaman ve para kaybının da önüne geçilmiş olacaktır.

MADDE 10 – 7201 sayılı Kanununun 36 ncı maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Celse esnasında veya kalemde tebligat:

MADDE 36–Celse esnasında veya kalemde, soruşturmaya, davaya ya da takibe ait evrakın, taraflara, ilgili üçüncü kişilere, katılana veya vekillerine tutanağa geçirilmek suretiyle veya imza karşılığında, tebliğ konusu belirtilerek tevdi, tebliğ hükmündedir. Bu durumda ayrıca tebliğ mazbatasını düzenlenmesi gerekmez ve masraf da alınmaz.”

Doğrudan doğruya tebligat, yetkili merci tarafından Posta ve Telgraf Teşkilâtı veya memur veyahut da zabıta (kolluk kuvvetleri) aracılığına gerek kalmaksızın doğrudan doğruya muhatap veya muhatap adına tebligatı kabule yetkili olanlara tebligatın yapılması işlemidir.

Yargılama (duruşma) sırasında ve kalemde yapılan tebligatın nasıl yapılması gerektiği de açıkça belirtilmiştir. Buna göre, tebligat yapılan kişinin (taraf, katılan veya vekil) imzası alınarak ve tebliğ konusu da belirtilerek, tebligatın belgelendirilmesi gerekmektedir.

Bu şekilde tebligat yapılması hâlinde, ayrıca tebliğ mazbatasını düzenlenmesi gerekmeyecektir. Zira bu tür tebligat ya mahkeme tutanağı veya mahkeme kalemindeki belgelerle belgelendirilmektedir. Bu durumda ayrıca tebliğ mazbatasını düzenlenmesi gerekmez ve masraf da alınmaz.

İSTİNAF MAHKEMELERİ

Av. Arslan TEMEL¹

A. GENEL OLARAK

Ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkların, her iki tarafı ve hatta toplumu en üst düzeyde tam olarak tatmin edecek şekilde çözümlenmesi esastır ve yargılamanın amacı da budur. Bu husus, esasen hukukun amacı ile de örtüşmektedir. Uyuşmazlıkların artması ve mahkemelerin şu veya bu nedenle aşırı iş yükü altında kalmaları ise, neredeyse tüm ülkelerde adaletin gecikmesi yakınmalarını da birlikte getirmiştir.

Mahkeme kararlarının üst mahkemelerce bugünkü anlamda denetlenmesine ilişkin düzenlemeler, esas itibarıyla 1700'lü yılların son zamanlarına tesadüf etmektedir. Önceleri, tek üst dereceli mahkeme kabul edilmiş iken, daha sonraları iki ve hatta üç üst dereceli mahkeme sistemlerine geçilmiştir. Daha farklı bir anlatımla, ilk derece mahkemesi kararlarının önce istinaf, daha sonra temyiz aşamalarından geçirilmesi esası benimsenmiştir.

Mahkeme kararlarının üst mahkemeler tarafından denetlenmesine, genel olarak yasa yolu (kanun yolu) adı verilmektedir. Kararlara karşı yasa yollarının kabul edilmesinin o davanın tarafları bakımından amacı (yararı) hatalı kararın düzeltilmesidir. Yasa yolunun bunun dışında, kamusal açıdan da yararları vardır. Çünkü bu sayede; alt derece mahkemesinin (daha farklı bir anlatımla, yargı işlevini de üstlenmiş olan devletin) verdiği yargı hizmetinin

1 Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü Üyesi

kalitesinin artırılması, ülkede hukuk birliğinin sağlanması ve hukukun gelişmesi temin edilmiş olur.

Bugün gelişmiş ülkelerin hemen hemen hepsinde, çeşitli yasa yolları ve bu arada istinaf derecesi vardır. Hatta günümüzde istinaf, hukuk devleti anlayışının bir sonucu olarak yansıtılmaya çalışılmaktadır. Bazı ülkelerde ilk dereceden sonra dava, ikinci derecede bir yüksek mahkemede yeniden görülebilir, yani bu mahkemece somut olayda doğru karar verilmiş olup olmadığını denetlemek için yeniden tahkikat ve yargılama yapılır. Bu sistemlerde yargı üç derecelidir ve istinaf kademesi denilen ikinci derece, ilk derece ile temyiz kademesi arasında yer alır.

Osmanlı İmparatorluğu'nda Tanzimat'ın ilanından sonra şer'îye mahkemelerinin yanında 1840 yılından itibaren laik nitelikte nizamiye mahkemeleri kuruldu. Nizamiye mahkemeleri başlangıçta tek dereceli iken, sonradan 1864 yılında, bidayet ve istinaf mahkemeleri şeklinde iki dereceli bir kuruluş halini aldı. Daha sonra, bunların üstünde, 1868 yılında, hükümlerin hukuki bakımdan doğruluğunu kontrol etmek ve içtihatlarda birliği sağlamak amacıyla Divanı Ahkamı Adliye adıyla bir de Temyiz Mahkemesi kuruldu. İstinaf mahkemeleri 1924 yılında kaldırıldı.

Bunun nedeni, istinaf mahkemelerinin yurt dışında sistemli bir şekilde yayılmayıp sadece büyük şehirlerde kurulmuş olması ve özellikle ehil hakim bulunmamasıydı. Hukuk mezunu sayısı az olduğu için, istinaf mahkemelerine zabıt katipliğinden, hatta mübaşirlikten gelme kıdemli hakimler atanıyor; ilk derece mahkemelerinde ise hukuk fakültesinden yeni mezun olmuş genç hakimler bulunuyordu. O kadar ki 1920'li yıllarda temyiz mahkemesi çoğunlukla ilk derece mahkemesi kararlarını doğru bulmakta, istinaf mahkemesi kararlarını ise bozmaktaydı. Ancak 1927 yılında HUMK kabul edilirken istinafin yokluğu hissedildi. Nitekim, tashih-i karar (karar düzeltme) kurumunun, me'haz Nöşatel Kanununda mevcut olmamakla birlikte, HUMK'na 1879 tarihli Usulü Muhakemei Hukukiye Kanunu Muvakkatı'ndan aynen alınmasının nedeni, istinaf mahkemelerinin kaldırılmış olması ve bu nedenle ek bir teminata ihtiyaç duyulmasıdır. Günümüzde, insan haklarına uygunluk açısından da asgari üç dereceli bir yargı düzeninin gerekliliği üzerinde durulmaktadır.

B. İSTİNAF KAVRAMI

Klasik (en eski) anlamda istinafta uyuşmazlık, ilk mahkemenin önünde cereyan etmiş yargılamadan tamamen bağımsız olarak, yeni ortaya çıkan değişiklikler ve bir sınırlamaya tabi olmaksızın ileri sürülebilen yeni delil ve

olayları da göz önünde tutarak, istinaf mahkemesi tarafından aynen yeniden (tekraren) ele alınmakta ve karar verilmektedir. Yani, bu (geniş) anlamdaki istinaf anlayışında, ilk derece mahkemesinin incelediği ve değerlendirildiği vakıalar, ondan bağımsız olarak ikinci derecede görev yapan istinaf mahkemesinde de tekrarlanır. Vakıaların (yeniden) incelenmesi sebebiyledir ki, istinaf mahkemelerine (hukuki denetim makamı olan temyiz mahkemesinin yaptığı işin aksine), vakıa (olay) mahkemesi denir.

Dar anlamda istinafta, ilk muhakeme baştan sona aynen tekrarlanmaz ve maddi vakıalar yalnızca gereken hususlarda yeniden incelenerek karara varılır. İhtiyaç ilk derece mahkemesi kararının üst dereceli mahkeme/mahkemeler tarafından denetlenmesi olunca, burada denetlemenin hangi açıdan yapılacağı sorusu gündeme gelir. Denetim, yalnızca maddi açıdan mı, yalnızca hukuki açıdan mı yoksa hem maddi açıdan hem de hukuki açıdan mı yapılacaktır? Aslında burada yapılan (deyiş yerinde ise: ‘temel’) ayırıma göre, eğer denetim maddi açıdan yapılacaksa, istinaf yoluna; hukuki açıdan yapılacaksa temyiz yoluna gidilecektir.

Başka bir deyişle istinaf mahkemesi, bir vakıa mahkemesidir ve ilk derece mahkemesinin incelediği maddi hususları tekrar inceler; temyiz mahkemesi ise, hukuki denetim mahkemesidir ve maddi hususları değil, hukuki hususları inceler. Ancak itiraf etmek gerekir ki, istinaf ve temyiz kavramları, herkesin üzerinde kolaylıkla anlaşabildiği kavramlar değildir. Ülkelerin kabul ettikleri sistemler birbirinden farklıdır.

Aslında ‘temyiz’ yolunun da dar ve geniş anlamları vardır. Dar anlamda temyizde, denetlenen karar yalnızca hukuki meseleler bakımından değerlendirilir. Geniş anlamda temyizde ise, hukuki denetim yanında, maddi meselelere de girilir. Özellikle istinaf sisteminin dar olarak kabul edildiği veya (son değişiklikten önce) ülkemiz gibi hiç kabul edilmediği sistemlerde temyiz makamının bir ölçüye kadar maddi meselelere de girmesi bir zaruret olarak karşımıza çıkmaktadır.

5235 sayılı Kanun’un gerekçesinde bölge adliye mahkemelerinin kuruluş amacı şu şekilde belirtilmiştir.

“Yargılamanın bu özelliği, temelde, gerçeğe ulaşarak adli hataları önlemek amacıyla dayanır. Evrelerden birisi, “kanun yolu” adı verilen “denetim muhakemesi” dir. Esasta denetim muhakemesinin en önemli evresini oluşturan temyiz yolunda, doğrudan öğrenme yargılaması yapılmaz. Temyiz üzerine verilecek hüküm sadece hukuka aykırılığı denetler; bu nedenle maddi ve hukuki gerçeklere ulaşmak ve adli hataları gidermek bakımından, uyumsuzluk ve çekişmenin

maddi olay yani ispat yönünden ve hukuka aykırılık açısından uygun bir sonuca bağlanıp bağlanmadığını denetleyen ve temyiz yolundan önce gelen ayrı bir kanun yoluna gereksinim olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır.

Bugün çeşitli ülkelerde yargılama faaliyeti ile görevlendirilmiş bulunan ilk derece mahkemelerinin kararlarını inceleyen üst derece mahkemeleri vardır. İki dereceli yargı teşkilatı hak arama hürriyetinin yeterince gerçekleştirilmiş sayılması için de zorunlu görülmektedir.

İlk derece mahkemelerince verilen kararların olaylara, hukuka ve usule uygunluğunu denetlemek görevini yüklenmiş olan ikinci derecedeki mahkemeler, bazı ülkelerde iki, bazı ülkelerde de üç kademede görev yapmaktadırlar. Ülkemizde ikili kademe sistemi vardır. Kararların hem hukuka hem de olaylara uygunluğunu ise Yargıtay denetlemektedir. Oysa, adli yargı ilk derece mahkemelerince verilen kararlar, bölge adliye mahkemelerince ispat ve hukuka uygunluk yönlerinden ve Yargıtay'ca sadece hukuka uygunluk bakımından incelenmelidir. Yargıtay, bir içtihat mahkemesi olarak işlevini sürdürmelidir.

Bugün hemen hemen bütün ülkelerde Yargıtay'ın karşılığı olan yüksek mahkemeler, birer içtihat mahkemesi görevini yapmakta, ilk derece mahkemelerince verilen kararların olaylara, kanuna ve usule uygunluğunu denetlemek yani istinaf kanun yolu incelemesini yapmakla görevli ikinci derece mahkemeler bulunmaktadır. Yargıtay ise ilk derece mahkemeleri ile kendi arasında süzgeç görevini yapacak bir ara mahkemesi bulunmadığı için her iki görevi, yani hem içtihat yaratmak hem de istinafı yürütmek durumunda kalmıştır. Yargıtay'ın kendisinden beklenen içtihat mahkemesi olma niteliğini koruyabilmesi, iş yükünün çok artmış olması nedeniyle zorlaşmıştır. Yargıtay'ın içtihat mahkemesi olma niteliğinin korunması, yargılamanın güvenli ve hızla sonuçlandırılması bakımından istinaf kanun yolu incelemesini yapmak üzere bölge adliye mahkemelerinin kurulmasının bir ihtiyaç haline geldiği görülmektedir.

Mahkemelerin verimli, etkili, süratli ve güvenli çalışmalarını sağlamak ve denetim yargılamasını güçlendirmek üzere, eskiyen ve yetersiz hükümler taşıyan 469 sayılı kanun yürürlükten kaldırılarak, bunun yerine adli yargı ilk derece mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerinin kuruluşunu, görevlerini ve yetkilerini düzenlemek amacıyla bu tasarı hazırlanmıştır.”

Yukarıda izah edilen bu gerekçeden sonra hazırlanan “Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” gerekçesinde ise, ceza mahkemesi kararlarına karşı dahi istinaf ve temyiz mahkemelerine müracaat halinde harç mecburiyeti getirilmesi istemini aynen “....UYAP istatistik verilerine göre 2010 yılında

ceza mahkemelerinden verilen yaklaşık 270.000 karar, temyizen Yargıtay'a gelmiştir. İcra Ceza Mahkemelerinden verilen yaklaşık 38.000 karar da itirazen Ağır Ceza Mahkemelerine gelmiştir. Yapılan bu değişiklikle söz konusu kanun yolu başvurularının önemli bir kısmının önleneyeği düşünülmektedir.” denilmektedir.

Görüldüğü üzere yasa koyucunun getirmiş olduğu düzenlemelerin esas amacı yargılama güvenliğini artırmak, adli hataları önlemek değil; mücerret Yargıtay'ın iş yükünü azaltmaktır.

C. MEVCUT UYGULAMA

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hali hazırdaki uygulamada, yerel mahkeme kararlarının maddi uygunluk açısından denetimi yok değildir. Yargıtay, mevcut durumda, önüne gelen dosyaları hem maddi olaya uygunluk açısından hem de hukuka uygunluk açısından bir arada değerlendirmektedir. Diğer bir anlatımla, Yargıtay, mevcut durumda hem istinaf hem de temyiz mahkemesi olarak görevini sürdürmektedir.

Zaten bu konudaki problem de, Yargıtay'ın artan iş yükü sebebi ile, hem temyiz hem de istinaf görevini bir arada yürütmekte zorlanmasından ibarettir. İstinaf Mahkemelerin, bu probleme çare olup olmayacağı yönünde, Prof. Dr. Baki Kuru şu tespiti yapmaktadır:

“Prensip olarak ‘istinaf’ mahkemelerinin yeniden kurulması yerinde olur. Ancak, ‘istinaf’ mahkemelerinin yeniden kurulması için vakit henüz erkendir. Çünkü, ‘istinaf’ mahkemelerinin kurulması için gerekli ortam; ancak mahkemelerimizi gerek nicelik, gerekse nitelik bakımından yeteri kadar hakim, savcı, başkatip ve zabıt katibi ile donatmak, mahkeme kalem teşkilatını islah etmek, davaların çabuk, basit ve ucuz şekilde sonuçlandırılabilmesi için gerekli tedbirleri almak suretiyle sağlanabilir. Ancak bundan sonra kurulacak istinaf mahkemeleri faydalı olabilir. Gerekli ortam hazırlanmadan istinaf mahkemeleri kurmak yararlı değil, bilakis zararlı olur”

Prof. Dr. Baki Kuru'nun bu kaygılarının yasanın düzenlendiği aşamada (ve halen) devam ettiği gerçeği de, kendisi ile aynı kaygıları paylaşan, dönemin Barolar Birliği Başkanı (Rahmetli) Özdemir Özok tarafından bir kez daha dile getirilmiştir:

“Yeni düzenlemenin tüm sorunları çözeceği ve yargıdaki tıkanıklığı azaltacağını beklemek fazla iyimserlik olur. Çünkü, idari yargıda yapılan ... (benzer) düzenleme, başlangıçta belirli bir rahatlık getirdi ve Danıştay'ın yükü kısmen

azaldı ama şimdi Danıştay eski durumuna döndü ve yine davalar yıllarca sürmekte ve kararlar aylarca yazılamamaktadır.”

Uygulayıcı olarak hepimizin bildiği bu eksikliklerin halen devam etmesine, yapılan tüm uyarılara rağmen, 5235 sayılı Yasa yürürlüğe girmiştir.

D. ADLİ YARGI İLK DERECE MAHKEMELERİ İLE BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN KURULUŞ GÖREV VE YETKİLERİ HAKKINDA KANUN

Konuşma dilinde kısaca İstinaf Mahkemeleri olarak adlandırdığımız Bölge Adliye Mahkemeleri hakkındaki düzenleme, 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 25 ila 48. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. Yasa'nın 25. maddesi ile

Kuruluş

MADDE 25.–Bölge adliye mahkemeleri, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur.

Bölge adliye mahkemelerinin yargı çevrelerinin belirlenmesine, değiştirilmesine veya bu mahkemelerin kaldırılmasına Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir.

Birinci ve ikinci fıkra gereğince alınacak kararlar, Resmî Gazetede yayımlanır.

25. maddenin verdiği yetki kapsamında, Adalet Bakanlığı tarafından, İstanbul, Bursa, İzmir, Konya, Adana, Ankara, Samsun, Erzurum ve Diyarbakır'da olmak üzere, 9 adet Bölge Adliye Mahkemesinin kurulmasına başlanmış, bu Bölge Adliye Mahkemelerine Başsavcı atamaları gerçekleşmiştir.

Bu Mahkemelerin yargı çevresi ise şu şekilde belirlenmiştir:

-İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi : İstanbul, Kırklareli, Edirne, Tekirdağ, Kocaeli, Sakarya ve Düzce

-Bursa Bölge Adliye Mahkemesi : Bursa, Çanakkale, Balıkesir, Kütahya, Bilecik ve Yalova

-İzmir Bölge Adliye Mahkemesi : İzmir, Manisa, Uşak, Aydın, Denizli ve Muğla

-Konya Bölge Adliye Mahkemesi : Konya, Afyon, Isparta, Burdur, Antalya, Aksaray ve Karaman

-Adana Bölge Adliye Mahkemesi : Adana, Mersin, Niğde, Kayseri, Hatay, Osmaniye, Kahramanmaraş, Adıyaman, Gaziantep, Malatya ve Kilis

-Ankara Bölge Adliye Mahkemesi : Ankara, Eskişehir, Bolu, Zonguldak, Karabük, Bartın, Kastamonu, Çankırı, Çorum, Kırıkkale, Kırşehir, Nevşehir ve Yozgat

-Samsun Bölge Adliye Mahkemesi : Samsun, Sinop, Amasya, Tokat, Sivas, Ordu, Giresun, Gümüşhane, Trabzon, Rize ve Artvin

-Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi : Erzurum, Erzincan, Bingöl, Muş, Ağrı, Iğdır, Kars, Ardahan ve Bayburt

-Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi: Diyarbakır, Elazığ, Tunceli, Şanlıurfa, Mardin, Batman, Siirt, Bitlis, Van, Şırnak ve Hakkari

Yasa'nın devam eden 26-32. maddeleri arasında, bu birimlerin kuruluş esasları; 33-42. maddeleri arasında, Bölge Adliye Mahkemelerinin ve alt birimlerinin görevleri; 43-45. maddeleri arasında ise Başkan ve üyelerin atama esasları ve nitelikleri düzenlenmiştir.

5235 sayılı Yasa'nın belirtilen maddeleri, bölge adliye mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerini düzenlemiş olup yargılama usulleri ise, Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun 341-360. maddeleri ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 272-285. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Bizim bu çalışmamızda, İstinaf Mahkemelerini ve İstinaf Yargı yolunu bütünüyle işlemek yönünde bir amacımız yoktur. Ancak, şimdiye kadar ki genel anlatımlarımıza ilave olarak, bir hususa özellikle dikkat çekmek istiyoruz. HMK'nun 353. maddesine göre, Bölge Adliye Mahkemeleri, maddenin a bendinde sayılı usule ilişkin kararların yanında, aynı maddenin (b) bendine göre, hukuka uygun bulduğu kararları, duruşmasız olarak esastan karara bağlar.

Yine, CMK'nun 280. maddesine göre de, ilk derece mahkemesinin kararında, *“usule veya esasa ilişkin her hangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde her hangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine...”* duruşma yapmadan karar verir.

Görüldüğü üzere Ülkemizde, İstinaf Mahkemelerindeki incelemenin, esas itibariyle dosya üzerinden yapılması öngörülmüştür. Diğer bir anlatımla, aslolan dosya üzerinden incelemidir. Duruşma açılması hali ise istisnadır.

Hukuk mahkemelerinin kararlarının, miktara bağlı olarak, ceza mahkemelerinin kararlarının ise ceza miktarına bağlı olarak, temyiz aşamasında duruşmalı olarak incelenmesi mümkün iken, aynı kararın istinaf incelemesinin dosya üzerinden yapılmasının izahı olamaz.

Bunun en büyük sakıncası, temyiz aşamasında incelemenin, hukuki denetimle sınırlanmış olmasındadır. Zira istinaftan geçip, temyiz aşamasına gelmiş olan bir dosyada, hiçbir şekilde maddi denetim talebi incelenmeyecek, inceleme hukuki denetimle sınırlı olacaktır. Maddi denetimin duruşmalı olarak yapılması ise, ceza miktarı ya da dava değeri ne olursa olsun, İstinaf Mahkemesi'nin inisiyatifine kalmıştır

Günümüzden yaklaşık 50 yıl önce, Rahmetli Faruk Erem Hocamız, bu sakıncayı şu şekilde izah etmiştir:

“İstinafta yapılacak ikinci tetkikin ilk mahkemede yapılmış olan birinci tetkikten daha isabetli netice verebilmesi için ikinci tetkikin birinci tetkikten daha iyi bir tarzda cereyan etmesi icap eder. Halbuki bunun aksi cereyan etmektedir. İstinaf mahkemelerinde tetkikat evrak üzerinde yapılmaktadır. Her ne kadar bazı memleketlerin usul kanunlarında bir dereceye kadar şifahi usule yer verilmekte ise de tatbikatta suçun işlendiği mahalden uzak bulunan istinaf mahkemesinin bulunduğu mahalle kadar tanıkların getirilmesi gibi güçlükler yüzünden evrak üzerinde tetkikat ile iktifa olunmaktadır. Bu sebeple ilk mahkemenin duruşma zabıtnamesi ile davayı incelemek zorunda kalan istinaf hakimleri gerçek ile teması sağlayamamaktadırlar. Bir müellif şöyle bir teşbih yapmıştır: İstinaf hakimi, hastayı kendi muayene eden bir doktor değildir, bir meslektaşının raporuna göre hastalığa teşhis koyan bir doktordur.”

Sonuç olarak, istinaf kanun yolu ve istinaf mahkemelerine ilişkin düzenlemeler, Ülkemizde gerekli alt yapı hazırlanmadan, mevcut şartlar dikkate alınmadan, yasalaşmıştır. Gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini, ya da ne zaman gerçekleşeceğini zaman içerisinde yaşayacağız.

HÂKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Av. Ender DEDEAĞAÇ

Öncelikle belirtmek isterim ki, bana göre hakim, en güzel, mecellede tanımlanmıştır. Bu tanıma göre hakim, “*konusuna hakim, bilgin, zeki, doğru, güvenilir, onurlu, sağlam*” kişidir. Burada yer alan sağlam, vücut sağlığını ifade etmektedir. Çünkü, Osmanlı döneminde kadı seçimlerinde, bu hususa dikkat edilirdi.

Bu konuyu, değişik salonlarda ve değişik yıllarda savundum. Hatta bu konuşmam bu salonda gerçekleşen ikinci konuşmamdır. Bu konuya kendimce gereken özeni göstermeye çalışmaktayım. Çünkü, bana göre sorumluluk insan onurunun bir parçasıdır. Bu yüzden çocuklarımıza ilk öğrettiğimiz şeylerden biri, sorumluluklarını üstlenmesidir. En azından bana ve çevremde gördüğüm çocuklara, böyle davranmamız gerektiği öğretilmesini söyleyebilirim.

Hakimin yargısal eylemlerinden ötürü sorumlu tutulup tutulamayacağı gerek ülkemizde gerekse diğer ülkelerde kazai ve ilmi içtihatlar çerçevesinde tartışılmıştır. Bu tartışmaları ikiye ayırmak mümkündür. Bunlardan biri hakimin yargısal eylemlerinden ötürü sorumlu tutulamayacağı, hakim yerine devletin sorumlu tutulacağı, diğeri ise hakimin yargısal eylemlerinden ötürü şahsen sorumlu tutulacağıdır. (Dr. Emcet Belgesay, Türk Hukukunda Hakimin Hukuki Mesuliyeti; Erdal Tercan, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HUMK 573-576) Hakim Kavramı Açısından Uygulama Alanı; Ahmet Kılıçoğlu, Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu). Ancak bu araştırmalarda, uygulamaların yapıldığı ülkelerde, hangi siyasi

rejimin hakim olduğu ve o ülkenin tarihsel gelişimi içinde yargının yeri belirtilmediği için, gerçek bir yorumun yapılamayacağını düşünmekteyim.

6100 sayılı Kanun'un kabulüne kadar geçen sürede bizde hakim şahsen sorumlu olarak görülmüştür. Bunun nedenlerinin başında, siyasal yapımızda ve bunu düzenleyen Anayasamızda, kuvvetler ayırımının benimsenmiş olması ve devletin sorumlu tutulması halinde yargıcın bağımsızlığının (AY. 138/1-2 ve 140) zedeleneceği böylece siyasal yapının zarar göreceği gelmektedir. Hakimlerin neden diğer devlet memurları gibi hizmet kusuru ile sorumlu tutulamayacaklarına ilişkin olarak Yargıtay HGK 14.1.1987 gün Bidayet 1986/1 1987/1 kararının ve gerekçesini incelemeyi önermekteyim.

1086 sayılı HUMK'a göre hakimın hukuki sorumluluğu 573-576. hükümleri arasında düzenlenmiştir. Önceleri HUMK 573. maddesinde yer alan hakim kavramının kimleri kapsadığı tartışılmıştır. Yapılan bu tartışmalarda 25.03.1931 gün ve 1931/19 E 1931/35 K sayılı YİBGK kararı, asliye ceza hakimlerinin de HUMK doğrultusunda sorumlu olacaklarını belirterek bu tartışmayı belirli oranda sonlandırmıştır. Söz konusu karardan sonra idari yargı ve askeri yargıda (Erdal Tercan 29.01.1959 günlü 4. H.D. kararı askeri hakimler içindir) görev alan hakimlerin de aynı yapıda değerlendirileceği yani HMK'nun 573. maddesi doğrultusunda sorumlu olacağı tartışmasız olarak kabul edilmiştir. Gene Erdal Tercan'a göre, tetkik hakimlerinin karar verme yetkisi olmadığından ötürü yargısal faaliyeti olamayacağından onlar hakkında HUMK'nun 573. vd. maddelerinin uygulanamayacaktır. Bu düşünce, yakın tarihe kadar bana da doğru gelen düşüncedir.

Ancak, Yargıtay HGK'nun 16.11.2009 gün ve 2009/2 2009/3 sayılı kararına baktığımızda tetkik hakimlerinin de, hakim gibi HMUK'nun 573. maddesinden yargılanması gerektiğinin belirtildiği ve dosyanın işlem yapmak üzere 15. Hukuk Dairesi'ne gönderildiği belirtilmektedir. HGK'da yargılamaya konu somut olay açıkça anlatılmadığı için, tetkik hakiminin, daire üyeleri ile birlikte neden yargılandığını ve nasıl bir yargısal faaliyet yaptığını anlamak mümkün değildir. Bu yüzden bu konuya ilişkin tartışmayı genişletmeden evvel, konunun detaylarını öğrenmekte yarar vardır.

Ancak Yargıtay üyelerinin hangi yasa maddelerine göre sorumlu tutulacağı konusu ise YHGK'nun 14.1.1976 gün 1975/5 E 1976/4 K, 22.6.2005 gün 2005/2 E 2005/2 K, 14.1.1987 gün bidayet 1986/1 E 1987/1 K, 13.6.2007 gün 2007/1 E 2007/1 K sayılı kararları ve buna benzer diğer kararlarda belirtildiği gibi HUMK'nun 573. maddesinin dışında tutularak özel şartlara bağlanmıştır. Yargıtay üyelerinin sorumluluğunun oluşmasında Yargıtay Kanunu'nda yer alan 13/2 ve 15/3 maddeleri ile Anayasa'da yer

alan 148/3. maddeleri etkili olmuş ve Yargıtay hakimlerinin Yargıtay HGK da yargılanacağı ve bu yargılamanın olabilmesi için Anayasa Mahkemesi tarafından yargılanarak bu suçtan ötürü mahkum olmuş olmaları şartı aranmıştır. Her ne kadar bir tarihte, diğer yüksek mahkeme üyelerinin yargılanması da tartışma konusu olmuşsa da (Ahmet Kılıçoğlu'nun Hasan Karaok'dan aktardığı 4 H.D. 2.1.1946 E 5220-285 K 67 sayılı kararında Danıştay üyelerinin durumu tartışılmıştır) bu gün bu koşullar diğer yüksek mahkeme üyeleri içinde geçerlidir (Erdal Tercan'ın makalesinde geniş bilgi vardır ve olayı 1221, 1730 ve 2729 sayılı Kanun'lara ilişkin dönemlere dayalı olarak incelemektedir.).

1086 sayılı HUMK ile ilgili uygulama devam ederken, 7.10.2009 gün 2009/4-361 E 2009/399 K ve 7.10.2009 gün 2009/4-362 E 2009/400 K sayılı YHGK kararlarında da açıkça belirtildiği gibi savcıların iddianame düzenlemeleri de dahil olmak üzere doğacak sorumluluklarının HUMK 573. madde kapsamına alınamayacağı, savcıların sorumluluklarının idari yargıda çözümleneceği hüküm altına alınmıştır.

Yine aynı dönemde Yargıtay 4. HD 10.6.1999 gün 1999/4284 E 1999/5514 K sayılı kararında da belirtildiği gibi, adalet müfettişleri hakkında da HUMK'nun 573. maddesi uygulanmayarak, eğer bir sorumlulukları varsa bu sorumluluklarından ötürü idari yargıda dava açılabilmekteydi.

Yukarıda açıkça belirttiğimiz gibi hakim kavramının içine tüm hakimler girmekte ancak Yargıtay hakimlerinin yargılanması için özel koşullar aranmaktaydı. Buna karşılık, bu gün var olan uygulamada, savcılar ve adalet müfettişleri için HUMK'nun 573. vd. maddelerinin uygulanamayacağı, savcı ve adalet müfettişlerinin sorumluluklarından ötürü idari yargıda dava açılabilceği kabul görmüş bir husustur.

6100 sayılı HMK'ya ait tasarıda, yasa koyucu bu kez, hakimlerin şahsen sorumlu tutulmaması gerektiğini, onların yargısal eylemlerinden ötürü bir sorumlulukları doğacak ise bu sorumluluktan kaynaklanan tazminat davalarının devlet aleyhine açılması gerektiğini tasarinın 52/1. maddesinde belirtmiştir. Tasarı'nın 52/1. maddesi içeriği değişmeksizin 6100 sayılı Yasa'nın 46/1. maddesi haline gelmiştir. Tasarı'nın 52/1. maddesine ilişkin madde gerekçesine baktığımızda, hakimlerin şahsi sorumluluğu yerine devletin sorumluluğunun getirilmesinin, Anayasa'nın 129. maddesine uygun bir davranış olduğu ifade edilmektedir.

Bilindiği gibi Anayasa'mızın 129. maddesi, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri eylem ve yaptıkları işlemlerden

ötürü sorumluluğunu düzenlemektedir. Gerekçede yer alan bu açıklama ister istemez hakimlerin bundan böyle memur gibi değerlendirileceği kanısını uyandırmaktadır. Halbuki kuvvetler ayrılığı ilkesi doğrultusunda hazırlanan Anayasa'mızın 9. maddesi ile 138 vd. maddeleri yargıyı erklerden biri olarak tanımlamış ve yargıcı yürütmenin görevlisi olan memurdan ayırmıştır. Anayasa'da hala bu ilkeler geçerli olduğuna göre 6100 sayılı yasanın gerekçesinde yer alan bu açıklama kabul edilebilir bir açıklama değildir.

Tasarı'nın 52/1. maddesinin gerekçesinde ve 25.03.1931 tarihli YİBGK kararında da benimsendiği gibi, maddede yer alan hakim sözcüğünün tüm hakimleri kapsadığı açıkça dile getirilmiştir. 6100 sayılı HMK'nun 46/1. maddesine baktığımızda hakimlere karşı açılacak sorumluluk davasının hangi sebeplerin varlığı halinde açılabileceğinin de hüküm altına alındığını görmekteyiz. HMK'nun 46/1. maddesinin altı bent halinde saydığı sorumluluk davasına ilişkin sebepler bir fark hariç, 1086 sayılı HUMK'un 573. maddesiyle aynı sebepleri içermektedir. Farklılık 573/7. maddenin HMK 46. madde içerisinde yer almamasından kaynaklanmaktadır. Bu amaçla HMK'ya ait tasarının 52. maddesine ilişkin gerekçeye baktığımızda, gerekçede “*zira hakime emir ve talimat verilmesi zaten yasaktır, görevini yapmakta ihmal ve terahi gösterilmesi de hakimin görevini yapmaktan kaçınması kapsamında değerlendirilebilecektir.*” ifadesinin yer aldığını görmekteyiz. Bu gerekçeye katılmaktayız.

Ancak kişisel kanımıza göre HUMK md. 573/7'de yer alan “*kanuna göre verilen emir*” ifadesi, herhangi bir organın ya da kişinin yargıya vermiş olduğu emir olarak değil, kanun tarafından hakime verilen emir olarak anlaşılmalıdır. Örneğin sanığın savunması alınmaksızın sanık aleyhine hüküm kurulamayacağına ilişkin Kanun'da yer alan emir, hakim tarafından yerine getirilmezse HUMK md. 573/7'nin ihlali oluşacaktır. Olayı bu açıdan değerlendirdiğimizde gerek HUMK'da gerekse HMK'da bu olayın ilgili maddelerin (c) bendiyle çözümlendiğini görmekteyiz. Söz konusu hükmün HMK md. 46/1/c'deki yazılımının “*Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması*” şeklinde olduğunu görmekteyiz.

Ayrıca madde gerekçesinde de belirtildiği gibi hakimin böylesi bir durumu görevini yapmaktan kaçınması olarak değerlendirildiği için ceza hukuku kaynaklı yaptırımlarla da karşılaşması mümkündür. Kanımca hakim aleyhine bir ceza hükmü kurulmuş ise bu kez HMK 46. maddeye dayalı olarak sorumluluk doğmasa bile, cezaya konu fiilinin getirdiği genel anlamdaki

haksız fiil tazminatı uygulanabilmelidir. Ancak, birazdan değineceğimiz gibi torba yasa nedeniyle böylesi bir uygulamanın olamayacağını da görmekteyiz.

HMK'nun 46. maddesinin gerekçesinde hakimın hiçbir makamdan emir alamayacağını dile getirirken, hakimlerin yargısal işlem ve eylemlerinden ötürü doğan tazminat davalarında devleti sorumlu tutarken, daha tutarlı bir gerekçe oluşturmak yerine, örneğin, tazminatın ödendiği bütçe olanaklarının, yürütmenin bütçesi olmadığı, bütçenin, TBMM tarafından, yürütme görevinin yapanlara, Bütçe Kanunu ile harcama kararları sınırlandırılmış ve bunun doğruluğu Kesin Hesap Kanunu ile kontrol edilen bir kaynak olarak bırakıldığı, bu nedenle hakimın memur gibi değerlendirilmemesi gerektiği, hakimın şahsi sorumluluğu yerine devlet hazinesinin sorumlu tutulmasındaki amacın hakimi memur gibi düşünmek olmayıp kişilerin zararlarının karşılanmasında kişisel olanaklardan daha fazla güce sahip TBMM tasarrufunda olan devlet hazinesinin yer aldığı vurgulanabilirdi.

Yalnızca tekrar etmek açısından, HMK md. 46/1'de yer alan sorumluluk halleri aşağıda belirtilmektedir:

MADDE 46- (1) Hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir:

a) Kayırma veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.

b) Sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması.

c) Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması.

ç) Duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması.

d) Duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması.

e) Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması.

Öncelikle belirtmek isterim ki, Yasa'nın bu hükmü, hakim sorumluluğunda, sorumluluk hallerinin yasa tarafından kapalı uçlu/tahdidi olarak belirlendiğini ortaya koymaktadır, Bu husus eski yasamızda da geçerli idi

(Ahmet Kılıçoğlu YHGK E 14.10.1967 E 66-2-1304 K 455 ve YHGK 29.3.1967 E 6-184 K 162).

HMK'nun 46/2. maddesine baktığımızda “*Tazminat davasının açılması, hâkime karşı bir ceza soruşturmasının yapılması yahut mahkûmiyet şartına bağlanamaz.*” hükmünü görmekteyiz. HMK'nun 47/1. maddesine baktığımızda ise Yargıtay üyelerinin de HMK hükümleri doğrultusunda sorumlu olduğu; ancak 1086 sayılı HUMK'dan farklı olarak bu kez Yargıtay hakimlerinin aleyhine açılacak davaların hangi mahkemede görüleceğinin hüküm altına alındığını görmekteyiz.

46/1 ve 46/2. hükümlerini birlikte değerlendirdiğimizde, yasa koyucunun yukarıda belirttiğimiz YGHK kararlarından farklı düşündüğü; Yargıtay üyeleri daha doğrusu tüm hakimler hakkında yargılama faaliyetlerinden dolayı bir sorumluluk davası açılacaksa bundan böyle bir ceza davası dolayısıyla verilmiş mahkumiyet kararına gerek olmadığı anlaşılmaktadır.

HMK'nun 46/3. maddesi, devletin, ödediği tazminat için, ilgili hakime karşı ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu davası açacağını hükme bağlamıştır. Bu madde hükmünün yazılış şekli emredici niteliktedir. Yani devlet adına hazinenin tazminatın ödenmesiyle birlikte ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu davası açması gerekmektedir. HMK'nun 47/2. maddesi hükmü gereğince de bu rücu davaları tazminat davasının karara bağlandığı mahkemede görülecektir.

HMK'nun 48/1. maddesi tazminat davasına konu dilekçede tazminat isteminin hangi sorumluluk sebebine dayanıldığının açıkça belirtilmesi gerektiğini, ayrıca delillerin açıkça dilekçede belirtilmesini ve varsa eklenmesini emretmektedir. 6100 sayılı HMK burada hem 1086 sayılı HUMK 575/1. maddesinin son cümlesinden, hem de Tasarı'nın 54/2. maddesinden ayrılmaktadır. Bilindiği gibi gerek 1086 sayılı HUMK gerekse tasarı dilekçede bir noksanlık varsa, özellikle deliller eklenmemişse dilekçenin reddine karar verileceğini hükme bağlamıştı. Her ne kadar dilekçenin reddine karar verilmiş olması davanın reddi anlamını taşımıyorsa da bu husus davacı aleyhine bir hüküm olarak yasa ve tasarıda yer almaktaydı. Halbuki 6100 sayılı HMK'da böylesi bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle de HMK'nun 48/1. maddesinde yer alan hükümleri HMK'nun 119/1/d,e,f,g bentlerindeki dava dilekçesinin içeriğini hükme bağlayan hükümlerle eşdeğerde, delillerin eklenmesini ise HMK md. 121/1. ile aynı olarak görebiliriz. Bu yüzden de dava dilekçesinde bir eksiklik varsa, bu dilekçeye 119/2'nin uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.

HMK’da yeni bir hüküm getirilmiş, md. 48/2’de yer alan bu hüküm nedeniyle davanın, ilgili hakime resen ihbar edilmesi ilkesi benimsenmiştir. Ancak bu hüküm doğrutusunda, yapılacak olan ihbarın sonuçlarına ilişkin bir düzenleme ne torba yasada ne de HMK da bulunmamaktadır. Bu nedenle insanın aklına 1086 sayılı HUMK’da bulunan davanın ihbarına ilişkin 49. vd. maddelerinin ve de yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı HMK’da aynı konuyu düzenleyen 61. vd. maddelerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusu gelmektedir. Eğer bu soruya evet cevabını verirsek bu kez, devletin davalı olarak yer aldığı tazminat davasında tazminata konu eylemi gerçekleştiren ve kendisine ihbar yapılan hakim HUMK’nun 50. maddesi gereği davayı bizzat yürüteceği yolunda beyanda bulunursa ne yapılacaktır? Her ne kadar HUMK’nun 50. maddesine, benzer bir madde HMK’da yoksa da; Ekim 2011’e kadar HUMK’nun uygulanacağını unutmamak gerekir.

HMK’nun 46/1/e bendinde yer alan hüküm nedeniyle hakim hakkın yerine getirilmesinden kaçınmış ise bundan sorumludur. Halbuki HUMK 573/7. ve HUMK 574. maddeleri gereğince böylesi bir durum doğduğunda noterden gönderilecek bir ihtar gereksinim vardı. Yeni yasa bu şartı ortadan kaldırmıştır.

HMKT md. 52/2’de tazminat hakkının doğabilmesi için, hak sahibinin, zararın doğmasını önleyebilmek için yapabileceği tüm girişimlerde bulunmasını şart olarak hükme bağlamıştı. Bu hüküm yasaya geçmemiştir. Ancak bunun yasalaşmamış olması uygulanmayacağı anlamına gelmez. Çünkü eski BK 42, 43, 44. ve yeni BK 50, 51, 52. maddelerinde zararın önlenmesinin tarafa yasal bir yük olarak yükümlendiği, bu hükmün hakim sorumluluğuna da uygulanabileceği işin doğası gereğidir. Ayrıca 26.9.2007 gün 2007/4-669 E 2007/608 K sayılı YHGK kararına baktığımızda, eğer bir kararda temyiz edilebilecek hususlar varsa, buna rağmen temyiz yolu denenmemişse tazminata hükmedilemeyeceğinin hüküm altına alındığını görmekteyiz. Bu kararda da ifade edilen husus, zarar görenin zararı önleyebilecek her türlü davranışı göstermesi gerektiğidir. Usul hukukumuzda yerleşmiş olan bu ilke, kanımca, yeni yasanın uygulamasında da devam edecektir ve doğrusu da budur.

HUMK’nun 576/2. maddesinde yer alan davanın reddi halinde ilgili hakim lehine resen tazminata hükmedilmesine ilişkin madde, yeni yasada yer almamaktadır. Buna karşılık HMK’nun 49/1. maddesine davanın esastan reddedilmesi halinde disiplin para cezasına hükmedileceği belirtilmiştir. Halbuki, HUMK’nun 576/2. maddesinde de davanın reddi halinde “*cezai nakdi*”ye hükmolunacağı yer almaktaydı.

Yukarıda yaptığımız gibi 2011 yılının ekim ayında yürürlüğe girecek olan HMK'nun 46. vd. maddelerinin yararlarını ve zararlarını değerlendirmemiz gerektiği aşamada, 6110 sayılı torba yasa içinde HMK'nun hakimlerin hukuki sorumluluğunu temelden değiştirecek hükümlerin yer aldığını görmekteyiz.

Torba yasa getirdiği yeniliklerden birincisiyle, 2011 yılı ekim ayına kadar uygulanacak olan HUMK'nun 573. maddesinin 1. fıkrasını değiştirmiştir. Bu nedenle de Ekim 2011'de uygulanmaya başlanacak olan davaların devlet aleyhine açılmasına ilişkin kural böylece 6110 sayılı torba yasanın yayınlandığı ve yürürlüğe girdiği tarih olan 14.02.2011 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır. Diğer bir anlatımla, yasa koyucu, 6100 sayılı yasayı kabul ettiği 12 Ocak 2011 tarihinden yaklaşık bir ay sonra, hakimlerin sorumluluklarına ilişkin maddelerinde yapılan değişikliği, genişletmek, değiştirmek ve nedense hemen uygulamaya koymak gereğini duymuştur.

Torba yasa HUMK'nun 575. maddesini yürürlükten kaldırmıştır. Sözü geçen madde yerine 6110 sayılı Yasa ile yeni bir hüküm de getirilmemiştir. Hakimlere ilişkin tazminat davalarında dilekçenin nasıl düzenleneceğini hükme bağlayan HUMK'nun 575. maddesi yürürlükten kalktığına ve yerine de yeni bir hüküm de gelmediğine göre, Ekim 2011 e kadar açılacak davalarda HUMK'nun 179. vd. maddelerinde düzenlenen, dava dilekçesinin içeriğine ilişkin kurallar uygulanmalıdır. Ayrıca HUMK'nun 575. maddesi yürürlükten kaldırıldığı için, bu madde içeriğinde yer alan noksan koşullarla sunulan dava dilekçesinin reddine ilişkin hüküm de kalkmıştır. Bunu da unutmamak gerekir.

Ancak 6110 sayılı Torba Yasa'nın 2. maddesi HUMK md. 575/2'nin yürürlükten kaldırılmasıyla meydana gelen boşluğu doldurmaktadır. Yani HUMK md. 575/2'de yer alan hakimlere karşı açılacak tazminat davalarının hangi mahkemelerde görüleceğine ilişkin kural yerine bundan böyle 6110 sayılı Torba Yasa'nın 2. maddesi doğrultusunda tüm hakimlere karşı açılacak davaların Yargıtay'da görülmesi ilkesi benimsenmiştir. Söz konusu geçici 2. madde hakimlerin görevine göre Yargıtay'da hangi dairelerin veya kurulların görevli olduğunu da ayrıca hükme bağlamaktadır.

Torba yasa HUMK md. 576/2'yi de yürürlükten kaldırmıştır. Böylece HUMK'un hakimlere karşı açılan tazminat davasının reddinde, davacıya yüklediği tazminat Şubat 2011 den itibaren uygulanmayacaktır. Aynı şekilde cezai nakdi uygulaması da şubat ayından itibaren kalkmıştır. Burada unutulmaması gereken bir olay, 2011 yılı ekim ayında cezai nakdi yerine HMK 49. madde hükmü doğrultusunda disiplin para cezası gelecek olmasıdır. Bu

durumda Şubat 2011 ile Ekim 2011 arası tarihlerde ne cezai nakdi ne de disiplin para cezası uygulanacaktır.

Torba yasanın geçici 2-1/b maddesinde yer alan hüküm HMK md. 47/2'nin bir tekrarıdır. Hakimlere karşı açılacak tazminat davalarından doğacak rücu davalarına, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkeme bakacağı için şubatta başlayacak olan uygulama Ekim 2011'de de aynen devam edecektir.

Aynı şekilde, geçici madde 2/1/c'de yer alan hüküm nedeniyle hakimlere karşı açılan tazminat davalarında ilgili mahkeme tazminata ilişkin yargısal eylemi gerçekleştiren hakimi resen ihbarla yükümlü olacaktır. Bu yukarıda belirttiğimiz gibi HMK md. 47/2 ile aynı nitelikte olduğu için HMK md. 47/2 dolaylı olarak Şubat 2011'den itibaren uygulanır hale gelecektir.

Torba Yasa ile 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nın 93. maddesinden sonra gelmek üzere 93.A maddesi eklenmiştir. Söz konusu maddeye baktığımızda bu maddenin "*hakim ve savcılarının bir soruşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle ancak devlet aleyhine tazminat davası açılabilir*"ni hükme bağladığını görmekteyiz. Görüldüğü gibi 2802 sayılı yasaya eklenen 93.A maddesiyle Şubat 2011 tarihinden itibaren savcılar da hakim gibi kabul edilip HUMK'nun 573. ve HMK'nun 46. maddesi doğrultusunda yargılanacaklardır. Bu husus yukarıda belirttiğimiz Yargıtay kararlarının içeriğine aykırı olduğu gibi, kişisel kanımca da yanlıştır.

Ancak, bir kısım düşünürler, yargının erk olarak Anayasa'nın 9. maddesinde belirtildiğini, Anayasa'nın 138 vd. maddelerinin yargı erkine ayrıldığını, savcılarında bu bölümde değerlendirildiğini, atamalarına ilişkin kuralların aynı olduğunu, CMUK'nun 148. Maddesinde yer alan Adalet Bakanı'nın emir vermesine ilişkin hükmün CMK'nun da kaldırıldığını, savcılarında yargısal görev yaptığını beyan etmektedirler.

Bu konu, Sn. Şerafettin Elmalı'nın internetteki "*Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu Rejiminin Cumhuriyet Savcıları Bakımından Uygulanması*" adlı makalesinde geniş olarak anlatılmaktadır. Ayrıca, Sn. Sezai Aydın'ın "*Hakimlerin Sorumluluğu*" adlı kitabında yer alan Danıştay 10. Dairesi'nin 10.3.1988 gün 755/401 sayılı kararında da savcılarının yargısal erk kullandığı ve bu nedenle HMUK'nun 573. vd. maddelerine göre yargılanması gerektiği hükme bağlanmıştır. Tüm bunların yanı sıra, Yargıtay HGK 2009/4-361 E ve 2009/399 K sayılı kararında da savcının yargısal erk kullandığı hükme bağlanmakta ancak HMUK'da yer alan hükümler nedeniyle savcılarının

HMUK'nun 573. vd maddeleri ile yargılanmalarının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Elbette, savcı, yargı erkinin içinde yer alan, hakim savcı, avukat üçlüsünden biridir.

Ancak, savcı, yargısal faaliyetlere, kamunun avukatı olarak katılmaktadır. Karar veren değildir. Savcının sanığın hem lehine hem de aleyhine delil toplaması yargılamanın diyalektiğine aykırıdır. Üstelik sanığa ve müştekiye CMK kanalıyla avukat görevlendirilmesi uygulamasından sonra, özellikle müştekinin avukatı ile savcının konumunun yeniden değerlendirilmesi gerektiğini, onların birlikte hareket eden görevliler olarak tanımlanmasını düşündüğümü de dile getirmekteyim. Bu değerlendirme yapılırken, yukarıda bilgilerinize sunduğum ilmi ve kazai içtihatlardan yararlanmanın yanı sıra, gerek dünyada gerekse ülkemizde hakimlik ve savcılığın hangi tarihsel çizgi içinde geliştiği, bu gelişme çizgisinde, o ülkenin ve dünyanın ekonomik, sosyal ve siyasi yapısının nasıl olduğu da dikkate alınmalıdır diye düşünmekteyim.

Sn İlber Ortaylı'nın "*Kadı*" adlı makalesinde belirtildiği gibi, Osmanlı'da kadılık, Osmanlı Beyliği'nin kuruluşu ile başlayan bir görevdir. Beyliğe bağlı yerleşim ünitelerinde, askeri işlerden sorumlu subaşının yanı sıra mülki, beledi ve mahalli idareden sorumlu kadılar atanmakta idi. Daha sonraları, mülki, mali ve belde yönetimi kadılardan alınmış ve başka görevlilerle verilmiştir. Başlangıçta, savcılık görevini de üstlenen kadı, aynı zamanda infaz işlemlerini de emrindeki kuvvetler aracılığı ile gerçekleştirmekte idi, daha sonra savcılık görevi de bağımsız bir görev olarak oluşmuş ve kadılıktan ayrılmıştır.

Yargıtay HGK'nun 2009/4-361 E sayılı kararını size sunarken söylemek istediği bir başka konuya da değinmek isterim, bilindiği gibi, hakimlerin hüküm vermesi, kendilerine bu konuda yasalarla tanınan yetkilerden gelmektedir. Hakim bu yetkiye dayanarak ve somut olayı var olan hukuk kuralları ile birlikte değerlendirerek hükmünü oluşturur. Bu temel ilkeyi kabul ettiğimizde Yargıtay HGK'nun yukarıda belirtilen kararını eleştirmek gereğini hissetmekteyim. Bilindiği gibi, eğer bir Yargıtay dairesi var olan karardan dönmek istediğinde bunu gerekçeleri ile birlikte genel kurula sunmak zorundadır. Eğer genel kurullardan biri karar değiştirecek ise, bu durum büyük genel kurula sunulmalıdır. Gene daireler arasında bir çelişki varsa birinci başkanlık yada ilgili daireler tarafından bunun giderilmesi için genel kurula sunulması gerekmektedir.

Olayı bu açıdan değerlendirdiğimizde, HGK'nun Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması olmuş bir karardan yani savcılarının idari yargıda yargılanması gerektiğine ilişkin kararından dönebilmesi için bunun gerekçeleri ile birlikte

bir üst kurula sunulması gerektiğine inanmaktayım. Üstelik büyük genel kurul bu konuda ki kararını sıradan kararlarda olduğu gibi değil bunun bir dönme kararı olduğunu gerekçeleri ile belirtmesi gerektiğine de inanmaktayım. Kişisel kanıma göre, eğer bu krallara uyulmamış ise, fiilen var fakat hukuken yok bir karar doğmuş olacaktır.

Benim edindiğim bilgilere göre, savcılık ilk kez, 1200-1300 tarihlerinde Fransa'da görüldü ve kralın haklarını korumak için mahkemelerde, kral tarafından görevlendirildi. Bizde ise 1870'te kamunun haklarını gözetmek amacıyla, temyiz mahkemeleri ile sınırlı kalmak üzere, savcı bir "memur" olarak atandı. Daha sonra 1876 Anayasası'nın 91. maddesinde yer alan hükme göre, savcılık adlı memurluğun tüm vilayetlerde uygulanması kabul edildi ve 1876 da çıkarılan yasa ile bu uygulama fiilen gerçekleşti. O zamanın siyasal yapısı gereği, savcılık "memurluk" olarak kabul edildi. Savcılığa ilk kez hak ettiği değer Mustafa Kemal Atatürk vermiştir. Bu nedenle, savcı sözcüğünün önüne "Cumhuriyet" ekinin eklenmesini istemiştir.

Savcılığın, Mustafa Kemal Atatürk tarafından tanınan önemini kabul etmekle birlikte, savcılığı, yargısal erk kullandığını ve hakimlerle birlikte aynı koşullarda yargılanması gerektiğini düşünmemekteyim. Onun yargısal erk kullanmamış olmasının, onun önemini ortadan kaldıracadığına da inanmaktayım. Çünkü ona verilen önem yargılanmada sağlanan ayrıcalıklardan gelmemekte, toplumsal fonksiyonundan ileri gelmektedir.

Üstelik söz konusu 93.A maddesi son fıkrasına baktığımızda "hakimler ve savcılar yüksek kurulu müfettişleriyle adalet müfettişlerinin yetkilerini kullanırken yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet ve verdikleri her türlü kararlar nedeniyle açılacak tazminat davaları hakkında da uygulanır." hükmü nedeniyle bundan böyle müfettişlerin de hakim gibi yargılanmasının yolu açılmaktadır. Bu yukarıda belirttiğimiz Yargıtay kararlarına aykırı olduğu gibi hukuk mantığıyla da bağdaşmamaktadır. Üstelik adalet bakanlığı müfettişleriyle, kamuda görev yapan diğer müfettişleri de ayırarak yasalar önünde eşitsizliğe yol açan bir hüküm olmuştur.

Söz konusu 93.A maddesinin 1. fıkrasının b bendine baktığımızda, "kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hakim veya savcı aleyhine tazminat davası açılmaz." hükmünün yer aldığını görmekteyiz. Söz konusu 93.A maddesinin son fıkrası adalet müfettişlerini de bu kapsamlarda değerlendirdiğine göre, hakim savcı ya da adalet müfettişlerinin kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa şahsi sorumluluğuna gidilemeyecektir. Kişisel kusur ve haksız fiil için sorumluluk davasına gidilememesi bile benim açımdan eleştirilmesi gerekli

bir husus iken, aynı maddede yer alan ucu bucağı belli olmayan “*diğer sorumluluk sebepleri*” ne dayanılarak da şahsi sorumluluklarına ilişkin dava açılmamasını anlamak mümkün değildir.

Örneğin hakim duruşma sırasında, taraflara yada vekillerine hakaret edecek ve bundan ötürü sorumlu olmayacaktır. Bu ve benzeri olaylar yaşanmıştır. (Ahmet Kılıçoğlu'nun Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu adlı makalesinde, Yargıtay 4. HD 14.11.1957 E 6471 K 6802 ve 29.01.1959 E 1386 K 963 sayılı kararlarına dayandırdığı kendi görüşü ve benim 16 Mayıs Dergisi'nde yayınlanan Edepsizlik Etmeyin ve Bir Örnek Karar adlı makalemdeki olaylar, yeri gelmişken belirtmek isterim söz konusu makale de bir tutumun eleştirisi yapılmış ve kararın eleştirisi yapılmamıştır. Kararın eleştirisi yapılacak olursa, kişisel kanıma göre, hakim hakkında açılacak davanın BK md. 41'e göre açılması ve Yargıtay 4. HD de bunu HMUK'nun 573. vd. maddelerinin uygulanması olanaksızdır diyerek biraz önce belirttiğim çok eski kararlarında olduğu gibi reddetmesi gerekirdi) Hatta yürürlükten kalkmış olan kat mülkiyetine ilişkin kanun maddelerine göre Bakırköy Adliyesinde, ceza davalarında şahsi dava yöntemi kalkmış olmasına rağmen Ankara Adliyesinde ceza davası aşamasında manevi tazminata hem de harcı alınmış bir dilekçe olmaksızın hüküm kurulmuştur. Adliyelerin yer aldığı şehirler, sadece olayın önemini belirtmek için belirtilmiştir. Şimdi soruyorum, Bunlardan doğan tazminatın devlet tarafından ödenmesine gönlünüz razı oluyor mu?

HMK'nun 46/2. maddesinde hakimlerin yargısal eylemlerinden ötürü açılacak olan tazminat davalarının açılabilmesi için, hakime karşı bir ceza soruşturmasının yapılması yahut mahkumiyet şartının aranmasının gerekmeceğine ilişkin açık hüküm olmasına rağmen ve aynı maddenin 3. fıkrasında hakimlere karşı açılacak rücu davalarının bir yıl içinde açılmasının emredici şekilde hükme bağlanmış olmasına rağmen 93.A ile rücu davasının açılabilmesi için hakim ve savcılar hakkında görevi kötüye kullanmaktan bir mahkumiyet kararına gerek olduğunun hükme bağlanmasını anlamak da mümkün değildir.

93.A maddesi hakimlerin eylemlerinden dolayı devlet aleyhinde açılacak tazminat davalarının, savcılar tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesini veya kovuşturma kararı verilmişse buna dayalı hükmün kesinleşmesini, genel anlamıyla dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesini takiben 1 yıl içinde açılabileceğini hükme başlamıştır. Müfettişler açısından böylesine bir tarih söz konusu değildir. Bu durumda dava açma süresi ne olacaktır? Sorusu akla gelmektedir. Yine 93.A maddesi, devlet tarafından ilgiliye karşı açılacak rücu davalarının da bir yıl için de

açılabilceğini hükme bağlamıştır. Rücu davalarındaki bir yıllık süre, tazminat davasının kesinleştiği tarihten itibaren başlamaktadır. Maddede yer alan bu bir yıllık sürelerin zamanaşımı mı hak düşürücü süre mi olduğu belirtilmemiş ise de maddenin yazılımina baktığımızda hak düşürücü süre olduğu kanısına ulaşılmaktadır.

HMK'nun 46. vd. maddelerine baktığımızda ise gerek tazminat davası gerekse rücu davasının açılması bakımından bir zaman sınırlaması yani zamanaşımı ya da hak düşürücü süre belirtilmediği görölmektedir. Bu nedenle 2802 sayılı yasada yer alan süreler geçerliliğini koruyacaktır. 1086 sayılı HUMK'nun uygulandığı dönemde tazminat davalarının hangi süre içinde açılacağına dair herhangi bir hüküm bulunmadığından, BK'nun haksız fiile ilişkin hükümlerine ait zamanaşımı kuralları uygulanmaktaydı. O dönemde dava doğrudan doğruya hakime açıldığından rücu davası söz konusu olmamaktaydı. Burada meydana gelen önemli değişiklik 1086 sayılı yasa döneminde zamanaşımı şeklinde değerlendirdiğimiz bir yıllık sürenin yeni yasada hak düşürücü süre olarak karşımıza çıkmış olmasıdır.

Unutmadan söylemek isterim, 6010 sayılı Torba Yasa'nın, geçici 2/2. maddesi gereğince;

- Görölmekte olan davalar,

Kesinleşmemiş hükümler,

Bu kanunla temyiz veya karar düzeltme yolu açılan hükümler açasından,

Hakimler ve Savcılar Kanunu'na bu Kanun'la eklenen 93.A maddesi ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun bu kanunla yani Torba Kanun'la değerştirilen 573. maddesi hükümleri uygulanır, hükmü getirilmiştir.

Yukarıda göröldüğu gibi “*bu kanunla temyiz veya karar düzeltme yolu açılan hükümlerden temyiz ve karar düzeltme süresi geçmeyen*” davalar torba yasanın getirdiği yeni hükümlere tabi olacaktır. Böylece;

- Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibariyle temyiz veya karar düzeltme süresi geçmeyen hükümler

- Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce verilen ve miktar veya değerı itibariyle temyiz veya karar düzeltme yoluna başvurulamayan hükümler için, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki hafta içinde temyiz veya karar düzeltme yoluna başvurulabilecektir.

Yasa koyucu, yukarıda sayılan kararlar içinde temyiz ve karar düzeltme hakkının varlığını hükme bağlamış ancak, karar sonucunda tazminat bedelinin

ödenip ödenmediğini ayrı ayrı değerlendirmiş ve eğer tazminat bedeli ödenmiş ise ve karar gereği tazminatın geri alınması gerekcek ise bu geri isteme talebinin bu davalara uygulanmayacağını hükme bağlamıştır. Böylece yargı kararına saygı duyarak, hükmün belirttiği tazminat miktarını ödeyen, ödediğini davacıdan tahsil edememesi halinde, mağdur etmiştir.

Bu Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra, görevli mahkemede ilk yapılacak şeyin, davanın 93.A maddesindeki koşulları taşıyıp taşımadığı konusundaki inceleme olması gerektiği yeni Yasa'nın 12/5. maddesinin hükmüdür.

Bu davaların temyiz edilmesinde getirilen hükmü de anlamak mümkün değildir. Gelen yenilikle, bu davaların temyiz ve karar düzeltme aşamalarında bundan böyle HMUK ve HMK'daki değer sınırlamalarına bakılmaksızın kanun yoluna başvurma hakkı kullanılacaktır. Diğer davalarda her yıl yeniden belirlenen kanun yoluna başvurma sınırındaki değişiklik nedeniyle kaybolan hak, bu davalar için geçerli değildir.

Bilindiği gibi Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu'nun 15/e maddesi gereğince jandarma birlik komutanları adli görevlerinden ötürü hakimlerin yargılanmasına ilişkin hükümlere tabidir. Bu nedenle yukarıda saymış olduğumuz tüm değişiklikler bu kişiler için de geçerli olacaktır.

Kanımca burada cevaplandırılması gereken sorulardan birisi, bu güne kadar bildiğimiz, devlet aleyhine açılan tazminat davaları idari yargıda görülen davalardan olmasına rağmen, bu kez niçin davanın adli yargıda görülmesi gerektiğinin hükme bağlandığıdır. Bu değişiklik beraberinde sorumluluk kurallarının ne olacağını da gündeme getirmektedir. Bilindiği gibi idari yargıda, hizmet kusuru esasına ve resen yargılama ilkelerine göre uyuşmazlıklar çözümlenmektedir. Buna karşılık adli yargıda, haksız fiil unsurları ve tarafların delil toplaması ilkesi dikkate alınarak uyuşmazlık çözümlenmektedir. HUMK'nun 573. maddesinde yer alan, HMK'nun 46. maddesine aynen geçen hükümler nedeniyle, hakimlerin sorumluluğunda kasıt ve ağır ihmal aranmaktadır. (Selda Çağlar Türk Pozitif Hukukunda Yargıcın Yargılama Faaliyetlerinden Sorumluluğu) Bunu hizmet kusuru ile nasıl bağdaştıracamız? Şimdi uygulamamız nasıl gelişecektir? Bu düzenleme hakim sorumluluğunu arttırmakta mıdır?

Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sorumluluğun sübjektif sorumluluk hizmet kusurunda düzenlenen sorumluluğun objektif olması yargılamayı nasıl etkileyecektir?

Adli yargıda delillerin taraflarca toplanması ilkesine karşılık idari yargıda resen yargılama ilkesinin yürürlükte olması yargılamayı nasıl etkileyecektir?

Bana göre, HUMK'nun uygulamasında da çözümlenmemiş problemlerden biri, açılan davada, yerel mahkeme hakimi ile birlikte Yargıtay hakiminin de sorumlu tutulması halinde, dava nerede görülecektir. Aynı Şekilde, kendisine tazminat davası ihbar edilen ilgili hakim, Yargıtay hakimlerine rücu edebileceğini beyanla birlikte davanın onlara da ihbarını talep eder yada bizzat ihbar ederse, dava nerede görülecektir. Bu problemi ciddi olarak düşünmeliyiz. Çünkü yukarıda da belirttiğim gibi, 26.9.2007 gün ve 2007/4-669 E 2007/608 K sayılı Yargıtay HGK kararında hükme bağlandığı gibi, zararı önlemek Yargıtay'a başvurmak olarak anlaşılırsa, zarar veren eyleme Yargıtay yelerinin de katıldığını hatta yerel mahkeme hakiminin illiyet bağının kesildiğini, sadece Yargıtay hakimlerinin sorumlu olması gerektiğini bile savunabiliriz.

Bir avukat aleyhine açılmış bir tazminat davasında, davalı avukat da davada yanlış kararının yerel mahkeme ve Yargıtay hakimleri tarafından verildiğini iddia ile davanın bunlara ihbarını talep edebilir yada bizzat ihbarı gerçekleştirebilir. Böylesi bir durumda nasıl bir uygulama gerçekleştireceğimizi ben mevcut yasal hükümlerden ıkaramamaktayım.

Yukarıda da belirttiğim gibi, tazminat davasında sorumluluk hakimın kişisel mal varlığından kaldırılmış devlet hazinesine yüklenmiştir. Ancak, rücu davalarının açılması pratik açıdan yürütmenin inisiyatifine bırakılmıştır. Bilindiği gibi, kuvvetler ayırımında, yargının bir erk olarak kabulü, yürütmenin denetlenmesinin zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Rücu davalarının açılmasını yürütmenin inisiyatifine bırakırsak, denetlenmesi gerekenin, denetlemesi gerekeni denetlemesine yol açarız. Kuvvetler ayırımını benimsediğimiz müddetçe bu siyasal sistemi bozacak bir yapılaşma olur. Diğer bir anlatımla yürürlüğe girecek bu yasa anayasal yapımızla ve yerleşmiş hukuk dzenimizle bağdaşmamaktadır.

Hatta basın sularında, Cumhuriyet Savcılıkları'nın yetkisini hatırlarsak, ve hakimlerle Cumhuriyet Savcıları'nın da yürütme tarafından denetlenmesine olanak verdiğimizden ötürü basının da kontrolü bir anlamda yürütmenin eline geçmiş olacaktır.

Benim kanıma göre, hakimlerin sorumluluğundan kaynaklanacak ödemelerin devlet bütçesinden ayrılacak zerk Şekilde yönetilen hatta yeleri yada sadece başkanı genel seçimlerde seçmen veya TBMM tarafından seçilen bir kişi olan fon tarafından karşılanmasıdır. Rücu davalarının açılıp açılmayacağına da, kusurun hafifliği yada ağırlığı gözetilerek bu fon yönetimi tarafından karar verilmelidir. Böylece hakimler, hakimiyetin gerçek sahibi millet tarafından denetlenir hale gelecektir.

Bilindiği gibi, eski TCK'nun 231, 233 ve 244. maddeleri hakimlerin işleyeceği suçları düzenlemekteydi. Bunlarda 231. madde hakimın görevi ihmal suçunu diğer memurlardan ayırmakta ve zarar meydana gelmesi koşuluna bağlayarak ağılaştırmakta idi. Yeni TCK'da hakimlere ilişkin suçlar kaldırılmış, görevi ihmal suçu da memurlarla aynı olarak düzenlenmiştir. Gerçi, memurlar için de zarar şartı aranır hale gelmiş ise de HMK ve Torba Yasa'da yapılan değişiklik ile, hakimler ile memurlar arasındaki farkın kapandığını söylemek ve yargı bağımsızlığı açısından endişe etmekteyim.

Bu aşamada HMUK'nun 63. maddesinde, hakim sorumluluğuna ilişkin dava açarken, avukata verilen vekaletname de özel yetki aranacağına dair bir hüküm olmadığını, bu şartın yargı kararları ile oluştuğunu ve bu kararlar için hakimın reddinde (HMUK md. 33) özel yetkiye gereksinim olduğuna göre bu konuda da özel yetkiye gerek vardır benzetmesinin yapıldığını belirtmekte yarar görmekteyim.

Kişisel kanıma göre herkes yapmış olduğu işin sorumluluğunu taşımalıdır. Bir işin sorumluluğunu taşımak onun onurunu taşımak demektir. Bu nedenle 93.A maddesinde yer alan pek çok hükmü benimsemediğimi belirtmek isterim. Yazıya son verirken, Yargıtay 4. HD'nin 16.11.2000 gün 2000/6402 E. 2000/10139 K. sayılı kararında (www.integrahukuk.com) yer alan karşı oy yazısını okumanızı önermekteyim. Söz konusu karşı oy yazısında bir Yargıtay hâkiminin vermiş olduğu kararlardan nasıl endişe duyduğunu görmenizi isterim.

II. OTURUM

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU GENEL İNCELEMESİ

Av. Bülent Nuri KURDOĞLU¹

I. GİRİŞ:

Değerli konuklar Büyük Atatürk'ün hukuk devriminin en önemli yapı taşlarını oluşturan temel kanunlarımız günün ihtiyaçlarına cevap vermesi amacıyla yeniden ele alınarak hazırlanmaya başlanmıştır. Bugün burada getirdiği yenilikleri konuşacak olduğumuz yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu kabul edilen diğer temel kanunlardan farklı olarak yargılamanın herkes için eşit ve adil olmasını sağlayacak bir temel norm olması sebebiyle daha büyük önem taşımaktadır.

Yeni usul kanunumuz da yeni kabul edilen diğer temel kanunlar gibi dili sadeleştirilmiş ve günümüz için daha anlaşılır bir yapıya kavuşturulmuştur. Ancak dilin sadeleştirilmesi yapılırken hukuki kavram olduğu gerekçesiyle değiştirilmeyerek aynen korunan eski dildeki bazı kelimeler varlığını devam ettirmiştir. Hâlbuki bu kelimelerin büyük kısmının Türkçe'mizde karşılığı bulunmasına rağmen eski kelimeler Kanun'daki yerini korumuştur.

Birkaç örnek verecek olursak;

“Müdabiller” kelimesi yerine *“katılanlar”*

“Aleniyet İlkesi” yerine *“Açıklık İlkesi”*

“Makul süre” yerine *“uygun süre”*

1 Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü Üyesi

“*sevk ve idare eder*” yerine “*yönetir*”

“*Terditli Dava*” yerine “*Kademeli Dava*”

“*İsticvap*” yerine “*sorgu*”

kelimeleri kullanılabilirken; Arapça kökenli kelimelerin tercih edilmesi kanun dilinin sadeleştirilmesi açısından yanlış olmuştur. Hemen hemen her temel kanun değişikliğinde hukuki kavram oldukları ve yerlerine Türkçe kelime konulması durumunda kavramın anlamını tam vermeyeceği gerekçeyle bu ve benzeri Arapça kökenli kelimeler kullanılmaya devam edilmiştir. Arapça'nın hukuk dilinin Türkçe'nin hukuk dilinden üstün olduğu kabul edilemeyeceğine göre bu kelimelerin Türkçe karşılıklarının kullanılması daha doğru olurdu.

II. OLUMLU DEĞİŞİKLİKLER:

Yeni HMK'nun geneline baktığımızda Yargıtay ile doktrinin uyuşmadığı ve doktrinin ideal hukuk açısından savunduğu ve değişmesini istediği birçok konunun yeni HMK'da yer bulduğunu söyleyebiliriz.

Yeni HMK ile usul hukukumuzda yapılan olumlu değişikliklerin bazıları şunlardır:

Haksız fiilden doğan davalarda yetkili mahkeme seçenekleri genişletilmiştir. Böylece haksız fiillerden meydana gelen zararlarda yetkili mahkemenin seçiminde davacıya somut olayın özelliğine göre daha geniş seçim şansı tanınmaktadır.

Görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde daha önce sadece davacı görevli ve yetkili mahkemeye başvurabilirken davalıya da görevli mahkemeye başvurma hakkı tanınmıştır.

Hâkimin davaya bakmaktan yasaklılığı sebepleri arasında sayılan “*karişimin*” ifadesi yerine “*eşinin*” ifadesi kullanılarak kadın erkek eşitliğinin sağlanması açısından geç kalınmış bir düzenleme yapılmıştır.

Bölge Adliye Mahkemesi'ne hâkimin davaya bakmaktan çekinme kararının incelenmesi yetkisi verilmiştir. Çekinme kararı tıpkı görevsizlik ve yetkisizlik kararları gibi nihai bir karar olması sebebiyle bu karara karşı Bölge Adliye Mahkemesi'ne gidilebilecektir. Ayrıca toplu mahkemelerde hâkimin çekinme kararının nasıl değerlendirileceği eski Kanun'da yazılı değildi. Hâkimin reddi talebinin incelenmesi ile ilgili düzenleme toplu mahkemelerde de uygulanacaktır. Hâkimin reddi talebinin geri çevrilmesi sebepleri arasında

eski Kanun'da ayrı ayrı aranan ret sebebi ve inandırıcı delil unsurları artık birlikte aranacaktır.

Dava şartları ve dava çeşitleri tek tek sayılmış ve uygulamada var olup kanun da yer almayan tespit davaları da bu dava çeşitleri arasında yerini almıştır.

Bilindiği üzere bizim usul hukukumuzun kaynağı İsviçre'nin Nöşatel Kantonu Usul Kanunu'dur. Yeni Kanun da kaynak kanun olan Nöşatel Kantonu Usul Kanunu kavramlarına da yer verilmiştir.

Dosya içerisindeki belgelerin kaybolmasının engellenmesi amacıyla dosya içerisindeki her türlü belge için “*dizi listesi*” hazırlanma zorunluluğu getirilmektedir.

III. OLUMSUZ DEĞİŞİKLİKLER:

Yasalaşan yeni HMK'da dikkat çeken en önemli olumsuzluklar ise şunlardır:

Kanun'un ilk genel gerekçesine bakıldığında çekişmeli davaların olabildiğince sulh hukuk mahkemelerinin görevinden alınmasının amaçlandığı yazılıyken sulh hukuk mahkemelerinin görevlerini düzenleyen maddede çekişmeli sayılabilecek birçok davayı çözüme kavuşturmak ile görevlendirildiği görülmektedir.

Hâkimin reddi talebinin uygun görülmemesi ve reddedilmesi durumunda para cezası öngörülen eski Kanun'daki düzenleme aynen korunmuştur. Bu para cezasının getirilmiş olması hâkimi ret talebinde bulunacak tarafları caydırıcı niteliktedir. Hâlbuki yeni kanunla hâkimi ret sebebi ve inandırıcı delil unsurları artık birlikte aranmaktadır. Dolayısıyla hâkimin reddi talebi taraflarca artık üstünkörü yapılamayacaktır. Bu sebeple bu para cezasının hiçbir mantığı bulunmamaktadır. Ayrıca ön görülen para cezasının hangi durumlarda üst sınırının hangi durumlarda alt sınırının uygulanacağı ise belirsizdir. Bu nedenle bu fıkra kaldırılmalıdır.

Dava şartları arasında davacının davayı açmakta hukuki yararının bulunup bulunmadığı sayılmışken dava şartı olarak “*Yargı yolunun caiz olması*” hükmünün getirilmesine gerek yoktur.

IV. DEĞİŞİKLİK ÖNERİLERİ:

Hali hazırdaki durumu itibariyle çok da olumsuz değerlendirilemeyecek bazı maddelerde aşağıdaki değişiklikler yapılacak olursa Kanun'un işlevinin daha da artacağı düşüncesindeyiz.

Tacirlerle kamu tüzel kişileri arasındaki yetki sözleşmesini düzenleyen maddelerin gerekçelerine bakıldığında, tacirler ve kamu tüzel kişileri karşısında gerçek kişilerin daha zayıf durumda buldukları ve bu nedenle mağdur oldukları bu maddelerin amacının da gerçek kişilerle, tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yetki sözleşmesi yapılmasının kısıtlanması olduğu yazılıdır. Hâlbuki kanun metnine bakıldığında tacirler ile kamu tüzel kişilerinin gerçek kişilerle yetki sözleşmesi yapmalarının yasaklandığını ya da kısıtlandığını gösterir bir hüküm bulunmuyor. Bu nedenle yetki sözleşmesini düzenleyen maddeye gerçek kişileri yetki sözleşmesi yapılması konusunda koruyacak hüküm eklenmelidir.

Yargıtay'ın, görevsizlik kararı verilmesi durumunda kararı veren mahkemenin davacıyı mahkeme masrafına ve vekâlet ücretine mahkûm etmesi gerektiği yönünde içtihatları bulunmaktadır. Taraflardan birinin mahkeme masrafına ve vekâlet ücretine mahkûm edilebilmesi için davayı kaybetmiş olması gerekir. Görevsizlik kararı usul yönünden verilen bir karar olup esastan davanın kaybedildiği anlamına gelmez. Bu sebeple görevsizlik kararı verilmesi durumunda vekâlet ücretine hükmedilemeyeceğine ilişkin madde eklenmelidir.

Hâkimin davaya bakmaktan ret sebeplerini düzenleyen maddeye evlilik sonrası oluşan dünür hısımlığını da kapsamı için “*kan ve dünür hısımları*”; davada işin esası hakkında verilen karar görevsizlik ya da yetkisizlik gerekçesi ile Yargıtay’ca bozulması durumu için “*Hâkimin davayı görececek olan görevli ya da yetkili mahkemeye tayin edilmiş olması*”; hukuk mahkemelerinde kamu adına dava açmak durumunda olan Cumhuriyet Savcısı’nın davanın görüleceği mahkemeye hukuk hâkimi olarak görevlendirilmesi durumu için “*Davayı Cumhuriyet Savcısı sıfatıyla açmış bulunması*” hükümleri de eklenmelidir.

V. AVUKATLARLA İLGİLİ DÜZENLEMELER:

Kanun’un tamamına baktığımız da biz avukatları ilgilendiren ve beklentisi içerisinde olduğumuz son derece önemli konular hiç dikkate alınmadığı gibi avukatların çalışmalarını zorlaştıracak son derece yanlış hükümlerde kanun da yerini almıştır.

Avukatların Avukatlık Kanunu’ndan kaynaklanan uzlaştırma yetkilerini güçlendirecek bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bunun yerine arabuluculuk yasa tasarısı avukatların aleyhine olacak şekilde kaleme alınmış ve yasama organının gündemine alınmayı beklemektedir.

Bizim hukukumuz da avukat tutma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bazı yabancı hukuk düzenlerinde asliye hukuk mahkemelerinde ve bazı özel yetkili mahkemelerde avukat tutma zorunluluğu getirilmiştir. Ülkemizdeki adliyelerde görölmekte olan davaların uzamasının ve gereksiz davalarla mahkemelerin meşgul edilmesinin en önemli nedenlerinden biri hukuk bilgisi olmayan kişilerin avukat masrafına girmek için kendi davalarını kendileri takip etmek isterken yaptıkları usule ilişkin yanlışlardır. Bu nedenle bazı mahkemelerde bu tür sıkıntıları ortadan kaldırmak için avukat tutma zorunluluğu getirilebilir. Avukat tutma zorunluluğu getirilmesi bazılarına göre hak arama özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesi ile anayasaya aykırı görölmektedir. Ancak şu da bir gerçektir ki hukuk bilgisi zayıf bir toplum yapısının bulunduğu ülkemizde avukat tutma zorunluluğunun getirilmesi aslında hak arama özgürlüğünü destekler nitelikte bir düzenleme olacaktır. Ne var ki bu kanun hazırlanırken avukat tutma zorunluluğu hiç düşünülmemiştir.

VI. SONUÇ:

Avukatlık stajımı yaparken ceza usul seminerine gelen Av. Sami Kahraman “*Hem Ceza Usul Kanunu’nu hem de Hukuk Usulü Kanunu’nu hiç okumadıysam en az beş defa okumuşumdur. Her duruşma öncesi yine okurum. Siz de bunu alışkanlık haline getirin*” tavsiyesinde bulunmuştu. Daha sonra avukatlığa başlayıp duruşmalara çıkınca gördük ki davanın esasına uygulanacak temel kanunlardansa duruşma esnasında en çok ihtiyaç duyduğumuz kanun, usul kanunu. Bu sebeple usul kanununun çok iyi öğrenilmesi gerekmektedir. Bu sebeple HMK’nun, yürürlüğe giriş tarihinden önce tekrar gözden geçirilerek burada açıklamaya çalıştığımız olumsuzlukların giderilmesi ve bundan sonra yürürlüğe sokulması daha sağlıklı olacaktır.

6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU İLE İSPAT VE DELİLLER KONUSUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Dr. Mustafa Göksu¹

A. GİRİŞ VE GENEL DEĞERLENDİRME

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), 12.01.2011 tarihinde TBMM'nde kabul edilip 04.02.2011 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bir değişiklik yapılmadığı takdirde 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan Kanun'un, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) esas alınarak hazırlandığı söylenilebilir. HMK ile bazı yeni düzenlemeler getirilmiş, eski Kanun'da mevcut olan düzenlemelerin dili ve sistematığı elden geçirilmiş, bazı düzenlemeler ise değiştirilmiş veya ortadan kaldırılmıştır. Kanun'da ispat ve deliller konusu dördüncü kısımda düzenlenmiş olmakla beraber, yazılı yargılama usulünü düzenleyen üçüncü kısım başta olmak üzere diğer bazı kısımlarında da deliller ile ilgili çeşitli hükümler bulunmaktadır. Türk Hukuk yargılamasının en temel özelliklerinden birisi olan senetle ispat ilkesi ve bu ilkeye ilişkin kurallar (senetle ispat zorunluluğu ve senede karşı tanıkla ispat yasağı) 6100 sayılı Kanun'da da devam etmektedir.

Belirttiğimiz üzere Kanun'un yazılı yargılama usulünü düzenleyen üçüncü kısmında, konu ile ilgili önemli bazı hükümler bulunmaktadır. Kanun'un

1 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı

145. maddesine göre taraflar, Kanun'da belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere hukuki dinlenilme hakkı ile bağlantılı olan düzenleme çerçevesinde taraflar, istisnai hallerde kanuni sürenin bitmesinden sonra da istisnai hallerde delil sunabileceklerdir.

Delillerin incelenmesi ile ilgili olarak yapılan diğer önemli bir düzenleme, doğrudanlık ilkesi çerçevesinde karşımıza çıkmaktadır. Kanun'un 149. maddesi ses ve görüntü nakledilmesi yolu ile duruşma yapılmasını düzenlemektedir. Maddenin ikinci fıkrasına göre mahkemede dinlenilmesi gereken kişiler, (tarafların rızası ile) başka bir yerden bu yolla dinlenebilirler. Bu madde çerçevesinde tanık, bilirkişi, uzman gibi kişilerin başka yerde olmaları halinde istinabe yerine bu yolla dinlenerek daha doğrudan bir yargılama yapılması sağlanabilir. Ayrıca bu düzenlemeyi 152. madde çerçevesinde de değerlendirmek gerekecektir. Söz konusu maddeye göre taraf vekilleri ve mahkeme üyeleri tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılan diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Bu yetki tarafların kendilerine tanınmamıştır. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde, sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine hâkim karar verecektir. Bu iki maddenin birlikte uygulanması ile sözlü delillerin yargılamada daha etkin kullanılması mümkün olacaktır.

İsticvap, bilindiği üzere HUMK'nda bir delil olarak düzenlenmemiştir. Bu durum, HMK açısından da geçerlidir. Kanun'da isticvap delil olarak değil, ispat ve deliller kısmından önce yargılamaya yardımcı bir kurum olarak düzenlenmiştir. Kanun'un 152. maddesinde yer alan düzenleme, 172. maddede isticvap açısından da düzenlenmiştir; buna göre istinabeden önce kural olarak ses ve görüntü nakli yoluyla isticvap yapılmalıdır. İsticvabın yapılması ile ilgili olarak Kanun'da tanık dinletilmesi ile ilgili hükümlere (md. 249, 250, 259 – 263) atıf yapılmaktadır. Buna göre, isticvap edilecek olan taraflar da tanıklara tanınmış olan çekinme hakkından yararlanabileceklerdir.

B. İSPAT VE DELİLLER

1. GENEL HÜKÜMLER

Kanun'un "*İspat ve Deliller*" başlığını taşıyan dördüncü kısmının birinci bölümü, genel hükümler başlığını taşımaktadır ve bu bölümde ispat ve delillere ilişkin bazı yeni hükümler bulunmaktadır. Kanun'un 187. maddesi, ispatın konusunu ve nelerin ispatının gerekip nelerin ispatının gerekmediğini

düzenlemektedir; buna göre, ispatın konusunu sadece uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluştur, herkesçe bilinen vakıalarla ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmayacakları için bunların ispatı gerekmez.

Kanun'un 188. maddesinde ikrar, vakıayı çekişmeli olmaktan çıkaran bir araç olarak düzenlenmiştir. HUMK uygulaması boyunca, Kanun'un lafzının da buna müsait olması sebebiyle, hem doktrin hem uygulamada ikrar çoğunlukla bir delil olarak kabul edilmiştir. Fakat ikrarın niteliği sebebiyle bir delil olamayacağı da doktrinde ifade edilmiştir². HMK düzenlemesi de bu yönde yapılmıştır; mahkeme önünde yapılan ikrar vakıayı çekişmeli olmaktan çıkarır. Kanun'da düzenleme sadece mahkeme içi ikrar için yapılmıştır, mahkeme dışı ikrar ise düzenleme dışında bırakılmıştır. Mahkeme dışı ikrar, eski Kanun uygulamasında da başka delil ve emarelerle ispatı halinde kullanılabilen bir ispat vasıtası idi. Bu durum aslına mahkeme dışı ikrarın bir vakıa olduğunu göstermektedir. Yeni kanun uygulamasında da mahkeme dışı ikrarın bir vakıa olarak değerlendirilip diğer vakıalar gibi yargılamaya getirilmesi ve ispatı gerekecektir.

Kanun'un 189. maddesinde ispat hakkı düzenlenmiştir. Hukuki dinlenilme hakkının ayrılmaz bir parçası olan ispat hakkı, konuyu düzenleyen md. 27/II/b hükmüne paralel olarak 189. maddede düzenlenmiştir. Maddenin başlığı ispat hakkı olmakla birlikte, maddede bu hakkın sınırları da yer almaktadır. Daha önceki Kanun'da hakkında açık bir düzenleme bulunmayan hukuka aykırı yollardan toplanmış deliller, maddenin ikinci fıkrası ile yasaklanmıştır. Maddede ayrıca Kanun'un belirli delillerle ispatını emrettiği hususların, başka delillerle ispat olunamayacağı ve bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verileceği de düzenlenmiştir.

Hukukumuzda ispat yüküne ilişkin düzenleme bilindiği üzere Medeni Kanun'un 6. maddesinde bulunmaktadır. HUMK'nun 190. maddesinde, MK'a paralel şekilde ispat yükü yeniden tanımlanmıştır. Bu madde MK md. 6 ile çelişmediği için, her iki düzenleme de birlikte uygulanacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında kanuni karineler düzenlenmiştir. Buna göre, kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kesin kanuni karineler hariç olmak

2 Ansay, S. Ş., Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Baskı, Ankara, 1960, s. 261; Pekcanitez, H., Atalay, O., Özkes, M., Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2008, s. 383, 384; Konuralp, H., Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara, 1999, s. 11; Kiraz, T. Ö., Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara, 2005, s. 48 vd.

üzere bunların aksinin ispatı da mümkündür. Fiili karineler ise düzenleme dışında bırakılmıştır.

HUMK uygulamasında, Kanun'un 367. maddesi ile düzenlenmiş olan özel hüküm sebepleri (hususî esbabı hüküm) çerçevesinde, Kanun'da düzenlenmemiş olan diğer delillerin mahkemece incelenmesi mümkündür. Bu hüküm ile aslında Kanun'da düzenlenmemiş delillerin de dinlenmesinin caiz olduğu ifade edilmekle birlikte, Kanun'un sistematığının de buna elverişli olması sebebiyle özel hüküm sebepleri, uygulama ve doktrinde çoğunlukla bir delil türü gibi görülmekte idi. HMK'da ise bu durum değiştirilmiş olup, konu, delillerden önce Kanun'un 192. maddesi ile hükme bağlanmıştır. Buna göre, mahkeme, belirli bir delille ispat zorunluluğunun Kanun'da öngörülmediği hâllerde, Kanun'da düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir. Bahsettiğimiz üzere bu değişiklik aslında sadece şekilde olan bir değişikliktir, uygulama anlamında bir farklılık yaratmayacaktır.

Kanun'un 193. maddesinde delil sözleşmesi ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre delil sözleşmesi kural olarak yazılı yapılmalıdır, ancak taraflar mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanları ile de delil sözleşmesi yapabilirler. Delil sözleşmesi, uygulamada ve doktrinde kabul edildiği üzere münhasır veya münhasır olmayan şekilde yapılabilir. Maddenin ikinci fıkrası ile taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmelerinin geçersiz olacağı düzenlenmiştir. Bu mesele eski Kanun döneminde tartışılmaktaydı. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gibi bazı özel düzenlemelerde hüküm olmakla birlikte, genel bir düzenleme bulunmuyordu. HUMK md. 193/II ile mesele tüm Hukuk Yargılamasında çözülmüş olacaktır.

Kanun'un 194. maddesinde, tarafların somutlaştırma yükü düzenlenmiştir. Buna göre taraflar, dayandıkları vakıaları ispata elverişli şekilde somutlaştırmak ödevini yerine getirmelidirler. Tarafların ayrıca, dayandıkları delilleri ve hangi delilleri, hangi vakıaların ispatında kullanacaklarını da açıkça belirtmeleri maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu somutlaştırma ödevinin etkin şekilde yerine getirilmesi halinde, davaların daha çabuk sonuçlanması mümkün olabilir. Eski Kanun'da senet kısmında, 307. maddede düzenlenmiş olan "*delilden vazgeçmenin karşı tarafın rızasına bağlanmış olması*" hali, tereddütlerin önüne geçmek amacıyla HMK'nda tüm delilleri kapsayacak şekilde genel hükümler arasında, 196. maddede düzenlenmiştir. Kanun'un 197. maddesinde delillerin mahkemece veya istinabe yolu ile incelenmesi doğrudanlık ilkesi çerçevesinde düzenlenmiş, istinabe yapılması halinde tarafların da bu incelemede hazır bulunması

hakkı ve buna bağlı olarak taraflara tebliğ çıkarılması gerektiği maddenin son fıkrasında hükme bağlanmıştır.

2. BELGE VE SENET

HMK'nun getirdiği en önemli yeniliklerden bir tanesi, belge delilinin tanımlanmış ve ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmasıdır. Kanun'un 199. maddesi ile, uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılarının HMK anlamında belge sayılacağı düzenlenmiştir. Bu tanım tahdidi olmadığı için, Kanun'da yazılı şartları taşıyan her türlü yazılı veya elektronik belge, Kanun anlamında belge, yani delil olarak yargılamaya getirilebilecektir. Elektronik belgelerin delil olabilecekleri konusunda her ne kadar uygulama ve doktrinde büyük ölçüde görüş birliği varsa da, bunun ayrıca ve açıkça düzenlenmiş olması, oluşabilecek tereddütlerin önüne geçilebilmesi amacıyla yerindedir. Nitekim yabancı hukuklarda da bu durumun örneklerine rastlanmaktadır³. Kanun'da belgenin tanımı yapılmakla birlikte, senedin tanımı yapılmamıştır. Senet kavramına nelerin dâhil olduğu, eski Kanun uygulamasında olduğu şekilde doktrin ve uygulama tarafından kabul edilen unsurlara göre değerlendirilecektir.

Kanun'da, Türk ispat sisteminin temel taşı olan senetle ispat kuralları, yani senetle ispat zorunluluğu ve senede karşı tanıkla ispat yasağı varlıklarını devam ettirmektedir. Kanun'un 200. maddesinde senetle ispat zorunluluğu, 201. maddesinde de senede karşı tanıkla ispat yasağı düzenlenmiştir. Bu kurallar eski düzenlemeye paralel şekilde kaleme alınmıştır. Göze çarpan en büyük farklılık, 2011 yılı için 590 TL olan ve HMK Tasarısı'nda 500 TL olarak düzenlenmiş olan senetle ispat sınırının Tasarı TBMM Genel Kurulu'nda oylanırken verilen bir değişiklik önergesi ile 2500 TL'na yükseltilmiş olmasıdır. Mevcut sınırın dört katından fazla olan bu yeni sınır ile, senetle ispat zorunluluğunun uygulandığı davalarda bir azalma yaşanacağı açıktır.

İspat kurallarının istisnaları, aynen eski Kanun'da olduğu gibi her iki kural için ayrı ayrı değil, bir bütün olarak sayılmıştır. Kanun'un 200. maddesinin

3 ABD Federal Delil Kanununun (Federal Rules of Evidence) yazılı delilleri düzenleyen 10. bölümünde "yazi" (writing) ve "kayıt" (record) eş anlamlı olarak kabul edilmiş ve bunların "elektronik kayıt" şeklinde olabileceği düzenlenmiştir (r. 1001 (1)). İngiliz Hukukunda, Hukuk Usulü Kanunu'nda (Civil Procedure Rules) benzer şekilde "belge" tanımının içerisine, elektronik belgeler de eklenmiştir (r. 31.4). Kanada Federal Delil Kanunu'nun (Canada Evidence Act) 31.8 maddesinde de elektronik belge tanımlanmış ve 31.1-3 maddelerindeki şartların sağlanması halinde bunların belge gibi kabul edileceği düzenlenmiştir.

ikinci fıkrasında karşı tarafa hatırlatma sonunda açık muvafakatinin alınması ile tanık dinletilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca yukarıda bahsettiğimiz delil sözleşmesi de yine bir istisna olmayı sürdürmektedir. Kanun'un 202. maddesi ile, senetle ispat kuralları çerçevesindeki en önemli değişiklik yapılmıştır. HUMK'nda yazılı delil başlangıcı olarak düzenlenmiş olan kurum, yeni Kanun'da delil başlangıcı olarak düzelenmiş, yani yazılı olma şartı kaldırılmıştır. Kanun'un 199. maddesindeki tanıma giren ve 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 olan her türlü belge, delil başlangıcı olabilir.

Bu çerçevede, taraflar arasındaki elektronik belgelerin de delil başlangıcı çerçevesinde yargılamaya dâhil edilmeleri mümkün olacaktır. Günümüzde yazışmaların çok büyük bir kısmının elektronik ortamda (elektronik posta vb.) yapıldığı göz önüne alınırsa, söz konusu değişikliğin ne kadar önemli olduğu ortaya çıkmaktadır. Senetle ispat kurallarının bu saydıklarımız dışındaki istisnaları da altı bent olarak 203. maddede düzenlenmiştir. Bu düzenleme, eskisi ile hemen hemen aynıdır. HUMK'nda yer alan haksız fiil istisnası (md. 293/2) çıkartılmış, yeni olarak da üçüncü kişilerin muvazaa iddialarının istisna oluşturacağı düzenlenmiştir (md. 203/d). Haksız fiiller zaten senetle ispat kurallarının konusunu oluşturamayacağı için, eski Kanun uygulamasında bu madde gereksiz addedilmekteydi, yeni kanun ile bu istisna çıkartılmıştır. Yeni getirilen istisna da içtihatlarla yerleşmiş ve doktrinde tartışmalı olmayan bir husus olmasına rağmen⁴ Kanun'a eklenmiştir; ancak bunun Kanun'da yer almasının bir zararı olmadığını da kabul etmek gerekir. Eski Kanun'da “*senede raptı müteamil olmayan*” ifadesinin yerini yeni Kanun'da “*senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan*” ifadesi almıştır. Bu değişikliğin uygulamada bir farklılık yaratıp yaratmayacağını zaman gösterecektir.

Kanun'un 205. maddesinde adi senetler ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Buna göre mahkeme huzurunda ikrar olunan veya mahkemece inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler, aksi ispat edilmedikçe kesin

4 Pekcanitez, H., Atalay, O., Özkes, M., Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2008, s. 453; Kuru, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 2245; Üstündağ, S., Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 6. Bası, İstanbul, 1997, s. 673; “... *Senedin tarafları kavramına külli halefler yani mirasçılar da dâhil olduğundan, mirasçuların külli halef sıfatıyla senede karşı dava açmaları halinde, iddialarını ancak senetle (yazılı delille) ispat edebilirler. Ancak, mirasçılar külli halef sıfatıyla değil de sadece kendi haklarına dayanarak dava açarlarsa, senede karşı olan iddialarını senet (kesin delil) ile ispat etmek zorunda olmayıp, tanıkla ispat edebilirler...*” 19. HD, E. 2009/998, K. 2009/8386, 17.09.2009 (www.legalbank.net)

delil sayılırlar. Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir. Hâkim, mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını resen inceler. Düzenlemedeki fark, bilhassa güvenlik elektronik imzalı belgeler açısından. Elektronik İmza Kanunu ile HUMK'na eklenen 295/A maddesi, güvenli elektronik imza ile hazırlanan verilerin senet olduğunu ve aksi ispat edilene kadar bunların kesin delil olduğunu düzenlemekteydi. Yeni Kanun ile bunlar, adi senetler kısmında diğer senetlerle birlikte düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrası olan hâkimin resen incelemesi de daha önce doktrinde tartışılmıştır⁵. Güvenli elektronik imzalı veriler aslında bir senet değildir, Kanun bunlara senet vasfı tanımıştır. Bu sebeple bunlar yargılamaya kabul edilmeden önce hâkim tarafından resen incelenmeli ve güvenli elektronik imza ile oluşturulup oluşturulmadıkları tespit edilmelidir. Bu husus yeni düzenlemede açık olarak yer almıştır.

HUMK'nun 297. maddesi çerçevesinde başka bir usulle hazırlanabilen mühür veya alet ya da parmak izi kullanılmasını gerektiren işlemler, yeni Kanun'un 206. maddesi düzenlemesi ile artık sadece noterde düzenleme şeklinde yapılabilecektir. Maddenin ikinci fıkrasına göre, cüzdanla yapılacak işlemlerde, belirli şartların yerine getirilmiş olması halinde söz konusu düzenleme şeklindeki işlemin bir kez yapılması yeterli olacaktır.

HMK'nda belge ve senetler konusundaki diğer önemli bir değişiklik, belgelerin ve senetlerin içeriğinin veya imzanın inkârının ancak sahtelik iddiası ile yapılabilecek olmasıdır. Kanun'un 208. maddesinde durum düzenlenmiş belgenin ve adi senedin sahteliğinin aynı davada ön sorun olarak veya ayrı bir dava ile incelenebileceği, resmi senetlerin sahteliğinin ise mutlaka ilgili evraka resmiyet kazandıran kişinin de taraf gösterilerek açılacak ayrı bir davada incelenip karara bağlanması hükme bağlanmıştır. Adi senetler sahtelik iddiası üzerine (bu konuda bir karar verilinceye kadar), resmi senetler ise ancak sahtelikleri mahkeme tarafından sabit görüldükleri takdirde mahkemece hiçbir işleme esas alınamazlar. Güvenli elektronik imzalı verilerin inkârı halinde eski Kanun'da, diğer senetlerin incelenmesini düzenleyen 308. maddeye bir atıf yapılmaktaydı. Fakat söz konusu inceleme elektronik belgelerin yapısına uymadığı için HMK'nda bu durum ayrıca düzenlenmiştir.

Kanun'un 210. maddesine göre güvenli elektronik imzanın inkârı halinde hâkim tarafından veriyi inkâr eden taraf dinlenir, bir kanaate varılamamışsa, bilirkişi incelemesine başvurulur. Kanun'un 211. maddesi de diğer

5 Erturgut, M., Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara, 2004, s. 187

senetlerin sahtelik incelemesini düzenlemiştir. Bu hüküm eski düzenlemeye (HUMKmd. 308, 309, 316) paralel olmakla birlikte, eski düzenlemede yer alan tanık dinletilmesi hususu, yeni düzenlemeye alınmamıştır. Buna göre hâkimin tarafları dinlemek ve teknik inceleme ile yetinmesi gerekecektir. HUMK'nun sahtelik iddiasının haksız yere yapılmış olması halinde tazminata ilişkin 313, 319 ve 320. maddelerindeki düzenlemeler, HMK'nda tek madde olarak 213. maddede düzenlenmiştir. Yeni düzenleme ile kötü niyetli olma şartı getirilmiş, resmi senetleri inkâr daha ağır bir sonuca bağlanmıştır.

HUMK'nda 299. ve 304. maddelerde düzenlenmiş olan senetlerin halefleri bağlaması hususu HMK'nda 215. maddede düzenlenmiş ve tüm belgeleri içine alacak şekilde genişletilmiştir. Buna göre, bir kimsenin aleyhine delil olarak kullanılabilecek belgeler, o kimsenin halefleri aleyhine de delil teşkil eder. Bu durum aslında Kanun'un geneli açısından söz konusudur. HUMK'nda senetler için düzenlenmiş olan sahtelik, halefleri bağlama, (senedin) aslının ibrazı veya ibrazını talep, bunların ibrazının zorunlu olması ve ibraz etmemenin yaptırımları hususları, HMK'nda tüm belgeler için düzenlenmiştir. Kanun'un 219. maddesinde, tarafların belgeleri ibrazı zorunluluğu düzenlenmiştir. Buna göre taraflar, kendilerinin ve karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. Bunların sunulmuş şeklinin tespiti ise genel olarak mahkemeye bırakılmış, sadece ticari defterler gibi devamlı kullanılan belgeler ve elektronik belgelerin sunulmuş şekilleri konusunda özel düzenleme yapılmıştır. Buna göre, ticari defterler gibi devamlı kullanılan belgelerin sadece ilgili kısımlarının onaylı örnekleri mahkemeye ibraz edilebilir. Elektronik belgeler ise belgenin çıktısı alınarak ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye ibraz edilir.

Ticari defterlerin ibrazı ve delil olması hususları 6762 Sayılı (eski) Ticaret Kanunu'nun 80–86. maddeleri arasında düzenlenmişti. Fakat bu düzenleme, 6102 Sayılı yeni Ticaret Kanunu'na alınmamıştır. Bu düzenlemelerin gerekli olduğu görüşü ile HMK'nun 222. maddesi getirilmiş ve konu HMK içerisinde düzenlenmiştir. Eski TK'ndaki düzenlemeye paralel hazırlanan hükümde, farklı olarak tamamlayıcı yemine yer verilmemiştir. Bunun sebebi, HMK sisteminde tamamlayıcı (hâkimin teklif ettiği) yeminin olmamasıdır. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

3. YEMİN

Yemin delili, Kanun'un 225–239. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu konudaki en büyük değişiklik, hiç kuşkusuz tamamlayıcı (hâkimin teklif ettiği) yemin türüne, yeni Kanun'da yer verilmemiş olmasıdır. Yemin aslında

senetle ispat kurallarının getirdiği katılığa son bir ihtimal getiren ve senet sunamayarak davayı kaybetme ile yüz yüze olan tarafa son bir umut sunan, karşı tarafın vicdanını hedef alan bir ispat aracıdır. Tamamlayıcı yemin ise sadece takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde, hâkimin yeterince ikna olamadığı durumlarda teklif ettiği yemin türüdür. Kanun'un genel gerekçesinde ifade edildiği üzere, hâkimin böyle bir durumda, tamamlayıcı yemin yerine diğer takdiri delillerle kanaatini güçlendirmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Yeminin yeni Kanun'da düzenlenmesi, yukarıda bahsettiğimiz fark dışında büyük ölçüde eski kanuna paralel olmakla birlikte, bazı değişiklikler de bulunmaktadır. Özellikle kullanılan tabirler farklıdır. Eski Kanun'da "*tarafıtan sadır olan fiil*" hakkında yemin verilirken, yeni Kanun'da bu ifade "*tarafın kendisinden kaynaklanan vakıalar*" olarak değiştirilmiştir. Ayrıca "*yeminin reddolunması*" yerine "*yeminin iadesi*", "*yeminden kaçınmak*" yerine "*yemini eda etmekten kaçınmak*" ifadeleri kullanılmıştır. Yukarıda bahsettiğimiz 149. maddeye paralel olarak 236. maddede yeminin de öncelikle ses ve görüntü nakli ile icra edilmesi, bu mümkün değilse istinabe yoluyla yapılması düzenlenmiştir. Kanun'un 234. maddesinde sağır ve dilsizlerin nasıl yemin edecekleri, 233. maddede de yeminin şekli ve metni düzenlenmiştir. Buna göre yemin metni şu şekildedir: "*Bana sorulan sorular hakkında gerçeğe uygun cevap vereceğime ve hiçbir şey saklamayacağıma namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ediyorum*". Maddede ayrıca yemin eda edilirken hâkim de dâhil herkesin ayağa kalkacağı düzenlenmiştir.

4. TANIK

HMK'nun 240 – 265. maddeleri arasında düzenlenmiş olan tanık delili konusunda bazı değişiklikler olmuştur. Öncelikle Kanun'un 240. maddesine göre, tanıkları gösteren tanık listesinde, hangi vakıalar için dinlenecekleri de yazılmalıdır. Daha önce bahsettiğimiz somutlaştırma ödevinin devamı olan bu düzenleme ile, mahkeme de bir tanığın dinlenmesinin gerçekten gerekli olup olmadığını tespit edebilecektir. İkinci bir tanık listesi verilmesi yasağının devam ettirildiği görülmektedir. Kanun'un 241. maddesine göre mahkeme, bir kısım tanıkları dinledikten sonra, gerekli görmediği takdirde, listedeki diğer tanıkların dinlenmemesine karar verebilir.

Kanun'un 243. maddesine göre davetiye ile çağırılmamış olan fakat mahkemede hazır bulunan tanık dinlenebilir; hatta dinleme tarihi belirlenmişse, tanık listesi verilmemiş olsa dahi hazır bulunan tanık mahkemece dinlenir. Tanıklar, dinlemeden en az bir hafta önce davetiye ile çağırılmalıdırlar, ancak acele hallerde bu süre mahkemece kısaltılabilir. Tanıklar, davetiye

dışında telefon, elektronik posta gibi teknolojik araçlar yardımı ile de çağırılabilirler, fakat bu durumda Kanun'da düzenlenmiş olan yaptırımlar (md. 245) uygulanamaz. Kanun'un 245. maddesinde tanıkların çağrıya uyma zorunlulukları düzenlenmiştir. Buna göre haklı mazereti olmadan gelmeyen tanıklar, zorla getirilirler, ayrıca gelmeyerek sebep oldukları giderlere ve disiplin para cezasına çarptırılırlar. 245. maddede, hapisle tazyik cezasına ise yer verilmemiştir.

HUMK'nun 271. maddesinde, tanık olarak dinlenmesi gerekenlerin mahkemede sorulan sorulara cevap vermemeleri halinde hapisle tazyik cezasını da içeren çeşitli yaptırımlar bulunmaktaydı. Buna benzer bir hüküm HMK'nda, tanıklıktan çekinmenin kabul edilmemesi durumunu düzenleyen 253. maddenin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Tüm tanıklık hallerini düzenleyen genel bir hüküm ise yer almamaktadır. Maddenin sistematikliğinden (ve nispeten lafzından), bu yaptırımların sadece çekinmenin reddi halinde uygulanacağı gibi bir anlam çıksa da, hükümdeki ifadelerin tamamı gözetildiğinde, söz konusu düzenlemenin aslında tüm tanıklık halleri için yapıldığı sonucuna varılabilir. Ancak kanımızca söz konusu düzenleme sistematik olarak yerinde olmamıştır. Bu düzenlemenin tüm tanıklık halleri için uygulanması gerekiyorsa da, uygulamada nasıl bir yol izleneceğini zaman içerisinde oluşan içtihatlar gösterecektir.

Tanığa soru kâğıdı gönderilmesini düzenleyen eski Kanun'un 256. maddesi kapsamı da yeni kanunla genişletilmiştir. HMK'nun 246. maddesine göre, hâkim gerekli görülen hallerde, sözlü dinleme yerine tanığa soru kâğıdı gönderilmesine karar verebilir. Yeni düzenlemede "*müstesna haller*" yerine "*gerekli görme*" durumu yeterli görülmüş, tarafların rıza göstermesi şartı da kaldırılmıştır. Kanun'da daha önce bahsettiğimiz üzere doğrudanlık ilkesinin daha etkin uygulanabilmesi için getirilmiş olan yenilikler ile bu düzenlemenin çelişki içinde olduğu söylenebilir. Tanıkların kural olarak duruşmada dinlenmesi ve kendisine o anda soru sorulabilmesi söz konusu ilke açısından elzemdir. Bu sebeple 246. maddedeki istisnai hükmün, çok mecbur kalınmadıkça uygulanmaması Kanun'un ruhuna daha uygun olacaktır.

Tanıklıktan çekinme hakkı, hiç kuşkusuz yeni Kanun'da da devam etmektedir. 247. Madde ile, hâkimin, bu durumdaki tanıklara hatırlatma yapması esası getirilmiştir. Çekinme hakkının kapsamı da nispeten genişletilmiştir. Buna göre daha önce ikinci dereceye kadar olan kayın hısımlarında sınır, kan hısımlarında olduğu gibi üçüncü dereceye çıkarılmıştır. Ayrıca, koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuklar arasında da söz konusu çekinme hakkı getirilmiştir. Sır nedeniyle çekinmede ise kapsam

daralması olduğu görülmektedir. Eski düzenlemeye göre “*memuriyet ve sanat ve meslekleri itibariyle bir kimsenin sırrını bilenler*”in tanıklıktan çekinmesi mümkündür (HUMK md. 245/4).

Yeni Kanun’da ise bu ifadeler yerine sadece “*kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler*”den bahsedilmiştir. Aslında Tasarıda “*kanun veya nitelikleri bakımından sır olarak saklanması gereken bilgiler*” madde kapsamındayken, “*veya nitelikler bakımından*” ifadesi Tasarının TBMM Adalet Komisyonundaki görüşmeleri sırasında uygulamada sorunlar yaratabileceği gerekçesi ile madde metninden çıkartılmıştır. Bu durumda yeni Kanun uygulamasında, herhangi bir Kanun’da açıkça düzenlenmemiş olan durumlarda, sır saklama yükümlülüğünden söz edilemeyecektir. Menfaat ihlali tehlikesi halinde çekinmeyi düzenleyen eski 246. madde düzenlemesi (HMK md. 250) ile, çekinmenin istisnaları ve prosedürü ile ilgili düzenlemeler (HUMK md. 248, 251, 252, 253 – HMK md. 251 – 253) de yeni Kanun’da büyük ölçüde korunmuştur.

Tanıklar, dinlenmeden önce görevleri ve sorumlulukları konusunda hâkim tarafından bilgilendirildikten sonra (md. 256), dinlenmelerine başlanmadan yemin ettirilirlir. Yeminsiz dinleme halinin kapsamı (HUMK md. 247), yeni 257. madde düzenlemesi ile son derece daraltılmıştır. Buna göre sadece on beş yaşından küçükler ve yeminin niteliğini ve önemini kavrayamayacak derecede ayırt etme gücüne sahip olmayanlar yeminsiz dinlenir. Çekinme hakları olup da çekinmeyenler de dâhil olmak üzere, diğer tüm istisnalar kaldırılmıştır. Bu bahsedilen iki istisna dışında tanık olarak dinlenen herkes yemin etmek zorundadır.

Yemin metni ve uygulaması yemin deliline (md. 233) paralel şekilde yeniden düzenlenmiştir (md. 258). 260. maddede tanığın nasıl dinleneceği düzenlenmiştir. Daha önce bahsettiğimiz ses ve görüntü nakli yoluyla dinlemenin istinabeye göre öncelikli olması kuralının (md. 149), bu maddede açıkça yer almamakla birlikte, Kanun’un genel yapısı gözetildiğinde mutlaka uygulanması gerekir. Tanık yemin ettikten sonra, hâkim tarafından olayla ve tanıklık yapacağı hususla ilgili olarak bilgilendirilir (md. 260). Kanun’un 261. maddesi dinlemenin şeklini düzenlemektedir. Buna göre, dinlenmemiş tanıkların mahkeme salonu dışında bekletilmesi açıkça düzenlenmiştir.

Ayrıca yine bu maddede yer almamakla birlikte, taraf vekillerinin doğrudan soru sorabilme yetkisi (md. 152), tanıklar açısından da geçerlidir. Kanun’da tanık ile ilgili olarak yapılan son düzenleme ise mahkeme tarafından çağırılacak olan tanıklara ödenecek ücret ve giderler konusundadır. 265. maddeye göre, mahkeme tarafından çağrılan tanığa, her yıl Adalet

Bakanlığınca hazırlanan tarifeye göre, kaybettiği zaman ile orantılı bir ücret verilir. Tanık hazır olmak için seyahat etmek zorunda kalmışsa yol giderleri ile tanıklığa çağrıldığı yerdeki konaklama ve beslenme giderleri de karşılanır.

5. BİLİRKİŞİ

Kanun'un 266-287. maddeleri arasında düzenlenen bilirkişi deliline, hukuki konularda başvurulamayacağı esası, eski Kanun'da olduğu gibi devam etmektedir. Kanun koyucu bilinçli olarak bu yasağı devam ettirmiş, ayrıca bunu güçlendirecek şekilde 279. maddede bilirkişinin hukuki değerlendirmelerde bulunamayacağı düzenlemesi de getirilmiştir. Fakat bu yasağa eski Kanun döneminde uygulamada uyulmadığı da bir gerçektir. Yeni Kanun döneminde bu durumun nasıl olacağını zaman gösterecektir.

HMK'nun 267. maddesi ile eski Kanun'da bulunan (ve uygulamada görmezden geldiği bilinen) en fazla üç bilirkişi sınırı (HUMK 276) kaldırılmıştır. Buna göre tek sayıda olmak koşulu ile birden çok bilirkişi atanabilecektir. Bilirkişi ataması, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 64. maddesine paralel olarak düzenlenmiş ve liste esası getirilmiştir. İstisnai hallerde liste dışından bilirkişi ataması da yapılabilir. Bu düzenleme ile HUMK'nun bilirkişi seçimi konusundaki uygulaması tamamen değiştirilmiştir. HMK çerçevesinde, tarafların bilirkişi seçiminde herhangi bir rolleri bulunmamaktadır. Bilirkişi, mahkeme tarafından resen seçilip atanır. Daha önce takdiren uygulanan bilirkişiye yemin verdirilmesi meselesi kanunen zorunlu kılınmıştır. 271. maddeye göre listede kayıtlı bilirkişiler listeye kayıttan sonra yemin ederken, listede kayıtlı olmayan bilirkişilere mahkeme tarafından huzurda yemin verdirilir. Eski Kanun'da bilirkişinin sadece reddi ile ilgili bir düzenleme yer almışken (md. 277), HMK'nda yasaklılık hali de, hâkimlerin yasaklı olması hükümlerine paralel olarak açıkça düzenlenmiştir (md. 272). Ancak hâkimler ile ilgili hükümlerden farklı olarak, daha önce bir davada tanıklık yapmış olmak, bilirkişiler için bir ret sebebi teşkil etmez.

HMK'nda, bilirkişinin görevlendirilmesi ve dava dosyasının teslimi de daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 273. maddeye göre hâkim ilgili kararında ayrıntılı şekilde görev sınırlarını ve cevaplanacak soruları tespit eder, dava dosyası bir dizi pusulasına bağlı olarak tutanakla teslim edilir. Yeni Kanun'la bilirkişiye verilecek olan sürenin üst sınırı da tespit edilmiştir. Kanun'un 274. maddesinin birinci fıkrasına göre, bilirkişilere verilecek süre en fazla üç ay olabilir, ancak gerekli görülen durumlarda bu süre üç ay daha arttırılabilir. Bu sürelere uymamanın yaptırımları da maddenin ikinci fıkrasında gösterilmiştir. Bilirkişi, konunun kendi uzmanlık alanına girmediğini düşünürse veya başka bir uzmanla çalışmaya ya da ek belge ve kayıtlara ihtiyaç duyarsa,

durumu bir hafta içinde mahkemeye bildirmelidir (md. 275). Kanun'un 276. maddesi ile bilirkişinin görevini bizzat yürütmesi yükümlülüğü ve bu görevi kısmen de olsa başkasına bırakamayacağı düzenlenmiştir.

Kanun'da ayrıca bilirkişinin dava ile ilgili olarak sır saklama yükümlülüğü açık olarak düzenlenmiştir. Dava konusu ile bilgileri kendisi veya başkaları yararına kullanamama da bu yasağın kapsamına girmektedir (md. 277). Bilirkişi, gerekli olan durumlarda mahkemenin bilgisi dâhilinde tarafların bilgisine başvurabilir. Ancak taraflardan biri bulunmaksızın, diğeri dinlemez (md. 278). Bilirkişi raporlarına itiraz süresi arttırılmış ve iki haftaya çıkarılmıştır (md. 281). Hâkimin bilirkişinin görüşü ile bağlı olmaması durumu, HUMK'nun 286. maddesinde "*ehlivukufun rey ve mütalaaları hâkimi takyit etmez*" şeklinde ifade edilmiştir. HUMK'nun 282. maddesinde ise bu ifade, "*hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir*" şeklinde değiştirilmiştir.

Kanun'da bilirkişilerin sorumluluğu konusunda da ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. 284. Maddeye göre bilirkişi, Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisidir. 285. maddede hukuki sorumluluk düzenlenmiş ve hâkimlerin sorumluluğuna paralel olarak, bilirkişilerin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanların, bu zararın tazmini için Devlete karşı tazminat davası açabileceği hükme bağlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında da devletçe ödenilen tazminatın bilirkişiye rücu edileceği düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme sadece raporlar açısından geçerli olduğu için, bilirkişilerin rapor hazırlanmadan önceki aşamada verdikleri zararlar hakkında (örneğin bir belgenin kaybedilmesi gibi) genel hükümlere başvurulacaktır. Kanun'da ayrıca davaların açılacağı görevli ve yetkili mahkeme (md. 286) ile rücu zaman aşımı (md. 287) da düzenlenmiştir.

6. KEŞİF

HMK ile keşif delili konusunda getirilmiş olan en önemli yenilik, keşif delilinin taşınabilir malları da kapsayacak şekilde düzenlenmiş olmasıdır. HUMK uygulamasında bu husus tartışılmış, ancak kanunun lafzı ("*münazaalı mahallin*") sebebiyle keşfin sadece taşınmazlar için olduğu büyük ölçüde kabul görmüştür. HMK'nun 288. maddesi ile keşif delili, "*uyuşmazlık konusu hakkında hâkimin bizzat duyu organları yardımıyla*" yaptığı inceleme olarak yeniden tanımlanmıştır. Kanun'un 291. ve 292. maddeleri, keşfe katlanma zorunluluğu ile ilgilidir. 291. maddeye göre keşfe katlanma zorunluluğu tanıklıktan çekinme halleri ile ilişkilendirilmiştir. Bu haller dışında keşfe katlanma zorunlu kılınmıştır. 292. madde ile ise katı

bir düzenleme getirilmiş ve uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkesin, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrası ile böyle bir durumda tanıklıktan çekinme hakkına da başvurulamayacağı düzenlenmiştir.

7. UZMAN GÖRÜŞÜ

Kanun'da deliller ve ispat konusunu düzenleyen dördüncü kısmın son bölümü olarak uzman görüşüne yer verilmiştir. Düzenleme ile, uygulamada konusunda uzman kişilerden (özellikle hukuk fakültelerindeki öğretim üyelerinden) alınan fakat herhangi bir kanuni alt yapısı olmayan müta-lalar, kanuni bir çerçeveye oturtulmaktadır. Tek madde (293) ile yapılan düzenlemeye göre taraflar, dava konusu ile ilgili olarak bir uzmandan görüş alabilirler ve bunu iddia ve savunmalarına ekleyebilirler. Uzman görüşü, her ne kadar deliller kısmında delillerle birlikte düzenlenmiş olsa da, başlı başına bir delil olarak kabul edilemez. Uzman görüşü, delilin temsili niteliğinden son derece uzaktır.

Bilirkişiye benzetilse de, bilirkişilerin hâkimin yardımcısı olmaları ve yetkileri ile sorumluluklarının açıkça ve ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olması, uzman görüşünün bilirkişi deliline denk veya yakın sayılmasının mümkün olmayacağı sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple uzman görüşü, takdiri delillerle ispatın mümkün olduğu hallerde, yani hâkimin delilleri serbestçe değerlendirdiği davalarda, kanaatini daha iyi oluşturması için yardımcı olabilecek bir araç olarak değerlendirilmelidir. Yoksa hiçbir delilin ileri sürülmediği bir durumda veya uzman görüşüne aykırı delillerin ileri sürüldüğü hallerde, uzman görüşüne dayanarak hüküm kurulması mümkün olmamalıdır. Uzman, mahkemece gerekli görülürse mahkemeye çağırılıp dinlenebilir, kendisine soru sorulabilir. Fakat burada tanıklık veya bilirkişilikte olduğu şekilde bir zorlama söz konusu değildir. Uzman haklı bir mazeret olmadığı halde gelmezse, raporu mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmaz.

C. DELİL TESPİTİ

HUMK'nda delillerden hemen sonra düzenlenmiş olan delil tespiti kurumu, HMK'nda ihtiyati tedbir ve diğer geçici hukuki korumalarla birlikte onuncu kısımda düzenlenmiştir. Delil tespitinin istenebileceği mahkeme veya mahkemeler, Kanun'un 401. maddesinde eski düzenlemeye göre (HUMK

md. 370) daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre dava açılmışsa, her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevlidir. Henüz dava açılmamış olan hâllerde ise delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden istenir. Ancak bununla birlikte, dava açılmadan önceki dönemde söz konusu olan görev ve yetki kuralları sadece delil tespitinin istendiği aşamada önem taşır; zira, esas hakkında açılan davada, delil tespiti yapan mahkemenin yetkisiz ve görevsiz olduğu ileri sürülemez. Kanun'da delil tespiti talebinin nasıl olması gerektiği ve kararın nasıl verileceği. 402, 403) ile tespit şekli (md. 404) de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Getirilen önemli hükümlerden bir diğeri de, delil tespiti yoluyla korunmuş olan delile ve bu delile ilişkin tespit dosyasına, yargılamada, her iki tarafın da başvurabileceğinin açık olarak düzenlenmiş olmasıdır (md. 405).

SONUÇ

Yukarıda yaptığımız açıklamaların bir sonucu olarak, deliller ve ispat konusunda, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda var olan esasların büyük ölçüde korunduğu görülmektedir. Bilindiği üzere HUMK'nda, çok önemli bir istisna olan senetle ispat kuralları (ve kanunlardaki diğer istisnalar) haricinde, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesi benimsenmiştir. Bu esas, HMK'nda da aynı şekilde devam etmektedir. Eski Kanun'un lafzı ve sistematığının müsait olması sebebiyle uygulama ve doktrinde, delillerin sekiz adet olduğu ve kesin delillerin ikrar, kesin hüküm, yemin ve senetten, takdiri delillerin de tanık, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebeplerinden ibaret olduğu yönünde ağırlıklı bir görüş ve ifade tarzı olmakla birlikte; aslında bunun sınırlı bir sayma olmadığı, 367. madde (özel hüküm sebepleri) ile Kanun'da sayılmayan diğer delillere de başvurulabileceğinin düzenlendiği, diğer bazı delillerin (tanık, keşif ve bilirkişi) ise ayrıca düzenlendiği yönünde de görüşler bulunmaktaydı. HMK'nda bu durum açıklığa kavuşturulmuş ve Kanun'da sayılmayan delillere de başvurulabileceği, genel hükümler kısmında ifade edilmiş, diğer bazı deliller de ayrıca düzenlenmiştir. İkrarın bir delil olmadığı, vakıaları çekişmeli olmaktan çıkararak bir durum olduğu, doktrinindeki görüşler çerçevesinde hükme bağlanmış; mahkeme dışı ikrar da düzenleme dışında bırakılmıştır. HUMK'nda deliller arasında düzenlenmiş olan kesin hüküm, HMK'nda, niteliği gereği deliller kısmında değil, hükümden sonra düzenlenmiştir. Ayrıca hâkimin teklif ettiği yemin HMK'nda yer bulmamıştır.

Kanun'un getirdiği en büyük yeniliklerden bir tanesi de belge delilinin ayrıca düzenlenmiş olmasıdır. Özellikle senetle ispat kurallarının bir istisnası olan delil başlangıcı kurumuna başvurabilmek için yazılı olma şartı kaldırıldığı için, belge tanımına giren ispat araçları çok büyük önem kazanmış olacaktır.

Kanun'da genel yönelme olarak gözlenebilen en önemli eğilimlerden bir tanesi, doğrudanlık ilkesi yönünde yapılan düzenlemelerdir. Özellikle ses ve görüntü aktarımı yoluyla duruşma yapılabilmesi ve taraf vekillerinin davada dinlenebilecek kişilere doğrudan soru sorabilme yetkisinin getirilmiş olması, delillerin daha doğrudan incelenebilmesi ve bununla bağlantılı olarak gerçeğe ulaşmanın daha çabuk ve etkin olarak gerçekleşmesine yardımcı olacaktır.

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN 1-143. MADDELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ÖN İNCELEME

Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERMENEK¹

I-GENEL GİRİŞ

Ülkemizde temel kanunların tamamen değiştirilmesi çalışmaları son on yıldan beri hızlı bir şekilde devam ediyor. Bu bağlamda, ilk olarak Medenî Kanun, daha sonra İş Kanunu, Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu değiştirildi. Bu kanunlar yürürlüğe girdi. Yine bu dönemde değiştirilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girmek üzere. İcra ve İflâs Kanunu ile İdarî Yargılama Usulü Kanunu da değiştirilmek için sırada bekliyor.

Temel Kanunların değiştirilmesi çalışmaları, elbette kendiliğinden ortaya çıkan bir ihtiyaç değildir. Bu kanunlarda yer alan bir çok düzenleme, geldiği noktada toplumun ihtiyaçlarını karşılayamazken; bazı düzenlemeler ve bu düzenlemelerden hareket edilerek yapılan uygulamalar, bu kanunların, meşru vasıta ve yollardan hak arayabilmenin teminatı olma vasıflarının kaybedilmesine neden olmuştur. Zaman içerisinde temel kanunlarda bu çerçevede yapılan bir çok değişiklik bu sorunların çözümünde yeterli olmadığı gibi, bu değişikliklerin kanunların sistematüğını bozduğu da sık karşılaşılan eleştirilerden biridir

¹ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Yukarıda işaret ettiğimiz çalışmalar çerçevesinde, 1927 yılından beri ülkemizde yürürlükte bulunan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 12.01.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda kabul edilen, 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yasalâşan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanuna yerini bırakmak üzere. Zira, aksi yönde bir değişiklik olmadığı sürece Hukuk Muhakemeleri Kanunu 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olacak. Bu Kanun'da, 1086 sayılı Kanun'da yer almakla birlikte önemli ölçüde işlevini kaybeden veya hiç uygulanmayan, temhir ve tahrir usulü, sözlü yargılama ve seri yargılama usulü gibi kurumlara yer verilmemiş; 1086 sayılı Kanun'da olmayan belirsiz alacak davası, topluluk davaları ve ön inceleme gibi yepyeni kurumlar düzenlenmiş ve ayrıca Kanun'da düzenlenmemiş olmakla birlikte gerek bilimsel gerekse de yargısal içtihatlarda kabul görmüş, aslı müdahale, bekletici sorun, eda davası, inşâî dava, tespit davası, dava yığılması, seçimlik dava, terditli dava, ispat yükü, karşı ispat ve sulh gibi kurumlar da kanunî dayanağa kavuşturulmuştur. Ayrıca yargılama safhâlârı dikkate alındığında, 6100 sayılı Kanun'un 1086 sayılı Kanun'a nazaran çok iyi bir sistematığe sahip olduğu söylenebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geneli hakkında şu üç tespitte bulunmak mümkündür;

Bu Kanun, yeni bir Kanun'dur. Ancak, yeni bir Kanun oluşturmak adına 80 yıllık yargılama hukuku uygulaması ve bu alanda oluşan tecrübe bir tarafa bırakılmamış ve bu bağlamda 1086 sayılı Kanun'un temel felsefesine bağlı kalınmıştır.

Bu Kanun hazırlanırken her ne kadar 1086 sayılı Kanun'un temel felsefesine bağlı kalınmışsa da, madde numaraları değiştirilmiştir. Aslında, bir çok yeni hüküm geldiği, ve 1086 sayılı Kanun'daki bazı hükümlerin yürürlükten kaldırıldığı düşünüldüğünde bu bir zarurettir.

Bu Kanun, başka bir ülke Kanunu'nun çevirisi değildir. Cumhuriyet döneminde yetişen Türk hukukçularının eseridir. Hatta bizden bir kuşak önceki hukukçuların eseridir. Bu nedenle bizim kuşak hukukçular için bu Kanun, hem bir övünç, hem bir heyecan hem de bir cesaret kaynağıdır. Bu nedenle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun hazırlanmasında ve yasalâşmasında emeği geçen herkese huzurlarınızda teşekkür ediyorum

II. HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU'NUN 1-137. MADDELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Göreve İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi

Mahkemelerin görevlerine ilişkin olarak öne çıkan değişiklikleri şu şekilde toparlamak mümkündür:

1. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde, mahkemelerinin görevinin ancak kanunla düzenlenebileceği ve göreve ilişkin düzenlemelerin kamu düzenine ilişkin olduğu açıkça vurgulanarak, bu alanda görev sözleşmesi yapıp yapılamayacağı konusunda ortaya çıkan tereddütler giderilmiştir.

2. Sulh hukuk mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki görev ayırımında parasal sınır kaldırılmıştır. Parasal sınırın kaldırılması ile birlikte, görevli mahkemenin tespiti bakımından dava konusunun malvarlığına ilişkin olduğu davalarda para ile ölçülüp ölçülmemenin bir önemi kalmamıştır. Ayrıca, bu ayırımın kaldırılması ile birlikte, para ya da para ile ölçülebilen davalar bakımından, görevli mahkemenin tespitinde dikkate alınması gereken, davanın açıldığı tarihteki müddeabihin değerinin de bir önemi kalmamıştır. Diğer taraftan, özellikle dava türlerine göre görevli mahkemenin belirlenmesinde yaşanan zorluklar da bu ayırımın kalkması ile birlikte ortadan kalkmıştır. Mesela, terditli davalarda asıl talebin mi veya yardımcı talebin mi değerinin daha yüksek olduğu artık önemli değildir. Aynı şekilde, bu taleplerden birisinin para olmasının da bir önemi kalmamıştır. Yine bu ayırımın kaldırılması ile birlikte, sulh hukuk mahkemesinin görevine giren bir davanın asliye hukuk mahkemesinde görev itirazına uğramadan görülmesi halinde daha sonradan bu kararın sadece görevsizlik nedeni ile kanun yoluna götürülememesi ve sadece bu nedenle kararın bozulmasına ilişkin hüküm de anlamını kaybetmiş ve bu nedenle yeni Kanun'a alınmamıştır. Sonuç olarak bu ayırımın kaldırılması, bir çok soruyu ve bu soruların beraberinde getirdiği sorunları ortadan kaldırmıştır.

Görevli mahkemenin belirlenebilmesi için para ile ölçülebilme kriterinin kaldırılmış olması, sulh hukuk mahkemeleri ile asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri arasındaki iş yükü dağılımında dengeyi bozmuş olabilir. Ama denge bozulmuş olsa bile, bunu sonradan düzeltmek kolay. Mesela, icra hukuku alanında takipten sonra genel görevli mahkemelerde açılan menfi tespit ve istirdat davaları, özel mahkemelerin görev alanına girmemek kaydıyla, sulh hukuk mahkemesinin görev alanına dahil edilebilir.

3. Sulh hukuk mahkemelerinin görevleri Kanun'da açık olarak sayılırken; asliye hukuk mahkemeleri tam anlamıyla bir torba mahkeme haline

getirilmiştir. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken husus, her ne kadar sulh hukuk mahkemesinin görevlerini düzenleyen HMK md. 4'te sayılmamış olsa da, HMK md. 386 vd düzenlenmiş olan çekişmesiz yargı işlerinin de aksine bir hüküm olmadığı müddetçe sulh hukuk mahkemelerinin görev alanına dahil edilmiş olmasıdır. Bu bağlamda, Kanun koyucu çekişmesiz yargı hallerinin neler olduğunu, örnek babından ve fakat çok ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Kanun koyucu böyle bir düzenleme yaparak, bu alanda yaşanabilecek tereddütleri minimuma indirerek, görev bakımından ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların en baştan engellenmesini amaçlamıştır.

İşaret ettiğimiz bu değişiklikler dolayısıyla, sulh hukuk mahkemelerinin bir özel mahkeme haline gelip gelmediği tartışılabilirse de, kanımızca sulh hukuk mahkemeleri bu düzenlemelere rağmen hâlâ genel mahkeme vasfındadır. Zira 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'da sulh hukuk mahkemeleri hâlâ genel mahkemeler arasında sayılmaktadır. Ayrıca göreve ilişkin bütün bu sınırlandırmalara rağmen, sulh hukuk mahkemeleri belirli bir tipteki veya belirli kişiler arasındaki uyuşmazlığı çözen bir mahkeme değildir.

4. İdarenin eylem ve işlemleri dolayısıyla ölüm veya vücut bütünlüğünde meydana gelen zararların maddî veya manevî olarak tazmini bakımından asliye hukuk mahkemeleri görevli hale getirilmiştir. Bu noktada, sorumluluğu doğuran kaynağın hukukî niteliğini esas alan düzenlemeden, zararın tipini, insan zararını esas alan bir sisteme geçilmiştir. Bu tür insan zararlarından kaynaklanan tazminat davalarının görüldüğü diğer yargı kollarında da, üst norm olarak, Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu'nun tazminata ilişkin hükümlerini uygulandığı düşünüldüğünde, bu alanda daha uzman olan hukuk mahkemelerinin bu davalarla görevli kılınması yerinde bir düzenleme olmuştur.

B. Yetkiye İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

1. Yetkili mahkemenin belirlenmesine ilişkin kurallar bağlamında getirilen yenilikler içerisinde en fazla göze batan, yetki sözleşmesine ilişkin hükümlerin tamamen değiştirilmiş olmasıdır. Geçerli bir yetki sözleşmesi bakımından, tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olan ve yetkinin kesin olmadığı davalara ilişkin olmak üzere; yazılı şekilde yapılmasının yanı sıra dava konusu hukukî uyuşmazlığın ve yetkili mahkeme ya da mahkemelerin açıkça gösterilmesinin şart olduğu belirtildikten sonra; tacirler veya kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında doğmuş ya da doğacak bir uyuşmazlık hakkında yetki sözleşmesi

yapabilecekleri kabul edilmiştir. Ayrıca, taraflar aksini kararlaştırmadıkları müddetçe, dava sadece bu yetkili mahkemede açılacaktır.

Tacirler veya kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında yapacakları sözleşmeler, niteliği gereği bir menfi yetki sözleşmesidir. Ancak bu sözleşme ile bir kesin yetkili mahkeme belirlenmemektedir. Zira, taraflar alternatif yetkili mahkemeleri de belirleyebilmektedirler. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yetkinin kesin olduğu haller açıkça belirtilmiştir ve bu hükümler istisnâ mahiyettedir. Ayrıca, tarafların müspet yetki sözleşmesi yapmalarına da bir engel yoktur. Bu nedenle, kanımızca, menfi yetki sözleşmesi yapılması halinde dahi yetki itirazı bir ilk itiraz olarak ileri sürülmeli ve hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmamalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun menfi yetki sözleşmesi yapılmasına izin vermesi, kanunen yetkili mahkemeye bir güvensizlik ifade ediyormuş izlenimi verse de; kanımızca bu bir güvensizlik ifade etmemelidir. Çünkü, burada sözleşmeyi yapan tarafların amacı çoğunlukla ortak menfaatlerinin korunmasıdır. Yoksa taraflar çoğu zaman yetkili mahkemeyi ve hâkimini bilmezler, tanımazlar. Ayrıca sözleşmeler çoğu kere maktu şekilde olmaktadır.

İşaret ettiğimiz bu ihtimal dışında, bu kişilerin tacir olmayan gerçek kişilerle yetki sözleşmesi yapmaları mümkün değildir. Yapılırsa da, kanunun emredici hükmüne aykırı olan bu sözleşme mutlak butlanla sakat olur. Kanun koyucu, tüzel kişilerle veya tacirlerle, tacir olmayan gerçek kişiler arasında, bu kişilerin tüketici sıfatını haiz olup olmadıklarına bakmaksızın, yetki sözleşmesi yapılmasına izin vermeyerek, medenî yargılama hukukunun sosyal yanını da ortaya koymuştur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, tacir olmayan gerçek kişilerin kendi aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar bakımından, her hangi bir yasaklama hükmü öngörmemiş olması karşısında, bu kişilerin kendi aralarında müspet yetki sözleşmesi yapabilecekleri düşünülebilirse de, kanımızca bu mümkün olmamalıdır. Zira medenî yargılama hukuku kamu karakteri daha ağır basan bir hukuk alanıdır. Bu nedenle sözleşme özgürlüğüne ilişkin hükümlerin uygulanması bağlamında, Kanun'un açıkça izin vermediği hallerde yetki sözleşmesi yapılması caiz olmaz. Bu noktada, yetki itirazının, ilk itiraz nedenleri arasında sayılmış olması sonucuna bağlı olarak, zımnî yetki sözleşmesinin varlığını kabul etmek, aksi bir düşünceye dayanak teşkil edebilirse de; kanımızca, yetki sözleşmeleri bakımından getirilen bu sınırlandırmalar karşısında, tacir olmayan gerçek kişiler arasında zımnî yetki sözleşmesinden bahsetmek de mümkün olmamalıdır. Ortaya çıkan bu durum, cevap dilekçesinde yetkisizlik ilk itirazının ileri sürülmemesine,

kesin olmayan yetki kurallarının mahiyetinden de hareket ederek Kanun Koyucunun bağladığı bir sonuçtur (HMK md. 19/4).

2. Özel yetki haller arasında yer alan, sözleşmenin yapıldığı yer mahkemesinin yetkisi kaldırılmıştır. Bu yetki kuralının uygulanabilmesi, 1086 sayılı Kanun'da, dava açıldığı sırada davalı veya vekilinin o yerde bulunması şartına bağlanmıştı. Bu yüzden çok fazla uygulanma kabiliyeti de yoktu. Bu nedenle kaldırılması isabetli olmuştur.

3. Kanun'da hangi mahkemelerin yetkisinin kesin olduğu açıkça belirtilerek bu konuda uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar en baştan engellenmeye çalışılmıştır (md. 11/1; 12; 14/2; 15/3 gibi).

4. Haksız fiilden kaynaklanan davalarda, haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yanı sıra, zararın meydana geldiği veya meydana gelme ihtimalinin bulunduğu veya zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi yetkili kılınmıştır. Özellikle, zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi ile, zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili hale getirilmesi, haksız fiil mağdurlarını koruyucu mahiyette düzenlemelerdir. Burada şu noktanın da altı çizilmelidir ki, zarar görenin kendi yerleşim yerinde dava açabilmesi, zararın somut olarak doğması şartına bağlıdır. Henüz ortada somut olarak doğmuş bir zarar yoksa, sadece zararın doğma ihtimalinin varlığı haksız fiile maruz kalan kişilere kendi yerleşim yerlerinde dava açma imkânı vermez.

5. Hâkimlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin olarak açılan davalarla, Devlet'in sorumlu hâkime karşı açacağı rücu davalarına ilişkin olarak görevli ve yetkili mahkeme birlikte düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, Devlet aleyhine açılan tazminat davası, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay, ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Hukuk Genel Kurulunda açılır ve ilk derece mahkemesi sıfatı ile görülür. Bu kararların temyiz incelemesi ise, ilk halde Hukuk Genel Kurulu'nda, ikini halde ise Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nda yapılacaktır. Devlet'in sorumlu hâkime karşı açacağı rücu davası bakımından da aynı mahkemeler görevli ve yetkili olacaktır.

Hâkimlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin olarak açılan bu dava, haksız fiilden kaynaklanan bir dava olmamakla beraber, haksız fiile ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği bir davadır. Bu nedenle, haksız fiilden kaynaklanan davalar bakımından bir önceki paragrafta kabul edilen ve haksız fiilin mağduru koruyucu mahiyetteki düzenlemeler, hâkimlerin hukukî sorumluluğu bakımından kabul edilmemiştir. Bu bağlamda, en azında 1086

sayılı Kanun'da 5236 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin muhafaza edilmesi yerinde olurdu. Diğer taraftan, memurların hizmet kusuru nedeniyle devlete karşı açılan tazminat davalarında, hukuka aykırı fiilin veya işlemin gerçekleştiği yerde de dava açılabilmektedir. Zarar gören açısından, devlete karşı açılan tazminat davaları bakımından failin kim olduğu önemli olmamalıdır.

6. İhtiyati tedbir ve delil tespitine ilişkin taleplerde, dava açılmadan önce, en az masrafla ve en çabuk nerede ifası mümkün ise, o yer mahkemesinden de alınabileceği yönündeki yetki kuralından vazgeçilerek; ihtiyati tedbirler bakımından, esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden; delil tespiti bakımından ise, esas hakkında davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh hukuk mahkemesinden alınabileceği kabul edilmiştir.

Kanımızca, bu düzenleme ihtiyati tedbirlerin icrasını zorlaştıracığından, ihtiyati tedbirle ulaşılmak istenilen amacın gerçekleşmesine engel olabilir. Delil tespiti bakımından ise, tanığın oturduğu yer ibaresi ile yerleşim yerinin mi yoksa fiilen oturduğu yerin mi kastedildiği belli değildir. Maddenin gerekçesinde ise, tanığın bulunduğu yerden bahsedilmektedir. Bu hüküm, tanığın fiilen oturduğu yeri ifade edecek şekilde anlamlandırılırsa, kötüye kullanmaya açık bir düzenleme haline gelebilir.

C. Hâkimlerin Yasaklılığı, Reddi ve Hukukî Sorumluluğuna İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

1. Hâkimlerin yasaklılık nedenleri arasında nişanlılık hali ve üçüncü derece kayın hısımlığı da dahil edilmiştir. Ayrıca, hâkimlerin yasaklılık haline ilişkin olarak verilen kararlara karşı üst mahkemeye başvurulabileceği açıkça düzenlenmiş ve bu konuda uygulamada ortaya çıkan tereddütler giderilmiştir. Yine, yasaklılık haline ilişkin olarak, yasaklı hâkimin her iki tarafın açık ve yazılı muvafakatleri ile davaya bakabileceğine ilişkin hükme, yasaklılık hükümlerinin kamu düzenine ilişkin olduğu gerekçesi ile haklı olarak yer verilmemiştir.

2. Hâkimin reddi nedenlerine, ret usulüne ve incelemesine ilişkin olarak önemli bir değişiklik olmamakla beraber, kanımızca Kanun'un 41. maddesinin 38. maddeden sonra düzenlenmesi sistematik açıdan daha yerinde olurdu. Zira bu hükme göre ret talebini geri çevirecek olan, reddedilen hâkim veya onun katılımı ile toplanacak heyettir. Oysa, bu hükümden bir önceki madde, ret talebini esastan inceleyecek mercileri; bir sonraki madde ise, bu merciler tarafından ret talebinin incelenmesini düzenlemiştir. Bu

nedenle, bu madde hükmünün önceki ve sonraki maddelerle bağlantısız gözükmektedir.

3. Hâkimin hukukî sorumluluğu ve rücuyla ilişkin düzenlemeler Kanun'un sistematiği bakımından hâkimin yasaklılığı ve hâkimin reddi nedenlerinden hemen sonra düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile birlikte, Kanun'da sınırlı olarak sayılan nedenlerden birisinin gerçekleşmesi halinde tazminat davasının kararı veren hâkime karşı açılması sisteminden vazgeçilerek, bu davanın, tıpkı diğer kamu görevlilerinde olduğu gibi Devlete karşı açılması prensibi kabul edilmiştir. Bu düzenleme ile, kamu hizmetini gören kamu görevlileri arasında davanın muhatabı olmak bakımından var olan farklılık ortadan kaldırılmıştır. 1982 Anayasası'nın 129/5 maddesi "*memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir*" hükmünü getirmiştir. Bu bağlamda bir yargılama faaliyeti yürüten hâkim de, Devlet'ten aldığı belirli bir ücret karşılığında, klasik kamu hizmetlerinden olan adalet hizmetinin gerçekleştirilmesi için sürekli ve kesintisiz olarak çalışmaktadır. Ayrıca hâkimler işçi statüsünde de istihdam edilmemektedir. Bu noktadan hareket edildiğinde, Anayasa'nın 129/5 hükmü çerçevesinde hâkim de bir memurdur. En temel kamu hizmetlerinden olan adalet hizmetini gerçekleştirmeye çalışan hâkimin, diğer idarî faaliyetleri yürütenlerden farklı olarak Devlet korumasından çıkartılmış olması kanımızca bir Anayasaya aykırılık teşkil etmekte idi. Bu nedenle, sorumluluk davasının Devlete karşı açılması ve Devletin sorumlu hâkime rücu edebilmesine ilişkin bu düzenlemeler yerinde olmuştur.

Hâkimlere karşı açılan tazminat davalarında, öteden beri haksız fillere ilişkin hükümlerin niteliğine aykırı düşmedikçe, kıyasen bu davalarda da uygulanması prensibi benimsenmiştir. Bu çerçevede, Kanun'da açıkça sayılan hukuka aykırılık hallerinden birisinin, kusurun, illiyet bağının ve zararın gerçekleşmiş olması gerekir. Kusur bağlamında, özellikle sorumluluk nedenlerinden hareket edilerek, hâkime karşı tazminat davası açılabilmesi için ağır kusurun bulunması gerektiği, hafif kusurun olması halinde hâkime karşı dava açılmayacağı kabul edilmekte idi. Ancak, dava açılırken kusurun derecesini önceden bilmek veya tespit edebilmek mümkün olmayabilir. Bu nedenle, kanımızca hafif kusurun tespiti halinde, Devlete karşı açılacak tazminat davasının reddedileceği ve bu halde HMK 49. madde hükmünün uygulanamayacağı açıkça düzenlenmelidir. Bu noktada, her ne kadar madde gerekçesinde, yargılama faaliyetinden sorumluluğun doğması için

ağır kusurun varlığının şart olmasından bahsedilmekte ise de, Kanun metninde bir hüküm yoktur.

Devlete karşı açılacak sorumluluk davasında Devlet davayı kaybederse, ödeme tarihinden itibaren bir yıl içerisinde sorumlu hâkime rücu yoluna gitmelidir. Her ne kadar madde gerekçesinde, Devlet'in sorumlu hâkime rücu edebileceği yönünde ibareler yer alıyorsa da, gerek Anayasa'nın 129/5. ve gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46/3. maddeleri hükmü emredici mahiyettedir. Devletin sorumlu hâkime rücu etmesi prensibi kabul edildiğinden, Devlet aleyhine sorumluluk davası açıldığında davaya bakan mahkeme sorumlu olabilecek hâkime davayı resen ihbar etmelidir. Davanın ihbarı üzerine, hâkim de md. 69/2 çerçevesinde davaya fer'i müdahil olarak katılabilecektir. Sorumluluk davası, doğrudan hâkime karşı açılmadığından, davaya bakan hâkimin aleyhine dava açılan hâkimin uğradığı maddî ve manevî zararlarının tazminine de karar verebileceğine ilişkin hükme Hukuk Muhakemeleri Kanunu yer vermemiştir.

- Hâkim tarafından bir hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması nedenine dayanılarak açılacak sorumluluk davalarında, kanımızca bir dava şartı olan ihtar şartı, kaldırılmıştır.

D. Davaya Vekâlete Yönelik Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Davaya vekâlete ilişkin hükümlerde çok önemli değişiklikler yapılmamıştır. Ancak bu ayırmda da dikkati çeken birkaç husus vardır. Bunlardan ilki, vekile özel yetki verilmesi gereken haller arasında bulunan ahzu kabz yetkisine 6100 sayılı Kanun'da yer verilmemiş olmasıdır. Bu yetkinin, vekile özel yetki verilmesini gerektiren haller arasından çıkarılması ile, avukatların hükmün icrasında karşılaştıkları problemlerin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Diğer taraftan vekile özel yetki verilmesini gerektiren haller arasına, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması talebinde bulunma ve buna muvafakat etmeye ilişkin hüküm de eklenmiştir.

Mahkemeye ibraz edilecek vekâletnameye resmîyet kazandırma yetkisi sadece noterlere verilmiş, 1086 sayılı Kanun'da yer alan, nahiye meclisi, ihtiyar heyeti ve sulh hukuk mahkemelerinin vekâletname düzenleme yetkisine, 6100 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir. Bu hükme göre, noterler vekâletnameyi ya doğrudan düzenleme şeklinde yapacaklar ya da daha önceden tarafın düzenlediği vekâleti onaylayacaktır.

Vekâlete ilişkin hükümler arasında dikkati çeken diğer bir nokta da, 1086 sayılı Kanun'un 71'inci maddesinde yer alan; hâkimin, davasını

takip edebilecek ehliyete sahip olmayanların kendilerini vekille temsil ettirmelerine karar verebileceğine ilişkin hükmün, 6100 sayılı Kanun'da da korunmuş olmasıdır. Kanımızca, bu hüküm çok muğlaktır. Zira, madde başlığı "*tarafın davasını takip edebilecek ehliyetle olmamasıdır*". Madde metni içerisinde ise, "*ehliyetsizlik*" ibaresini karşılamak üzere "*yeterlikte olmama*" ibaresi kullanılmıştır. Bu ibare ile nasıl bir durumun kastedildiği belli değildir ve bu hükmün ucu açıktır. Burada elbette kanunî temsil hükümlerinin uygulanması gereken haller de, bu hükümlerin uygulanması yoluna gidilebileceğinden kuşku duymamak gerekir. Fakat, kanunî temsile ilişkin hükümlerin uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde, hem tarafı vekil tutma zorunluluğunda bırakmak hem de vekil tutulmaması halinde, (mesela, tarafın, vekil tutmamış ve fakat duruşma salonunda bizzat hazır bulunmuş olmasına rağmen) tarafın yokluğuna ilişkin hükümlere bağlanan sonuçlarla karşı karşıya bırakmak ağır bir yaptırımdır.

E. Eski Hale Getirme ve Sürelere İlişkin Düzenlemeler

1. Eski hale getirme bakımından, iki değişiklik dikkati çekmektedir. Bunlardan birisi, "*bu Kanun'da*" ibaresi yerine "*Kanun'da*" ibaresinin kullanılmış olmasıdır. Bu düzenleme ile hükmün uygulanma kapsamı genişletilmiş ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu dışında başkaca kanunlarda düzenlenmiş olan usule ilişkin sürelerin kaçırılması halinde de eski hale getirme hükümlerinin uygulanmasına imkân verilmiştir. Diğer taraftan, 1086 sayılı Kanun'da, "*eski hale getirme yoluna başvuru şartları arasında yer alan, kanunî yollara müracaatın hukuken imkânsız bulunması*", hükmü uygulamada bir anlam kargaşası yarattığından; 6100 sayılı Kanunla, "*süresinde yapılamayan işlemlerle ulaşılmak istenen aynı sonuca, eski hale getirme dışında, başka bir hukukî yoldan ulaşılabiliyorsa, eski hale getirme talebinde bulunulmaz*" hükmü getirilmiştir. Hüküm olması gerektiği gibidir.

2. Süreler bağlamında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda üç farklı sürenin düzenlendiği dikkati çekmektedir. Bu süreler:

- *Kısa süre*: Bir hafta, hâkimin reddi talebinin kabul veya reddi halinde istinaf yoluna başvuruda olduğu gibi
- *Genel süre*: İki hafta, istinaf yoluna başvuruda olduğu gibi
- *Uzun süre*: Bir ay, temyiz kanun yoluna müracaatta olduğu gibi.

3. Adli tatil bakımından ise, 1086 sayılı Kanun'da yer alan "*ağustosun birinden eylülün beşine kadar*" ibaresi yerine, "*her yıl bir ağustosta başlar, beş eylülde sona erer*" ibaresi kullanılarak, özellikle beş eylülün süreye dahil olup

olmadığı yönünde ortaya çıkabilecek tartışmalar en baştan önlenmiş ve hak arayanlar bakımından karşılaşılabilecek olası bir sürprizin önüne geçilmiştir.

F. İlk İtirazlar ve Dava Şartlarına İlişkin Düzenlemeler:

- İlk itirazlar ve dava şartlarının neler olduğu Kanun'da teker teker sayılmış ve ilk itirazlarla dava şartlarının incelenme sırası açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre mahkeme önce dava şartlarını daha sonra ilk itirazları inceleyecektir (md. 117/3).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ilk itirazları, kesin olmayan yetki, işbölümü ve tahkim olmak üzere üçe indirmiştir. İlk itirazların esasa cevap süresi içerisinde cevap dilekçesi ile hep birlikte ileri sürülmesi prensibi 6100 sayılı Kanun'da da korunmuştur.

-Dava şartları bakımından ise, derdestlik, davayı takip yetkisi, teminat yatırılması, davacının gider avansı yatırması halleri de birer dava şartı olarak kabul edilmiştir. Kanımızca bu düzenlemeler de yerindedir.

G. Dava Dilekçesi ve Cevap Dilekçesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi:

1. Dava dilekçesi ve cevap dilekçesinin zorunlu unsurları arasında tarafların Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarası da dahil edilmiştir. Ayrıca, dava dilekçesinin zorunlu unsurları arasında, malvarlığına ilişkin davalarda dava konusunun değerinin ve iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceğinin gösterilmesi gerektiğine ilişkin hükümler de eklenmiştir. Cevap süresi, cevaba cevap ve ikinci cevap süreleri Kanun'da zaten yazılı olduğundan dilekçelerin unsurları arasında çıkarılmıştır. Dava dilekçesi ve cevap dilekçesinde kanunî noksanlıklar bulunması hali bir ilk itiraz olmaktan çıkarılmış ve hâkimin bu eksikliklerden bazılarını kendiliğinden dikkate alarak; bu eksikliklerin giderilmesi için taraflara bir hafta kesin süre vermesi gerektiği, bu süre içerisinde eksiklikler giderilmezse davacı açısından davanın açılmamış sayılmasına; davalı açısından ise, cevap dilekçesi verilmemiş ve dolayısıyla vakıaların inkar edilmiş sayılmasına karar vermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, dava dilekçesi ve cevap dilekçesinde bulunması gereken bazı zorunlu unsurların eksikliği bakımından (md.119/2; 130/1), davanın açılmamış sayılması veya cevap dilekçesi verilmemiş sayılması yaptırımlarını getirmiştir. Bu hükümlere göre, mesela, tarafların (veya varsa vekillerinin) ad, soyad ve adresleri yoksa, tarafların T.C. Kimlik Numaraları yoksa, talep sonucu gösterilmemişse veya dilekçe imzasız ise, hâkim bu

eksiklikleri kendiliğinden dikkate alacak ve verilen kesin süre içerisinde bu eksiklik giderilmezse, işaret ettiğimiz yaptırımları uygulayacaktır. Bu noktada, md. 119/2 ve 130/1’de işaret edilen hususların dışında bir eksiklik olursa, hangi yaptırımların uygulanacağı belli değildir. Mesela, davanın konusu yazılmamış, deliller gösterilmemiş, vakıalar yazılmamış veya dayanılan hukukî sebepler gösterilmemişse tarafların ne tür bir yaptırımla karşı karşıya kalacağı belli değildir.

2. İradî Taraf Değişikliği: Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 124 hükmü ile “*iradî taraf değişikliği*” de öngörülmüştür. Bu hükme göre, dava devam ederken taraf değişikliği ancak diğer tarafın açık rızası ile mümkün olabilmektedir. Şu halde, iradî taraf değişikliğinde kural karşı tarafın açık rızasının varlığıdır. Kanun, “*ancak*” ibaresini kullandığına göre ıslah yolu ile de iradî taraf değişikliği mümkün değildir. Hükmün bu hali, Yargıtay’ın, dava devam ederken ıslah yolu ile tarafın değiştirilemeyeceğine ilişkin içtihadının korunduğu izlenimini uyandırır da; kanımızca, bu hüküm aynı maddenin üç ve dördüncü fıkralarında yer alan düzenlemelerle birlikte değerlendirildiğinde, bu içtihat işlevsiz kalmaktadır. Şöyle ki, maddenin üçüncü fıkrasında, maddî bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliklerinin, diğer tarafın açık rızası olmasa dahi hâkim tarafından kabul edileceği emredici mahiyette düzenlenmiştir. Aslında bu düzenleme ile, “*kural olan*” birinci fıkra hükmünün içi boşaltılmıştır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 29 hükmüne göre, taraflar dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. Bu hükmün hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınacağı düşünüldüğünde, zaten dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılan iradî taraf değişikliğine diğer taraf açık rıza gösterse dahi, bu değişikliği hâkimin dikkate almayacağı ortadadır. Aynı mantık çerçevesinde hareket ettiğimizde, ıslahla değiştirilmesi düşünülmüş olsaydı dahi bu değişikliği dürüstlük kuralı sınırlayacaktı. Dürüstlük kuralına aykırı değilse de, md. 124/3’ün emredici mahiyeti karşısında, hâkim, zaten iradî taraf değişikliğini kabul etmek durumunda kalacak idi. Bu nedenle iradî taraf değişikliği çerçevesinde, ıslaha duyulan ihtiyaç da kendiliğinden ortadan kalkmış olmaktadır.

İradî taraf değişikliğine ilişkin olarak, md. 124/4’te, dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa, hâkim karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebilir, şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hüküm, üçüncü fıkra hükmünden farklı olarak emredici mahiyette değildir. Burada hâkime bir takdir yetkisi tanınmıştır. Kanımızca, üçüncü fıkra hükmüne yüklenen bu çok geniş anlam karşısında, 124. maddenin dördüncü fıkrasının son

cümlesi dışında, birinci fıkra ile dördüncü fıkranın ilk cümlesi anlamını kaybetmiştir. Aslında bu madde hükmüne göre, iradî taraf değişikliğinde sınırı belirleyen kural dürüst davranma yükümlülüğüdür.

İradî taraf değişikliğinin gerçekleşmesi halinde, yargılama dışı kalan ve aleyhine dava açılmasına sebebiyet vermeyen taraf lehine yargılama giderlerine hükmedilmesi gerektiği de Kanun'da açıkça düzenlenmiştir.

3. Karşılık Dava: Hukuk Muhakemeleri Kanunu karşılık davayı bir ilk itiraz nedeni olmaktan çıkarmıştır. Karşılık dava 1086 sayılı Kanun'dan farklı olarak sadece cevap dilekçesi ile değil, esasa cevap süresi içerisinde kalmak kaydıyla başka bir dilekçe ile de açılabilecektir. Karşılık dava için Kanun'un aradığı şartlardan birisi eksikse, hâkim talep üzerine veya kendiliğinden karşılık davanın ayrılmasına karar vermek zorundadır. Hâkim, ayrılan karşılık dava kendi görev alanına girmiyorsa, gönderme kararı vermelidir (md. 132/2). Gönderme kararı verilmesi her ne kadar sadece karşılık davanın Kanun'da aranan şartları taşımaması dolayısıyla verilen ayırma kararlarına ilişkin olarak düzenlemişse de, kanımızca, karşılık davanın şartlarını taşımakla birlikte esasa cevap süresi geçtikten sonra açılan karşılık davalar bakımından da bu hüküm uygulanmalıdır. Bu halde de hâkim karşılık davanın ayrılmasına karar vermeli (md. 133/2) ve ayrılan dava kendi görev alanı içerisine girmiyorsa dosyayı görevli mahkemeye göndermelidir.

H. Dava Türlerine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi:

Hukuk Muhakemeleri Kanununda dava türleri teker teker sayılmıştır. Bu noktada özellikle üç dava türü dikkati çekici şekilde ön plana çıkmaktadır. Topluluk davası, belirsiz alacak davası ve kısmî dava.

1. Topluluk Davası: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. maddesinde derneklerin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, statüleri çerçevesinde ve bizzat kendi adlarına, üyelerinin veya temsil ettikleri kitlenin;

- haklarının tespiti,
- mevcut hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması,
- gelecekte ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıkların önlenmesi için dava açabilecekleri düzenlenmiştir.

Topluluk davası, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde zaten hukukumuzda mevcut olan bir dava türü idi. Bahse konu Kanun, tüketici örgütleri bakımından topluluk davası açılabilmesi prensibini kabul etmiştir. Fakat, topluluk davasının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmesi ile birlikte uygulanmasının kapsamı da oldukça genişleyecektir.

2. Belirsiz Alacak Davası: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, davanın açıldığı sırada davacının talep konusunu belirleyememesi veya belirlemesinin imkânsız olduğu hallerde tespit davası veya eda davası mahiyetinde bir belirsiz alacak davası açılabileceğini öngörmüştür. Bu halde davacının aralarındaki uyumsuzluğun kaynağı olan hukukî ilişkiyi veya asgari miktar ya da değeri belirtmesi gerekir. Dava devam ederken, delillerin incelenmesi veya diğer tarafın beyanları neticesinde alacağın miktarı tam olarak belirlenebiliyorsa, iddianın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın (ek dava açıp birleştirilmesini de talep edilmeksizin), müddeabihin arttırabileceği hususu da açıkça düzenlemiştir.

3. Kısmî Dava: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, talep konusunun niteliği itibari ile bölünebilir olduğu hallerde, davacı dava konusu yapmayı düşündüğü şeyin şimdilik belli bir kısmını dava konusu yaparsa; bu, kısmî dava olarak adlandırılacaktır. Kısmî davaya ilişkin olarak, fazlaya bağlı hak saklı tutulmaksızın davanın açılması halinde, dava dışı kalan kısımdan feragat edilmiş sayılacağına ilişkin içtihat da işlevsiz kılınmıştır. Zira madde 109/3. hükmüne göre, kısmî dava açılması halinde dava dışı bırakılan kısımdan açıkça feragat edilmemiş olması halinde, dava dışı bırakılan kısımdan feragat edilmiş sayılamayacaktır.

4. Belirsiz alacak davası ile kısmî davaya ilişkin hükümlerinden hareket edildiğinde, bu iki dava türünün bir birinden ayırt edilmesi pek kolay gözükmemektedir. Yani bir davanın ne zaman kısmî dava ne zaman belirsiz alacak davası sayılması gerektiğine ilişkin ayırt edici kriterler açık değildir. Bu bağlamda, uygulanacak hükümlerin belirlenmesi için açılan davanın hukukî niteliğinin tespiti önemlidir. Kanımızca, davacı talep miktarını öngörebiliyor, fakat talep miktarını kesin olarak tespit edemiyor; veya davayı kazanıp kazanamayacağı konusunda tereddüt ediyorsa bu halde fazlaya bağlı hakkını saklı tutarak açtığı dava kısmî dava olmalıdır. Buna karşılık, davacı dava açıldığı sırada talep miktarını öngöremiyor veya öngörmesi imkânsızsa, fazlaya bağlı hakkını saklı tutmasına gerek kalmaksızın açtığı dava belirsiz alacak davası olarak kabul edilmelidir. Uygulanacak hükümler bağlamında, açılan dava belirsiz alacak davası olarak nitelendirilir ve dava devam ederken alacağın miktarı kesin olarak tespit edilirse; davacı, davalının açık rızasına, ıslaha veya ek dava açmasına gerek kalmaksızın ortaya çıkan farkı talep edebilecektir (md. 107/2). Buna karşılık açılan dava kısmî dava olarak nitelendirilir ve dava devam ederken, davacının alacağının miktarı kesinleşirse, ortaya çıkan farkı davacı ya davalının açık rızası ile ya ıslah yoluyla ya ek dava açarak davaların birleştirilmesini talep etmek suretiyle ya da ayrı bir dava açarak isteyebilecektir.

Belirsiz alacak davası ve kısmî dava bakımından son olarak şu hususa da işaret edelim ki, eğer taraflar talep konusunun miktarını açıkça belirleyebiliyor veya talep konusunun miktarı taraflar arasında tartışmasız ise, kısmî dava açılmayacağı gibi belirsiz alacak davası da açılmaz (md. 107/1; 109/2).

I- Davayı Takip Yetkisi: Davayı takip yetkisi yasal bir dayanağa kavuşturulduktan sonra (md.53); dava şartları arasında yerini almıştır. Davayı takip yetkisi, iflâs idaresi, tereke temsilcisi, vasiyeti tenfiz memuru gibi kişilerin yargılama sırasındaki konumunu ifade etmektedir. Davayı takip yetkisi, bu kişilerin dava konusu üzerinde doğrudan bir menfaatleri olmamakla beraber, mahkemelerden talep sonucu hakkında hüküm alabilmelerini ifade eder.

III. ÖN İNCELEME

A. Genel Olarak Yargının Sorunları ve Ön incelemeye Duyulan İhtiyaç

Öteden beri hepimizin malumu olan başka bir konu da yargının içinde bulunduğu sorunlar ve bu sorunlar içerisinde ağır aksak dağıtılmaya çalışılan adalet hizmetidir. Gerçekten de, geriye doğru bakıldığında kangrene dönüşen bu sorunun yıllardır tartışıldığı ve özellikle hukukun yargılama kısmıyla ilgilenenlerin bu alana eğilerek, bir takım çözüm önerilerinde buldukları görülebilir.

Bu bağlamda olmak üzere:

Prof. Dr. Baki Kuru, 1969 tarihli bir makalesinde, “*Bugün hukuk davalarının uzun sürdüğü hakkındaki kanaat o kadar yaygındır ki, bunu adeta maruf ve meşhur bir vakıa olarak kabul etmek mümkündür*”².

1984 tarihli başka bir makalesinde 1977 tarihli hükümet programından hareketle “*adalet dağıtımındaki gecikmeler, vatandaşımız için sadece bir şikayet konusu değil, aynı zamanda bir ızdırap kaynağı olmuştur*”³.

Prof. Dr. Saim Üstündağ, 1974 tarihli bir makalesinde “*Yargıtay hâkimleri iş çokluğu karşısında, bütün iyi niyetlerine rağmen kontrol görevlerini eksik inceleme ile yetinerek ifa etmek zarureti karşısında da bırakılmış sayılabilirler. Bu nedenle, bu kararların kalitesi düştüğü gibi, söz konusu kararlarla yargı organlarında hak arayanları tatmin edilebilmesi de sağlanamamaktadır*”⁴.

2 Kuru, Baki; Makaleler, Sosyal Devlet ve Hukuk Davalarının Uzama Sebepleri (s. 99–116), İstanbul 2006, s. 99.

3 Kuru, Baki; Makaleler, Hukuk Davalarında Yargılamanın Çabuklaştırılması İçin Alınması Gereken Tedbirler (s. 117–146), İstanbul 2006, s. 117.

4 Üstündağ, Saim; Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Yolları, (s. 163-179), Ankara 2010, s. 173, 174.

Prof. Dr. Ejder Yılmaz, adeta bir hukuk profesörünün feryadı diyebileceğimiz 2006 tarihli tebliğinde “*adalet hizmetleri gerçekten tıkalıdır. Hemen basit bir şey söyleyeyim. Hâkim dosya okumuyor! Bir daha söyleyeyim isterseniz, hâkim dosya okumuyor! Diyeceksiniz ki hâkim nasıl karar veriyor? Okumadan karar veriyor! Hâkimler dosyayı yıllar sonra okuyor. Dosyalar geliyor, layihâlâr yığılıyor. Aradan uzun bir zaman geçiyor. Bir zaman geliyor. Şu dosyayı bir okuyayım diyor. O arada bir gözden geçirebiliyorsa bir karar veriyor. Sonra, dosya Yargıtay’a geliyor. Yargıtay da dosya okumuyor. Diyeceksiniz ki, karar nasıl veriliyor? Tetkik hâkimlerinin yaptıkları fedakârane çalışmalarla!*”⁵

“*Benim şahsi kanaatim şudur: Bugünkü sorunların başında, hâkimin dosyayı okumamasının başında ve ya okuyamamasının başında gelen neden hâkim başına düşen dosya sayısının fevkalade fazla olmasıdır. ... Yani zamansızlıktır*”⁶.

“*Adalet devletin temeli, mülkün temelidir diyoruz. Korkum odur ki, bu devlet çökecek! ... Neden? Adalet çöküyor çünkü!*”⁷

Buraya kadar işaret edilenlerin yanında, bugün yargının içinde bulunduğu sorunlardan bir çoğu, en başta Anayasa olmak üzere bazen yasal düzenlemelerin yetersizliğinden, bazen eksikliğinden, bazen düzenlemenin gereği gibi yapılmamış olmasından bazen de yargısal içtihatların oluşturduğu karmaşadan kaynaklanmaktadır. Ayrıca, yargının içinde bulunduğu sorunların giderek derinleşmesinde insan odaklı katkılar da inkar edilemez. Gerçekten de, yargının sorunlarının her gün bir kar topu gibi büyümesinde, hâkimlerden avukatlara, bilirkişilerinden davanın taraflarına, hukuk fakültelerinde ki öğretim elemanı sayısı ve kalitesinden fakültele alınan öğrenci kalitesine varıncaya kadar bir çok etkenin olduğu söylenebilir. Bu etkenlerden özellikle, hâkim, avukat ve bilirkişilerin yargılamanın amacının gerçekleştirilmesindeki rolü, diğerlerine nazaran, fazlasıyla önemlidir. Bu noktada, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndan yargılamaya etki edenlerin bilgi düzeyinin yükseltilmesi veya organizasyon yeteneğinin geliştirilmesi veya iyi niyet kurallarına aykırı davrananlarla aktif mücadele etmesi beklenemez.

Diğer taraftan yargının kaynakları kıttır. Yargı ekonomisi bakımından bu kıt kaynakların nasıl kullandığı ve bu kullanma sonunda elde edilen verimlilik de önemlidir. Bu bağlamda, hem yargılamanın işleyişi bakımından (görülmekte olan davaya ilişkin olarak diğer mahkemelerle ve üst yargı organları ile olan ilişkiler, diğer kurumlarla olan ilişkiler, tebligat gibi) hem

5 Yılmaz, Ejder; Medeni Usul ve İcra – İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bazı Notlar (s. 169 -210), Ankara 2006, s. 174.

6 Yılmaz, s. 176, 177.

7 Yılmaz, s. 175.

de yargılama dışı etkenler bakımından (bilirkişilik, avukat adaylarının eğitimi ve mesleğe kabulü, hâkim adaylarının eğitimi ve mesleğe kabulü, hâkimlerin nitelik ve kabiliyetlerine göre atanması, özel mahkemelerin oluşturulması ve tetkik hâkimliği gibi) iyi bir organizasyonun gerektiği ortadadır. Bu nedenle bugün yargının içinde bulunduğu sıkıntılardan önemli bir kısmının bir organizasyon yetersizliğinden kaynaklandığı açıktır. Daha çok idarî boyutu olan bu organizasyon sorununun Hukuk Muhakemeleri Kanunu tarafından giderilmesi de beklenmemelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu veya bu alanda yapılan değişiklikler yargının işaret ettiğimiz sorunlarını tek başına çözecek mahiyette değildir. Esasen, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yargının sorunlarını çözmek gibi bir amacı da yoktur ve olmamalıdır. Bu bağlamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile, "1982 Anayasası'nın 36. maddesi ile teminat altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde usul ekonomisi ilkesini de gözeterek, etkin bir yargılama yapmak suretiyle uyumsuzluğun taraflarını tatmin edecek şekilde bir karar verilmesinin" amaçlandığı söylenebilir. Bu amaç çerçevesinde, hem yargılamanın amacı olan maddî gerçeğe ulaşmada, hem de maddî gerçek araştırılırken, usulüne uygun ve makul sürede bir yargılamanın yapılabilmesi için, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun getirmiş olduğu en önemli yeniliklerin başında ön inceleme kurumu gelmektedir.

B. Ön İnceleme ve Ön İncelemenin Kapsamı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dördüncü bölümünde düzenlenmiş olan ön inceleme kurumu, bu Kanun ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi, belki de en başta gelenidir. Bu kurum ile, tahkikat aşamasından önce gerekli hazırlıkların tam olarak yapılması, hâkimin ve davanın taraflarının (varsa vekillerinin) dava dosyasına hâkim olması ve bu yolla uyumsuzluğun tam olarak tespiti; gereksiz olarak yargılamanın tahkikat aşamasına kadar gelmesi sonucunu doğurabilen veya bu aşamada yargılamayı gereksiz olarak uzatabilecek unsurların ayıklanarak tahkikat aşamasına geçilmesi amaçlanmıştır. Bu çerçeveden bakıldığında, ciddi bir ön incelemenin etkili bir tahkikatın ön şartı olduğu, varsayımından hareket edildiği söylenebilir.

Geldiğimiz bu noktada ön inceleme aşaması ile tahkikat aşaması birbirinden ayrılmaktadır. Ön inceleme aşaması layihâlâr teatisinin bitmesinden sonra ve fakat işin esasına girilmeden (tahkikat aşamasına geçilmeden) önce mahkemenin yaptığı ilk incelemedir. Bu inceleme safhası 6100 sayılı Kanun'da ayrı bir bölüm şeklinde ve yargılamanın bağımsız bir aşaması olarak düzenlenmiştir. Tahkikat aşamasından farklı olarak, ön inceleme aşamasında prensip itibari ile delil incelemesi söz konusu değildir. Bu nedenle,

işin esasına da girilmeyecektir. Tahkikat aşamasında, yargılamanın amacına uygun olarak, sağlıklı ve etkin bir şekilde yürütülebilmesi; ön inceleme aşamasında uyuşmazlığın tam olarak tespiti, uyuşmazlığın çözümüne etki edecek delillere ulaşılması ve bu bağlamda, elde olan delillerin mahkemeye sunulması, elde olmayan delillerin ise buldukları yerden getirilmesi ile mümkün olabilir.

Ön inceleme aşamasında, yapılacak işlemlerin kapsamını şu şekilde belirlemek mümkündür. Bu aşamada mahkeme öncelikle ilk itirazlar ve dava şartlarını inceleyecek; daha sonra uyuşmazlığı tespit edecek, uyuşmazlığın tespitinden sonra ise delillere ilişkin işlemleri yapacaktır. Uyuşmazlığın tespitinden sonra, şayet tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olan bir dava söz konusu ise, hâkim tarafları sulhe teşvik edecek ve mutlaka bir tutanakla bu hususu tespit edecektir. Taraflar arasında sulhun sağlanamaması hali ile tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olmayan davalarda, tahkikat aşamasına geçmeden önce hak düşürücü süreler ve varsa zamanaşımı iddiaları da incelenecektir. Bütün bu işlemler yapılmadan tahkikat aşamasına geçmek mümkün değildir (md. 137/2).

Basit yargılama usulünde ise, cevaba cevap ve ikinci cevap aşamalarına yer verilmediğinden (md. 317/3) ön inceleme aşaması daha erken bir zamana alınmış olmaktadır. Ayrıca, basit yargılama usulüne ilişkin olarak ön inceleme yargılamanın bağımsız bir aşaması olarak kabul edilmemiş, tahkikat aşaması ile birlikte düzenlenmiştir. Şu halde bu usulde, ön inceleme işlemleri tahkikat için belirlenen duruşmanın başında yapılmalıdır (md. 320/2). Hatta, Kanun'un izin verdiği hallerde ön inceleme ve tahkikat yapmadan dahi karar vermek mümkündür.

C. Ön İnceleme Aşamasında İddianın ve Savunmanın Değiştirilmesi ve Genişletilmesi Yasağı

Taraflarca hazırlanma ilkesinin uygulandığı davalarda, taraflar teksif ilkesi çerçevesinde iddia ve savunmalarını belirli bir usuli kesit içerisinde ileri sürmelidir. Bu usuli kesitin geçirilmesi halinde kural olarak iddia veya savunmanın değiştirilmesi yahut genişletilmesi yasağı ile karşılaşılır. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda bu yasak davacı için davanın açılması ile başlatılmışken (HUMK md. 185/II); davalı için, cevap dilekçesinin davacıya tebliğ anı itibari ile başlatılmıştır (HUMK md. 202/II). İddianın ve savunmanın davacı ve davalı için başlama anları dikkate alındığında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerini de yasak kapsamına dahil ettiği açıkça görülecektir. Ancak 1086 sayılı Kanun, teksif ilkesi ile getirilen bu yasağın hak arama

özgürlüğü ve hukukî dinlenilme hakkını ihlal etmemesi için, diğer tarafın rızası, ıslah, davadan feragat, davayı kabul ve müddeabihin temlikî gibi yasağı aşma imkânlarını da getirmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 141/1'in birinci cümlesinde, tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile iddia ve savunmalarını serbestçe değiştirip genişletebileceği belirtildikten sonra; aynı cümlemin devamında tarafların ön inceleme aşamasında ancak diğer tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını değiştirip genişletebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında iddianın veya savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağının aşılması hallerinden ıslaha bu cümlede yer verilmemiştir. Cümlede yer alan "*ancak*" ibaresinden, ön inceleme aşamasında iddianın ve savunmanın değiştirilmesinin sadece diğer tarafın açık muvafakati ile mümkün olabileceği, ıslah yolu ile yasağın aşılmasının imkân dahilinde olmadığı şeklinde bir sonuç çıkmaktadır. Ayrıca, bu ibare, md. 141/1'in son cümlesinde yer alan "*ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma değiştirilemez yahut genişletilemez*" şeklindeki ibare ile birlikte değerlendirildiğinde; iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının, ön incelemenin tamamlanması ile birlikte başlayacağı şeklinde bir sonuç çıkmaktadır. Nitekim, yasağın aşılma hallerine ilişkin düzenlemeye de hemen bu cümleden sonra, ikinci fıkra hükmü olarak yer verilmiştir.

İşaret ettiğimiz bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının başlangıç anı ve yasağın aşılma halleri arasında yer alan ıslahın hangi andan itibaren uygulanabileceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu halde, bu sorunun çözümüne ilişkin olarak iki ihtimal söz konusudur. Birinci ihtimal, yasak cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesinin verilmesi ile başlayacak; iddiayı veya savunmayı genişletme yahut değiştirme yasağı ön inceleme aşamasında sadece diğer tarafın açık muvafakati ile; tahkikat aşamasında ise ıslah veya diğer tarafın açık muvafakati ile mümkün olabilecektir.

Bu ihtimalde, ön inceleme aşamasında ıslah yolu ile iddianın veya savunmanın değiştirilmesi yahut genişletilmesi yasağının aşılmaması sorunu, ıslaha ilişkin hükümlerden hareketle de çözülememektedir. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 177/1, ıslahın, tahkikatın sona ermesine kadar yapılabileceğini düzenlemiş ve fakat hangi andan itibaren ıslahın yapılabileceğine ilişkin her hangi bir hüküm öngörmemiştir. Ancak, ön inceleme aşamasında, ıslah yolu ile iddianın veya savunmanın değiştirilmesi yahut genişletilmesi yasağının aşılamamasının makul bir gerekçesi

yoktur. Bu konuya ilişkin olarak genel gerekçede ve madde gerekçesinde aydınlatıcı bir açıklamaya da yer verilmemiştir.

Bu ihtimalde, iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının sadece diğer tarafın açık muvafakati ile aşılabileceğine ilişkin hükmün; ikinci cümlede yer alan, “*taflardan birinin duruşmaya mazeretsiz olarak gelmemesi halinde, gelen tarafın onun muvafakati aranmaksızın iddiasını veya savunmasını değiştirip yahut genişletebilir*” şeklindeki düzenlemeyi vurgulamak için getirildiği düşünülebilirse de, bu defada aynı fıkranın son cümlesinde yer alan ön inceleme aşamasının sona ermesinden sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez şeklindeki hüküm anlamsız kalmaktadır.

Bu düzenlemenin bu ihtimalde olduğu gibi anlaşılması isteniyorsa hüküm şu şekilde olmalıdır: “Taraf, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile iddia veya savunmalarını serbestçe genişletip yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan birisi mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmalarını genişletip yahut değiştirebilir

İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır.”

Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 141 hükmü, bu ihtimalde olduğu gibi anlaşılırsa uygulanması şu şekilde olmalıdır: İlk olarak, iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağı cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesinin verilmesi anından itibaren başlayacaktır (md. 141/1). Bu düzenleme ile 1086 sayılı Kanun’dan farklı olarak cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri yasak kapsamı dışına çıkarılmış olmaktadır. Şu halde, taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerinde yasağa tabi olmaksızın serbestçe iddia ve savunmalarını değiştirip genişletebileceklerdir (md. 141/1).

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus dava dilekçesi veya cevap dilekçesinden sonra verilecek dilekçelerin cevaba cevap veya ikinci cevap dilekçesi mahiyetinde olmasıdır. Dilekçelerin mahiyetinin tespitinde, tarafların dilekçenin konusu kısmında yer alan beyanlarına değil, sebep ve talep sonucu kısmına bakılmalıdır. Ayrıca, cevaba cevap dilekçesi veya ikinci cevap dilekçesi süresi geçtikten sonra verilirse, taraflar verilen kesin süre içerisinde işlemi yapmadıklarından hakları da ortadan kalkacaktır (md. 94/1 ve 3). Bu nedenle, süresi geçtikten sonra verilen dilekçe, cevaba cevap veya ikinci cevap dilekçesi mahiyetinde olsa dahi, tarafın iddia veya savunmasını değiştirip genişletmesi mümkün olmaz. Her iki ihtimalde de hâkim, karşı tarafın açık

muvafakati yoksa iddiayı veya savunmayı değiştirip genişletme talebini reddetmeli; cevaba cevap dilekçesi verilmemişse (veya mahiyeti uygun değilse) cevap dilekçesinde, ikinci cevap dilekçesi verilmemişse (veya mahiyeti uygun değilse) cevaba cevap dilekçesinde ileri sürülen vakıalar inkar edilmiş gibi yargılamaya devam etmelidir (md.128, md. 136/2).

Ön inceleme aşamasında iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi için, diğer tarafın açık muvafakatine veya kanımızca ıslaha ihtiyaç vardır. Ayrıca bu aşamada, taraflardan birisinin mazeretsiz olarak gelmemesi halinde diğer taraf, gelmeyen tarafın rızasına gerek kalmaksızın iddiasını veya savunmasını genişletip yahut değiştirebilecektir (md. 141/1). Ancak, bu hükmün uygulanabilmesi için, ön inceleme duruşması davetiyesinde, mazeretsiz olarak gelinmemesi halinde yokluğunda rızası aranmaksızın diğer tarafın iddiasını veya savunmasını genişletip yahut değiştirebileceği ihtarına mutlaka yer verilmiş olmalıdır (md.139).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 141/1 son cümle hükmünden hareket ederek, iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının ön inceleme aşamasının tamamlanması ile başladığı kabul edilirse, bu defa da hükmün, bu cümleden önce yer alan kısmının tamamı anlamını kaybedecektir. Hükmün bu şekilde anlaşılması, özellikle tarafların duruşmaya katılmasını teşvik etme ve duruşmaya katılan tarafı bir anlamda ödüllendirme amacını taşıyan, ön inceleme duruşmasına taraflardan birisi mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmalarını genişletip yahut değiştirebilir, şeklindeki hükmü de anlamsız hale getirecektir.

Bu düzenlemenin bu ihtimalde olduğu gibi anlaşılması isteniyorsa hüküm şu halde olmalıdır: “*Taraflar, ön inceleme aşamasının sonuna kadar iddia veya savunmalarını serbestçe genişletip yahut değiştirebilirler. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır.*”

Hükmün bu ihtimalde olduğu şekli ile anlaşılması halinde, taraflar ön inceleme aşaması da dahil olmak üzere; tahkikat aşamasına gelinceye kadar, serbestçe iddia veya savunmalarını genişletip yahut değiştirebileceklerinden, dilekçelerin verilme süresine veya mahiyetine bakmaya gerek kalmaz. Kanımızca, hükmün bu hali ile anlaşılması, hem menfaatler dengesinin korunmasına hem de ön incelemenin amacının gerçekleştirilmesine daha çok hizmet eder.

Ön inceleme aşamasında uyuşmazlığın tam olarak tespit edilmesi isteniyorsa, bu aşamada duruşmaya gelmeyen tarafı diğer tarafın muvafakati ile veya ıslah yolu ile iddiasını veya savunmasını genişletme yahut değiştirmek zorunda bırakmak; bu aşamada gereksiz zaman ve emek kaybına neden olabilir. Ayrıca, bu aşamada yasağın varlığının kabul edilmesi, uyuşmazlığın tam olarak tespit edilmesine de engel olabilir. Bu nedenle uyuşmazlığın tam olarak tespit edilmesi ve dosyanın mümkün olduğu kadar eksiksiz tekemmül etmesi isteniyorsa, bu aşamada iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi herhangi bir sınırlamaya tabi olmamalıdır. Diğer taraftan, duruşmaya gelmemenin yaptırımını (ve gelen taraf için ödülü) 1086 sayılı Kanun'un 409. maddesinin karşılığı olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 150'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre taraflardan birisi mazeretsiz olarak duruşmaya gelmezse ya dava dosyası işlemde kaldırılabilecek ya da mazeretsiz olarak gelmeyen taraf, gelen tarafın yokluğunda yaptığı işlemlere itiraz edemeyecektir. Bu hüküm ortada iken ayrıca başka bir cezanın (gelen taraf için ödülün) öngörülmüş olması, taraflar arasındaki menfaat dengesini bozabileceği gibi, adil yargılanma hakkının ihlali anlamına da gelir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 141/2 hükmünde, iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının aşılması halleri olarak sadece diğer tarafın açık rızasına ve ıslaha yer verilmiştir. 1086 sayılı Kanun'dan farklı olarak 6100 sayılı Kanun taraf rızası olarak zımnî muvafakati kabul etmemiş ve açık muvafakati aramıştır. Ayrıca, davadan feragat, davayı kabul ve müddeabihin temlikine de iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının aşılması halleri arasında yer verilmemiştir.

Gelinen bu noktada dava devam ederken dava konusunun devri halinde tarafın veya talep sonucunun değişmesi, bizzat Kanun'un devre bağladığı bir sonuçtur (md. 125). Tarafın veya talep sonucunun değişmesi, tarafın kendi iradesine değil, diğer tarafın temlik iradesine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, kanımızca dava konusunun devri de iddianın veya savunmanın genişletilmesi yahut değiştirilmesi yasağının aşılması hallerinden birisi olarak kabul edilmemelidir.

D. Ön İnceleme Aşamasında Yapılacak İşlemler

1. Ön İnceleme Duruşması ve Bu Duruşmada Yapılacak İşlemler

a. Ön İnceleme Duruşması ve Duruşmaya Davet

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 139. maddesinde, mahkemenin dilekçelerin karşılıklı verilmesinden ve gerekli incelemelerin tamamlanmasından sonra, ön inceleme için bir duruşma günü belirleyip taraflara bildirmesi

gerektiği, hususu düzenlenmiştir. Düzenlenişi itibari ile bu hüküm emredici mahiyette olduğundan, ön inceleme aşamasında duruşma yapılması zorunludur. Ön inceleme aşamasının kural olarak bir duruşmada tamamlanması kabul edilmiştir. Ancak, zorunlu haller söz konusu olduğunda istisnâ olarak bir defaya mahsus yeni bir duruşma günü belirlenebileceği de kabul edilmiştir (md. 140/4). Mesela, mahkemenin tarafların sulh olabileceği kanaatine varmasında olduğu gibi (md. 140/2). Ön inceleme aşamasında mutlaka duruşma yapılması gerektiğinden, tahkikata ilişkin bölümde düzenlenmiş olan md. 149/1'de yer alan, tarafların rızası olmak şartıyla, diğer tarafın kendisinin veya vekillerinin, buldukları yerden ses veya görüntü nakli ile duruşmaya katılıp usulî işlemleri yapabilmesine ilişkin hükmün; tarafların duruşmaya gelmemesi haline ilişkin olarak 150. madde hükmünün; duruşma düzeninin sağlanmasına ilişkin 151. madde hükmünün; duruşma sırasında kayıt ve yayın yasağına ilişkin 153. madde hükmünün; tutanak ve tutanağın imzalanmasına ilişkin 154 ve 155 madde hükümleri ile ilkeler kısmında düzenlenmiş olan aleniyet ilkesine ilişkin 28. madde hükmünün burada da uygulanacağından kuşku duymamak gerekir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 139'da yer alan ön inceleme duruşmasına davete ilişkin düzenleme, hukukî dinlenilme hakkı ile doğrudan doğruya bağlantılıdır. Ayrıca bu hüküm emredici mahiyettedir. Bu nedenle, ön incelemenin yapılabilmesi için taraflara bir davetiye çıkarılması ve çıkarılan davetiyede, duruşma davetiyesi ve sonuçlarına ilişkin hususların dışında, tarafların bu duruşmada sulhe davet edilecekleri ve bu nedenle sulhe hazırlıklı gelmeleri, duruşmaya mazeretsiz olarak gelmemesi halinde, diğer tarafın dava dosyasının işlemde kaldırılmasını isteyebileceği (md. 150); yargılamaya devam etmek isterse, diğer tarafın, yokluğunda rızası alınmaksızın iddiasını veya savunmasını genişletip yahut değiştirebileceği (md. 139, 141), ayrıca yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemeyeceği hususlarının ihtar edileceği düzenlenmiştir (md. 139, 150). Her ne kadar 6100 sayılı Kanun'un 139. maddesinde öngörülen müeyyidelerin uygulanabilmesi için, "*mazeretsiz olarak*" ibaresine yer verilmemişse de, bu hüküm aynı Kanun'un 141 ve 150. maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde bu müeyyidelerin ancak mazeretsiz olarak gelinmemiş olması halinde uygulanabileceğinden kuşku duymamak gerekir.

b. Dava Şartları ve İlk İtirazların İncelenmesi

Bugün uygulamada, özellikle dava şartlarının incelenmesi bakımından, davanın açılmasının üzerinden yıllar geçtikten sonra karar verildiği sıklıkla görülmektedir. Bu ve benzeri usulî nedenlerle işin esasına dahi girilmeden

yıllar sonra karar verilmesi, hem gereksiz zaman ve emek kaybına neden olmakta hem de yargıya duyulan güveni sarsmakta idi. Usule ilişkin hususlar şekli mahiyette olduklarından işin esasına girmeden, daha ön inceleme aşamasında ve hatta ön inceleme duruşmasından önce dahi dosya üzerinde incelenip karara bağlanabilmesi mümkündür. Bu gerekçelerden hareket eden kanun koyucu, şekli mahiyette olan dava şartları ve ilk itirazların daha işin başında ve hatta mümkünse ön inceleme duruşmasından önce incelenmesini, en geç ise tahkikat başlamadan, ön inceleme duruşması sonunda karara bağlanmasını amaçlamıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, dava şartları ve ilk itirazların incelenmesinin dosya üzerinden olması prensibini kabul etmiştir (md. 138). Fakat, gerekli gördüğü hallerde hâkime ön inceleme duruşmasında tarafları dinleyerek karar verebilme yetkisini de vermiştir (md. 138, 140/1). Bu düzenlemeye göre hâkim, dava şartlarını ve ilk itirazları, önce dava dosyası üzerinde inceleyecek, bu noktada bir karar veremiyorsa ön inceleme duruşmasında tarafları dinleyecek ve en geç ön inceleme duruşması sonunda kararını verecektir. Bu noktada şu hususa da işaret etmek gerekir ki, özellikle hâkimin ön inceleme duruşmasının sonuna kadar dava şartlarını inceleyerek bir karar vermek zorunda olması; yargılamanın daha sonraki aşamalarında dava şartı yokluğundan davanın reddi yönünde karar verilemeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Zira, dava şartları kamu düzenine ilişkindir ve davanın her aşamasında hem taraflarca ileri sürülebilir hem de hâkim tarafından res' en dikkate alınır (md. 115/1). Burada, Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 138 ile öngörülen husus, hâkimin dava dosyasını mutlaka bir de dava şartları ve ilk itirazlar açısından incelemesi, mümkünse sorunun bu aşamada çözülmesidir.

c. Uyuşmazlık Konusunun Tespiti

Yukarı paragraflarda işaret ettiğimiz üzere, bugün yargılama faaliyetlerinin adil yargılanma hakkını ihlal edecek kadar uzun sürmesinin temel nedenlerinden birisi de, hâkimlerin dosyayı gereği gibi okuyamıyor olmasıdır. Dosyanın gereği gibi okunamamasının bir sonucu olarak hâkim, dosyaya vakıf olamamakta; bu yüzden uyuşmazlığın içeriği tam olarak belirlenememekte ve buna bağlı olarak yargılamanın gidişatına ilişkin bir yol haritası oluşturulamamaktadır. Bu noktada yargılamanın amacına uygun olarak yapılması ve sonuçlandırılması, ön inceleme aşamasının başarısına; ön incelemenin başarısı ise, dosyanın en iyi şekilde tekemmül etmesine ve hâkimin dosyaya vakıf olmasına bağlıdır.

Hâkim ön inceleme duruşmasında, gerekiyorsa usule ilişkin hususlarda tarafları dinledikten sonra, onları esasa ilişkin konular hakkında da

dinleyecektir (md. 140). Bu dinleme esnasında taraflar ileri sürdükleri vakıaları da somutlaştıracaklar (md. 194) ve böylece tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları noktalar ortaya çıkacaktır (md. 140/1). Zira, tarafların ileri sürdükleri vakaları somutlaştırmaları, anlaştıkları ve anlaşamadıkları noktaların tespit edilmiş olması hem ön inceleme aşamasının en önemli işlevlerinden birisini yerine getirecek olan sulhe teşvik ve hem de yargılamanın ilerleyen aşamaları bakımından son derece önemlidir.

Taraflar ön inceleme duruşması sırasında dinlenilirken Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 29'da ifade edilen dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü altındadır. Bu hükme göre, taraflar, davanın dayanağı olan vakılara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir şekilde açıklamakla yükümlüdür (md. 29/2). Bu yükümlülüğün ana noktaları vakılar ve delillerdir. Yargılamada taraflar bir mücadele içerisinde olsalar da bu mücadelede her şeyin geçerli sayılacağı kabul edilemez. Bu noktada taraflar, kendi menfaatlerine olan hususları ileri sürüp sürmemekte serbesttir. Aleyhine olan hususları da ileri sürmek zorunda değildir. Ancak, gerek kendi lehlerine gerekse karşı taraf aleyhine ileri sürdükleri hususlar bakımından mahkemeyi yanıltmamaları gerekir. Aksi halde, bu beyanlar mahkeme tarafından dikkate alınıp değerlendirilmezler. Bu aşamada hem dosyanın tam olarak tekemmülü hem uyumsuzluğun tam olarak tespiti ve hem de sulhe teşvikin başarısı bakımından, tarafların özellikle dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğüne uygun hareket etmiş olmaları son derece önemlidir. Mahkeme de bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini kendiliğinden dikkate almalıdır.

d. Delillere İlişkin İşlemler

Ön inceleme aşamasında mahkeme, tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar (md. 137/1); ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamaları yapmaları için iki haftalık kesin bir süre verilir. Bu hususların verilen süre içerisinde tam olarak yerine getirilmemesi halinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılır (md. 140/5). Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, ön inceleme aşamasında prensip itibari ile delillerin incelenmesi söz konusu değildir. Bu aşamada delillerin toplanması ve bu suretle dosyanın tekemmül etmesi önemlidir. Ancak bu, ön inceleme aşamasında delillerin hiç incelenmeyeceği anlamına gelmez. Özellikle ilk itiraz veya dava şartlarının eksik olduğu yönündeki itirazları destekleyecek delillerle, hak düşürücü süreler (veya hak düşürücü sürelerin korunduğunu) ile zamanaşımına ilişkin sürelerin geçtiğini (veya zamanaşımın

durduğu ya da kesildiğın) ispata yarayan deliller bu aşamada mahkeme tarafından incelenmelidir. Ayrıca, bu aşamada hâkime verilen görevlerin en önemlilerinden birisi sulhe teşvik (ve elbette sulhün gerçekleşmesi için çaba sarfetme de) olduğundan, bu yolun açılması ve beklentilerin gerçekleşmesi için hâkim özellikle yazılı delilleri (mahkeme kararı, senet gibi) inceleyebilmelidir.

Diğer taraftan hâkim ön inceleme duruşmasında, gerek tarafların dilekçelerinden gerekse tarafların duruşma sırasındaki beyanlarından, tarafların (veya varsa vekillerinin) vakıaları somutlaştırıp somutlaştırmadıklarını ve hangi vakıa için hangi delili ileri sürdüklerini de tespit etmelidir. Bu bağlamda, taraflar dilekçelerinde ve en son ön inceleme safhasında ileri sürdükleri vakıaları somutlaştırması ve her bir vakıa için hangi delilleri gösterdiklerini açıkça belirtmeleri gerekir. Artık uygulamada olduğu haliyle, dilekçelerin deliller kısmında, vesaire kanunu deliller denilip geçilemeyecektir. Nitekim bu husus, 6100 sayılı Kanun'da şu şekilde ifade edilmiştir: Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur (md. 194/2).

Taraflar ön inceleme aşamasında ellerindeki delilleri mahkemeye sunmuş olmalıdır. Zira Kanun'un 121. maddesinde dava dilekçesinde gösterilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek, mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yer alması gerektiği, açıkça vurgulanmıştır. Aynı husus cevap dilekçesi (md. 129/2) ve tarafların ikinci dilekçeleri için de geçerlidir (md. 136/2). Şu halde taraflar ön inceleme aşamasına gelmeden daha dilekçeler aşamasında dilekçelerinde belirttikleri ve ellerinde bulunan belgelerin asıllarını veya örneklerini mahkemeye sunmuş olmalıdırlar. Ellerinde olmadığı için teslim edemedikleri belgelerle, diğer delilleri ise ön inceleme aşamasında mahkemeye sunmalıdırlar (md. 137/1). Tarafların elinde olmayıp başka yerden mahkeme vasıtasıyla getirtilecek belgeler hakkında ise duruşmada açıklamada bulunmalıdır. Ayrıca gerekirse bu açıklamaları yapabilmeleri için taraflara iki haftalık kesin süre verilebilecektir (md. 140/5) Taraflar bu sürede de gerekli açıklamaları yapmaz veya delilleri sunmazlarsa o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılırlar (md. 140/5).

Taraflar, ön inceleme aşaması geçtikten sonra kural olarak yeni delil sunmazlar. Ancak, bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir (md. 145).

e. Sulhe Teşvik

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ön inceleme aşamasında üzerinde en önemle durulan konuların başında, hâkimin tarafları sulhe teşvik etmesi gelmektedir. Bu bağlamda olmak üzere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu bakımından ön inceleme aşaması ne kadar önemli ise, ön inceleme aşamasında da sulhe teşvik o kadar önemlidir. Ön inceleme aşamasında büyük ölçüde delillerin toplanacağını ve uyuşmazlığın tespit edileceğini varsayan kanun koyucunun, resmin tamamını gören tarafların hâkimin de teşvikiyle sulh konusunda daha istekli davranabilecekleri düşüncesinde olduğu söylenebilir.

Sulh konusunda, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 213/I maddesinde işaret edilen, “*sonuç vereceği umulan hallerde hâkimin tarafları sulhe teşvik edebileceğine*” ilişkin hükümden başka bir düzenleme yoktur. Buna karşın, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bir çok maddesinde sulhe ilişkin hükümler sevk edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 137. maddesinde, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda hâkimin tarafları sulhe teşvik edeceği ve bu bususun tutanağa geçirileceği düzenlendikten sonra; 139. maddesinde çıkarılan davetiyede, taraflara sulh için gerekli hazırlıkları yapmalarının ihtar edileceği; 140. maddenin ikinci fıkrasında, uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkimin tarafları sulhe teşvik edeceği; bu konuda bir sonuç alınacağı kanaatine varması halinde gerekirse taraflara bir defaya mahsus süre verebileceği; aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğunun tutanağa yazılacağı ve tutanağın altına hazır bulunan taraflarca imzalanacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, tarafları sulhe özendirmek bakımından, sulh müzakereleri sırasında yapılan ikrarların tarafları bağlamayacağı yönün de bir hüküm de sevk edilmiştir (md. 188/3).

İşaret ettiğimiz bu düzenlemeler çerçevesinde, ön inceleme aşamasında hâkim usule ilişkin talep ve itirazları inceledikten sonra, uyuşmazlığı tespit edecek ve uyuşmazlığın tespitinden sonra, tarafları sulhe teşvik edecektir. Hâkimin bu aşamada tarafları sulhe teşviki, onun takdir yetkisinde olan bir husus olmayıp, ona yüklenmiş bir görevdir. Bu nedenle sulhe teşvik zorunludur. Ancak, sulhe teşvike ilişkin bu düzenleme, usulen yerine getirilmesi gereken bir hüküm olmayıp, hâkimin tarafsızlığına gölge düşürmeden, isteyerek ve inanarak, yapıcı bir şekilde aktif çaba göstermesini ve gerektiğinde insiyatif de almasını gerektiren bir içeriği ifade etmektedir. Hâkimin, gerektiğinde taraflara, içten, babacan ve birazda özendirici bir şekilde yaklaşması halinde sulhün daha kolay gerçekleşmesi mümkündür. Bu noktada, kanun sulhe teşvik

ifadesini kullandığına göre, “teşvik” ibaresinin içinde hâkime bu yetkilerin de verildiğini kabul etmek gerekir. Ayrıca, Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 140’ın ikinci fıkrasında ön görülen, hâkimin sulh konusunda sonuç alınacağı kanaatine varması halinde, bir defaya mahsus yeni bir duruşma günü tayin edebileceğine ilişkin düzenleme de, bu görüşü destekler mahiyettedir. Ancak, bu noktada şu hususun altı bir kez daha önemle çizilmelidir ki, yargılama sulhe teşvikten ibaret değildir. Taraflar sulh olamazlarsa, uyuşmazlık ve dolayısıyla yargılama devam edecektir. Bu nedenle hâkim, sulh konusundaki yetkilerini kullanırken, tarafsızlığına gölge düşürecek davranışlardan özenle kaçınmalıdır.

Sulhe teşvike ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, dava konusu üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edebilmeleri gerekir. Tarafların üzerinde tasarruf yetkisi olmayan, derneklerin feshi, evlenmenin iptali, babalık davası, kısıtlama taleplerinin incelenmesi gibi hallerde sulhe teşvike ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olmaz. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları davalar üzerinde, sulhe teşvike ilişkin hükümlerin uygulanamayacağına başka bir göstergesi de, davaya son veren taraf işlemlerinden olan sulhe ilişkin Kanun’un 313/2. maddesi hükmüdür. Ancak, kanımızca davaya son veren taraf işlemleri arasında düzenlenmiş olan sulhün kapsamı, ön inceleme aşamasında öngörülen sulhe teşvik’in kapsamından daha geniştir. Şöyle ki, özellikle hâkimin tarafları sulhe teşviki, sadece toplanan dava malzemelerinden hareketle, dava konusu uyuşmazlık üzerinde olabilir. Hâkim dava dışı bırakılan hususları bilemeyeceğinden, bu hususlar açısından sulhe teşvik söz konusu olmaz. Ayrıca, ön inceleme aşaması geçtikten sonra hâkimin tarafları sulhe teşvik etmek gibi bir görevi de yoktur. Bu noktada, sulhe teşvikin ön inceleme aşamasına özgü olarak sulhün özel bir türü olduğu söylenebilir.

Hem sulh hem de sulhe teşvik tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği davalara özgülenmiş olmakla beraber; bu prensip sulhe teşvik bakımından daha katı uygulanma imkânına sahipken, sulh açısından aynı derece katı uygulanması söz konusu olmayabilir. Mesela, babalık davaları bakımından hâkimin tarafları sulhe teşvik etmesi söz konusu olamazken, bu dava üzerinde taraflar sulh olabilmelidir. Şöyle ki, babalık davası devam ederken, baba olduğu iddia edilen kişinin nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı olarak başvurarak çocuğun tanınması şartıyla tarafların sulh olabilmesinin bir mani olmaması gerekir. Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 313/3 ve 4’te sulhün dava dışı kalan hususları da kapsayabileceği ve şarta bağlanabileceği açıkça düzenlenmiştir.

Davanın tarafları ön inceleme duruşması veya kendilerine bir defaya mahsus olmak üzere tayin edilen yeni duruşmada, sulh olmuşlarsa sulhün içeriği ve

sulh şarta bağlanmışsa sulhün şartları hâkim tarafından tutanağa geçirilmeli ve tutanağın altı duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanmalıdır (md. 140/3). Sulhün içeriğine göre taraflar arasındaki uyumsuzluk ya kısmen ya da tamamen sona erer. Uyumsuzluk kısmen sona ererse dava kısmen, tamamen sona ererse de tamamen sona erer. Sulh üzerine mahkeme tarafların iradesi çerçevesinde, ya sulh sözleşmesine göre bir kara verir ya da karar verilmesine yer olmadığına karar verir (md. 315/1). Bu noktada, hâkimin sulhü tutanağa geçirdikten sonra, sulhe ilişkin bir karar vermeden önce, hukukî dinlenme hakkının bir gereği olarak, sulhün sonuçları konusunda taraflara bilgi vermesi, bu hususu tutanağa geçirip altını duruşmaya gelen taraflara imzalatması gerekir. Ayrıca, her iki ihtimalde de verilen kararlar maddî anlamda kesin hükümle aynı hukuksal sonuçları doğuracağından, bir daha bu konuda dava açılmaz (md. 315/1). Fakat, sulhün oluşumunda bir irade bozukluğu veya aşırı yararlanma söz konusu ise, sulhün bu hükümlere göre iptali mümkündür (md. 315/2). Zira, sulh (mahkeme içi sulh) tarafların aralarındaki uyumsuzluğu kısmen veya tamamen sona erdirmek için mahkeme huzurunda yaptıkları bir sözleşmedir (md. 313/1).

Sulhe teşvik neticesinde, taraflar tamamen sulh olmamış olsalar dahi, kısmî olarak uyuştukları ve uyuşmadıkları noktalar da tutanağa geçirilip altı duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanmalıdır (md. 140/3). Bu imza ile birlikte, tutanak taraflar için de bağlayıcı hale gelir.

f. Tutanak Düzenlenmesi

Tutanağa ilişkin hükümler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 154. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 154/1 hükmüne göre, hâkim, tahkikat ve yargılama işlemlerinin icrasıyla, iki tarafın ve diğer ilgililerin sözlü açıklamalarını, gerekirse özet olarak zabıt katibi aracılığıyla tutanağa kaydettirecektir. Bu hükmün lafzından hareket edildiğinde, tutanağın, tahkikat ve yargılama aşamalarına özgü olarak tutulacağı yönünde bir izlenim uyandırmaktadır.

Diğer taraftan ön inceleme duruşmasını düzenleyen md. 140/3, “*ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh faaliyetlerinden bir sonuç alıp alamadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlayamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın altı, duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat, bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür*”, hükmünü getirmiştir. Bu hüküm ön inceleme duruşmasında sulhe teşviki düzenleyen, md. 140/2'den hemen sonra yer almaktadır. Bu nedenle, sanki tutanağın ön inceleme duruşması sırasında, sulhe teşvik ve buna bağlı olarak ortaya çıkabilecek sonuçlara ilişkin olarak düzenlenebileceği izlenimini

uyandırmaktadır. Ayrıca, tutanağın ispat gücünü düzenleyen madde 156/1 ise, ön inceleme, tahkikat ve yargılama işlemleri, ancak tutanakla ispatlanabilir, hükmünü getirmektedir.

İşaret ettiğimiz bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, ön inceleme duruşmasında, sulhe teşvik de dahil olmak üzere, duruşma sırasında yapılan bütün işlemlerin tutanağa geçirilmesi gerektiği; tutanağın içeriği bakımından ise, md. 154 hükmünün niteliğine aykırı düşmedikçe, burada düzenlenen tutanak bakımından da uygulanması gerektiği sonucuna varmak mümkündür. Bu bağlamda, madde 140/3'te tutanağa ilişkin ayrıca düzenleme yapılmış olması, hem sulhe teşvike verilen önemi hem de sulhe teşvikin sonucuna bağlı olarak düzenlenecek tutanağın yargılamanın bundan sonraki aşamaları bakımından oynayacağı rolün önemini vurgulamak içindir.

Ön inceleme duruşması sırasında düzenlenen tutanak, yargılamanın bundan sonraki safahatı bakımından son derece önemlidir. Bu aşamada taraflar sulh olmuşlarsa zaten dava sona erer ve bu tutanak bir “*sulh belgesi*” mahiyetinde olur. Daha sonra, taraflarca aynı konu ve sebebe dayanarak yeni bir dava açılırsa, sulhün maddî anlamda kesin hüküm etkisi bu tutanağa göre belirlenir. Taraflar kısmen veya tamamen sulh olamamışlarsa, burada tutulan tutanak bir “*uzlaşmazlık belgesi*” mahiyetine bürünür. Bu belgenin altı taraflarca imzalanacağına göre, bu tutanakla birlikte tarafların uyuştukları ve uyuşmadıkları noktalar resmî bir ispat vasıtası ile tespit edilmiş olur. Bu aşamadan sonra, tahkikat bu tutanağa göre sürdürülür. Bu nedenle, tutanakta olmayan hususların incelenmesi tahkikat ve yargılamanın kapsamı dışında kalır.

2. Süreler Hakkında Karar Verilmesi

Ön inceleme aşamasının son safhasında hâkim hak düşürücü süreler ile zamanaşımı iddiaları hakkında da bir karar verir. Aslında hak düşürücü süreler ve zamanaşımına ilişkin incelemeler için esasî ile ilgili olmakla beraber, uygulamada dosyanın esasa ilişkin olarak farklı incelemelere tabi tutulduktan ve uzunca bir süre geçtikten sonra zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin geçmiş olması dolayısıyla davanın reddedildiği görülmektedir. Bu ise hem gereksiz olarak emek kaybına hem de zaman kaybına neden olmaktadır.

Ön inceleme aşamasında dosya büyük ölçüde tekemmül ettiğine ve hâkim de dosyaya vakıf olup uyuşmazlığı tam olarak tespit ettiğine göre, bu aşamada davanın zamanaşımı ve hak düşürücü süreler yönünden incelenmesine bir mani yoktur. Bir önceki paragrafta işaret ettiğimiz, uygulamada ortaya çıkan sorunları çözmek için kanun koyucu, ön inceleme duruşmasından sonra

ve fakat tahkikattan hemen önce, hak düşürücü sürelerle ilişkin itirazlarla zamanaşımı sürelerine ilişkin def'ilerin hâkim tarafından incelenerek karara bağlanması prensibini kabul etmiştir. Kanun koyucu bu hükümlerle, davanın esasına ilişkin olan hak düşürücü sürelerle ilişkin itirazlarla zamanaşımı def'inin incelenmesini, usule ilişkin değerlendirmelerden sonra, ilk sıraya almıştır.

E. Ön İncelemenin Tamamlanması

Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından ve gerekli kararların alınmasından sonra, hâkim tahkikat aşamasına geçer ve tahkikat için duruşma günü belirlir (md. 137/2). Bu bağlamda, hâkim dava şartlarının eksik olduğu veya ilk itiraz nedenlerinden birinin eksik olduğu yönünde ileri sürülen iddiaları yerinde bulursa, usule ilişkin nedenlerden dolayı; hak düşürücü sürelerin veya zamanaşımı sürelerinin geçtiği yönünde bir tespitte bulunursa esasa yönelik nedenlerden dolayı davayı reddeder. Davaların birleştirilmesi veya ayrılması yönünde bir talep varsa, mahkeme ayrılma veya birleşmenin şartlarını inceleyip davaların ayrılmasına ya da birleşmesine karar verebilir. Bu aşamada mahkeme, davanın ayrı yargı çevresi içerisindeki bir mahkemede birleştirilmesine karar vermişse, dava açılmamış sayılır. Benzer şekilde, süresi geçtikten sonra (md. 133/2) veya şartları olmaksızın karşılık dava açılmışsa (md. 132/2), mahkeme bu aşamada karşılık davanın ayrılmasına karar verir. Şayet, ayrılma kararı verilen karşılık dava kendi görev alanına girmiyorsa, görevsizlik dolayısıyla dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesine karar vermelidir (md. 132/2).

Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra, iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez (md. 141/1). Ön inceleme aşamasının tamamlanması anından itibaren, taraflar iddia veya savunmalarını genişletip değiştiremezler. Bu aşamadan itibaren, taraflardan birisi duruşmaya mazeretsiz olarak gelemese dahi, diğer taraf onun muvafakati olmaksızın iddiasını veya savunmasını genişletip değiştiremez. Bu aşamadan itibaren, iddiasını veya savunmasını değiştirmek yahut genişletmek isteyen taraf, bunu, ıslah ya da diğer tarafın açık muvafakati ile yapabilir.

Tahkikat aşamasına geçildiği andan itibaren, hâkim her iki tarafın iddiasını ve savunmasını birlikte inceleyip, işin esasına girerek çekişmeli vakıalar bakımından gösterilen delilleri incelemeye başlar.

III. OTURUM

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN TARİHÇESİ VE GENEL HÜKÜMLERİ

Av. Jülide SOYBAŞ¹

Türk Hukuk Devrimi'nin temel taşlarının en byg olan ve Türk Medeni Kanunu'nun beşinci kitabı olarak bilinen 818 sayılı Borçlar Kanunu, 1926 yılında kabul edilmiş ve yrrlğe girmiştir. Aradan geçen süreçte, günün gelişen şartlarına gereği gibi cevap vermemesi nedeniyle ve değişen Medeni Kanun'la uyum sağlaması amacıyla yenilenmesi gerekmiştir. Akademisyen ve uygulayıcılardan oluşan bir komisyon tarafından yaklaşık sekiz yıllık bir çalışmanın ürünü olarak hazırlanan Tasarı, hazırlama sürecinin aksine bir gecede yasalaşarak kabul edilmiştir. 6098 sayılı bu Kanun, 04.02.2011 tarihli resmi gazetede yayımlanmış ve yürürlük tarihi 01.07.2012 olarak belirlenmiştir.

Öncelikle ilk büyük değişiklik Kanun'un adıyla ilgilidir. Başına “*Türk*” ibaresi eklenerek “*Türk Borçlar Kanunu*” adını almıştır. Yürürlükteki Kanun'a oranla daha fazla, toplam 649 maddeden oluşmuştur. Bunun sebebi bir çok yeni maddenin Kanun'a eklenmesi, yrrlğe girmesi ile birlikte 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun'un mülga olması, kira ile ilgili hükümlerin artık bu Kanun'da düzenlemesi olarak düşünülebilir.

Diğer önemli değişiklik, dilinin sadeliği ve herkes tarafından anlaşılır biçimde yazılmasıdır. Ancak tam olarak karşılığı bulunamayan ve biz hukukçuların da çok alıştığı, “*feragat, tasarruf, muacceliyet, muvazaa, müteselsil,*

1 Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü yesi

rücu” gibi sözcüklerin aynen korunduğu görülmektedir. Kanun, yürürlükteki Kanun’da olduğu gibi “*Genel Hükümler*” ve “*Özel Borç İlişkileri*” olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Kısımlar bölümlere, bölümler ayrımlara ayrılmıştır. Ben kısaca “*Genel Hükümler*” kısmındaki önemli değişikliklerden bahsedeceğim.

1- Kanun’un 7. Maddesi yeni bir maddedir ve sözleşmenin kurulması ana başlığı altında “*ısmarlanmayan bir şeyin gönderilmesi*” nin sonuçları açıklanmaktadır. Maddede, ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesinin öneri sayılmayacağı, alan kişinin, onu geri göndermek veya saklamakla yükümlü olmadığı ifade edilmektedir.

2- Kanun’un 14. ve 15. maddesinde sözleşmelerin yasal şekli ve imza hususları düzenlenmiş, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks ve benzeri iletişim araçlarıyla, Elektronik İmza Kanunu ile uyumlu olarak güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanan metinlerinde yazılı şekil yerine geçeceği kabul edilmiştir.

3- Kanun’un 20. ve 25. maddeleri arasında, çok önemli yeniliklerden biri olan “*Genel İşlem Koşulları*” ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Genel işlem koşulları, bireysel sözleşme kurulmadan önce, tek taraflı olarak hazırlanmış, müzakere edilmeyen maddelerden oluşan formüler sözleşmeler bakımından uygulanacaktır. Böyle bir sözleşmenin tabi olduğu geçerlilik koşulları, bunlara aykırılığın yaptırımları, yorumlanması gibi konular bu maddede düzenlenmiştir.

4- Kanun’un 49. ve 76. maddeleri arasında haksız fiillerden doğan borç ilişkileri düzenlenmiştir.

* Kanun’da ölüm ve ağır bedensel zararlarda ölenin ve diğer zarar görenin yakınlarının manevi tazminat isteyebileceği düzenlenmiştir. Yani tazminat isteyeceklerin kapsamı aileden daha geniş olarak düşünülmüş ve ölüm dışında ağır bedensel zararlarda da tazminat öngörülmüştür.

* Aynı başlık altında sorumluluk sebeplerinin çokluğu halinde, yani bir kişinin sorumluluğunun birden çok hukuki sebebe dayanması durumunda, aksine bir hüküm yoksa, zarar görenin de talebi göz önüne alınarak en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebinden faydalanma imkanı getirilmiştir.

*Kanun’un 61 ve 62. maddelerinde müteselsil sorumluluk halleri düzenlenmiştir. Yürürlükteki kanundaki tam teselsül ve eksik teselsül şeklindeki ikili ayrıma son verilmiş ve bir bütün olarak düzenlenmiştir.

* Kanun'un 71. maddesi de yeni bir madde olup, “*Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme*” başlığını taşımaktadır. Burada önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin zarar verici faaliyetleri karşısında kimlerin sorumlu olacağı ve tazmine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

* Haksız fiildeki sorumlulukla ilgili olarak zamanaşımı süresi 72. maddede düzenlenmiştir. Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. Buradaki yeniliği ilk zamanaşımı süresinin bir yıldan iki yıla çıkarılması olarak görüyoruz.

* Kanun'un 74. maddesi, Borçlar Kanunu ve Ceza Kanunu arasındaki ilişkidir. Yürürlükteki Kanun'da olduğu gibi, hakim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Yine aynı şekilde, ceza hakiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hakimini bağlamaz.

* Burada farklı bir düzenleme tazminat hükmünün değiştirilmesine ilişkin olan 75. maddedir. Buna göre, bedensel zararın kapsamı karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hakim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir. Sürenin kararın kesinleşmesinden itibaren başlayacağı açıkça ifade edilerek kaçırılma tehlikesi önlenmiştir.

* Kanun'un 76. maddesi yeni bir maddedir ve “*Geçici Ödemeler*” başlığı altında düzenlenmiştir. Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hakim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir. Madde gerekçesinde, zarar görenin hiçbir sosyal güvencesinin bulunmaması, meydana gelen zarar sebebiyle acil bir parasal desteğe ihtiyaç duyması ve iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtların bir arada bulunmasının şart olduğu açıklanmıştır. Ödenecek geçici ödemenin ileride hükmedilecek tazminata mahsup edileceği, tazminata hükmedilmezse hâkimin, bu ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verebileceği ifade edilmiştir.

5- Kanun'un 88. maddesi yasal faize ilişkindir. Faiz ödeme borcunda uygulanacak yıllık faiz oranının sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirleneceği

kaleme alınarak, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'a atıf yapılmıştır. Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında sözleşmede kararlaştırılacak yıllık faizi oranının birinci fıkraya uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamayacağı şeklindeki emredici hükümlerle olağanüstü faiz oranları karşısında borçluların korunması amaçlanmıştır.

6- Kanununun 120. ve 121. maddesinde temerrüt faizi düzenlenmiştir.

* 120. maddede, uygulanacak yıllık temerrüt faizi oranının, sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirleneceği, sözleşme ile kararlaştırılacak yıllık temerrüt faizi oranının ise, birinci fıkraya uyarınca belirlenen yıllık faiz oranının yüzde yüz fazlasını aşamayacağı belirtilmiştir. Son fıkrada da sözleşmede akdi faiz oranı kararlaştırılmakla birlikte, temerrüt faizi oranı kararlaştırılmamışsa ve yıllık akdi faiz oranı da birinci fıkrada belirtilen faiz oranından fazla ise, temerrüt faizi oranı hakkında akdi faiz oranının geçerli olacağı düzenlenmiştir.

* 121. maddede, faiz veya irat borcunu ya da bağışladığı bir miktar parayı ödemekte temerrüde düşen borçlunun, icra takibine girildiği veya dava açıldığı günden başlayarak, temerrüt faizi ödemekle yükümlü olduğu, aykırı anlaşmaların ceza koşulu hükümlerine tabi olduğu ve temerrüt faizine, ayrıca temerrüt faizi yürütülemeyeceği hususları düzenlenmiştir.

7- Kanun'un 132. maddesinde borç ilişkisini sona erdiren sebeplerden olan ancak yürürlükteki Kanun'da yer almayan ibra sözleşmesinin ayrı maddede düzenlendiğini görüyoruz. Maddede ibra sözleşmesinin herhangi bir şekle tabi olmadığı da belirtilmiştir.

8- Kanun'un 137. maddesinde eski kanundan farklı olarak borcu sona erdiren sebepler arasına yeni bir düzenleme olan **"ifanın kısmen imkansızlaşması"** eklenmiştir. Maddede böyle bir halde hukuki sonuçların neler olacağı açıklanmıştır.

9- Kanun'un 138. maddesinde borcu sona erdiren sebepler arasında yeni bir düzenleme olarak **"aşırı ifa güçlüğü"** de sayılmıştır. Bu düzenlemeye göre; sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkması, bunun borçludan kaynaklanmayan bir sebepten olması, bu durumun sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmesi ve borçlunun da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olması şeklinde dört koşulun bir arada bulunması kaydıyla, borçlu, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını

isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Bu madde hükmünün yabancı para borçlarında da uygulanacağı da açıklanmıştır.

10- “*Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri*” başlığını taşıyan beşinci bölümde yer alan “*Borcun Üstlenilmesi*” kısmında “*Borca katılma*” adıyla yeni bir düzenleme yapılmıştır. Bilindiği üzere, borç ilişkilerinde sadece alacaklı ve borçlu taraf değişmemekte, bunlar yanında mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, üçüncü bir kişinin katılması şeklinde de ortaya çıkmaktadır. Bu sözleşmeyle, eski borçlu borcundan kurtulmamakta, borca katılan ile borçlu, alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olmaktadırlar.

11- Kanun'un Beşinci Bölümü'nde yer alan ve Üçüncü Ayırım olarak düzenlenen “*Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma*” başlıklı 205. ve 206. maddeleri de 6098 sayılı Kanun'da düzenlenen yeni maddelerdir.

* 205. maddede düzenlenen “*sözleşmenin devri*”, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır. Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır.

* 206. maddede düzenlenen “*sözleşmeye katılma*”, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır. Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar. Burada da sözleşmeye katılmanın geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlı kılınmıştır. Değişikliklere ilişkin anlatımına son verirken, herkes için faydalı bir oturum olmasını diliyorum.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN HAKSIZ FİİLE İLİŞKİN HÜKÜMLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR¹

Haksız fiile ilişkin hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun “*Genel Hükümler*” başlıklı Birinci Kısım'ının, “*Borç İlişkisinin Kaynakları*” başlıklı Birinci Bölüm'ünün İkinci Ayırım'ında düzenlenmiştir. İkinci Ayırım, “*Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri*” başlığını taşımakta ve Kanun'un 49-76. maddeleri arasında kapsamaktadır. Yukarıda geçen başlıklardan da kolaylıkla görülebileceği gibi, 6098 sayılı Kanun'un getirdiği önemli değişikliklerden biri, gerek başlıklarda gerekse madde metinlerinde “*Borç*” yerine “*Borç İlişkisi*” teriminin kullanılması olmuştur. Konuya ilişkin bir diğer terimsel yenilik ise, eleştirilere konu olan “*Haksız Muamele*” terimi yerine, doktrin ve yargı tarafından benimsenmiş “*Haksız Fiil*” teriminin kullanılmasıdır.

Aşağıda 6098 sayılı Kanun'un maddeleri itibarıyla, yapılan değişiklikler ve getirilen yenilikler üzerinde durulacaktır:

A. SORUMLULUK

I. Genel olarak

MADDE 49- Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

1 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

818 sayılı BK'nun 41. maddesinde geçen "*Haksız bir surette*" ifadesi yerine, "*hukuka aykırı bir fiille*" ifadesi kullanılmıştır. "*Gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik*" kısmı, "*Kusurlu*" terimi ile özetlendiği için madde kısalmıştır. Maddenin ikinci fıkrasının başına "*zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile*" ifadesi eklenmiştir. Gereğe göre eklenen bu kısım, kural açıklığa kavuşmuştur. Dilde sadeleşmeden feragat edilerek, 818 sayılı BK'nun 41/2. maddesinde geçen "*bilerek*" kelimesi, "*kasten*" ifadesine dönüştürülmüştür.

II. Zararın ve kusurun ispatı

MADDE 50- Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.

818 sayılı BK'nun 42. maddesinin kenar başlığında sadece "*Zararın Tayini*" yer alırken, 50. maddenin kenar başlığa "*Kusurun İspatı*" da eklenmiştir. Maddenin birinci fıkrası uyarınca zarar gören, zararın yanı sıra zarar verenin kusurunu da ispat yükü altındadır. 818 sayılı BK'nun 42. maddesinde kusurun ispatına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır.

III. Tazminat

1. Belirlenmesi

MADDE 51- Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür.

Maddenin birinci fıkrasında kullanılan ifade gereğince hakim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini belirlerken, durumun gereğinin yanı sıra "*özellikle*" kusurun ağırlığını dikkate alacaktır. Kusurun, tazminatın belirlenmesinde, özel bir önem taşıdığı hususu vurgulanmak istenmiştir.

2. İndirilmesi

MADDE 52- Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.

Maddenin ikinci fıkrasında yerinde bir tercihle “*Hafif Kusur*” kavramı kullanılmış, ancak tanımı yapılmamıştır. 818 sayılı BK’nun 44/2. maddesinde hafif kusur kavramı yerine zararın “*kasden veya ağır bir ihmâl veya tedbirsizlikle yapılmamış*” olmasından bahsedilmektedir. Yürürlükteki düzenlemede indirim sebebi olarak, tazminatın borçluyu müzayakaya maruz bırakmasından söz edilirken; maddenin ikinci fıkrasında tazminat yükümlüsünün “*yoksulluğa düşecek olması*” ifadesi kullanılmıştır.

IV. Özel durumlar

1. Ölüm ve bedensel zarar

a. Ölüm

MADDE 53- Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri.

2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.

Ölüm halinde uğranılan zararlar üç bent halinde sınırlı sayıda olmamak üzere sayılmıştır. 818 sayılı BK’nun 45/1. maddesinde kullanılan “*çalışmaya muktedir olamamak*” ifadesi, “*çalışma gücünün azalması ya da yitilmesi*” olarak açıkça düzenlenmiştir.

b. Bedensel zarar

MADDE 54- Bedensel zararlar özellikle şunlardır:

1. Tedavi giderleri.

2. Kazanç kaybı.

3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.

Türk Hukuku'nda yerleşik bir kullanımı olmayan “*Bedensel zarar*” kavramı, ilk kez yasal düzenlemeye girmiştir. Buna karşılık yasa koyucu, 56. maddede “*bedensel bütünlüğün zedelenmesi*” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Bedensel zarar türleri dört bent halinde tadadi şekilde sayılmıştır. Sayılanlar arasında 818 sayılı BK'nun 46/1. maddesinde yer almayan tek unsur olan, “*kazanç kaybı*” ifadesi belirsizlik taşımaktadır. Çünkü çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, zaten kazanç kayıplarını da içine alacak genişliktedir. Madde gerekçesinde de bu konuya ilişkin bir açıklama yapılmamıştır.

c. Belirlenmesi

MADDE 55- Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.

Tasarı'da da, 818 sayılı BK'da da yer almayan yeni bir hükümdür. Madde'nin birinci fıkrasında destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağı düzenlenmiştir. Madde bu cümle açısından bakıldığında, malumu ilandan öteye geçememektedir. Zira anılan zararlar doğal olarak bu Kanun hükümlerine göre hesaplanacaktır. Ayrıca yasa koyucunun neden “*Ölüm hâlinde uğranılan zararlar*” terimi yerine bu zararlardan sadece biri olan destekten yoksun kalmayı madde metninde kullandığı anlaşılamamaktadır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemelerin zarar veya tazminattan indirilemeyeceği belirtilmiştir. Sosyal güvenlik ödemelerinin -madde metninde bir açıklık olmamakla birlikte- muhtemelen işverenden rücu edilemeyen kısmından söz edilmektedir. Maddenin birinci fıkrasının son cümlesi hesaplanan tazminatın, hakkaniyet

düşüncesi ile artırılamayacağı veya azaltılamayacağını içermektedir. Düzenleme çağdaş sorumluluk anlayışı açısından eleştiriye açık olmasının yanında; Kanun'un diğer maddelerinde hakkaniyetin dikkate alınacağı hallerin açıkça düzenlendiği (35/2, 37/2, 47/2, 50/2, 52/2, 65 vb.) de göz önünde bulundurulduğunda yersizdir.

Maddenin birinci fıkrasıyla hiçbir ilgisi olmayan ikinci fıkrasında vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlar açısından idarenin sorumluluğuna başvurulmuş davalarda da bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak Kanun'un başka hiç bir yerinde geçmeyen ve doktrince de benimsenmiş olmayan “*vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi*” ifadesi anlaşılabilirlikten uzaktır. Yasa koyucunun bir önceki fıkrada kullandığı “*Bedensel zarar*” teriminden neden ayrıldığı ya da “*vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi*”nin bundan anlamca farklı olup olmadığı bilinmemektedir.

d. Manevi tazminat

MADDE 56- 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.

Maddenin birinci fıkrasında “*Bedensel bütünlüğün zedelenmesi*” ifadesi kullanılmıştır. “*Vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitilmesinden*” daha tercih edilir bir ifade olmakla birlikte, “*zedelenme*” de doktrinde çok yerleşik bir terim değildir. Bedensel bütünlüğün “*saldırıya uğraması*” ifadesi kullanılmış olsaydı, Medeni Kanun'un maddelerinde (121, 174. maddeler) kullanılan dil ile de uyumlu olurdu. Nitekim Kanun'un 58. maddesinde “*saldırı*” terimi kullanılmıştır. İkinci fıkrada yansıma yoluyla zarara “*ağır bedensel zarar*” dahil edilmiştir. Kapsamın genişletilmesi yerinde olmakla birlikte, kullanılan ifade doğru değildir. Zira ağır olan zarar değil, saldırıdır. 818 sayılı BK'nun 47. maddesinde kullanılan “*aile*” kelimesi yerine, “*yakınları*” ifadesinin kullanılması doğrudur.

2. Haksız rekabet

MADDE 57- Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda

bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir.

Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.

Yasa yapma tekniği açısından bu maddenin Kanun'un 56. ile 58. maddeleri arasında sokulmaması gerekirdi. Zira anılan maddelerden ikisi de manevi tazminata ilişkindir ve birbirlerinin ardı sıra düzenlenmeleri daha uygundur.

3. Kişilik hakkının zedelenmesi

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.

Maddenin kenar başlığında kullanılan "*Kişilik hakkının zedelenmesi*" ifadesi, hem bedensel bütünlüğe hem de maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklara yönelik saldırıları içine alacak kapsamda olduğundan uygun bir seçim değildir. Ayrıca Kanun'un 56. ve 58. maddelerinin ayrı ayrı düzenlenmelerine ilişkin bir açıklamanın bulunması güçtür. Zira 56. maddede maddi nitelikteki kişisel varlıklara (bedensel bütünlük) yönelik saldırılardan doğan; 58. maddede ise maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklara yönelik saldırılardan doğan manevi tazminat düzenlenmiştir. İki maddenin arasındaki hali hazırdaki farklılık, 58. maddede kişilik hakları zedelenen kişinin yakınları için yansıma yoluyla zararın kabul edilmemiş olmasıdır. Daha doğru yasama tercihi, bu tür manevi zarar açısından da yansımanın kabul edilmesidir. İki madde arasında eskiden bulunan ikinci farklılık kaldırılmıştır. Bu farklılık 818 sayılı BK'nun 49/2. maddesinde yer alan, hakimin tazminata hükmederken tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyo-ekonomik durumlarını da dikkate alacağına ilişkin hükümdü.

4. Ayırt etme gücünün geçici kaybı

MADDE 59- Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.

818 sayılı BK'nun 54/2. maddesinin yerine düzenlenmiş bir maddedir. 818 sayılı BK'nun 54/1. maddesinde düzenlenen hakkaniyet sorumluluğu,

ayrı bir maddede (65. madde) “*Kusursuz Sorumluluk*” başlığı altında hükme bağlanmıştır. Ayırt etme gücünün geçici kaybıyla, hakkaniyet sorumluluğunun iki ayrı maddede ve birbirlerine uzak (59. ve 65. maddeler) düzenlemeleri eleştirilebilir. Yasa koyucu bu maddede kusur ilkesini korumakla birlikte, ispat yükünü ters çevirmiştir. Buna karşılık 65. maddede hakkaniyet sorumluluğunu ilk kusursuz sorumluluk türü olarak ele almıştır.

V. Sorumluluk sebeplerinin çokluğu

1. Sebeplerin yarışması

MADDE 60- Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.

818 sayılı BK'da karşılığı olmayan, yeni bir hükümdür. Madde gerekçesinde öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak düzenlendiği belirtilmektedir. Bir kişinin sorumluluğunun birden çok hukuki sebebe dayandırılabilmesi durumunda, hakimin, kanunda aksine bir hüküm yoksa, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesi öngörülmektedir.

2. Müteselsil sorumluluk

a. Dış ilişkide

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

818 sayılı BK'nun 50. ve 51. maddelerinde düzenlenen tam ve eksik teselsül ayrımı kaldırılmış ve 50/2. maddede yer verilen yataklıkla ilgili kısım da madde metninden çıkarılmıştır. Ayrıca Tasarı'da sorumluluğun üst sınırını çizen ve müteselsil sorumluluk kavramıyla örtüşmeyen “*Müteselsil sorumluluk, bu kişilerden her biri için, tek başına sorumlu olsalardı yükümlü tutulacakları tazminat miktarıyla sınırlıdır.*” şeklindeki ikinci fıkra yasalaşmamıştır.

b. İç ilişkide

MADDE 62- Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.

Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.

İç ilişkide rücu için üç kriter düzenlenmiştir: bütün durum ve koşullar; kusurların ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu. Ancak bu üç kriterden “*kusurun ağırlığının*”, daha belirleyici olduğu, kullanılan “*özelliikle*” kelimesinden çıkarılmaktadır. Ayrıca ikinci fıkrada, kendi payına düşenden fazlasını ödeyen kişinin zarar görenin haklarına halef olacağı da düzenlenmiştir.

VI. Hukuka aykırılığı kaldıran hâller

1. Genel olarak

MADDE 63- Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.

Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.

Bu maddenin ilk fıkrası tümüyle ve ikinci fıkrasındaki bazı düzenlemeler (zarar görenin geçerli bir rızasının bulunması, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar) 818 sayılı BK'nun 52. maddesiyle karşılaştırıldığında yeni eklenmiştir. Söz konusu eklemeler Medeni Kanun'un 24/2. maddesiyle uyumlu düzenlemelerdir. Bunlara ek olarak haklı savunma, zorunluluk hali ve kişinin hakkını kendi gücüyle koruması da hukuka aykırılığı kaldıran hallerdir. Ancak 63. maddede kullanılan “*yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlayamayacak olması*” durumuyla, 64. maddede kullanılan “*kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak olmak*” arasında terimsel uyumsuzluk vardır. Yasa koyucunun iki ifade arasında anlamsal fark gözetmiş olmadığı varsayımı ile, iki madde arasında terim birliği sağlanması daha faydalı olacaktır.

2. Sorumluluk

MADDE 64- Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.

Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

Sistematik yapısı ile metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı BK'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.

B. Kusursuz sorumluluk

I. Hakkaniyet sorumluluğu

MADDE 65- Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.

“*Kusursuz sorumluluk*” kavramının yanı sıra “*Hakkaniyet*”, “*Özen*” ve “*Tehlike*” sorumlulukları terim olarak ilk kez Borçlar Kanunu'nda açıkça kullanılmıştır. Ancak bu terimlerin tanımlanması yolu tercih edilmemiştir. Tasarıda çok geniş ele alınan hakkaniyet sorumluluğu, yasalaşma sürecinde 818 sayılı BK'nun 54/1. maddesinin kapsamında bir değişikliğe yol açmayacak şekilde düzenlenmiştir.

II. Özen sorumluluğu

1. Adam çalıştıranın sorumluluğu

MADDE 66- Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.

Kurtuluş kanıtıyla ilgili olarak, 818 sayılı BK'nun 55/1. maddesinde kullanılan “*dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna engel olmayacağını*” ifadesi kaldırılmıştır. Gerekçede nedensellik bağının kesilmesiyle ilgili olduğu göz önünde bulundurularak metne alınmadığı belirtilmiştir.

Maddenin yeni bir düzenleme olan üçüncü fıkrasında ise, sahibi olduğu işletmede adam çalıştırmanın, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat edemezse, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Böylece, işletmesinde zararın doğmasını önlemeye elverişli bir çalışma düzeni kurduğunu ispat edemeyen adam çalıştıranların, 65. maddenin ikinci fıkrasından yararlanamayacakları kabul edilmiş olmaktadır. Gerekçede de üçüncü fıkradaki ispat sağlanmadıkça, ikinci fıkradaki kurtuluş kanıtının kullanılamayacağı belirtilmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında yerinde bir sınırlamayla, adam çalıştıran tarafından çalışana, onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu edebileceği düzenlenmiştir.

2. Hayvan bulunduranın sorumluluğu

a. Giderim yükümlülüğü

MADDE 67- Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.

Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır.

“*Hayvan tutucu*” ifadesi doktrinde yerleşik olmasına rağmen, yasa koyucu tarafından “*hayvan bulunduran*” terimi tercih olunmuştur. Maddede yapılan düzenlemeyle, “*bulundurma*” kavramı “*Hayvanın bakım ve yönetimi*” şeklinde bir açıklanmıştır. Kurtuluş kanıtının “*dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna engel olamayacağını*” şeklindeki ikinci kısmı madde metninden çıkarılmıştır.

b. Alıkoyma hakkı

MADDE 68- Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar alıkoymabilir; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir.

Bu durumda, taşınmazın zilyedi derhâl hayvan sahibine bilgi vermek ve sahibini biliyorsa, onun bulunması için gerekli girişimleri yapmak zorundadır.

Maddede kullanılan “*taşınmazı üzerinde*” ifadesi, sadece taşınmaza ilişkin zararları çağrıştırmayı bakımından sorunludur. Gerekçede de açıkça

belirtildiği üzere, maddede kullanılan “*taşınmazı üzerinde bir zarar*” ibaresinden anlaşılması gereken, “*hayvanın o taşınmaz üzerinde bulunan bitkiler, diğer hayvanlar, ürünler, geçici veya sabit yapı eserleri ve hatta insanlara verdiği*” zararlarıdır. Bu açıklama ışığında, “*taşınmazı üzerinde*” ifadesi yerine “*taşınmazına girerek*” ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı söylenebilir. Maddede, 818 sayılı BK'nun 57. maddesinde kullanılan “*hayvanı öldürebilir*” ifadesinden özenle kaçınılmıştır. Kapsamda bir değişiklik olmamakla birlikte “*Diğer yollarla etkisiz hale getirebilir*” ifadesi kullanılması yerinde bir tercihtir.

3. Yapı malikinin sorumluluğu

a. Giderim yükümlülüğü

MADDE 69- Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.

İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar.

Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır.

Maddenin kenar başlığında “*yapı maliki*” terimi kullanılmış olmakla birlikte, birinci fıkrasında (ve 70/1. maddede) “*yapı eserlerinin maliki*” denilmiştir. Madde metninde kullanılan “*eserleri*” kelimesi gereksizdir. Maddenin ikinci fıkrasında, sadece bakım eksikliği açısından, intifa ve oturma hakkı sahipleri de sorumluluk sujesi olarak kabul edilmiştir. Ancak bu kabul sonrasında maddenin içeriğiyle kenar başlığı arasında uyumsuzluk oluşmuştur.

b. Zarar tehlikesini önleme

MADDE 70- Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.

Kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku kuralları saklıdır.

Madde metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, 818 sayılı BK'nun 59. maddesinden farklılık taşıyan bir hüküm değişikliği yoktur.

III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme

MADDE 71- Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.

Dört fıkradan oluşan gerekli ama soyut düzenlenmiş bu maddede, kusursuz sorumluluk türlerinden biri olan tehlike sorumluluğunun genel ilkesi düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında belirtilen ilkeye göre, önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetlerini yürüten kişiler, bu faaliyetlerin gerektirdiği izni veya ruhsatı almış olsalar bile, tipik tehlike olgusunun doğurduğu zarardan sorumlu olmaktan kurtulamazlar. Maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, bir işletmenin, hangi durum ve koşullarda, “önemli ölçüde tehlike arzettiği” düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrasında ise, hukuk düzenince, önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetine izin verilmiş olsa bile, zarar görenlerin, bu işletmenin faaliyetinden doğan zararlarının, uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilecekleri kabul edilmiştir.

C. Zamanaşımı

I. Kural

MADDE 72- Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak,

tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.

Bu maddeyle, kısa zamanaşımı süresi bir yıldan iki yıla çıkarılmıştır. Uzun zamanaşımı süresi tasarının aksine (20 yıl), 10 yıl olarak korunmuştur. 818 sayılı BK'nun 60. maddesinde kullanılan “*zararı müstelzim fiil (zarar doğuran fiil)*” ifadesi, “*fiil*” olarak belirlenmiştir. Böylece haksız fiildeki zarar unsuru gerçekleşmedikçe, aradan kaç yıl geçerse geçsin, uzun zamanaşımı süresinin de işlemeyeceği yönündeki görüşün ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Kısa sürenin iki yıla uzatılmasıyla mevcut düzenleme Karayolları Trafik Kanunu'yla da uyumlu olmuştur. Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde kullanılan “*tazminat*” terimi, “*zarar*” olarak değiştirilmelidir.

II. Rücu isteminde

MADDE 73- Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar.

Rücu isteminde zamanaşımını düzenleyen yeni bir maddedir. Zamanaşımı süresi olarak 72. maddedeki iki ve 10 yıllık süreler benimsenmiştir. Ancak maddenin birinci ve ikinci fıkraları birbiriyle uyumsuzdur. Zira ilk fıkroda zamanaşımının işlemeye başlaması için iki şart öngörülmüştür. Bunlar zararın tamamının ödenmesi ve rücu edilecek kişilerin öğrenmesidir. Buna karşılık ikinci fıkroda zamanaşımı, birlikte sorumlu kişilerden birinin dava edilmesi üzerine, davalının bu durumu diğerlerine ihbar ettiği veya etmemişse dürüstlük kurallarına göre ihbar etmesi gereken tarihte başlar. Yani maddenin birinci ve ikinci fıkraları zamanaşımının işlemeye başlaması için farklı tarihleri esas almışlardır. Madde gerekli ve önemli bir düzenleme olmakla birlikte, açıklıktan uzaktır.

D. Yargılama

I. Ceza hukuku ile ilişkisinde

MADDE 74- Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.

Madde metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, 818 sayılı BK'nun 53. maddesinden farklılık taşıyan bir hüküm değişikliği yoktur.

II. Tazminat hükmünün değiştirilmesi

MADDE 75- Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.

818 sayılı BK'nun 46/2. maddesinin karşılığıdır. Ancak bedensel zararlarla birlikte düzenlenmesi daha isabetli olurdu. Ayrıca tazminat hükmünü değiştirme yetkisinin, bedensel zararla sınırlanması da mantıklı değildir. Zira karar verme anında bedensel zararın kapsamının tam olarak belirlenmemesine karşılık, manevi zararın belirlenebilir olması düşük bir olasılıktır.

III. Geçici ödemeler

MADDE 76- Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir.

Gereğe'ye göre bu yeni düzenlemeyle, herhangi bir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunan, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hakime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır. Maddenin birinci fıkrasında, zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunması ve ekonomik durumunun da gerektirmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, hakime, istem üzerine tazminat yükümlüsünün

zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Ancak madde gerekçesinde, fıkrada yapılan düzenlemeyle, geçici ödeme kararıyla kesin hüküm sonucunun, eda amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesinin amaçlanmadığı belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca zarar görene yapılan geçici ödemelerin nihai kararda hükmedilmiş olan tazminata mahsup edileceği; zarar görenin açtığı davanın reddine karar verilmesi durumunda ise hakim tarafından, aynı davada, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine hükmedileceği öngörülmektedir.

HAKSIZ FİİL VE TAZMİNAT HUKUKU

Nedim AKKURT¹

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 41. ve izleyen maddelerinde yer alan haksız eylemler nedeniyle uğranılan zararların ödetilmesi amacıyla açılan davalarda verilen kararların temyiz incelmesini de yapan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, Yasa'nın 'Sözleşmeler' arasındaki 18 ve 6098 sayılı Türk Borçlar Yasası'nın 19. maddesinde yer alan danışıklılık (muvazaa) nedeniyle açılan tasarrufun iptali davalarının temyiz incelmesini de yapmaktadır. 6098 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde belirtilen sözleşmenin tarafı olmayan kişinin, danışıklı işlemin kendisi yönünden geçersizliği ileri sürerek, alacağı oranında işlemin iptalini isteyebileceği kabul edilmektedir. 6098 sayılı Yasa'nın 19. maddesi ile 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 18. maddesinde değişiklik yapılmadığından uygulamada değişiklik olmayacaktır.

Haksız eylemlerden doğan zararların düzenlediği yürürlükteki Yasa'nın 41. maddesi yerine getirilen 6098 sayılı Yasa'nın 49. maddesinde, önceki Yasa'da yer alan "*ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar...*" verenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğuna ilişkin düzenleme yerine, haksız eylemin "*kusur*" ve "*hukuka aykırılık*" unsurları ile "*...bir hukuk kuralı bulunmasa bile...*" sözcüklerinin bir vurgu olduğu belirtilerek getirilen yeni düzenleme uygulamada bir değişiklik yapmayacak, önceki uygulama devam edecektir.

1 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

6098 sayılı Yasa'nın, zararın ve kusurun kanıtlanmasına ilişkin 50. maddesi, yürürlükteki 818 sayılı Yasa'nın 42. maddesinin karşılığı olup arılaştırma dışında değişiklik içermediğinden uygulama değişikliği olmayacaktır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 42. maddesi gereğince, zararın varlığını ve tutarını kanıtlamak zorunda olan davacının, zararın gerçek tutarını kanıtlamakta zorlandığı veya kanıtlanmasının davacıdan beklenemeyeceği durumlarda yargıcın, işlerin olağan gidişi ve zarar görenin aldığı önlemleri gözетerek zarar tutarını kendiliğinden belirleyeceğine karar vermiştir.

Yürürlükteki Yasa'nın "*Tazminat miktarının tayini*" başlıklı 43. maddesinin yerine getirilen 6098 sayılı Türk Borçlar Yasası'nın 51. maddesi, tazminat tutarının belirlenmesine ilişkin olup, temelde değişiklik içermediğinden önceki uygulama sürdürülecektir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi; Borçlar Yasası'nın 43. maddesi gereğince yargıcın, tazminatın biçimini ve tutarını belirlerken, kusur yanında, durumun özelliklerini de göz önünde tutmak zorunda olduğu, özel durumların; zarar görenin bölüşük kusuru, zarar tutarının önceden saptanamaması, tarafların ekonomik ve sosyal durumları, hak ve adalet düşüncesi, olayın oluş biçimi, zarar görenin zararın artmaması için aldığı önlemler, zarar görende var olan bedensel bir rahatsızlığın zarara etkisi gibi olguların girdiğinin kabul edilmesi gerektiğini vurgulayarak; trafik kazası nedeniyle fibula distal uç kırığı tanısı konularak 45 gün dinlenmesi önerilen davacının kazadan sonra sağda yarım görme şikayeti ile göz hastanesine başvurduğu, retina dekolma tanısıyla ameliyat geçirdiği, kendiliğinden veya travmaya bağlı olarak gelişebileceği belirtilen sağ gözdeki retina dekolmanın muayene sırasında anlaşılmasının olanaksız olduğu belirtilen durumda (24.05.2010 gün ve 09/10446-10/6121); taşıyanın karşılıksız olarak taşıdığı, yalnızca taşıyanın yararı bulunan hatır taşımasında (11.05.2010 gün ve 09/9255-10/5721); sürücü belgesiz olmayanın kullandığı motosiklete koruyucu kask takmadan binilmesi durumunda (31.03.2009 gün ve 08/8274-09/4707) Borçlar Yasası'nın 43. maddesi gereğince davalı yararına indirim yapılarak zarar tutarının belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Tazminatın indirilmesinin düzenlendiği 52. madde ile 818 sayılı Yasa'nın 44. maddesinde değişiklik yapılmadığından uygulamada değişiklik olmayacaktır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Borçlar Yasası'nın 44/1. maddesi gereğince; zarara uğrayan tarafın zarara olur verdiği yahut kendi eylemi ile zararın

ortaya çıkmasına veya zararın artmasına yardım ettiği ve zararı yapan kişinin durumunu ağırlaştırdığı takdirde yargıcın, tazminat tutarından indirim yapabileceğine karar vermiştir.

Haksız eylem nedeniyle ölüm halinde uğranılan zararların düzenlendiği 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 45. maddesinin yerini alan 53. maddede de yürürlükteki Yasa'da olduğu gibi cenaze giderlerinin, ölüm daha sonra gerçekleşmişse, ölüm gününe kadarki tedavi giderleri ile geçici veya sürekli iş göremezlik zararlarının ve destekten yoksun kalma zararlarının istenebileceği belirtilmiştir.

Destek kavramı konusunda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi; hısımlık ilişkisine ya da yasanın nafaka hakkındaki düzenlemelerine dayanmayan destek kavramının, hukuki bir ilişkiyi değil eylemli bir durumu amaçladığı, Yasa gereğince bir kimseye yardım etmek zorunda bulunan kişinin değil, eylemli ve düzenli olarak onun geçiminin bir bölümünün veya tümünü sağlayacak biçimde yardım eden ve olayların doğal akışına göre eğer ölüm gerçekleşmeseydi az veya çok yakın gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kişinin destek sayılacağı, genel yaşam deneyimleri ve yaşamın olağan akışının; anne ve babanın çocuklarına, çocukların da anne ve babasına belirli bir düzeyde destek olacağını gösterdiği, destek olunacak tutarın tarafların yaşam düzeyi, sağlık, ekonomik ve sosyal durumları ile orantılı olarak değişebileceği ancak, anne ve babanın çocuğa; çocuğun da anne ve babasına hiç destek olamayacağı kabul edilemeyeceği, para veya maddi katkı biçiminde olabileceği gibi çeşitli hizmet ve yardımlar ile de destek olunabileceği, anne ve babanın belirli bir gelirin olmasının ölenin desteğinden yoksun kalmadıkları sonucunu doğurmayacağı görüşündedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 46. maddesinin karşılığı olarak düzenlenen 6098 sayılı Türk Borçlar Yasası'nın 54. maddesinde yaralanma nedeniyle uğranılan zararlar, yürürlükteki Yasa'da olduğu gibi tedavi giderleri, kazanç kaybı, geçici veya sürekli iş göremezlik zararları ile uygulaması fazla olmayan ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar olarak yer almış; uygulamanın değiştirilmesini gerektirecek değişiklik yapılmamıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Yasası'nın 55. maddesi, yürürlükteki Yasa'da yer almayan, iki fıkradan oluşan yeni bir düzenlemedir. İlk fıkrasındaki destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların belirlenmesi, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemelerin tazminattan indirilemeyeceği belirtilmiştir. Zaten bunlar yargısal kararlarda yer almaktadır. Farklı olan hesaplanan tazminatın, hak ve adalet düşüncesi ile artırılıp azaltılamayacağına ilişkin düzenlemedir. Yani, bu kadar az veya

çok tazminat olamayacağı ileri sürülüp tazminat tutarının artırılması veya azaltılması önlenmiştir. Ancak bu düzenleme, yürürlükteki Yasa'nın 43 ve 44, yürürlüğe girecek Yasa'nın 51 ve 52. maddelerinin uygulanmasına engel olmayacaktır.

İndirilmeyecek sosyal güvenlik ödemeleri; Borçlar Yasası'nın 45/2. maddesine dayanılarak ölenin bakmakta olduğu veya ileride bakacağı sayılan kişilerin yoksun kaldıkları zararın, diğer bir deyişle destekten yoksun kalma tazminatının saptanmasında Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı'nca bağlanan gelirlerin indirilmemesi gerektiğine (06.03.1978 ve 1978/1-3 sayılı YİBK); iş kazasına bağlı olmayan haksız eylem sonucu ölen sigortalının hak sahipleri tarafından açılan destekten yoksun kalma tazminatının kapsamının belirlenmesinde Sosyal Sigortalar Kurumu'nca 506 sayılı Yasa'nın 65. ve izleyen maddeleri uyarınca ölüm sigortası kolundan bağlanan dul ve yetim aylıklarının indirilmemesi gerektiğine (28.11.1979 gün 1977/4-1110 1979/1395 sayılı HGK); 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Yasası'nda, bu Yasa uyarınca ölen memurun yakınlarına yapılan ödemelerin, ölüme neden olan haksız eylem sorumlusuna rücu edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, olaydan sonra anılan Yasa uyarınca yapılmış olan ödemeler hesaplanacak destekten yoksun kalma tazminatından indirilemeyeceğine; 01.10.2008 günü yürürlüğe girmiş bulunan 5510 sayılı Sosyal Güvenlik ve Genel Sağlık Sigortası Yasası'nın 21/4. maddesinde bu tür ödemelerin haksız eylem sorumlusuna rücu edileceğine ilişkin düzenleme yapılmış ise de, bu düzenlemenin 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden önceki ödemeleri de kapsayacağı öngörülmemiş olup yasaların geriye yürümemesi genel kural niteliğinde olduğundan Emekli Sandığı tarafından yapılan ödemelerin indirilemeyeceğine (17.01.2011 gün ve 10/10244-11/155) karar verilmiştir.

İndirilecek ifa amacını taşıyan ödemelerin en önemlisi; 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Yasa gereğince yapılan ödemelerdir. Yasa'nın "*Nakdi tazminat ve aylığın etkisi*" başlıklı 6. maddesi uyarınca; 2330 sayılı Yasa gereğince ödenecek nakdi tazminat ile bağlanacak emekli aylığı uğranılan maddi ve manevi zararların karşılığıdır. Yargı yerlerinde maddi ve manevi zararlar karşılığı olarak kurumların ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında bu Yasa'ya göre ödenen nakdi tazminat ile bağlanmış bulunan aylıklar göz önünde tutulur.

Manevi tazminatın tekliği ve bölünmezliği ilkesi gereğince manevi zarar karşılığı olarak istenebilecek manevi tazminat bölünerek istene-meyeceğinden uğranılan manevi zarar, nakdi tazminatın bir bölümü ile

karşılandığından artık, aynı olay nedeniyle yeniden manevi tazminat istene-
meyeceği (10.02.2010 gün ve 09/4089-10/1089); maddi ve manevi tazminat
tutarları (ayrı ayrı) belirlenip ödenen nakdi tazminat tutarından indirilerek
kalan tutarın maddi tazminat olarak ödetilmesi gerektiği (15.06.2006 gün
ve 06/4250-7298); 2330 sayılı Yasa gereğince yapılan ve rücuya tabi olan
ödemelerin hesaplanarak maddi tazminattan (destekten yoksun kalma taz-
minatından) indirilmesi gerektiği (15.04.2008 gün ve 07/6368-08/52842);
ödemelerin yapıldığı gün ile bilirkişi raporunun düzenlendiği gün arasında
geçen süreye ilişkin yasal faizinin hesaplanması ve ana para ile birlikte taz-
minat tutarından indirilip denkleştirilmesi gerektiği (10.01.2007 gün ve
2007/10766-12136) kararlaştırılmıştır.

İfa amacını taşımadığı için indirilemeyecek ödemeler, ölenin yakınları
veya arkadaşları tarafından toplanıp yakınlarına ödenenler, bazı vakıf veya
derneklerin yaptığı ödemelerdir.

İkinci fıkrada yer alan “*Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.*” biçimindeki düzenleme, 01.10.2011 günü yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Yasası’nın “*Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev*”i düzenleyen 3. maddesinde yer alan “*Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda...*” da uygulanacağına ilişkin kural düşünülerek yapılmış olabilir.

Ölüm veya yaralanma durumunda manevi tazminat istenebileceğine ilişkin 6098 sayılı Yasa’nın 56. maddesinin yürürlükteki Yasa’nın 47. maddesinden farkı; ağır bedensel zarar durumunda, zarar görenin yakınlarının da manevi tazminat isteyebileceğine ilişkin düzenleme ile yürürlükteki Yasa’da yer alan “*ölünün ailesi*” kavramı yerine “*ölenin yakınları*” kavramının getirilmesidir.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 6098 sayılı Yasa’nın 56/2. maddesi ile düzenleme yapılmadan önce; kişilik haklarının, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklar olduğu, kişilik haklarının sosyal ve duygusal kişilik değerlerini de içerdiğini gözeterek, kişinin bir yakınının yaralanmasının onun sosyal ve duygusal kişilik değerleri kapsamında olup olmadığını değerlendirip sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin;

kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren, doğrudan doğruya kişiliğe bağlı olmayıp özellikle aile hukuku içinde yer alan ve Borçlar Yasası'nın 49. maddesindeki düzenleme gereğince, kişinin doğrudan kendisinin değil de karı, koca, ana, baba veya çocuklar gibi yakınlarının ağır yaralanması durumunda somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların kanıtlanması durumunda, aile birliği içinde korunması gereken değerler olduğu ve bunun zarar görmesinin manevi tazminat gerektirdiği sonucuna vardı.

Kafatasında kırık oluşup beyin kanaması ve yaşam tehlikesi geçirdiği, bacağındaki parçalı kırık nedeniyle birden fazla ameliyat olduğu anlaşılan kişinin eşi, annesi ve kardeşlerinin, kesici aletle boğazı keserek yaralananın çocuklarının, sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zarar gördüğü kabul edildi.

Ölünün ailesi de; Borçlar Yasası'nın 47. maddesinde ölenin ailesinin de manevi tazminat isteyebileceğinin belirtildiği, maddedeki aile deyiminin yakınlar olarak anlaşılmalı gerektiği, bu konuda kan ya da sıhri hısımlık veya nafaka yükümlülüğüne ilişkin kuralların manevi tazminat isteyen belirlenmesinde etkili olmadığı, ölen ile aralarında içsel ve gerçek bir duygu bağının varlığı ve ölüm nedeniyle beden ve ruh sağlığının sarsılmış olmasının yeterli olduğunu kabul ederek, torunu ölen babaannenin beden ve ruh sağlığının sarsıldığı benimsenerek yararına manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği (01.07.2002 gün ve 02/4477-8714); ölenin teyze, hala, dayı ve amcalarından oluşan 14 kişinin yeğenlerinin ölümü nedeni ile manevi tazminat istedikleri bir olayda; davacıların yeğenlerinin ölümü nedeniyle üzülmelerinin doğal olduğu ancak, manevi tazminat isteyebilmek için ölen ile aralarında içsel ve gerçek bir duygu bağının varlığı ve ölüm nedeniyle beden ve ruh sağlıklarının sarsılmış olduğu yönünde kanıt sunulup kanıtlanmadığı, aile kavramı çok geniş yorumlanarak ölen ile sık sık görüşmeleri ve aynı yerde oturmaları gibi gerekçelerle manevi tazminat takdir edilemeyeceği (17.11.2006 gün ve 06/12490-12432); ölenin ailesi sayılmayanlardan amca ve yengenin şu durumda manevi tazminat isteyebileceği; geçici olarak amcası ve yengesinin yanında kalan beş yaşındaki küçüğün yengesinin kucağında iken araç çarpması nedeniyle yaşamını yitirdiği olayda, amca ile yengenin ölen ile eylemli, gerçek bir bağlılık ve ilişkin içimde bulduklarının kanıtlandığı anlaşıldığından yenge ile amca yararına Borçlar Yasası'nın 47. maddesi gereğince, amaç ve niteliğine uygun tutarda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiğine (20.04.2006 gün ve 05/6325-06/4651); manevi tazminat, yalnız olay sırasında duyulan değil bütün yaşam boyu duyulacak elem ve çekilecek acıya karşılık takdir edildiği, ölüm gününde cenin durumunda olup sağ

doğmakla ölenin ailesi sıfatını kazanın aile kavramının doğası gereği yaşamı boyunca babasının ölüm acısını duyacağı gözetilerek manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği(14.04.2008 gün ve 07/9453-08/5173) kararlaştırılmıştır.

Haksız rekabetin düzenlediği 57. madde ile yürürlükteki Yasa'nın 48. maddesi arasında değişik olmadığından önceki uygulama devam edecektir.

Kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istenebileceğinin düzenlendiği yeni Yasa'nın 58. maddesine yürürlükteki Yasa'nın 49/2. maddesindeki "*Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.*" biçimindeki düzenlemeye yer verilmedi.

Temyiz kudretini haiz olmayanların sorumluluğunun düzenlendiği 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 2. fıkrası, 6098 sayılı Yasa'nın 65. maddesi olarak; 1. fıkrası ise "*Ayırt etme gücünün geçici kaybı*" başlığı altında 59. madde olarak düzenlendiğinden uygulamada değişiklik olmayacaktır.

"*Sorumluluk sebeplerinin çokluğu*", "*Sebeplerin yarışması*" başlıklı 60. madde, 818 sayılı Borçlar Yasası'nda yer almayan yeni bir maddedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun dava hakkı bakımından hakların yarışması olarak nitelediği iki olaya ilişkin karar uygulamadan örnek olabilir.

Aynı zamanda su abonesi olan kişinin, kaçak su tüketimi nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesi amacıyla başlatılan ilamsız icra takibine itirazın iptaline ilişkin davada, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız eylem (sözleşme dışı) sorumluluğunun birlikte bulunması nedeniyle, dava hakkı bakımından hakların yarışmasının söz konusu olduğunu; haksız eylemin, aynı zamanda taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine aykırı olması durumunda zarar görenin sözleşme ilişkisine dayanarak zararının tazminini isteyebileceği gibi zararını haksız eyleme dayanarak da isteyebileceğini; haksız eylemlerde kusurun ispatı zarar görene/davacıya ait olduğu halde, sözleşmeden doğan sorumlulukta kusurun varlığı karine olarak kabul edildiğinden zarar gören/davacının sadece davalı/borçlu ile arasında sözleşme bulunduğunu kanıtlamakla yetineceğini; sözleşmeye dayanan dava zamanaşımı süresinin haksız eyleme dayanan dava zamanaşımı süresinden daha uzun (BK md. 60, md. 125-126) olduğunu; zamanaşımının başlangıcına ilişkin genel hüküm niteliğindeki BK 128. maddesine göre, zamanaşımının alacağın muaccel olduğu tarihte başlayacağı, "*muacceliyet*" kavramı, alacaklı tarafından talep ve dava edilebilir hale gelmiş olma anlamını taşıdığından öncelikle doğmuş bir alacağın varlığı gerektiğini; zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için, alacaklının talepte bulunma

hakkının varlığını veya bunun muacceliyet kazandığını öğrenmesinin şart olmadığını; Yasa'nın haksız eylem, haksız iktisap gibi durumlarda, anılan kurala önemli istisnalar getirdiğini ve zamanaşımı süresinin başlamasını sübjektif bir unsura, alacaklının belirli olguları öğrenmiş bulunması koşuluna bağladığını; hakların yarışması halinde, zarar gören davacının sözleşmeye dayanmasında kendisi yönünden yarar bulunduğu gibi yarışan iki haktan daha düşük hukuki değer karşısında üstün hukuki değere üstünlük verilmesi gerektiği; davacı idare tarafından düzenlenen kaçak su tutanakları ve diğer yazışmalarda davalının aboneliği belirtildiği gibi, dava dilekçesinde yine, davalının aboneliğine dayanıldığı belirtilmiştir. Taraflar arasında kurulan abonelik ilişkisinin, sözleşme niteliğinde olup davacının bu sözleşme ilişkisine dayanarak zararının tazminini talep ettiği açık olduğundan, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın; haksız eylem kullarına göre değil, sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi ve zamanaşımı süre ve başlangıcının buna göre belirlenmesi gerektiğine (11.11.2009 gün ve 09/13-461, 09/495) karar verilmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasa kapsamında kalması nedeniyle davaya bakma görevinin tüketici mahkemesine ait olduğuna (16.06.2010 gün ve 2010/13-232, 1/316) karar verilmiştir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 50 ve 51. maddelerinde yer alan düzenlemeler değiştirilerek hazırlanan Dayanışmalı (Müteselsil) sorumluluğun düzenlendiği 61 ve 62. madde, Hükümet tasarısında dayanışmalı sorumluluğu farklı düzenlemişti. TBMM Adalet Komisyonu'nda yeniden ele alınıp yasalaştığı biçime dönüştürüldü. Uygulamada değişiklik olmayacaktır.

818 sayılı Borçlar Yasası'nda yer almadığı ve yeni bir düzenleme olduğu belirtilen, 6098 sayılı Yasa'nın 64. maddesinde "*Sorumluluk*" başlığı altında yeniden düzenlen, karşılığı da 818 sayılı Yasa'nın "*Meşru müdafaa, ıztırar ve kendi hakkını vikaye için kuvvet kullanılması*" başlıklı 52. maddesi olan düzenlemenin uygulanmasında zaten gözetilen "*Hukuka aykırılığı kaldıran hâller*" başlıklı 63 ve 64. maddeler ile "*Kusursuz sorumluluk*" türleri arasında "*Hakkaniyet sorumluluğu*" olarak yer alan 65. maddenin uygulanmasında değişiklik olmayacaktır.

Kusursuz sorumluluk türleri arasında yer alan "*Özen sorumluluğu*" nun "*Adam çalıştıranın sorumluluğu*" na ilişkin 66. maddesinin 3. fıkrası dışında değişiklik yoktur. 3 fıkrada ise "*Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlü...*" olduğu belirtilmiştir.

Hayvan bulunduranın sorumluluğuna ilişkin yürürlükteki Yasa'nın 56. maddesinin yerine getirilen 67. maddede değişiklik yoktur, 57. maddedeki taşınmaz sahibinin hayvanı öldüreceğine ilişkin düzenleme, yeni Yasa'nın 68. maddesinde yer alamamış, onun yerine "...hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle..." getirebileceği belirtilmiştir.

Yapı sahibinin sorumluluğuna ilişkin 69. maddede, yürürlükteki Yasa'nın 58. maddesinden farklı olarak, intifa ve oturma hakkı sahiplerinin de, sadece binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, bina sahibi ile birlikte dayanışmalı olarak sorumlu oldukları belirtilmiştir.

Yürürlükteki 18 sayılı Borçlar Yasası'nın önlemlere ilişkin 59. maddesi yerine düzenlenen 6098 sayılı Yasa'nın "*Zarar tehlikesini önleme*" başlıklı 70. maddesinde değişiklik olmadığından uygulamada farklılık olmayacaktır.

818 sayılı Borçlar Yasası'nda yer alamayan "*III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme*" başlıklı 71. madde yeni bir düzenlemedir. Özellikle cep telefonları ile haberleşmenin sağlandığı ve baz istasyonu olarak bilinen haberleşme sistemi işletenlerin, kimyasal madde üreten veya üretiminde kimyasal madde kullanan işletmelerin bu madde kapsamında olduğu düşünülebilir.

Zamanaşımının düzenlendiği 6098 sayılı Türk Borçlar Yasası'nın 72. maddesi, 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 60 maddesinin karşılığı olarak düzenlenmiş; 60/1. maddedeki 1 yıllık kısa zamanaşımı süresi 2 yıla çıkartılarak 2918 sayılı Trafik Yasası'nın 109/1. maddesi ile benzerlik sağlanmıştır. Adalet Komisyonu Raporu'nda; "*...her sonucun meydana geldiği tarihe göre zamanaşımının başlangıcının farklı olacağı... bu gibi hâllerde zarar, ...sonucun meydana geldiği tarihte oluşmuş olacağından, kısa süreli zamanaşımının da başlangıç tarihinin zorunlu olarak, sonucun meydana geldiği tarih sonrasında öğrenme tarihi olacağı*" belirtilmiştir.

Rücu davalarında zamanaşımının düzenlendiği 6098 sayılı Türk Borçlar Yasası'nın 73. maddesi de 818 sayılı Borçlar Yasası'nda yer almayan yeni bir maddedir. Uygulamada zararın ödendiği günden itibaren 1 yıllık zamanaşımı süresi içinde açılması gereken rücu davalarının tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği günden itibaren iki yıl ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yıl içinde açılması gerekecektir.

73. maddenin 2. fıkrasındaki düzenleme ile durumun birlikte sorumlu olunana bildirileceği belirtilmiştir.

6098 sayılı Türk Borçlar Yasası'nın borçların ve borç ilişkilerinin sona ermesinin düzenlendiği 131, bağlı alacaklarda zamanaşımının düzenlendiği 152, davanın reddinde ek süreye ilişkin 158. maddeler ile ileri sürülmeyen zamanaşımı savunmasını yargıcın kendiliğinden gözetemeyeceğine ilişkin 161. maddesi, yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 113, 131, 137 ve 140. maddelerinin karşılığı olarak düzenlendiğinden uygulamada değişiklik olmayacaktır.

Ceza hukuku ile ilişkinin düzenlendiği yürürlükteki Yasa'nın 53. maddesi yerine getirilen 74. madde arasında fark bulunmadığından uygulamada değişiklik olmayacaktır.

Tazminat hükmünün değiştirilmesine ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Yasası'nın 75. maddesi, yürürlükteki Yasa'nın 46/2. maddesinin karşılığı olup değişiklik bulunmamaktadır.

818 sayılı Borçlar Yasası'nda yer almayan; ancak yürürlüğe girecek Yasa'da yeni bir düzenleme olarak yer alan 76. madde ile zarara uğrayana geçici ödemeler yapılabileceği öngörülmüştür. Bu ödemeler, Tasarı Gereçesi'nde belirtildiği gibi hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için âcilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan yararına verilecektir. Adli yardım konusu olacak isteklerin kabul edilmemesi, tazminatın peşin ödenmesine yıl açacak uygulamalardan kaçınılması durumunda uygulama alanı bulabilir. Özellikle tedavi, tedavi sürecine ilişkin geçince hemen karşılanması gereken giderlerin, Yasa'da belirlenen koşulların bulunması durumunda, geçici ödemeler kapsamında ödenmesine karar verilebilir.

Borcun ülke parası ile ödeneceğine ilişkin 99. madde, yürürlükteki Yasa'nın 83. maddesinin karşılığı olup değişiklik yoktur.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 105. maddesinde yer alana "*Munzam zarar*", 6098 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 122. maddesinde "*Aşkın zarar*" olarak düzenlenmiş, uygulamayı değiştirmeyi gerektirecek değişiklik yapılmamıştır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin temyiz incelemesi yaptığı bir başka konu, 6570 sayılı Taşınmaz Kiraları Hakkında Yasa'nın 15. maddesinde yer alan tazminat niteliğindeki hukuki yaptırımlardır. 6098 sayılı Türk Borçlar Yasası yürürlüğe girdiğinde 6570 sayılı Yasa yürürlükten kalkacağından 15. maddesinde yer alana hukuki yaptırım, 6098 sayılı Türk Borçlar Yasası'nın 355. maddesinde düzenlenmiştir.

6570 sayılı Yasa kapsamındaki tazminat, taşınmazı boşaltan kiracının ödemek zorunda kaldığı taşınma gideri, gerekirse önceki yer ile yeni kiralanan yer arasındaki kira fark, yeni yer kiralanmasa idi yapılmayacak giderle gibi giderlerden oluşur. Zarar tutarı kanıtlanabilen tutardır. 6098 sayılı Yasa'nın 355/son maddesi gereğince “*Kiraya veren... eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle...*” yükümlü tutulmuştur.

6098 sayılı TÜRK BORÇLAR KANUNU

Kabul: 11.01.2011 RG: 04.02.2011-27836 Yürürlük:
01.07.2012

818 sayılı Türk Borçlar Yasası

Kabul: 22.04.1926 RG: 08.05.1926 Yürürlük: 04.10.1926

D. Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler

MADDE 19- Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.

Borçlu, yazılı bir borç tanımına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz.

(D) AKİTLERİN TEFSİRİ MUVAZAA

Madde 18- Bir akdin şekil ve şartlarını tayininde, iki tarafın gerek sehven gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmıyarak, onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır.

Tabriri borç ikrarına istinat ile alacaklı sıfatını iktisabeden başkasına karşı, borçlu tarafından muvazaa iddiası dermeyer olunamaz.

Tasarısı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 18. maddesinin kenar başlığında kullanılan "*d. Akitlerin tefsiri, muvazaa*" biçimindeki sözcüklerin Tasarı'da "*D. Sözleşmelerin yorumu, muvazaalı işlemler*" biçimine dönüştürüldüğü; birinci fıkrada, bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenip yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcükler değil, onların gerçek ve ortak iradeleri esas alınacağına düzenlendiği, ikinci fıkrasında ise, yazılı bir "*borç tanınması*"na güvenerek alacağı kazanmış üçüncü kişiye karşı, işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunulamayacağına belirtildiği, önceki metninde yapılan arılaşdırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

Adalet Komisyonu raporu: Tasarı'nın 19. maddesi aynen kabul edilmiştir.

TBMM görüşmeleri²

2 "*Borç tanınması*" yerine "*borç ikrarı*", "*kazanmış olan*" yerine "*edinmiş olan*" sözcükleri önerildi, önerge kabul edilmedi, 19. madde kabul edildi.

Yargıtay 4. HD 11.04.2002 gün ve 2002/138-4608 kararında hakkında tazminat/nafaka davası açılanın kabul edilecek tazminatı ödememek amacıyla taşınmazını/aracını danışıklı olarak diğerine, onunda ötekine sattığı/ borç senedi düzenleyerek hakkında icra takibi başlattığı; kural olarak danışıklı işlem nedeniyle hakları zarara uğrayan 3. kişilerin, tek taraflı veya çok taraflı olan bu hukuki işlemin geçersizliğini ileri sürebilecekleri; danışıklı bir hukuki işlem ile 3. kişilere zarar verilmesinin, onlara karşı işlenmiş bir haksız eylem niteliğinde olduğu; 3 kişinin danışıklı işlemde bulunanda bir alacağının bulunması, danışıklı işlemin o alacağın ödenmesini önlemek amacıyla yapılmış olması durumunda danışıklı işlem ile 3. kişinin hakkının zarara uğradığının benimsenebileceği; zarara uğradığını ileri süren 3. kişinin, danışıklı işlemde bulunduğu iddia edilen kişi hakkında tazminat davası açmış olmasının danışıklı işlemin var sayılması için tek başına yeterli olmadığı; danışıklı işlemde bulunanın, 3. kişilere borçlu olduğunun belirlenmesi ve bu borcu ödememek için danışıklı hukuki işlem yapmış olması gerektiği... alacağını alabilmek amacıyla danışıklı işlemin iptalini isteyen 3. kişinin danışıklı olduğunu ileri sürdüğü hukuki işlemlerin kendisi yönünden geçersizliğini sağlamak için dava açabileceği; satışın danışıklı olduğunun kanıtlanması durumunda 3. kişinin, satışa konu edilen maldan da alacağın alabilmek için yararlanabileceği; 3. kişinin bu hakkı aynı değil kişisel sonuç doğuracağından, satışın iptaline değil, İcra ve İflas Yasası'nın 283/1. maddesi benzetme yoluyla uygulanarak, iptale gerek olmaksızın haciz ve satış isteyebilmesi yönünde karar verilmesi gerektiği kararlaştırılmıştır.

22.06.2009 gün ve 2009/5788-8420 icra takibi ve hacizlerin danışıklı olduğu ileri sürülerek takibin ve hacizleri iptalinin istenebileceği...

16.02.2010 gün ve 2009/4343-2010/1376 danışıklı olduğu saptanan satış işleminin iptaline gerek olmadan, davacı ile davalı arasında devam eden alacak davasında ortaya çıkacak tutara göre davacıya, satış konusu edilen traktör üzerinden de, alacağını alabilmesine olanak sağlayacak ölçüde haciz ve satış isteyebilme yetkisi verilmesi...

İKİNCİ AYIRIM

Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri

A. Sorumluluk

I. Genel olarak

MADDE 49- Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

İKİNCİ FASIL

Haksız muamelelerden doğan borçlar

(A) UMUMİ KAİDELER

I- Mesuliyet şartları

Madde 41- *Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.*

Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.

Tasarı gerekçesinde; haksız fiil sorumluluğunda, zarar verenin tazminat yükümlülüğüne ilişkin 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 41. maddesini karşılayan Tasarı'nın 49. maddesinin iki fıkradan oluştuğu; hukuki işlem (muameleden) doğan borçlar değil, haksız fiilden doğan borçlar söz konusu olduğundan, 818 sayılı Borçlar Yasası'nda, 41. maddeyle başlayan "İkinci Fasil/Haksız muamelelerden doğan borçlar" biçimindeki üst başlığın, Tasarıda "İkinci Ayırım/Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri" biçimine dönüştürüldüğü; 41. maddenin kenar başlığındaki "A. Umumî kaideler/1. Mesuliyetin şartları" biçimindeki sözcüklerin, Tasarıda "A. Sorumluluk/I. Genel olarak" biçiminde değiştirildiği; 41. maddenin birinci fıkrasında, kasten veya ihmal sonucunda, "haksız bir surette", diğer bir kimseye bir zarar ika eden şahıs, o zararı tazmin etmek zorunda... yerine Tasarıda, kast ve ihmalin, kusurun çeşitlerinden olduğu göz önünde tutularak, **kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişinin, bu zararı gidermekle yükümlü olduğu** biçimine dönüştürüldüğü; 41. maddenin ikinci fıkrasından farklı

olarak, Tasarı'nın 49. maddesinin ikinci fıkrasının başına “*Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile*” biçimindeki sözcüklerin eklendiği; aynı fıkrada, önceki Yasa'da olduğu gibi ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren kişinin de, bu zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilerek, bu kuralın açıklığa kavuşturulduğu; metninde yapılan **düzeltilme ve arılaştırmalar dışında**, maddede 818 sayılı Borçlar Yasası'na göre bir hüküm **değişikliği olmadığı...**

Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında da “...bir hukuk kuralı bulunmasa bile...” sözcüklerinin bir vurgu olduğu, asıl olanın ahlaka aykırılık olduğu belirtildi.³

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 49. maddesi aynen kabul edilmiştir.

TBMM görüşmeleri: Madde kabul edilmiştir.

Haksız eylem: Hukuka aykırılık, Zarar, Kusur, Nedensellik bağı

II. Zararın ve kusurun ispatı

MADDE 50- Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.

I- Zararın tayini

Madde 42- Zararı ispat etmek müddeiye düşer, zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hakim, halin mutat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikân tayin eder

Tasarı gerekçesinde; zararın ve kusurun kanıtlanması konularının düzenlendiği; kenar başlığında kullanılan “*II. Zararın tayini*” sözcüklerinin “*II. Zararın ve kusurun ispatı*” biçiminde değiştirildiği; **kusurun da haksız fiilin unsurlarından biri olduğu** göz önünde tutularak, zararın ispatına ilişkin düzenlemenin metninde ve dolayısıyla kenar başlığında bunu yansıtacak

3 BAŞKAN- ...ikinci fıkrada “*zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile...*” ...ahlaka aykırılık zaten şey ediyor burada. Aslolan ahlaka aykırılık. Yani ahlak ile hukuka aykırılık birlikte olabilir, gerçekleşebilir... bir şeyi hem ahlak kuralları düzenleyebilir hem de hukuk kuralları... “*Ahlaka aykırı*” dediğimiz zaman zaten hukuka... ...tekrarlaması bir fayda sağlar mı? PROF. DR. NEVZAT KOÇ- Bir faydası görüldü... “*...bir hukuk kuralı olmayabilir. Sadece ahlaka aykırı olması bile yeterli görülmesi... bir hukuk kuralı bulunmasa bile vurgudur...*”

sözlere yer verilmesinin zorunlu olduğu;” zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde” sözcüklerinin “*uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa*” olarak düzenlendiği, arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği olmadığı...

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 50. maddesi aynen kabul edilmiştir.

TBMM görüşmeleri: Madde kabul edilmiştir.

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ; Borçlar Yasası'nın 42. maddesi gereğince, zararın varlığını ve tutarını kanıtlamak zorunda olan davacının, zararın gerçek tutarını kanıtlamakta zorlandığı veya kanıtlanmasının davacıdan beklenemeyeceği durumlarda yargıcın, işlerin olağan gidişi ve zarar görenin aldığı önlemleri gözeterek zarar tutarını kendiliğinden belirleyeceği... yaralanıp tedavi gördüğü anlaşılan davacının SSK'nca karşılanmayan ve bilirkişi rapor ile de belirlenemeyen takdirde tedavi giderlerinin (08.04.2010 gün ve 09/3782-10/4116) ... köpeklerin zarar verdiği hayvan sayısının (08.10.2009 gün ve 09/7211-10881) ... çalınan para, takılar, cep telefonu ve diğer eşyanın (12.10.20010 gün ve 09/12548-10/10169)... trafik kazası nedeniyle hasara uğrayan ticari aracın onarımında kaldığı süreye ilişkin araç yoksunluğu nedeniyle oluşan zarar tutarının (27.04.2009 gün ve 08/10779-09/5893)... yanan eşya bedelinin(17.06.2010 gün ve 09/11694-10/7381)... Borçlar Yasası'nın 42. maddesi gereğince takdir edilmesi gerektiği...

III. Tazminat

1. Belirlenmesi

MADDE 51- Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür.

III- Tazminat miktarının tayini

Madde 43- *Hakim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın suretini ve şumulünün derecesini tayin eyler.*

Zarar ve ziyan irad şeklinde tayin olunduğu takdirde borçludan icabeden teminat alınır.

Tasarısı gerekçesinde; tazminatın kapsamının ve ödenme biçiminin hâkim tarafından belirlenmesinin düzenlendiği; kenar başlığında kullanılan

“III. Tazminat miktarının tayini” “III. Tazminat/I. Belirlenmesi” olarak değiştirildiği;” hâkimin, tazminatın suretini ve şümulünün derecesini, hâl ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tayin eyleyeceği” öngörüldüğü hâlde, Tasarıda, **hâkimin tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyeceğinin** öngörüldüğü; 818 sayılı Borçlar Yasası’nın 43. maddesinde yer verilmediği hâlde, Tasarı’nın 51. maddesinin birinci fıkrasında, **haksız fiil sorumluluğunda kusurun özel bir önem taşıdığına belirtilmesi amacıyla, “özellikle” sözcüğü kullanılmıştır.**

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı’nın 51. maddesi aynen kabul edilmiştir.

TBMM görüşmeleri⁴

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ; Borçlar Yasası’nın 43. maddesi gereğince yargıcın, tazminatın biçimini ve tutarını belirlerken, kusur yanında, durumun özelliklerini de göz önünde tutmak zorunda olduğu, bu özel durumlara; zarar görenin bölüşük kusuru, zarar tutarının önceden saptanamaması, tarafların ekonomik ve sosyal durumları, hak ve adalet düşüncesi, olayın oluş biçimi, zarar görenin zararın artmaması için aldığı önlemler, zarar görende var olan bedensel bir rahatsızlığın zarara etkisi gibi olguların girdiğinin kabul edilmesi gerektiği; trafik kazası nedeniyle fibula distal uç kırığı tanısı konularak 45 gün dinlenmesi önerilen davacının kazadan sonra sağda yarım görme şikayeti ile göz hastanesine başvurduğu, retina dekolma tanısıyla ameliyat geçirdiği, kendiliğinden veya travmaya bağlı olarak gelişebileceği belirtilen sağ gözdeki retina dekolmanının muayene sırasında anlaşılmasının olanaksız olduğu belirtilen durumda (24.05.2010 gün ve 09/10446-10/6121)... taşıyanın karşılıksız olarak taşıdığı, yalnızca taşınanın yararı bulunan hatır taşımasında (11.05.2010 gün ve 09/9255-10/5721)... sürücü belgesiz olmayanın kullandığı motosiklete koruyucu kask takmadan binilmesi durumunda (31.03.2009 gün ve 08/8274-09/4707)... Borçlar Yasası’nın 43. maddesi gereğince davalı yararına indirim yapılması gerektiği...

4 51/1. maddenin “Tazminatın kapsamının ve şeklinin belirlenmesinde, kusurun ağırlığı ve durumun gereği göz önüne alınır.” 51/2. maddesindeki “irat biçiminde” yerine, “zamana yayılmış şekilde” yazılması; 51/1. maddesine “Ancak siyasi kişilere yönelik açılacak tazminat davalarında hükmolacak tazminat miktarı asgari ücretin iki katından az beş katından fazla olamaz.” Biçimde bir düzenleme eklenmesi; 51. maddenin, kenar başlığındaki “Tazminat” sözcüğünün “ödenme”, “belirlenmesi” sözcüğünün “ödenimin belirlenmesi” olarak değiştirilmesi 51. maddenin “Hâkim, durumun gereğini ve kusurun ağırlığını dikkate alarak ödenimin içeriğini ve ödenme biçimini belirler. Ödenimin gelir biçiminde ödenmesine karar verilirse; borçlu, güvence göstermekle yükümlüdür.” biçiminde değiştirilmesi önerildi; öneriler kabul edilmedi; 51. madde kabul edildi.

Durumun gereği; hatır taşınması... anne ve babanın aldıkları eğitim, içinde buldukları ekonomik ve sosyal durumlarına göre ıslahevinden kaçan küçük üzerinde sürekli bir gözetim sağlamalarının olanaksızlığı... **Durumun özellikleri**; zarar görenin bölüşük kusuru, zarar tutarının önceden saptanamaması, tarafların ekonomik ve sosyal durumları, hak ve adalet düşüncesi, olayın oluş biçimi, zarar görenin zararın artmaması için aldığı önlemler, zarar görende var olan bedensel bir rahatsızlığın zarara etkisi gibi olgular...

2. İndirilmesi

MADDE 52- Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.

IV- Tazminatın tenkisi

Madde 44- Mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hakim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir.

Eğer zarar kasden veya ağır bir ihmâl veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya maruz bıraktığı takdirde hakim, hakkaniyete tevfiKAN zarar ve ziyani tenkis edebilir.

Tasarı gerekçesinde; tazminatın indirilmesinin düzenlendiği; kenar başlığındaki “*IV. Tazminatın tenkisi*” sözcüklerinin “**2. İndirilmesi**” sözcüğü olarak değiştirildiği; birinci fıkradaki “*zararı yapan şahsın*” yerine, “**tazminat yükümlüsü**” sözcüklerinin kullanıldığı; ikinci fıkrasındaki “*borçluyu müzayakaya maruz bıraktığı takdirde*” sözcüklerinin “**tazminat yükümlüsü... yoksulluğa düşecek olur... ise**” olarak değiştirildiği; arılaştırma dışında, maddede hüküm değişikliği olmadığı...

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 52. maddesi aynen kabul edilmiş ancak, madde hakkında aşağıdaki görüşler ifade edilmiştir: Tasarı'nın tazminatın indirilmesine ilişkin 52. maddesi gereğince, hafif kusurlu borçlusunu ekonomik darlığa düşürebileceği durumlarda, hak ve adalet onu gerektiriyorsa yargıcın tazminattan bir miktar indirebileceği... bir felâket ortadan kaldırılırken (telafi edilirken) başka bir felâkete yol açılmaması gerektiği...

zarar görenin darlığı (zarureti) ile zarar verenin darlığı birleştiğinde hakkaniyet koşulunu, indirimi önleyeceği... ekonomik sıkıntıya (yoksullaşmaya) dayalı indirim hakkının, dayanışmalı (müteselsil) borçlular yönünde, kişisel savunma (def'i) oluşturabileceği... (Tasarı m.163). 52. maddenin ikinci fıkrası dışında, çokluğu (miktarın yüksekliğini) esas alan bir başka indirim hâlinin özellikle bu bağlamda hakkaniyet sebebi ile indirim olmadığı... düzenlemenin (m.52/II), (m.55/I deki) insan zararlarında da uygulanacağı...

TBMM görüşmeleri⁵

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ; Borçlar Yasası'nın 44/1. maddesi gereğince; zarara uğrayan tarafın zarara olur verdiği yahut kendi eylemi ile zararın ortaya çıkmasına veya zararın artmasına yardım ettiği ve zararı yapan kişinin durumunu ağırlaştırdığı takdirde yargıcın, tazminat tutarından indirim yapabileceği (14.10.2010 gün ve 09/13631-10/10272)... yolcu taşımaya elverişli olmayan motosiklete binerek kendi can güvenliğini tehlike ile karşı karşıya bırakan zarar görenin, kendi eylemiyle zararın doğmasına veya artmasına yol açtığı, Borçlar Yasası'nın 44/1. maddesi gereğince oluşan zarardan indirim yapılması gerektiği (21.04.2009 gün ve 08/11013-09/5777)... sürücünün izinli olduğu günlerde, tatil günlerinde, gece, aracında başkası görevliyken, bazıları eksik düzenlenen veresiye fişleri ile akaryakıt aldığı olayda, davacı idarenin ödeme belgeleri üzerinde zamanında denetim yapılmaması, araçların garajdan gece çıkışlarının düzenlenmesinde gerekli özenin gösterilmemesi, emsallerine göre çok fazla akaryakıt tüketimde bulunulmasının nedeninin uzunca bir süre araştırılmaması gibi eksiklikler nedeniyle zarar tutarının arttığı, bunun davacı idarenin bölüşük kusurunun oluşturduğu (04.03.2010 gün ve 09/5137-10/2253)... kask takmadan motosiklet kullanan/binenin bölüşük kusurlu olduğu (11.11.2010 gün ve 09/13735-10/11755)... alkollü sürücünün aracına binilmesi.... kısırtma nedeniyle (03.03.2010 gün ve 09/5950-10/2152)... Borçlar Yasası'nın 44. maddesi uyarınca indirim yapılması gerektiği...

5 52/2. maddesinde yer alan "yoksulluğa" sözcüğünün "zor duruma"; kenar başlığındaki "2. İndirilmesi" sözcüğü "2. Ödencenin indirilmesi", madde metninin ..Hakim; zarar gören kişinin, zararı doğuran fiile rıza göstermesi veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olması yahut ödence yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması hâlinde ödenciyi indirebilir veya tümüyle kaldırabilir. Hafif ihmali ile zarara neden olan kişi, ödenciyi ödediği takdirde yoksulluğa düşerse ve hak ve adalet kuralları da gerektiriyorsa hâkim, ödenciyi indirebilir." olarak değiştirilmesi önerildi; önerge kabul edilmedi; madde kabul edildi.

IV. Özel durumlar

1. Ölüm ve bedensel zarar

a. Ölüm

MADDE 53- Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri.

2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.

3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.

V- Hususi haller

1- Adam ölmesi ve cismani zarar

A) Ölüm takdirinde zarar ve ziyan

Madde 45 – Bir adam öldüğü takdirde zarar ve ziyan, bilhassa defin masraflarını da ihtiva eder. Ölüm, derhal vuku bulmamış ise zarar ve ziyan tedavi masraflarını ve çalışmaya muktedir olamamaktan mütevellit zararı ihtiva eder.

Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir.

Tasarı gerekçesinde; ölüm hâlinde uğranılan zararların düzenlendiği; kenar başlığında kullanılan “*V. Hususî hâller/1. Adam ölmesi ve cismanî zarar/a. Ölüm takdirinde zarar ve ziyan*” biçimindeki sözlerin, cismanî zarar Tasarı’nın “*Bedensel bütünlüğün zedelenmesi*” kenar başlıklı 54. maddesinde ayrıca düzenlenmesi nedeniyle, Tasarı’nın 53. maddesinde “*IV. Özel durumlar/1. Ölüm ve bedensel zarar/a. Ölüm*” biçimine dönüştürüldüğü; 818 sayılı Borçlar Yasası’ndan farklı olarak, haksız fiilin ölümle sonuçlanması durumunda istenebilecek zarar kalemlerinin üç bent hâlinde sayıldığı; metninde yapılan değişiklik ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Yasası’na göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı’nın 53. maddesinde, redaksiyon yetkisi kapsamında kanun yapım tekniğine uygunluğun sağlanması amacıyla değişiklik yapılmıştır.

TBMM görüşmeleri⁶

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ; Destek kavramı: hısımlık ilişkisine ya da yasanın nafaka hakkındaki düzenlemelerine dayanmayan destek kavramının, hukuki bir ilişkiyi değil eylemli bir durumu amaçladığı, Yasa gereğince bir kimseye yardım etmek zorunda bulunan kişinin değil, eylemli ve düzenli olarak onun geçiminin bir bölümünün veya tümünü sağlayacak biçimde yardım eden ve olayların doğal akışına göre eğer ölüm gerçekleşmeseydi az veya çok yakın gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kişinin destek sayılacağı, genel yaşam deneyimleri ve yaşamın olağan akışının; anne ve babanın çocuklarına, çocukların da anne ve babasına belirli bir düzeyde destek olacağını gösterdiği, destek olunacak tutarın tarafların yaşam düzeyi, sağlık, ekonomik ve sosyal durumları ile orantılı olarak değişebileceği ancak, anne ve babanın çocuğa; çocuğun da anne ve babasına hiç destek olamayacağı kabul edilemeyeceği, para veya maddi katkı biçiminde olabileceği gibi çeşitli hizmet ve yardımlar ile de destek olunabileceği, anne ve babanın belirli bir gelirinin olmasının ölenin desteğinden yoksun kalmadıkları sonucunu doğurmayacağı...

06.03.1978 ve 1978/1-3 sayılı YİBK Borçlar Yasası'nın 45/2. maddesine dayanılarak ölenin bakmakta olduğu veya ileride bakacağı sayılan kişilerin yoksun kaldıkları zararın, diğer bir deyişle destekten yoksun kalma tazminatının saptanmasında T.C. Emekli Sandığı'nca bağlanan gelirlerin indirilmemesi gerektiğine

b. Bedensel zarar

MADDE 54- Bedensel zararlar özellikle şunlardır:

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

⁶ 53/2 ve 3. maddesinde yer alan “*kayıplar*” sözcüğünün “*zararlar*”; maddenin de Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:

1. Cenaze giderleri. 2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesi sonucu oluşan zararlar. 3. Ölen kişinin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu nedenle uğradıkları zararlar.” olarak değiştirilmesi önerildi; öneriler kabul edilmedi; madde kabul edildi.

B) Cismani zarar halinde lazım gelen zarar ve ziyan

Madde 46- Cismani bir zarara düşer olan kimse külliyen veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevelliüt eden zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 46/1. maddesini karşılayan bedensel zararların düzenlendiği 54. maddenin tek fıkraya bağlı dört bentten oluştuğu; “*b. Cismanî zarar hâlinde lâzım gelen zarar ve ziyan*” kenar başlığının “*b. Bedensel zarar*” biçimine dönüştürüldüğü; Borçlar Yasası'nın 46/2. maddesi Tasarı'nın 74 üncü maddesinde düzenlendiğinden bu maddeye alınmadığı; metninde yapılan değişiklik, düzeltme ve arılaştırma dışında hüküm değişikliği olmadığı...

Adalet Komisyonu görüşmeleri⁷

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 54. maddesinde, redaksiyon yetkisi kapsamında kanun yapım tekniğine uygunluğun sağlanması amacıyla değişiklik yapılmıştır.

TBMM görüşmeleri⁸

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ; bedensel ve ruhsal tamlığın zarara uğratılmasının doğal sonucu olarak zarara uğrayan kişinin ekonomik geleceğinin sarsıldığına da bir olgu olarak kabul edilmesi gerektiği... çalışma gücünü hiç bir şekilde etkilememiş olmasına rağmen, zarara uğrayanın ekonomik ve mesleki alanda geleceğini, gelişmesini, ilerlemesini tehlikeye koyabileceği.... çalışma gücünden tamamıyla yararlanmasına engel olabileceği, kazancını etkileyebileceği... iş piyasasında, bedensel (fiziksel) yapısı tam olanın, sakat ve çirkin olanlara oranla iş bulma ve kazanç sağlama olanakları daha fazla olduğundan yüzü çirkinleşen kimselerin olağan uğraşları sırasında var olan çalışma güçlerinden yararlanmalarının, sağlıklı kişilerle rekabet etmelerinin zorlaşacağı... bazı mesleklerde güzelliğin, yüz ifadesinin önemi büyük olduğundan yüzünü bozan bir yara nedeniyle aslında çalışma gücü azalmamış, aynı mesleği yine de devam ettirmiş (yani mesleğin icrasına

7 “Özellikle” sözcüğü sınırlı sayıda değildir anlamına mı geldiği soruldu; komisyon başkanı; sınırlı sayıda olmadığını, vurgu olduğunu, benzetme yolu ile genişletilebileceğini söyledi... madde kabul edildi.

8 54/2. maddesinde yer alan “*kayıbı*” sözcüğü yerine “*zararı*”; 3. ve 4. bentlerinde yer alan “*kayıplar*” sözcüğü yerine “*zararlar*”; maddenin “*Bedensel zararlar özellikle şunlardır: 1. Tedavi giderleri. 2. Kazanç azalması. 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirmesinden doğan zararlar. 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar.*” biçiminde değiştirilmesi önerildi; öneriler kabul edilmedi; madde kabul edildi.

doğrudan doğruya engel olmamış) bulunmakla beraber, bu izler mesleğinde ilerlemesine engel ve dolayısıyla ekonomik geleceğinin sarsılmasına neden olmuş ise, çirkinleşme bile, eskiden tanınmış olan yüz şeklinin değişmesi yüzünden ekonomik geleceğinin sarsılabileceği ve bu nedenle tazminat isteyebileceği(17.03.1979/13013-4136)...

c. Belirlenmesi

MADDE 55- Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.⁹

9 01.10.2011'de yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Yasası Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev

MADDE 3- Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır.

TBMM

3. madde hakkında önerge verildi;

Vücut bütünlüğünün bozulması veya kişinin ölümünün temel insan hakkı olduğu gözetilerek...

a-"İnsan zararı"nın öznesi olan insan ve insan hakkı değerinin yargı yolları çatışmasından gördüğü etkilenmenin yok edilmesi ve bu yolla korunması, adil yargılanma hakkı ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin yaşama geçirilmesi amaçlamaktadır.

b-Askeri olsun veya olmasın her türlü idari işlem, eylem ve diğer sebeplerden kaynaklanan insan zararları (vücut bütünlüğünün kaybı, ölüm sebepleri ile iş göremezlik, destekten yoksun kalma, manevi tazminat talepleri) asliye hukuk mahkemelerinde görülebilecektir. İdari yargı diliyle "*tam yargı davalarının*" insan zararlarına ait bölümü, idari yargının görev alanından çıkarılmıştır. Örneğin bir askeri gemi ile ticaret gemisinin çarpışmasında gözünü yitiren bir asker, davasını AYİM'de değil, Asliye Hukuk Mahkemesinde açabilecektir.

c-Bu davalar, idare hukuku normlarına değil, özel hukuk normlarına bağlı olacaktır.

İş sözleşmesine aykırılıktan doğan tazminat davaları, (iş kazası, meslek hastalığı ve diğer sebeplere dayalı tazminatlar) iş mahkemelerinde görülmeye devam olunacaktır.

Adalet Komisyonu görüşmeleri: BAŞKAN-...55'in yerine ilave bir maddem var... Hükümet Tasarısı'nda yer almayan bu düzenleme Adalet Komisyonu'na verilen bir önerge ile getirildi

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 54. maddesinden sonra gelmek üzere Tasarıya **yeni bir 55.** madde eklenmesi önerildi...

“Ölüme ve vücut sakatlığına bağlı... destekten yoksun kalma ve iş göremezlik... zararların insan hakkı niteliğinde olması nedeniyle “İnsan Zararları” olarak kavramlaştırılabileceği... bu zararların hesabında Borçlar Yasası, özellikle yeni 49-52 maddeleri, diğer özel yasalar ve sorumluluk hukuku ilkelerinin gözetileceği... takdir temelinden daha çok, bağımsız bir yapı özelliği kazanmış hesaplamalara dayandığı... farklı uygulamaları yeknesaklaştırıcı yeni ve özel hükümler öngörüldüğü... tazminatın önleyici işlevi, insan hakkı karakteri, zarar vereni ödüllendirme sonucunu doğuracak yöntemlerden kaçınma ve sorumluluk hukukunun diğer ilkelerinin esas alındığı...

Sosyal güvenlik ödemelerinin denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesinin, sorumluluğu doğuran olaya yol açana rücu edilebilmesine bağlı olduğu... bir kural gereği rücu edilemeyen (emekli sandığı maaşı, malullük aylığı, ölüm sigortası aylığı) sosyal güvenlik ödemelerinin; teknik arıza, tam kaçınılmazlık ve benzeri ödemelerin; zarar görenin kusuruna (müterafik kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemelerinin, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışların, kısmi kaçınılmazlık ve teknik arıza hâlindeki ödemeler ile ifa amacını taşımayan, zarar veren yahut üçüncü kişi tarafından ödeme kastı dışındaki saiklerle yapılan (söz gelimi yardımlar ve benzerleri) diğer ödemelerin denkleştirme amacıyla indirilmeyeceği... indirilmesinin zarar vereni ödüllendirme anlamına geleceği... rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin, sorumluluk hukuku ile koruma altına alınan tazminatı ikame veya telafi fonksiyonları bulunmadığı...

Tazminata, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile yahut ifa amacı taşımayan diğer ödemelerle karşılanmayan zarar biçiminde bir yaklaşmanın tazminatın kaynağı ve işlevi ile bağdaşmayacağı... sorumluluk (tazminat) hukuku ile sosyal güvenlik hukuku arasında bir mahiyet farkı bulunduğu... rücu edilemeyen sosyal güvenlik hak ve ödemelerinin oluşmasında zarar verenin bir katkısı olmadığı... rücu edilen ödemelere nazaran zarar verenin mükerrer ödemede de bulunmadığı... rücu edilememe

Başkan- Önergeyi oylarınıza sunuyorum: Kabul edenler... Kabul etmeyenler... Önerge kabul edilmiştir. Kabul edilen bu önerge doğrultusunda 3'üncü maddeyi oylarınıza sunuyorum: Kabul edenler... Kabul etmeyenler... Kabul edilmiştir.

durumunda denkleştirmenin kurucu unsuru olarak illiyet bağı koşulunun da gerçekleşmediği... sorumluluk hukukunun önleyici (tenkil) karakteri ile de bağdaşmayacağından zarar görenin malvarlığına katılan böyle ödemelere, tazminat hakkını veya destek ilişkisini çökerten bir etki tanımamayacağı... yasa koyucunun bu tercihi ile farklı uygulamaları hak ekseninde bütünleştirdiği...

Tasarı'nın 49-52 hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanan insan zararı kökenli tazminata, hâkim, genel takdir hakkı (Medeni Yasa'nın 4) yahut hakkaniyet (818 sayılı Borçlar Yasası'nın 43) kurallarına dayanarak müdahale edemeyeceği... tazminatın azlığından bahisle takdirenden artırılmayacağı, çokluğundan bahisle takdirenden indirilemeyeceği... **zarar görenin hafif kusuru ile müzayakaya düşmenin (yoksullaşmanın) bir arada gerçekleşmiş olması (Tasarı 52/II, 818 sayılı Borçlar Yasası 44) hâli ve Tasarı'nın 52/I. maddesindeki özel hâller ile denkleştirme dışında, uygulamada adlandırıldığı şekliyle “çokluk indirimi/hakkaniyet indirimi yahut azlık artırımı/hakkaniyet artırımı” yolunun kapatıldığı...** yürürlükteki hukuka göre objektif veri ve ölçütler temelinde belirlenen tazminatın (hakkının), iktisadi görünümü itibarıyla ayrıca bir mülkiyet hakkı karakterinde olup İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 1 Nolu Ek protokolün 1. maddesi kapsamında özel koruma gördüğü (Anayasa 90)... yasaya ve hesaplama ilkelerine uygun olarak belirlenen ve denkleştirilen tazminata artırıcı veya azaltıcı yönde bir müdahalenin, bu hakkın ve nesafet hukukunun mahiyeti ile bağdaşmadığı... hesaplama sonunda tazminatın az veya çok çıkmasının, yargının yahut yargıcın sorunu olmadığı... tazminatın önleyici işlevinin, kriterlere ve verilere uygun olarak belirlenen sonuca (miktar), alacaklı ve borçlu dışında bir özne tarafından, bu hâkim de olsa, dokunulmamasına bağlı olduğu...

Vücut bütünlüğünün bozulmasına veya ölüme bağlı zararların idarenin sorumluluk sebeplerinden doğmuş olması hâlinde da bu Yasadaki düzenlemelerin uygulanacağı... teklifin insan zararlarında farklı hukuk düzenlemelerinden bütüncül bir düzenlemeye ve yargı birliğine geçme amacına yönelik ön adım niteliğinde olduğu...

Madde belirtilen gerekçeyle kabul edilmiş ve Tasarı'nın sonraki maddeleri buna göre teselsül ettirilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasının son cümlesinde öngörülen artırma veya azaltma yasağının, sorumluluk hukukunun öngördüğü hesaplama yöntemiyle ortaya çıkan miktarla ilgili olduğu... yöntemine göre belirlenen tazminatın çok az çıkması hâlinde artırılması, çok yüksek çıkması hâlinde azaltılması,

hâkimin bu yolla belirlenen miktara müdahale yetkisinin bulunmadığının vurgulandığı...

Bünyevi istidat, kaçınılmazlık, hatır taşınması gibi hesaplama yöntemiyle ilgili olmayan nedenlerin, hak ve adalet hukukunun gerekleri içinde elbette ki indirim nedenleri olduğu... bu hâllerde 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 43 (Tasarı 51) ve Medeni Yasa'nın 4. maddeleri kapsamında hakim takdir hakkı bulunduğu... düzenleme ile yöntemince belirlenen tazminatın miktarı esas alınarak, azlığı yahut çokluğuna dayalı bir takdir hakkı bulunmadığını vurgulamanın amaçlandığı... Yasa'nın, yüksek bir miktar içermesi hâlinde tazminattan indirim, borçluyu aşırı ekonomik zorluğa düşürmüş olması hâli ile sınırladığı... bunun da **borçlunun kusurunun hafif olması ve hak ve adaletin indirimi gerekli kılması** kurucu unsurunun gerçekleşmesine (818 sayılı Borçlar Yasası 44/2, Tasarı 52/2) bağlı olduğu... yoksullaşmaya dayalı indirim kuralının insan zararlarında da (m 55) uygulanacağı (m. 52/2)...

Bilirkişi raporlarının sorumluluk davalarındaki delil işlevi diğer davalar-dakinden farklı değildir. Hâkim tazminat hesabında temel alınan varsayımları, yöntemleri ve hesap işlemini denetleyebilir. Ayrıca tazminat hesabına ilişkin bilirkişi raporu, diğer davalarda olduğu gibi sorumluluk davalarında da hâkimi bağlamaz.

TBMM görüşmeleri¹⁰

Rücu edilemeyecek ödemeler

06.03.1978 ve 1978/1-3 sayılı YİBK Borçlar Yasası'nın 45/2. maddesine dayanılarak ölenin bakmakta olduğu veya ileride bakacağı sayılan kişilerin yoksun kaldıkları zararın, diğer bir deyişle destekten yoksun kalma tazminatının saptanmasında T.C. Emekli Sandığı'nca bağlanan gelirlerin indirilmemesi gerektiğine... 28.11.1979 gün 1977/4-1110 1979/1395 sayılı HGK iş kazasına bağlı olmayan haksız eylem sonucu

10 55/1. maddede yer alan “ve sorumluluk hukuku ilkelerine” sözcüklerinin madde metninden çıkarılması; “İfa amacını taşımayan ödemeler” sözcüklerinden önce gelmek üzere “zarar veren taraftan yapılan” sözcüklerinin yazılması; kenar başlığındaki “belirlenmesi” sözcüğü yerine “ölüm ve bedensel zararın belirlenmesi” sözcüklerinin yazılması; madde metninin de “Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre belirlenir. Kısmen veya tümüyle rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile zararı karşılama amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya ödence miktarından indirilemez. Belirlenen ödence, miktar esas alınarak hak ve adalete uygunluk düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz. Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer nedenlerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tümüyle yitirilmesi ya da kişinin ölümüne bağlı zararlarla ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.” biçiminde değiştirilmesi önerildi; önergeler kabul edilmedi; madde kabul edildi.

ölen sigortalının hak sahipleri tarafından açılan destekten yoksun kalma tazminatının kapsamının belirlenmesinde Sosyal Sigortalar Kurumu'nca 506 sayılı Yasa'nın 65 ve izleyen maddeleri uyarınca ölüm sigortası kolundan bağlanan dul ve yetim aylıklarının indirilmemesi gerektiğine... **17.01.2011 gün ve 10/10244-11/155 sayılı 4. HD 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Yasası'nda, bu Yasa uyarınca ölen memurun yakınlarına yapılan ödemelerin, ölüme neden olan haksız eylem sorumlusuna rücu edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, olaydan sonra anılan Yasa uyarınca yapılmış olan ödemeler hesaplanacak destekten yoksun kalma tazminatından indirilemeyeceği... 01.10.2008 günü yürürlüğe girmiş bulunan 5510 sayılı Sosyal Güvenlik ve Genel Sağlık Sigortası Yasası'nın 21/4. maddesinde bu tür ödemelerin haksız eylem sorumlusuna rücu edileceğine ilişkin düzenleme yapılmış ise de bu düzenlemenin 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğünden önceki ödemeleri de kapsayacağı öngörülmemiş olup yasaların geriye yürümemesi genel kural niteliğinde olduğundan... Emekli Sandığı tarafından yapılan ödemelerin indirilemeyeceği...**

5510 sayılı SOSYAL SİGORTALAR VE GENEL SAĞLIK SİGORTASI KANUNU

İş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık bakımından işverenin ve üçüncü kişilerin sorumluluğu

MADDE 21/4- İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücu edilir.

İfa amacını taşıyan ödemeler

2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Yasa'nın 'Nakdi tazminat ve aylığın etkisi' başlıklı 6. maddesi gereğince; 2330 sayılı Yasa gereğince ödenecek nakdi tazminat ile bağlanacak emekli aylığı uğranılan maddi ve manevi zararların karşılığıdır. Yargı yerlerinde maddi ve manevi zararlar karşılığı olarak kurumların ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında bu Yasa'ya göre ödenen nakdi tazminat ile bağlanmış bulunan aylıklar göz önünde tutulur. **manevi tazminatın teklifi ve bölünmezliği ilkesi gereğince manevi zarar karşılığı olarak istenebilecek manevi tazminat bölünerek istenemeyeceğinden uğranılan manevi zarar, nakdi tazminatın bir bölümü ile karşılandığından artık, aynı olay nedeniyle**

yeniden manevi tazminat istenemeyeceği (10.02.2010 gün ve 09/4089-10/1089)... maddi ve manevi tazminat tutarları (ayrı ayrı) belirlenip ödenen nakdi tazminat tutarından indirilerek kalan tutarın maddi tazminat olarak ödetilmesi gerektiği(15.06.2006 gün ve 06/4250-7298)... **2330 sayılı Yasa gereğince yapılan ve rücuya tabi olan ödemelerin hesaplanarak maddi tazminattan** (destekten yoksun kalma tazminatından) **indirilmesi gerektiği** (15.04.2008 gün ve 07/6368-08/52842)... ödemenin yapıldığı gün ile bilirkişi raporunun düzenlendiği gün arasında geçen süreye ilişkin yasal faizinin hesaplanması ve ana para ile birlikte tazminat tutarından indirilip denkleştirilmesi gerektiği (10.01.2007 gün ve 2007/10766-12136)...

d. Manevi tazminat

MADDE 56- 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.

C) Manevi tazminat

Madde 47- Hakim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namîyle adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 47. maddesinde, hâkimin, bir kimsenin hukuka aykırı olarak cismanî zarara uğraması veya ölmesi durumunda, zarar görene ya da ölenin ailesine "*adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebileceği*" öngörülmüştür. Tasarı'nın 55. (teselsül nedeniyle 56.) maddesinin birinci fıkrasında ise, bedensel bütünlüğün zedelenmesi durumunda, hâkimin, "*uygun bir miktar paranın manevî tazminat olarak ödenmesine karar verebileceği*" belirtilmiştir.

Tasarı'nın 55/2. maddesi, bedensel zararlara ilişkin olmak üzere, 818 sayılı Borçlar Yasası'nda yer verilmeyen, **yeni** bir hükümdür. Öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak, **hâkimin** sadece ölüm hâlinde değil, **ağır bedensel zararlarda da zarar görenin yakınlarına**, manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebileceği kabul edilmiştir. Ayrıca, 818 sayılı Borçlar Yasası'nda, ölüm hâlinde, "*ölünün ailesi*" yararına olmak üzere manevî tazminata karar

verilebileceği öngörüldüğü hâlde, Tasarıda “ölenin yakınları” yararına olmak üzere manevî tazminata karar verilebileceği belirtilerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 55. maddesi teselsül nedeniyle 56. madde olarak kabul edilmiş ve 56. maddenin başlığındaki “c” harfi “d” şeklinde değiştirilmiş ayrıca, madde hakkında aşağıdaki görüşler ifade edilmiştir.

Tasarı'nın manevi tazminat başlıklı 55. (teselsül eden 56.) maddesi, yürürlükteki yasada yer alan “*aile*” kavramını, içtihat, doktrin ve kaynak ülke uygulaması doğrultusunda “*yakınlar*” olarak düzenlemiştir. Ayrıca ağır bedensel zararlar, yürürlükteki madde hükmünün aksine yalnızca zarar gören için değil, doktrin ve içtihat doğrultusunda, zarar görenin yakınları için dahi manevi tazminat hakkı tanınmıştır. **‘Ağır bedensel zararın takdiri’nde, zarara uğrayan organların önemi, oluşan iş-görmezlik derecesinin oranı, uğranılan ruhsal zararın niteliği ve diğer durumlar gözetilecektir.**

“Yakın” kavramının belirlenmesinde, ölen yahut ağır bedensel zarara uğrayanla yakın olduğu iddia olunan kişi arasında düzenli ve yoğun bir ilişkinin ve olay sebebiyle bedellendirilebilecek ağır bir teessürün varlığı gözetilecektir.

Tasarı'nın kişilik hakkının zedelenmesi sebebiyle istenecek manevi tazminat hükmünün (Tasarım. 57) gerekçesinde öngörülen eşitlik **düşüncesi** bu Maddede düzenlenen manevi tazminatlar bakımından da geçerlidir. Tarafların sosyal ve ekonomik durumları, sıfat ve ihraz ettiği makamlar, ayrı bir takdiri kriter oluşturmaz. Burada aslolan insan ve insanın manevi değerleri soyutlamasıdır. Yoksula az, seçkine çok tazminat fikrinin manevi tazminat hukukunda yeri yoktur.

TBMM görüşmeleri¹¹

YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ; Tasarı'nın 56/2. maddesi ile getirilen düzenlemeden önce kişilik haklarının, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklar olduğu, kişilik haklarının sosyal ve duygusal kişilik değerlerini de içerdiğini gözeterek, kişinin bir yakınının yaralanmasının onun sosyal ve duygusal kişilik değerleri kapsamında olup olmadığını değerlendirip **sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin;** kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren, doğrudan doğruya kişiliğe bağlı olmayıp özellikle aile hukuku içinde yer alan ve **Borçlar Yasası'nın 49.** maddesindeki düzenleme gereğince, kişinin doğrudan kendisinin değil de karı, koca, ana, baba veya çocuklar gibi yakınlarının ağır yaralanması durumunda somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların kanıtlanması durumunda, aile birliği içinde korunması gereken değerler olduğu ve bunun zarar görmesinin manevi tazminat gerektirdiği sonucuna vardı...

Kafatasında kırık oluşup beyin kanaması ve yaşam tehlikesi geçirdiği... bacağındaki parçalı kırık nedeniyle birden fazla ameliyat olduğu anlaşılan kişinin eşi, annesi ve kardeşlerinin... kesici aletle boğazı keserek yaralananın çocuklarının... sosyal ve duygusal kişilik değerlerinin zarar gördüğü kabul edildi...

Ölünün ailesi: Borçlar Yasası'nın 47. maddesinde ölenin ailesinin de manevi tazminat isteyebileceğinin belirtildiği, maddedeki aile deyiminin yakınlar olarak anlaşılmalı gerektiği, bu konuda kan ya da sıhri hısımlık veya nafaka yükümlülüğüne ilişkin kuralların manevi tazminat isteyenin belirlenmesinde etkili olmadığı, ölen ile aralarında içsel ve gerçek bir duygu bağının varlığı ve ölüm nedeniyle beden ve ruh sağlığının sarsılmış olmasının yeterli olduğu, torunu ölen babaannenin beden ve ruh sağlığının sarsıldığı benimsenerek yararına manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği (01.07.2002 gün ve 02/4477-8714)... ölenin

11 56/1. maddede yer alan "zedelenmesi" sözcüğü yerine "saldırıya uğraması" sözcüğünün; "bedensel bütünlüğünün zedelenmesi" sözcükleri yerine "bedensel bütünlüğün saldırıya uğraması" sözcüklerinin; "ağır bedensel zarar" sözcükleri yerine "bedensel bütünlüğün ağır şekilde ihlal edilmesi" sözcüklerinin; "d. manevi tazminat" biçimindeki kenar başlığının, "manevi ödence", madde metninin de "Hâkim, bir kimse için bedensel bütünlüğünün saldırıya uğraması hâlinde olayın özelliklerini gözeterek zarar gören kişiye uygun bir miktar paranın manevi ödence olarak ödenmesine karar verebilir. Bedensel bütünlüğün ağır bir şekilde saldırıya uğraması veya ölüm hâlinde, zarar gören veya ölen kişinin yakınlarına da manevi ödence olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir."; "bedensel bütünlüğünün zedelenmesi" sözcükleri yerine "bedensel bütünlüğün saldırıya uğraması", "ağır bedensel zarar" yerine "bedensel bütünlüğün ağır şekilde ihlal edilmesi" sözcüklerinin yazılması önerildi; öneriler kabul edilmedi; madde kabul edildi.

teyze, hala, dayı ve amcalarından oluşan 14 kişinin yeğenlerinin ölümü nedeni ile manevi tazminat istedikler bir olayda; davacıların yeğenlerinin ölümü nedeniyle üzülmelerinin doğal olduğu ancak, manevi tazminat isteyebilmek için ölen ile aralarında içsel ve gerçek bir duygu bağının varlığı ve ölüm nedeniyle beden ve ruh sağlıklarının sarsılmış olduğu yönünde kanıt sunulup kanıtlanmadığı, aile kavramı çok geniş yorumlanarak ölen ile sık sık görüşmeleri ve aynı yerde oturmaları gibi gerekçelerle manevi tazminat takdir edilemeyeceği (17.11.2006 gün ve 06/12490-12432)... **geçici olarak amcası ve yengesinin yanında kalan 5 yaşındaki küçüğün yengesinin kucagında iken araç çarpması nedeniyle yaşamını yitirdiği olayda, amca ile yengenin ölen ile eylemli, gerçek bir bağlılık ve ilişkin içimde bulduklarının kanıtlandığı anlaşıldığından yenge ile amca yararına Borçlar Yasası'nın 47. maddesi gereğince, amaç ve niteliğine uygun tutarda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiğine** (20.04.2006 gün ve 05/6325-06/4651)... manevi tazminat, yalnız olay sırasında duyulan değil bütün yaşam boyu duyulacak elem ve çekilecek acıya karşılık takdir edildiği, ölüm gününde cenin durumunda olup sağ doğmakla ölenin ailesi sıfatını kazanın aile kavramının doğası gereği yaşamı boyunca babasının ölüm acısını duyacağı gözetilerek manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği(14.04.2008 gün ve 07/9453-08/5173)...

Ölünün ailesi sayılmayanlar; damadı, amcası

2. Haksız rekabet

MADDE 57- Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir.

Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.

2- Haksız rekabet

Madde 48- Yanlış ilanlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları gaip etmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir.

(Ek: 29.06.1956-6763/41 md.) Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında kullanılan “yanlış ilânlar” şeklindeki ibare, iletişim teknolojisinde meydana gelen gelişmeler göz önünde tutularak, Tasarıda “gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilânların yapılması” şekline dönüştürülerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 56. maddesi teselsül nedeniyle 57. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

TBMM görüşmeleri¹²

3. Kişilik hakkının zedelenmesi

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.

3- Şahsi menfaatlerin haleldar olması

Madde 49- (Değişik: 04.05.1988-3444/8. md.) 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.

¹² 57. maddenin “2. Haksız Rekabet MADDE 57- Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilânların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer eylemlerde bulunulması yüzünden müşterilerini yitirme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu eylemlere son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.” biçiminde değiştirilmesi; Türk Ticaret Yasası'nda zaten düzenlenmiş olup tacir olsun veya olmasın her olaya uygulanacağı gerekçesiyle tasarıdan çıkarılması önerildi; öneriler kabul edilmedi; madde kabul edildi.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 49. maddesini kısmen karşılayan Tasarı'nın iki fıkradan oluşan 57. maddesinde, kişilik hakkının zedelenmesinde manevî tazminatın düzenlendiği; kenar başlığında kullanılan “3. Şahsî menfaatlerin hâeldar olması” sözcüklerinin “**3. Kişilik hakkının zedelenmesi hâlinde**” olarak değiştirildiği; 04.05.1988 tarih ve 3444 sayılı Yasa ile eklenen **ikinci fıkrası** gereksiz görülerek, Tasarı'nın 57. maddesine **alınmadığı**; Gerçekten, 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 43. ve Tasarı'nın 51. maddeleri uyarınca, hâkim tazminat miktarını belirlerken, “*hâl ve mevkiin icabını/durumun gereğini*”, yani saldırının kişilik hakkı zedelenen kişinin manevî kişilik değerlerinde sebep olduğu eksilmeyi göz önünde tutmalıdır. Bu eksilmenin ise, sıfatı ve makamı daha yüksek ve ekonomik durumu daha iyi olan taraf bakımından çok, diğer taraf için az olduğu şeklinde bir kurala bağlanması yanlış olur. Bu nedenle, Tasarı'nın 57. maddesinde, hâkimin manevî tazminat miktarını belirlerken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alması gerektiğinin belirtilmesinde bir zorunluluk yoktur. Ayrıca, bunların maddede gereksiz yere tekrar edilmesi, herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine de aykırı görülmüştür.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 57. maddesi teselsül nedeniyle 58. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

TBMM görüşmeleri¹³

4. Ayırt etme gücünün geçici kaybı

MADDE 59- Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığı ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.

13 58. maddenin madde başlığının “*Kişilik hakkının ihlali*” olarak düzeltilmesi, 1. fıkrasında yer alan “*zedelenmesinden*” yerine “*ihlal edilmesinden*”, 2. fıkrasında yer alan “*bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir*” yerine, “*bu kararın basın yoluyla yayımlanmasına hükmedebilir*”, sözcüklerinin yazılması, maddeye “*kişilik hakkının ağır bir şekilde ihlal edilmesi hâlinde, zarar görenin yakınları da yukarıdaki taleplerde bulunabilirler.*” biçiminde 3. fıkra eklenmesi; “*kişilik hakkının zedelenmesi*” yerine “*kişilik hakkının saldırıya uğraması*” sözcüklerinin yazılması, madde metninin de “*Madde 58- Kişilik hakkının saldırıya uğramasından zarar gören kişi, uğradığı manevî zarara karşılık manevî ödence olarak bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Hâkim, bu ödencenin ödenmesi yerine, başka bir giderim şekli kararlaştırabilir veya bunu ödenceye ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın basın yoluyla ilanına hükmedebilir.*” biçiminde değiştirilmesi önerildi; önerge kabul edilmedi; madde kabul edildi.

(B) TEMYİZ KUDRETİNİ HAİZ OLMAYANLARIN MESULİYETİ

Madde 54- (Hakkaniyet iktiza ediyorsa hakim, temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mahkum eder. 65. madde olarak ayrıca düzenlendi)

Temyiz kudretini muvakkaten ızaa eden kimse, bu halde iken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadar ki kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğunu ispat eder ise mesul olmaz.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 54. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan 58. maddesinde, ayırt etme gücünün geçici kaybı hâlinde verilen zarardan sorumluluğun düzenlendiği; kenar başlığı "*B. Temyiz kudretini haiz olmayanların mes'uliyeti*" "**4. Ayırt etme gücünün geçici kaybı**" dönüştürüldüğü; ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişinin, örneğin ayırt etme gücünü geçici olarak kaybedecek ölçüde sarhoş olan veya uyuşturucu madde kullanan bir kişi, bu sırada sebep olduğu zararları gidermekle yükümlü olduğu; ancak, bu durumda bulunan kişi, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmesinde kendi kusurunun bulunmadığını, örneğin içeceğine uyuşturucu madde konulduğunu veya istemediği hâlde korkutularak içki içmeye zorlandığını kanıtlarsa sorumluluktan kurtulacağı, arılaştırma dışında, değişikliği olmadığı...

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 58. maddesi teselsül nedeniyle 59. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

TBMM görüşmeleri¹⁴

V. Sorumluluk sebeplerinin çokluğu

1. Sebeplerin yarışması

MADDE 60- Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.

Tasarı gerekçesinde; sorumluluk sebeplerinin yarışması düzenlendiği Tasarı'nın 59. (teselsül nedeniyle 60.) maddesinin 818 sayılı Borçlar

¹⁴ 59. madde metninin "*Madde 59- Kendi kusurlu davranışı ile ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür.*" olarak; kenar başlığındaki "*Ayırt etme gücünün geçici kaybı hâlinde sorumluluk*", madde metninin de; "*Madde 59- Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığı kanıtlarsa sorumluluktan kurtulur.*" biçiminde değiştirilmesi önerildi; öneriler kabul edilmedi; madde kabul edildi.

Yasası'nda yer verilmeyen, “*V. Sorumluluk sebeplerinin çokluğu/1. Sebeplerin yarışması*” kenar başlıklı yeni bir madde olduğu; öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak, bir kişinin sorumluluğunun birden çok hukukî sebebe dayandırılabilmesi durumunda, hâkimin, kanunda aksine bir hüküm yoksa zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesinin öngörüldüğü...

Adalet Komisyonu Raporu: Alt Komisyonca, Tasarı'nın 59. maddesinin birinci fıkrasında geçen “*dayandırılabiliriyorsa; hâkim,*” şeklindeki ibarede “*dayandırılabiliriyorsa*” ibaresinden sonra konulmuş olan noktalı virgül işareti gereksiz görüldüğünden kaldırılmış, Komisyonumuzca da tazminat hakkı ve yarışan sebepleri seçme üzerinde tasarruf hakkı zarar görene veya hâleflerine ait olması gerektiğinden, “*hâkim,*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya*” ibaresi eklenmiş ve madde teselsül nedeniyle 60. madde olarak kabul edilmiştir.

TBMM görüşmeleri¹⁵

YARGITAY HGK; su abonesi olanın kaçak su tüketimi nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesi amacıyla başlatılan ilamsız icra takibine itirazın iptaline ilişkin davada yerel mahkeme, kaçak su tüketiminin haksız eylem niteliğinde olduğu, takibin başlatıldığı gün bir yıllık **zamanaşımı** süresinin geçtiği gerekçesiyle, istemi reddetti... **Daire;** kaçak su kullanımı aynı zamanda sözleşmeye aykırılık da oluşturduğundan zamanaşımı süresi Borçlar Yasası'nın 125. maddesine göre 10 yıl olup dava açıldığı günde bu süre dolmadığından işin esası incelenerek... bozma... yerel mahkeme direndi... **HGK;** sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız eylem (sözleşme dışı) sorumluluğunun birlikte bulunması nedeniyle, **dava hakkı bakımından hakların yarışmasının** söz konusu olduğu... haksız fiil eylem, aynı zamanda taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine aykırısı ise, zarar görenin sözleşme ilişkisine dayanarak zararının tazminini isteyebileceği gibi zararını haksız eyleme dayanarak da isteyebileceği... haksız eylemlerde kusurun ispatı zarar görene/davacıya ait olduğu halde, sözleşmeden doğan sorumlulukta kusurun varlığı karine olarak

15 60. maddede yer alan “*bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa*” yerine, “*bir kişi çeşitli sebeplere göre sorumlu olması halinde*”, “*Giderim*” yerine “*tazmin*” sözcüklerinin yazılması; kenar başlığının “*V. Sorumluluk nedenlerinin çokluğu 1. nedenlerin yarışması hali*”, madde metninin de Madde 60- Bir kişi, değişik nedenlerle sorumlu tutulabiliriyorsa ve zarar gören kişi aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, hakim, zarar gören kişiye en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk nedenlerine göre karar verir.” biçiminde; 60. maddede yer alan “*bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa*” yerine, “*bir kişi çeşitli sebeplere göre sorumlu olması halinde*”, “*Giderim*” yerine “*tazmin*” sözcüklerinin yazılması önerildi; önerge kabul edilmedi; madde kabul edildi.

kabul edildiğinden zarar gören/davacının sadece davalı/borçlu ile arasında sözleşme bulunduğunu kanıtlamakla yetineceği... sözleşmeye dayanan dava zamanaşımı süresinin haksız eyleme dayanan dava zamanaşımı süresinden daha uzun (BK m 60, m 125-126) olduğu... Zamanaşımı başlangıcına ilişkin genel hüküm niteliğindeki BK 128. maddesine göre, zamanaşımının alacağın muaccel olduğu tarihte başlayacağı, “*muacceliyet*” kavramı, alacaklı tarafından talep ve dava edilebilir hale gelmiş olma anlamını taşıdığından, öncelikle doğmuş bir alacağın varlığı gerektiği... Zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için, alacaklının talepte bulunma hakkının varlığını veya bunun muacceliyet kazandığını öğrenmesinin şart olmadığı... Yasa'nın; haksız fiil, haksız iktisap gibi durumlarda, anılan kurala önemli istisnalar getirmiş ve zamanaşımı süresinin başlamasını sübjektif bir unsura; alacaklının belirli olguları öğrenmiş bulunması koşuluna bağladığı... **hakların yarışması halinde, davacı zarar görenin bir akdi ilişkiye dayanmasında kendisi yönünden yarar bulunduğu gibi; yarışan iki haktan daha düşük hukuki değer karşısında üstün hukuki değere üstünlük verilmesi gerektiği...** Davacı idare tarafından düzenlenen kaçak su tutanakları ve diğer yazışmalarda davalının aboneliği belirtildiği gibi, dava dilekçesinde yine, davalının aboneliğine dayanıldığı... Taraflar arasında kurulan abonelik ilişkisinin, sözleşme niteliğinde olup davacının bu sözleşme ilişkisine dayanarak zararının tazminini talep ettiği açık olduğundan... sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluğun; haksız fiil kullarına göre değil, sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi ve zamanaşımı süre ve başlangıcının buna göre belirlenmesi gerektiği... Yerel mahkemece, alacağın Borçlar Yasası'nın 125. maddesi uyarınca on yıllık zamanaşımına tabi bulunduğu ve dava tarihi itibarıyla zamanaşımının dolmadığı göz önünde tutularak... Daire'nin bozma kararına uyulup işin esasının incelenmesi gerektiği... direnme kararının bozulmasına (11.11.2009 gün ve 09/13-461, 09/495)... davanın, alacaklı/idare tarafından, taraflar arasındaki abonelik ilişkisine rağmen davalının sözleşme konusu saat dışında bir bağlantı kullanıp kaçak su tükettiğinin saptandığı, idare zararın alınması amacıyla başlatılan icra takibine itirazın iptalinin istendiği... davalının taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunduğundan davaya Tüketici Mahkemesinde bakılması gerektiğini ileri sürdüğü, yerel mahkemece uyumsuzluğun haksız eylemden kaynaklandığı gerekçesiyle **görevli** olduğunu kabul edilip işin esasının incelenip istemin bir bölümünün kabul edildiği... tarafların temyizi üzerine **Dairece**, davalının temyiz itirazlarının kabulü ile kararın, taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunduğundan davaya bakmaya Tüketici Mahkemesinin görevli olduğu belirtilerek kararın bozulduğu... yerel mahkemece önceki kararda direnildiği... **HGK**; önceki karardaki gibi

sözleşme ile haksız eylemi karşılaştırdıkta sonra... dava konusu olayda... kaçak su tutanaklarının düzenlendiği tarihten önce... taraflar arasında ... kurulan sözleşme ile abonelik ilişkisi başlatılıp abonelik kurulduğu... dava dilekçesinde ve davalının cevap dilekçesinde de davalının aboneliğinin varlığına işaret edilip davalının... da... bu ilişki nedeniyle davaya bakma görevinin tüketici mahkemesine ait olduğu belirtip... görevsizlik kararı verilmesini... istediği... taraflar arasında kurulan abonelik ilişkisi, sözleşme niteliğinde olduğundan davacının bu sözleşme ilişkisine dayanarak ve akde aykırılık iddiasıyla zararının tazminini talep ettiğinin kabulü gerektiği... sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın; haksız fiil kurallarına göre değil, sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği... Taraflar arasındaki uyuşmazlığın Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasa kapsamında kaldığı... Daire bozma kararına uyulup davaya bakma görevinin Tüketici Mahkemesine ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gerekçesiyle(16.06.2010 gün ve 2010/13-232, 1/316)...

2. Müteselsil sorumluluk

a. Dış ilişkide

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

VI- Müteselsil mesuliyet

1- Haksız fiil halinde

Madde 50- Birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ika ettikleri takdirde müşevvik ile asıl fail ve fer'an methali olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar...

Yataklık eden kimse, vaki olan kardan hisse almadıkça yahut iştirakiyle bir zarara sebebiyet vermedikçe mesul olmaz.

2- Muhtelif sebeplerin içtimaı halinde

Madde 51- Müteaddit kimseler muhtelif sebeplere (haksız muamele, akit, kanun) binaen mesul oldukları takdirde haklarında, birlikte bir zarar vukuuna sebebiyet veren kimseler hakkındaki hükümlere göre muamele olunur.

Kaideten haksız bir fiili ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse en evvel, tarafından bata vaki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen mesul olan kimse en sonra, zaman ile mükellef olur.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 50. maddesi ile 51/1. maddesini karşıladığı belirtilen 60. maddesinde, müteselsil sorumluluğun dış ilişki bakımından düzenlendiği; kenar başlığında kullanılan "*VI. Müteselsil mesuliyet/1. Haksız fiil hâlinde*" sözcüklerinin "**2. Müteselsil sorumluluk/a. Dış ilişkide**" olarak değiştirildiği; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 51/1. maddesindeki hâl için "*eksik teselsül*", 50. maddesindeki hâl için de "*tam teselsül*" ayırımının öğretilde eleştirildiği göz önünde tutularak Tasarıda bu ayırıma yer verilmediği; ikili teselsül sistemi terk edilip iki teselsül durumunun bir bütün olarak değerlendirildiği... 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 50/1. maddesinde kullanılan "*müşevvik ile asıl fail ve fer'an methali olanlar, tefrik edilmeksizin*" biçimindeki düzenlemenin, ceza hukuku kavramlarını içermesi nedeniyle alınmadığı, birden çok kişinin bir zarara birlikte sebep oldukları veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu buldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin düzenlemenin uygulanacağını belirtildiği...

Müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirdiğinden, müteselsil sorumluların birbirlerine rücu haklarına ilişkin 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 50/1. maddesinin ikinci cümlesinin 60. maddeye alınmayıp 61. maddede ayrıca düzenlendiği...

Yataklık eden kimsenin sorumluluğuna ilişkin 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 50. maddesinin ikinci fıkrası gereksiz görüldüğünden Tasarıda yer verilmediği...

Müteselsil sorumluların yükümlü tutulacakları tazminat miktarının üst sınırına ilişkin **Tasarı'nın 60. maddesinin ikinci fıkrası**, 818 sayılı Borçlar Yasası'nda yer verilmeyen yeni bir hükümdür. Söz konusu hükme göre, **her bir müteselsil sorumlunun yükümlü tutulacağı tazminat miktarı, tek başına sorumlu olması durumunda yükümlü tutulacağı tazminat miktarından fazla olamaz.** Bu yeni düzenlemeyle, müteselsil sorumlulardan her birinin, kendisi yönünden tazminatın azaltılmasını gerektiren nedenlerin, dış ilişkide göz önünde tutulmasının hakkaniyete uygun olacağı kabul edilmiştir. Böylece, her bir müteselsil sorumlunun kendisi yönünden tazminatın azaltılmasını gerektiren nedenleri, sadece iç ilişkide diğer sorumlulara karşı ileri sürmesi yerine, bunu dış ilişkide zarar görene karşı da ileri sürme olanağı sağlanmıştır.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 60. maddesinin son fıkrası, zincirleme sorumluluğun hukuki yapısına ilk bakışta aykırı görüldüğü ve uygulamada sorun doğurmaya elverişli bulunduğu için madde metninden çıkarılmış, madde teselsül nedeniyle 61. madde olarak kabul edilmiş ve madde hakkında aşağıdaki görüşler ifade edilmiştir.

Tasarı'nın 60. maddesi, birden çok kişinin birlikte zarar vermeleri hâlinde “paylaşımli” sorumluluğu esas almıştır (m. 60/II). Oysa birlikte zarar verenlerin sorumluluğunu düzenleyen tüm hükümler, zarar verenlerin birlikte sorumlulukları/müteselsil borçluluk esası üzerinde kuruludur (Türk Medenî Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Çevre Kanunu ve diğerleri). Mukayeseli hukuk, özellikle Avrupa Birliği hukuku da aynı ilkeyi benimsemiştir. Öte yandan Tasarı'nın esin kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısındaki paylaşım dayalı model, İsviçre’de kabul görmemiştir.

İllyet bağı var olmak şartı ile zarar göreni, zarar verenlerin iç-ilişisine mahkum etmek, sorumluluk hukukunun temellerinden olan zarar göreni koruma ilkesiyle bağdaşmaz. İç-ilişkideki paylaşım kriterleri (örneğin kusur derecelendirmesi), her zaman nesnel ve gerçeği yansıtan veriler içermez. Aslolan illyet bağının varlığı ve eylemin birlikteliğidir. ...komisyon üyelerinden bazılarınca öne sürülen “*hakkaniyetle bağdaşmazlık*” argümanını telafi eden koruyucu hüküm yürürlükteki hukukumuzda ve Tasarıda yer almaktadır. Buna göre, **tazminatın miktarı, zarar göreni yoksulluğa düşürecek boyutta ise, kusurunun hafif olması ve hakkaniyetin gerekli kılması hâlinde bu borçlu yönünden tazminat indirilebilecektir (818 sayılı BK. m. 44/II, Tasarı, m.55).**

Kuşkusuz bu durum, koşulların lehine gerçekleştiği borçlunun ancak yararlanabileceği (kişi ile sınırlı etki doğuran) ve diğer borçluların sorumluluğunu etkilemeyen şahsi bir defi (kişisel savunma) oluşturur (818 sayılı BK.m.143, Tasarı m.163). Ayrıca müteselsil sorumluluğun, sorumluluk sigortasını teşvik edici bir işlevi de vardır. Belirtilen nedenlerle müteselsil sorumluluğu tasfiyeye yönelik hüküm metinden çıkarılmıştır.

b. İç ilişkide

MADDE 62- Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur.

Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.

VI- Müteselsil mesuliyet

1- Haksız fiil halinde

Madde 50- ... Hakim, bunların birbiri aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şumulünün derecesini tayin eder.

2- Muhtelif sebeplerin içtimai halinde

Madde 51- ...

Kaideten haksız bir fiili ile zarara sebebiyet vermiş olan kimse en evvel, tarafından hata vaki olmamış ve üzerine borç alınmamış olduğu halde kanunen mesul olan kimse en sonra, zaman ile mükellef olur.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 50. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile 51. maddesinin ikinci fıkrasını kısmen karşılaştığı belirtilen Tasarı'nın 61. maddesinde, müteselsil sorumluluğun iç ilişki bakımından düzenlendiği... "2. Muhtelif sebeplerin içtimai hâlinde" kenar başlığının "**b. İç ilişkide**" olarak değiştirildiği... Tasarı'nın 61. maddesinin **birinci fıkrasında**, tazminatın aynı zarardan sorumlu olan müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşulların, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunun göz önünde tutulmasının öngörüldüğü... **ikinci fıkrasında**, aynı zarardan sorumlu olan bir müteselsil borçlunun, tazminatın birinci fıkraya göre belirlenecek olan kendi payına düşeninden fazlasını ödemesi durumunda, bu fazla ödemesi için diğer müteselsil sorumlulara karşı, zarar görenin haklarına halef olan kişi sıfatıyla rücu hakkının bulunduğu belirtilmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında, aynı zarardan değişik hukukî sebeplerle (haksız fiil, sözleşme, kanun) sorumlu tutulan kişilerin sorumluluklarının, aynı zarara birden çok kişinin birlikte sebep olmasına ilişkin hükümlere göre belirleneceği düzenlenmiştir. Ancak, aynı düzenleme, Tasarı'nın 60. maddesinin birinci fıkrasında yapıldığı için, söz konusu fıkra, Tasarı'nın 61. maddesine alınmamıştır.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında ise, aynı zarardan değişik hukukî sebeplerle sorumlu olan kişilerin, birbirlerine hangi sıraya göre rücu edebilecekleri düzenlenmiştir. Tasarı'nın 61. maddesinin birinci fıkrasında, aynı zarara birlikte sebep olanlar veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu bulunanlar arasında, tazminatın nasıl ve hangi esaslara göre paylaştırılacağı; müteselsil sorumluların birbirlerine ne zaman

ve hangi ölçüde başvurma hakkına sahip olacakları düzenlendiği için, rücu sırasına ilişkin 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası da, Tasarı'nın 61. maddesine aynen alınmamıştır.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 61. maddesi teselsül nedeniyle 62. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

VI. Hukuka aykırılığı kaldıran hâller

1. Genel olarak

MADDE 63- Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz.

Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nda yer verilmeyen “*VI. Hukuka aykırılığı kaldıran hâller/1. Genel olarak*” kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarı'nın iki fıkradan oluşan 62. maddesinde, hukuka aykırılığı kaldıran hâller düzenlenmektedir.

Maddenin **birinci fıkrasında**, öğretisi ve uygulamada da kabul edildiği gibi, yasal bir yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiilin, zarara sebep olması durumunda bile, hukuka aykırı sayılmayacağı öngörülmektedir.

Maddenin **ikinci fıkrasında** da, zarar görenin geçerli bir rızasının bulunması, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma (meşru müdafaa) niteliği taşıması, yetkili kamu organlarının zamanında müdahalesini sağlayamayacak olan kişinin hakkını kendi gücüyle koruması ve zorunluluk hâllerinde de fiilin hukuka aykırı sayılmayacağı belirtilmektedir.

Maddede sayılan hukuka aykırılığı kaldıran hâllerin sorumluluk doğurup doğurmadıkları, Tasarı'nın 63. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir.

Adalet Komisyonu görüşmeleri¹⁶

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 62. maddesi teselsül nedeniyle 63. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

2. Sorumluluk

MADDE 64- Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.

Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.

VII- Meşru müdafaa, ıztırar ve kendi hakkını vikaye için kuvvet kullanılması

Madde 52- Meşru müdafaa halinde mütecevizin şahsına veya mallarına yapılan zarardan dolayı tazminat lazım gelmez.

Kendisini veya diğerini zarardan yahut derhal vuku bulacak bir tehlikeden vikaye için başkasının mallarına halel iras eden kimsenin borçlu olduğu tazminat miktarını hakim, hakkaniyete tevfikân tayin eder.

Kendi hakkını vikaye için cebri kuvvete müracaat eden kimse hal ve mevki nazaran zamanında hükümetin müdahalesi temin edilemediği yahut hakkının ziyaa uğramasını yahut hakkının kullanılması hususunun pek çok müşkül olmasını meni için başka vasıtalar mevcut olmadığı takdirde, bir güne tazminat itasıyle mükellef olmaz.

Tasarı gerekçesinde; Madde 63- 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 52. maddesini karşılamaktadır. Tasarı'nın üç fıkradan oluşan 63. maddesinde, hukuka aykırılığı kaldıran hâllerde sorumluluk düzenlenmektedir.

16 BAŞKAN- ...kategoride "Hukuka uygunluk nedenleri" diyoruz hem ceza hukukunda suçun unsurlarında hem de haksız eylem hukukunda... o terim de var.. Hukuka uygunluk nedenlerine ne (diyorsunuz)

PROF. DR. NEVZAT KOÇ- ...hukuka aykırılık haksız fiilin bir unsurudur... burada, bu unsurun gerçekleşmediği durumlar sayılıyor... aynı zamanda hukuka uygunluk sebepleridir... haksız fiil hukuku bakımından "Hukuka aykırılığı kaldıran sebepler, hâller" denilmesi unsur itibarıyla doğrudur...

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 52. maddesinin kenar başlığında kullanılan “VII. Meşru müdafaa, ıztırar ve kendi hakkını vikaye için kuvvet kullanılması” ibaresi Tasarıda “**3. Sorumluluk**” şekline dönüştürülmüştür.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 52. maddesinin ikinci fıkrasında, “*kendisini veya diğerini zarardan yahut derhâl vuku bulacak bir tehlikeden vikaye için*” şeklindeki ibare, Tasarıda “**kendisini veya bir başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için...**” şeklinde ifade edilmiştir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 52. maddesinin üçüncü fıkrasında kullanılan “*hükümetin müdahalesi*” şeklindeki ibare, Tasarı'nın 63. maddesinin üçüncü fıkrasında “**kolluk gücünün yardımını**” şeklinde değiştirilmiştir. Sistemantik yapısı ile metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Yasası'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 63. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*saldırana*” ibaresi, insan varlığının diğer varlıklardan üstünlüğüne vurgu amacıyla, “*saldıranın şahsına*” şeklinde değiştirilmiş ve madde teselsül nedeniyle 64. madde olarak kabul edilmiştir.

B. Kusursuz sorumluluk

I. Hakkaniyet sorumluluğu

MADDE 65- Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.

(B) TEMYİZ KUDRETİNİ HAİZ OLMAYANLARIN MESULİYETİ

Madde 54- Hakkaniyet iktiza ediyorsa hakim, temyiz kudretini haiz olmayan kimseyi ika ettiği zararın tamamen yahut kısmen tazminine mahkûm eder.

(Temyiz kudretini muvakkaten ızaa eden kimse, bu halde iken yapmış olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadar ki kendi kusuru olmaksızın ika edilmiş olduğunu ispat eder ise mesul olmaz. 59. madde olarak ayrıca düzenlendi)

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 54. maddesini kısmen karşılayan “**B. Kusursuz sorumluluk/I. Hakkaniyet sorumluluğu**” kenar başlıklı yeni bir madde olup kusursuz sorumluluk hâllerinden biri olan hakkaniyet sorumluluğunu düzenlediği... 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 54. maddesinin kenar başlığında kullanılan “*B. Temyiz Kudretini Haiz*

Olmayanların Mesuliyeti”nin “*B. Kusursuz sorumluluk/I. Hakkaniyet sorumluluğu*” olarak değiştirildiği...

818 sayılı Borçlar Yasası’nın 41 ve devamındaki maddelerinde de kusura dayanan sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu) yanında kusursuz sorumluluk düzenlendiği hâlde, “**kusursuz sorumluluk**” kenar başlığı kullanılmamıştır. Tasarı’nın 64. maddesinin kenar başlığında kullanılan “*B. Kusursuz sorumluluk*” ibaresiyle, bu sistematik eksiklik giderilmektedir.

Maddenin **birinci fıkrası**nda, tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkimin, zarar verenin kusuru olmasa bile, sebep olduğu zararın uygun şekilde giderilmesine karar verebileceği öngörülmektedir. Böylece, 818 sayılı Borçlar Yasası’nın 54. maddesinde sadece ayırt etme gücünden yoksun olanların (yani kusurlu olmaları söz konusu edilemeyecek kişilerin) hakkaniyet sorumluluğuna tâbi oldukları şeklindeki düzenlemenin kapsamı genişletilmiştir. Ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte kusuru olmaksızın başkalarına zarar verenlerin de, hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu tutulmaları zorunlu görülmüştür.

Aynı maddenin **ikinci fıkrası**, 818 sayılı Borçlar Yasası’nın 54. maddesinin birinci fıkrasını karşılamaktadır. Ayırt etme gücü olmayanların verdikleri zararlar için de, Tasarı’nın hakkaniyet sorumluluğuna ilişkin 64. maddesinin ilk fıkrasının uygulanacağı belirtilmiştir. Buna karşılık, ayırt etme gücünün geçici olarak kaybedildiği sırada verilen zararlardan sorumluluğa ilişkin 818 sayılı Borçlar Yasası’nın 54. maddesinin ikinci fıkrası, Tasarı’nın 58. maddesinde, “*4. Ayırt etme gücünün geçici kaybı*” başlığı altında, ayrıca düzenlendiği için, bu maddeyle alınmamıştır.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı’nın 64. maddesindeki, kusur sorumluluğunun içinin boşalacağı, hukuk güvenliğine aykırı ve belirsiz bir sorumluluk alanının üretileceği, kusursuz sorumluluğun somut sebepler temelinde yasayla düzenlenmesi gerektiği, genel bir hakkaniyet sorumluluğunun benimsemeyeceği gerekçesiyle bu sorumluluğa vücut veren genel düzenlemeyi Komisyon, Tasarı metninden çıkarmış (Tasarı m.64/I) ve madde teselsül nedeniyle 65. madde olarak kabul edilmiştir.

II. Özen sorumluluğu

1. Adam çalıştırmanın sorumluluğu

MADDE 66- Adam çalıştırın, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.

(C) İSTİHDAM EDENLERİN MESULİYETİ

Madde 55- Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri esnada yaptıkları zarardan mesuldür. Şu kadar ki böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını ispat ederse mesul olmaz.

İstihdam eden kimsenin, zamin olduğu şey ile zararı ika eden şahsa karşı rücu hakkı vardır.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 55. maddesini karşılayan Tasarı'nın dört fıkradan oluşan 65. (teselsül nedeniyle 66.) maddesinde, adam çalıştıranın sorumluluğunun düzenlendiği... kenar başlığındaki "C. İstihdam edenlerin mesuliyeti" yerine "**II. Özen sorumluluğu/1.Adam çalıştıranın sorumluluğu**" sözlerine yer verildiği... "istihdam eden" yerine "**adam çalıştıran**"; "maiyetinde istihdam ettiği kimseler ve amele" yerine "**çalışan**"...

Gözetimleri altındaki kişiler üzerinde, objektif özen gösterme borcuna aykırılıktan doğan sorumluluğa ilişkin Tasarı'nın 65. maddesinin **ikinci fıkrasında** da, 818 sayılı Borçlar Yasası'nda olduğu gibi, sorumluluktan kurtuluş kanıtına yer verilmiştir. 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 55. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, ayrı bir kurtuluş kanıtı olarak düzenlenmiş görünen "*yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını ispat ederse mesul olmaz.*" şeklindeki hüküm, nedensellik bağının kesilmesi ile ilgili olduğu göz önünde tutularak, madde metnine alınmamıştır.

818 sayılı Borçlar Yasası'nda yer verilmeyen **üçüncü fıkrasında** ise, **sahibi olduğu işletmede adam çalıştıranın, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat edemezse, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlü olduğu**

öngörülmüştür. Böylece, **işletmesinde zararın doğmasını önlemeye elverişli bir çalışma düzeni** kurduğunu ispat edemeyen adam çalıştıranların, Tasarı'nın 65. maddesinin ikinci fıkrasından yararlanamayacakları kabul edilmiş olmaktadır. Bu yeni düzenleme, uygulama ve öğretide savunulan görüşü yansıtmış olmaktadır.

Maddenin son fıkrasında, çalıştıranın zararı vermiş olan çalışana rücu hakkı düzenlenmektedir. Ancak, rücu hakkının kapsamı zararı vermiş olan çalışanın bizzat sorumlu tutulacağı miktarla sınırlandırılmıştır.

Adalet Komisyonu görüşmeleri¹⁷

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 65. maddesi teselsül nedeniyle 66. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

2. Hayvan bulunduranın sorumluluğu

a. Giderim yükümlülüğü

MADDE 67- Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.

Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır.

(D) HAYVANLAR TARAFINDAN YAPILAN ZARARDAN MESULİYET

I- Zarar ve ziyan

Madde 56- Bir hayvan tarafından yapılan zararı o hayvan kimin idaresinde ise o kimse hal ve maslahatın icabettiği bütün dikkat ve itinayı yaptığını yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamıyacağını ispat etmedikçe tazmine mecburdur.

Bu surette eğer hayvan diğer bir şahıs yahut diğer bir şahsa ait olan hayvan tarafından ürkütülmüş olur ise bu kimse onlara rücu edebilir.

17 PROF. DR. NEVZAT KOÇ- ...bir işletmede adam çalıştıran işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Böylece, adam çalıştıran işletmesinin organizasyonunun düzenli bir şekilde zarara meydan vermeyecek şekilde olduğunu ispat yükü altında tutulmaktadır... adam çalıştıran işte ben çalışanı seçerken, işimle ilgili talimat verirken her türlü gözetimi, denetimi yaptım deyip de sorumluluktan kurtulmasını diye biraz bunun işletme sahibinin sorumluluğu daha artıran, özen sorumluluğunu artıran bir hükümdür.

Tasarı gerekçesinde; hayvan bulduranın giderim yükümlülüğü düzenlendiği 67. maddenin 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 56. maddesini karşıladığı... kenar başlığında kullanılan “*D. Hayvanlar tarafından yapılan zarardan mesuliyet/1. Zarar ve ziyan*” Tasarıda “**2. Hayvan bulduranın sorumluluğu/a. Giderim yükümlülüğü**”...

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 56. maddesi, “*bir hayvan tarafından yapılan zarar*” ile “*sorumluluktan kurtulma olanağı*” birinci fıkrada ve birlikte düzenlendiği için, iki fıkradan oluştuğu hâlde, Tasarı'nın 66. maddesi, **bu iki durumun ayrı** fıkralarda düzenlenmesi nedeniyle üç fıkradan oluşmaktadır.

Tasarı'nın 66. maddesinin **birinci fıkrasında**, bir hayvanın bakım ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişinin, kural olarak hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Böylece, 818 sayılı Borçlar Yasası'ndan farklı olarak, “*hayvan buldurma*” kavramına açıklık kazandırılmıştır.

Maddenin **ikinci fıkrasında**, bir olağan sebep sorumluluğuna tâbi olan hayvan bulduranın, objektif özen borcunu yerine getirdiğini ispat ettiği takdirde, sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmiştir. 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında, ayrı bir kurtuluş kanıtı olarak düzenlenmiş görünen “*yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mâni olamayacağını ispat etmedikçe tazmine mecburdur.*” şeklindeki hüküm, nedensellik bağının kesilmesi ile ilgili olduğu göz önünde tutularak, madde metnine alınmamıştır.

Maddenin son fıkrasında da, bir başkası veya başkasına ait bir hayvan tarafından ürkütülmüş hayvanın verdiği zarardan sorumlu olan hayvan bulduranın, bu kişilere rücu hakkının saklı olduğu belirtilmiştir.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 66. maddesi teselsül nedeniyle 67. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

b. Alıkoyma hakkı

MADDE 68- Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar alıkoyabilir; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir.

Bu durumda, taşınmazın zilyedi derhâl hayvan sahibine bilgi vermek ve sahibini bilmiyorsa, onun bulunması için gerekli girişimleri yapmak zorundadır.

II- Hayvan üzerinde hapis hakkı

Madde 57- *Bir kimsenin hayvanı diğerinin gayrimenkulü üzerinde bir zarar yaptığı takdirde gayrimenkulün zilyedi o hayvanı zabt ve kendisine ita olunabilecek tazminat mukabilinde teminat olmak üzere yedinde hapsedmeğe hakkı vardır. Eğer hal ve maslahat icabederse, gayrimenkul zilyedi o hayvanı öldürebilir. Şu kadar ki gayrimenkulün zilyedi heman keyfiyetten hayvanların sahibini haberdar etmeğe ve eğer onu bilmiyorsa kendisini bulmak için lazım gelen tedbirleri ittihaz etmeğe mecburdur.*

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 57. maddesini karşılamaktadır. Tasarı'nın iki fıkradan oluşan 67. maddesinde, bir taşınmazın zilyedinin, bu taşınmaz üzerinde zarar veren, başkasına ait bir hayvanı alıkoyma hakkı düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 57. maddesinin kenar başlığında kullanılan "II. Hayvan üzerinde hapis hakkı" şeklindeki ibare, Tasarı'nın 67. maddesinde "b. Alıkoyma hakkı" şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nda tek fıkradan oluşan madde, ayrı konulara ilişkin oldukları göz önünde tutularak, Tasarıda iki fıkra hâlinde kaleme alınmıştır.

Maddenin **birinci fıkrasında**, Türk Medenî Yasası'nın 4. maddesi uyarınca, uyuşmazlık hâlinde, hâkimin takdir yetkisine dayanarak değerlendirmesi gereken, somut olaydaki durum ve koşullar haklı gösteriyorsa, taşınmazın zilyedinin, söz konusu hayvanı öldürme hakkına da sahip olduğu kabul edilmektedir. Maddede kullanılan "taşınmazı üzerinde bir zarar" ibaresinden anlaşılması gereken, hayvanın o taşınmaz üzerinde bulunan bitkiler, diğer hayvanlar, ürünler, geçici veya sabit yapı eserleri ve hatta insanlara verdiği zararlarıdır.

Maddenin **ikinci fıkrasına** göre de, bu durumda taşınmazın zilyedinin hayvan sahibine hemen bilgi vermek ve sahibini bilmiyorsa, onun bulunması için (meselâ, kolluk güçlerine haber vermek gibi) gerekli girişimleri yapmak zorunda olduğu belirtilmektedir. Sistematik yapısı ile metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Yasası'na göre bir **hüküm değişikliği** yoktur.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 67. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "öldürebilir" ibaresi, hayvan haklarına yönelik hassasiyet nedeniyle "diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir" şeklinde değiştirilmiş ve madde teselsül nedeniyle 68. madde olarak kabul edilmiştir.

3. Yapı malikinin sorumluluğu

a. Giderim yükümlülüğü

MADDE 69- Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.

İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar.

Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır.

(H) BİNA VE DİĞER ŞEYLERDE MESULİYET

I- Zarar ve ziyan

Madde 58- Bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki, o şeyin fena yapılmasından yahut muhafazadaki kusurundan dolayı mesul olur.

Bu cihetten dolayı kendisine karşı mesul olan şahıslar aleyhindeki rücu hakkı mahfuzdur.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 58. maddesini kısmen karşılayan 68. maddesinde, yapı malikinin, intifa ve oturma hakkı sahiplerinin sorumluluğu ve bu sorumluluğun yaptırımını olan giderim yükümlülüğü düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 58. maddesinin kenar başlığındaki "*E. Bina ve diğer şeylerde mesuliyet/1. Zarar ve ziyan*" 68. maddesinde, "**3. Yapı malikinin sorumluluğula. Giderim yükümlülüğü**" şeklinde değiştirilmiştir. ...**intifa ve oturma hakkı sahipleri** terimleriyle kast edilen kişiler, Türk **Medenî Yasası'nın 794 ve 823.** maddelerine göre belirlenecektir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 58. maddesinin birinci fıkrasında kullanılan, "*bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki*" şeklindeki ibare, Tasarı'nın 68. maddesinde, "**Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki**" şekline dönüştürülmüştür.

Maddenin **birinci fıkrasında**, bir binanın veya taşınmazla bağlantılı diğer yapı eserlerinin malikinin, bunların yapım bozukluğundan veya bakım eksikliğinden doğan zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmektedir.

Maddenin **ikinci fıkrası**, 818 sayılı Borçlar Yasası'nda yer verilmeyen, yeni bir hüküm olup intifa ve oturma hakkı sahiplerinin, sadece binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen

sorumlu tutulmaları öngörülmektedir. Gerçekten, intifa ve oturma hakkı sahiplerinin de geniş yetkilere dayanarak binayı fiilen ellerinde bulundurdukları göz önünde tutularak, bakım eksikliğinden doğan zararlardan malikle birlikte müteselsilen sorumlu tutulmaları uygun görülmüştür. Buna karşılık, intifa ve oturma hakkı sahiplerinin, binanın yapımındaki bozukluklardan, malikle birlikte müteselsilen sorumlulukları söz konusu değildir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 58. maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan "Bu cihetten dolayı" şeklindeki ibare yerine, Tasarı'nın 68. maddesinin son fıkrasında, maddenin birinci ve ikinci fıkralarında değişik sebeplerle sorumlu olanlara ilişkin bir düzenleme yapıldığı göz önünde tutularak, "**Sorumluların, bu sebeplerle**" şeklinde bir ibare kullanılmıştır.

Adalet Komisyonu görüşmeleri¹⁸

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 68. maddesi teselsül nedeniyle 69. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

b. Zarar tehlikesini önleme

MADDE 70- Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir.

Kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku kuralları saklıdır.

II- Tedbirler:

Madde 59- Bir binadan yahut diğer bir şahsın imal ettiği şeylerden dolayı zuhura gelecek bir zarara maruz olan kimsenin, tehlikeyi bertaraf etmek için, lazım gelen tedbirlere tevessül etmesini malikten talep etmeğe hakkı vardır.

Şahısların ve malların vikayesine dair olan zabıta nizamları bakidir.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 59. maddesini karşılayan 70. madde, başkasına ait bir bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişinin, bu tehlikenin önlenmesini isteme hakkı düzenlenmektedir.

18 BAŞKAN- ...imar hukuku, borçlar hukukuna göre genel(?) bir hüküm, imardaki tüm yaptırımlar buna rağmen aynen uygulanacaktır. Bu genel hüküm. Orada hüküm olmaması hâlinde bu uygulanacak...

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 59. maddesinin kenar başlığında kullanılan "II. Tedbirleri temin" şeklindeki ibare, Tasarı'nın 69. maddesinde, "**b. Zarar tehlikesini önleme**" şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 59. maddesinin **birinci fıkrasında**, "*zuhura gelecek bir zarara maruz olan kimsenin, tehlikeyi bertaraf etmek için*" şeklindeki ibare yerine, Tasarıda, "**zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi**" ibaresi kullanılarak, maddede öngörülen önlemlerin alınmasının istenebilmesi için zararın doğmasının şart olduğu şeklindeki yanlış izlenimin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Yasası'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 69. maddesi teselsül nedeniyle 70. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme

MADDE 71- Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.

Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nda yer verilmeyen, "*III. Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme*" kenar başlıklı **yeni** bir madde olduğu; **kusursuz sorumluluk türlerinden biri olan tehlike sorumluluğunun genel ilkesinin düzenlendiği;** hukukumuzda bu konuya ilişkin yeterli sayılabilecek yasal düzenlemelerin olmaması karşısında, söz konusu maddenin tehlike sorumluluğunun genel ilkesini belirtilmesinin uygun görüldüğü...

Maddenin **birinci fıkrasında** belirtilen ilkeye göre: “*Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.*” Bu nedenle, önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetlerini yürüten kişiler, bu faaliyetlerin gerektirdiği izni veya ruhsatı almış olsalar bile, tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarardan sorumlu olmaktan kurtulamazlar.

Maddenin **ikinci fıkrasının ilk cümlesinde**, bir işletmenin, hangi durum ve koşullarda, “*önemli ölçüde tehlike arzettiği*”nin kabul edileceği düzenlenmiştir. Buna göre: “*Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir.*” Bu hüküm uyarınca, önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin beklenmedik hâl sonucunda, sık olarak ya da zaman zaman ağır zararlar doğurmaya elverişli ise, söz konusu işletmeyi işleten kişiler hakkında, maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanabilir. Aynı fıkranın son cümlesinde de, özellikle herhangi bir kanunda, benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğunun öngörülmüş olması durumunda, bu işletmenin de önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme sayılacağı belirtilmiştir.

Maddenin **üçüncü fıkrasında**, tehlike sorumluluğu öngören özel kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmektedir.

Maddenin **son fıkrasında** ise, hukuk düzenince, önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetine izin verilmiş olsa bile, zarar görenlerin, bu işletmenin faaliyetinden doğan zararlarının, uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilecekleri kabul edilmiştir. Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.

Adalet Komisyonu görüşmeleri¹⁹

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 70. maddesi teselsül nedeniyle 71. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

C. Zamanaşımı

I. Kural

MADDE 72- Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.

(V) MÜRURU ZAMAN

Madde 60- Zarar ve ziyan yahut manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava, mutazarrır olan tarafın zarara ve failine ittilai tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunmaz.

Şu kadar ki zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun müruru zamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsi davaya da o müruru zaman tatbik olunur.

Eğer haksız bir fiil, mutazarrır olan taraf aleyhinde bir alacak tevhit etmiş olursa, mutazarrır kendisinin tazminat talebi müruru zaman ile sakıt olsa bile o alacağı vermekten imtina edebilir.

Tasarı Gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 60. maddesini karşıladığı, kenar başlığında kullanılan "*F. Müruruzaman*" şeklindeki ibare,

19 PROF. DR. NEVZAT KOÇ- ..."*İşletmenin tehlike arz etmesi ne zaman anlaşılacak?*" İkinci fıkrasında... onun bir ölçüsü veriliyor. ...bir işletmenin mahiyeti ve faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Bu ölçüye de yer veriliyor. Özel tehlike sorumluluğu öngören kanunlardaki işletmelerin de özel olarak tehlike arz eden işletme sayılacağı ifade ediliyor. Son fıkrada fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi... ifade etmek amacıyla uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilir... hukuka uygun bir faaliyet bile olsa yine de bunun uygun bir bedelle denkleştirilmesini istemesi öngörülmektedir... buradaki ifade "*mabsup*" anlamında değil... öyle kendiliğinden bir indirme söz konusu değil. Talep varsa, istenmişse bunlar olacak... Temel kanun içinde fedakârlığın denkleştirilmesi diye üstüne basa basa bir ad koymayı biz uygun bulmadık...

Tasarı'nın 71 inci maddesinde, “**C. Zamanaşımı/I.Kural**” şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 60. maddesinin ikinci fıkrası hükmü, Tasarı'nın 71. maddesinin birinci fıkrasıyla birleştirildiği için, 818 sayılı Borçlar Yasası'nda üç fıkradan oluşan madde, Tasarıda iki fıkraya dönüştürülmüştür.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 60. maddesinin birinci fıkrasında kullanılan “*Zarar ve ziyan yahut manevî zarar namıyla nakdî bir meblâğ tediyesine müteallik dava*” şeklindeki ibare yerine, Tasarı'nın 71. maddesinin birinci fıkrasında, kısaca “**Tazminat istemi**” ibaresi kullanılmıştır.

Gerçekten, tazminat isteminin mutlaka bir dava açılarak ileri sürülmesi şart olmayıp bu istem dava dışında da ileri sürülebilir. Haksız fiil tazminatı için, 818 sayılı Borçlar Yasası'nda öngörülen bir yıllık kısa zamanaşımı süresinin, **yetersiz bulunması** nedeniyle, Tasarıda **iki yıla** çıkarılması öngörülmüştür. Nitekim motorlu taşıt işletenlerin sebep oldukları maddî zararlar da, niteliği itibarıyla bir haksız fiil oluşturduğu hâlde, bu tür zararlardan doğan sorumluluk, **2918 sayılı** Karayolları Trafik Yasası'nda iki yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutulmuştur.

Ayrıca, 818 sayılı Borçlar Yasası'nda on yıllık uzun zamanaşımı süresi için kullanılan “*zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren*” şeklindeki ibarenin, haksız fiilin “*zarar*” unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin, haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına uğramayacağı şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıyla, bu ibare “*her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak*” şeklinde değiştirilmiş ve 818 sayılı Borçlar Yasası'ndaki on yıllık uzun zamanaşımı süresinin de, bu değişiklik göz önünde tutularak yirmi yıla çıkarılması öngörülmüştür. Nitekim haksız fiil zamanaşımı süreleri olarak Alman Medenî Yasası'nın (BGB) 852. maddesinde on ve otuz yıllık süreler öngörülmüştür.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 60. maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan “*Eğer haksız bir fiil, mutazarrır olan taraf aleyhinde bir alacak tevhit etmiş olursa*” şeklindeki ibare, “**Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa**” şeklinde değiştirilmiştir. 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 60. maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan “*mutazarrır kendisinin tazminat talebi müruru zaman ile sakıt olsa bile o alacağı vermektan imtina edebilir*” şeklindeki hüküm ise, Tasarı'nın 71. maddesinde “**zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.**” şeklinde ifade edilmiştir.

Adalet Komisyonu görüşmeleri²⁰

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 71. maddesi deprem ve benzeri olaylarda uzun zamanaşımını benimseme temeline dayanarak yirmi yıllık genel bir süre öngörmüştür. Deprem üzerine Yüksek Mahkemenin geliştirdiği yorum, bu düzenlemeyi etkilemiş olmalıdır (YHGK. 04.06.2003 t, 4-400/393- E/K, YCGK. 4.3.2003 t, 9-314/15-E/K).

Komisyon, bu gibi sonuçlarda çözümün “*haksız fiil*” kurumunun analizinde aranması gerektiği değerlendirmesinde bulunmuş, süreyi on yıla indiren önergede temel çözümü ortaya koymuştur. Buna göre, haksız fiilin “*sonuç*” unsurunun üzerinde durulması gerekir. “*Sonuç*”, eylemin “*hareket*” unsurunun dış-dünyada meydana getirdiği ve hukukun hüküm tertip ettiği “*değişiklik*”tir (Prof. Dr. Kaneti, Selim. Haksız Fiilde Ani Sonuçlu Olaylarda Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007, s.19.).

20 BAŞKAN- ...Haksız eylem... unsurunun üç tane kurucu ögesi var... birisi: Harektir. Çernobil'de patlama oldu, deprem oldu; harektir. İkincisi: Sonuçtur. Çernobil'de radyasyon dağılması oldu, ama yüz sene sonra meydana gelecek, sonuç meydana geldi, işte orada sosyal devlet, devletin sorumluluğu; zaman aşımı oradan başlar o gibi zararlarda... İkisinin arasında illiyet olacak, yine eylem anlamında illiyet olacak... ..yüz yıl sonra meydana gelmesi hâlinde de o hakkımız var çünkü sonuç unsuru o zaman meydana geliyor. PROF. DR. NEVZAT KOÇ- ...deprem olayıyla ilgili Yargıtay'ın bir kararı da burada etken oldu diyebiliriz... mevcut metinde “*Her hâlde zararın müstelzim fiilin vukuundan itibaren*” İşte Yargıtay da, zararı müstelzim fiil ne zaman meydana gelmiş? Deprem olayıyla meydana gelmiş. Dolayısıyla ayıplı malzeme veyahut imar kurallarına aykırı olarak on sene önce, on beş sene önce zaman aşımı dolmuş olması gerektiği hâlde bu içtihat açısından hâlâ zararı müstelzim fiil yeni meydana geldiği için... ..gerekecece... Şöyle deniyor.. “818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki on yıllık uzun zaman aşımı süresi için kullanılan ‘zarara müstelzim fiilin vukuundan itibaren’ şeklindeki ibarenin “haksız fiilin zarar unsuru gerçekleşmedikçe fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zaman aşımına uğramayacağı” şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıyla bu ibare ‘her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak’ şeklinde değiştirilmiştir.“ diyoruz... BAŞKAN- ...Zarar, haksız eylemin farklı bir unsuru... Eylem unsuru sonuç, sonuç ne? Sonuç şu: Zarar değil. ...Sonuç; çocuk kör doğdu, sonuç meydana geldi, sonuç odur. Kör doğdu, kalbi delik doğdu; sonuçtur bu. Eylemin hareketi ne? Çernobil'dir. İlliyet bağı ne? Bilimdir. Orada tıp bilimi... inceleyecek, analiz yapacak...

ALİ RIZA ÖZTÜRK (Mersin)- ...örneğin: Radyasyondan dolayı meydana gelen hastalıklar belki on yılda, yirmi yılda değil, çok daha uzun bir sürede meydana gelebiliyor... buraya yirmi yıl koyduğumuz zaman otuz yıl sonra meydana gelirse, kırk yıl sonra meydana gelirse o dava açamayacak mı? ...bir hareketten bahsedebilmek için hareketin unsurlarıyla birlikte hareket tanımlanır. ...fiil kavramının içerisinde onun hem hareketi vardır hem de sonucu vardır... Hareket fiil demek değildir... fiil hem hareket hem sonuç unsurlarını bir bütün olarak kapsıyor... sonucunu meydana getirmemişse fiil zaten tamamlanmamış oluyor, hareket yarıda kalmış oluyor... Çernobil gibi veya tıbbi müdahalede adamın çocukken bir olay olur... yirmi yıl geçtikten sonra o arıza o vücutta meydana gelebilir. Bunu dava açma hakkı olmayacak mı? ...O zaman da o tıbbi şeyin meydana geldiği tarihtir bu, yani arızanın görüldüğü tarihtir...

Hareketten hemen sonra meydana gelen ölüm, yaralanma ve hasar gibi “*ani sonuç*”lar yönünden bir sorun yoktur. Bu hâllerde, hareketle sonuç arasında uzun bir zaman bulunmamaktadır. **Hareketle sonuç arasına uzun bir zamanın girdiği hâllerde sorun doğmaktadır.** Söz gelimi kimi kimyasal ya da radyoaktif kökenli kazalarda hareket unsuru ile dış-dünyadaki değişiklik (sonuç) unsuru arasına, yarım asrı aşan bir süre girebilir. Radyoaktif kaza çevresinde 50 yıl sonra elsiz-kolsuz doğumun gerçekleşmesi farazî örneği uyarıcıdır. İliyet bağının varlığı hâlinde bu örnekte nükleer santraldeki “*patlama*”, haksız fiilin “*hareket unsurunu*”, “*noksan doğum*” ise, **haksız fiilin “*sonuç unsurunu*”** (cismani zararı) ifade eder. Bu somut örnekte **haksız fiilin işlendiği tarih, hareketin oluştuğu “*patlama*” tarihi değil; sonucun meydana geldiği “*noksan doğum*” tarihidir.** Haksız fiil, noksan doğum tarihinde tamamlanmış olmaktadır. (Prof. Dr. Henri Deschenaux, Prof. Dr. Pierre Tercier. Sorumluluk Hukuku. Selim Özdemir çevirisi, Ank. 1983.s.12-13). **Hareket ve sonuç haksız fiil bütünü oluşturur kurucu unsurlar olup sonucu meydana gelmemiş harekete bir hüküm tertip olunamaz.** Öte yandan aynı hareketin farklı zamanlarda birden fazla sonuç doğurması mümkündür, Çernobil kazasından sonra birden fazla özürlü doğum gibi. **Her sonucun meydana geldiği tarihe göre zamanaşımının başlangıcı farklı olacaktır.** Bu gibi hâllerde zarar, ancak ve ancak sonucun meydana geldiği tarihte oluşmuş olduğundan, kısa süreli zamanaşımının da başlangıç tarihi zorunlu olarak, sonucun meydana geldiği tarih sonrasında öğrenme tarihi olacaktır.

Tasarı'nın 71. maddesinin birinci fıkrası, **uzun zamanaşımı başlangıcına temel alınan fiil terimi eylemin sonuç unsurunun meydana geldiği tarihi içerdiğine; fiilin sonucun meydana geldiği tarihte oluşmuş sayıldığına göre, sonucu on yıl sonra meydana gelen fiillerde dahi zamanaşımının dolmamış bulunması karşısında “*yirmi yılın*” ibaresi “*on yılın*” şeklinde değiştirilmiş ve madde teselsül nedeniyle 72. madde olarak kabul edilmiştir.**

II. Rücu isteminde

MADDE 73- Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar.

Tasarısı gerekçesi: Madde 72- 818 sayılı Borçlar Yasası'nda yer verilmeyen, "II. Rücu isteminde" kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarı'nın iki fıkradan oluşan 72. maddesinde rücu isteminin tâbi olduğu zamanaşımı süreleri ile bu sürelerin başlangıç anı düzenlenmektedir.

Maddenin **birinci fıkrasına** göre, rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. Böylece, tazminat yükümlüsünün zarar görenin uğradığı zararı tamamen ödedikten sonra diğer sorumlulara rücu hakkının tâbi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin düzenleme boşluğunun doldurulması ve bu konuda özellikle uygulamada duyulan bir ihtiyacın karşılanması amaçlanmıştır.

Maddenin **ikinci fıkrasında** ise, kendisinden tazminat istenen kişinin, bu durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirim yükü altında olduğu; bildirmezse zamanaşımının, bu bildirim dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlayacağı öngörülmektedir. Böylece, bu durumda, zamanaşımının başlangıç anı, maddenin birinci fıkrasında öngörülen tazminatın tamamının ödendiği tarih değil, bu bildirim yapılması gereken tarih olacaktır.

Adalet Komisyonu görüşmeleri²¹

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 72. maddesinin birinci fıkrası, 71. maddedeki süre değişimine paralel olarak ve rücu kurumunun gereklerine

21 PROF. DR. NEVZAT KOÇ- ...on yılın başlangıcı için tazminatın tamamının ödenmesi ve birlikte sorumlu kişinin öğrenilmesi koşulları birlikte gerçekleştiği andan olacak. BAŞKAN- Bu, iki yıl için. On için... PROF. DR. NEVZAT KOÇ- Her hâlde fiilin işlendiği tarihten yani haksız fiil zamanaşımına esas aldığımız fiilin işlendiği tarih var ya o tarihten itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacak... "On yılın son günü ödemiş ve öğrenme de o son gün gerçekleşmişse nasıl rücu edecek?"... BAŞKAN- Hocam, rücu davalarında genel zamanaşımı daima rücu hakkının doğduğu tarihtedir. Rücu hakkı da ödeme tarihindedir. Rücudan evvel ödeyen şey yok zaten, borç ilişkisi doğmuyor. Belki öbürü zaman aşımına uğrayacak... Onun için yani bütün rücu davalarında ödeme tarihini... rücu hakkı o zaman doğuyor. Ondan evvel zaten rücu keyfiyeti yok ve rücu problemi yok. Yani böyle bir hakkın veya hareketin meydana gelmediği tarih için de zamanaşımı yok. Çünkü zamanaşımının var olabilmesi için bir kurumun onun bağlı bulunduğu bir hakkın olması lazım... PROF. DR. NEVZAT KOÇ- ...Sorumlu kişiyi öğrenmeden de ödemek zorunda kalabilir düşüncesiyle... BAŞKAN- Genel zaman aşımı, ödeme tarihi. ...önergeyi okutuyorum... Görüşülmekte olan Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 72. maddesinin birinci fıkrasındaki "fiilin işlendiği" ibaresinin "tazminatın tamamının ödendiği;" keza "yirmi yılın" ibaresinin ise "on yılın" şeklinde değiştirilmesi arz ve teklif olunur. Gerekçe: Müzakere tutanaklarında yer alan temel anlayış ve rücu kurumunun gereklerine uygun olarak işbu değişiklik önergesi verilmiştir. BAŞKAN- Önergeyi oylarınıza sunuyorum: Kabul edenler... Kabul etmeyenler... Önerge kabul edilmiştir. Önerge veya değişiklik doğrultusunda maddeyi yüksek tasvibinize sunuyorum: Kabul edenler... Kabul etmeyenler... Madde kabul edilmiştir.

uygun olması bakımından zamanaşımını tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlatmak amacıyla, “*fiilin işlendiği*” ibaresi “*tazminatın tamamının ödendiği*”, “*yirmi yılın*” ibaresi de “*on yılın*” şeklinde değiştirilmiş ve madde teselsül nedeniyle 73. madde olarak kabul edilmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı

BİRİNCİ AYIRIM

Sona Erme Hâlleri

A. Asıl borca bağlı hak ve borçların sona ermesi

MADDE 131- Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.

İşlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılırsa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir.

Taşınmaz rehnine, kıymetli evraka ve konkordatoya ilişkin özel hükümler saklıdır.

(A) BORÇLARIN FERİLERİNİN SUKUTU

Madde 113- Asıl borç tediye ile veya sair bir suretle sakıt olduğu takdirde kefalet ve rehin ve sair fer’i haklar dahi sakıt olur.

Evvelce işleyen faizleri talep hakkının mahfuz bulunduğu beyan edilmiş veya hal icabından neşet eylemiş olmadıkça bu faizler talep olunamaz.

Gayrimenkul rehine ve kıymetli evraka ve konkordatoya müteallik hususi hükümler mahfuzdur.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası’nın 113. maddesini karşılamaktadır. Tasarı’nın üç fıkradan oluşan 130. maddesinde, asıl borca bağlı hak ve borçların sona ermesi düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası’nın 113. maddesinin kenar başlığında kullanılan “*A. Borçların Ferilerinin Sukutu*” şeklindeki ibare, Tasarıda “*A. Asıl borca bağlı hak ve borçların sona ermesi*” şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 113. maddesinin birinci fıkrasında kullanılan “*kefalet ve rehin ve sair fer’i haklar dahi sâkıt olur.*” şeklindeki ibare, Tasarıda “**rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur.**” şekline dönüştürülmüştür.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 113. maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan olumsuz ifade, olumluya çevrilmiş ve fıkra yeniden kaleme alınarak, “**saklı tutma koşulu**”na açıklık kazandırılmış... asıl borcun ifasını kabul eden alacaklının, faizleri ve ceza koşulunu isteyebilmesi için, bu hakkını sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapacağı bir bildirimle saklı tutması veya durum ve koşullardan bunu saklı tuttuğunun anlaşılması gerektiği... düzeltme ve arılaştırma dışında, değişiklik olmadığı...

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 130. maddesi teselsül nedeniyle 131. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

B. Bağlı alacaklarda zamanaşımı

MADDE 152- Asıl alacak zamanaşımına uğrayınca, ona bağlı faiz ve diğer alacaklar da zamanaşımına uğramış olur.

II- Fer’iler hakkında müruru zaman:

Madde 131- Asıl alacak hakkında müruru zaman vakı olunca faiz ve sair fer’i alacaklar hakkında da müruru zaman vakı olmuş olur.

Tasarı Gereğesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 131. maddesini karşılamaktadır. Tasarı'nın tek fıkradan oluşan 151. maddesinde, bağlı alacaklarda zamanaşımı düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 131. maddesinin kenar başlığında kullanılan “*II. Feriler hakkında müruru zaman*” şeklindeki ibare, Tasarıda “***B. Bağlı alacaklarda zamanaşımı***” şeklinde değiştirilmiştir. Metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Yasası'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 151. maddesi teselsül nedeniyle 152. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

E. Davanın reddinde ek süre

MADDE 158- Dava veya def’i; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir.

V- Davanın reddi halinde munzam müddet:

Madde 137- Dava veya def'i, vazıyed eden hakimın salabiyeti olmaması veya tamiri kabil ve şekle müteallik bir noksan veya vaktinden evvel ikame edilmiş olması sebebi ile reddolunmuş olupta arada müruru zaman müddeti bitam bulmuş ise alacaklı hakkını talep etmek için altmış günlük munzam bir müddeten istifade eder.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 137. maddesini karşılamaktadır. Tasarı'nın tek fıkradan oluşan 157. maddesinde, bir alacaklı tarafından açılan davanın, yetkisizlik veya görevsizlik nedeniyle reddedilmesi ve bu arada zamanaşımı süresinin dolması durumunda, alacaklıya, borçluya karşı olan haklarını kullanabilmesi için tanınan ek süre düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 137. maddesinin kenar başlığında kullanılan "V. Davanın reddi hâlinde munzam müddet" şeklindeki ibare, Tasarıda "E. Davanın reddinde ek süre" şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 137. maddesinin sonunda kullanılan "altmış günlük munzam bir müddetten istifade eder." şeklindeki ibare, Tasarıda "altmış günlük ek süre işlemeye başlar." şekline dönüştürülmüştür. Metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Yasası'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Adalet Komisyonu görüşmeleri²²

22 BAŞKAN-... Hemen bir önerge yazalım... 'O arada zaman aşımı süresi dolmuşsa.' ibaresi, 'O arada zaman aşımı ve/veya hak düşürücü süre dolmuşsa.' biçiminde değiştirilmesi arz ve teklif olunur."

Gerekeği yazalım: "Tashihi, düzeltilmesi mümkün bir hata sebebiyle davanın usulen reddinde zaman aşımı için tanınan usuli fırsatın hak düşürücü süre için dahi tanınması hem hakkın doğası ve hem de adil yargılanma hakkının doğal gereğidir." ...Burada hak düşürücü süreler de dolmuş oluyor yetkisiz mahkemede açtığın davada. Hak düşürücü sürede ek süre verilsin, doğru o, İsviçre Federal Mahkemesinin uygulaması, hocalarım da makul dediler. Bir de "ek süre işlemeye başlar" deyince sanki daha evvel süre varmış gibi şey ediyor, dava için süre yok. Görüşülmekte olan Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 157. maddesinin aşağıdaki şekilde değiştirilmesini arz ve teklif ederiz.

"E. Davanın reddinde ek süre

Madde 157- Dava veya def'i; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması veya düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması ya da vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zaman aşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir.

Gereke: Önergeyle maddedeki anlam ve ifade bozukluğu giderilmek istenmiştir.

Önergeyi oylarınıza sunuyorum: Kabul edenler... Kabul etmeyenler... Önerge kabul edilmiştir. Önerge doğrultusunda maddeyi oylarınıza sunuyorum: Kabul edenler... Kabul etmeyenler... Madde kabul edilmiştir.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 157. maddesi, düzeltilmesi mümkün bir hata sebebiyle davanın usulden reddinde zamanaşımı için tanınan fırsatın hak düşürücü süre için dahi tanınmasının hem hakkın doğası ve hem de adil yargılanma hakkının doğal gereği olması, ayrıca maddedeki ifade bütünlüğünün sağlanması amacıyla, “*Dava veya def'i; mahkemenin yetkili veya görevli olmaması ya da düzeltilebilecek bir yanlışlık yapılması yahut vaktinden önce açılmış olması nedeniyle reddedilmiş olup da o arada zamanaşımı veya hak düşürücü süre dolmuşsa, alacaklı altmış günlük ek süre içinde haklarını kullanabilir.*” şeklinde değiştirilmiş ve teselsül nedeniyle madde 158. madde olarak kabul edilmiştir.

H. İleri sürülmesi

MADDE 161- Zamanaşımı ileri sürülmedikçe, hâkim bunu kendiliğinden göz önüne alamaz.

VII- Müruru zamanın dermeyanı lüzumu:

Madde 140- Müruru zaman dermeyan edilmediği surette hakim, müruru zamanı kendiliğinden nazara alamaz.

Tasarı gerekçesinde; Madde 160- 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 140. maddesini karşılamaktadır. Tasarı'nın tek fıkradan oluşan 160. maddesinde, zamanaşımının ileri sürülmesi düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 140. maddesinin kenar başlığında kullanılan “*VIII. Müruru zamanın dermeyanı lüzumu*” şeklindeki ibare, Tasarıda “*H. İleri sürülmesi*” şeklinde değiştirilmiştir. Metinde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Yasası'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 160. maddesi teselsül nedeniyle 161. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

D. Yargılama

I. Ceza hukuku ile ilişkisinde

MADDE 74- Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.

VIII- Ceza hukuku ile medeni hukuk arasında münasebet

Madde 53- *Hakim, kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin faili temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkemiyle bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraet kararıyla de mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda dahi hukuk hakimini takyit etmez.*

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 53. maddesini karşılamaktadır. Tasarı'nın iki fıkradan oluşan 73. maddesinde, sorumlu kişi hakkında ceza yargılaması sonucunda verilen kararların, tazminat davasına ilişkin medenî yargılama üzerindeki etkisi düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 53. maddesi, tek fıkradan oluşmaktadır. 818 sayılı Borçlar Kanununun 53. maddesinin "VIII. Ceza hukuku ile medenî hukuk arasında münasebet" şeklindeki ibare, Tasarıda "**D. Yargılama/I. Ceza hukuku ile ilişkisi**" şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 53. maddesinde kullanılan "ceza mahkemesi" sözcükleri yerine, Tasarı'nın 73. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında "ceza hâkimi" sözcükleri kullanılmıştır. Metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Yasası'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Adalet Komisyonu görüşmeleri²³

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 73.maddesi teselsül nedeniyle 74. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

II. Tazminat hükmünün değiştirilmesi

MADDE 75- **Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.**

23 BAŞKAN- ...ceza mahkemesinin kararı da bir karar. Bu ifade doğru ama Yargıtay yorumla beraet kararlarına şöyle bir unsur ekledi... Beraet kararlarında gerekçe bölümündeki sübuta ilişkin mesela "Suçun unsurlarının meydana gelmediğine." diye beraet kararı verdi, hâlbuki haksız eylemle suç arasında kasit unsuru bakımından farklılıklar olabilir, yani kasta dayalı olmayan diyelim taksirli fiillerde hüküm Yargıtay'ın içtihatlarına göre -Sayın Değnekli burada- sübuta ilişkin bölümler hukuk hâkimini bağlıyor. Onun için, zapta geçmesi de yeter ama doğrusu da şudur: Mesela o bağlı olmadığı gibi, sübuta ilişkin olgular hariç, denmesi içtihat doğrusundan olur... PROF. DR. NEVZAT KOÇ-...Mesela delil yetersizliği sebebiyle beraat kararı verilmişse bununla bağlı değildir hukuk hâkimi, ama sübuta ilişkinse... bağlar. ...bunu uygulama böyle çözdüğü için bir de burada sübuta ilişkin olgu gibi bir şey eklemeye gerek yok diye düşünüyorum.

B) Cismani zarar halinde lazım gelen zarar ve ziyan

Madde 46-...

Eğer hükmün suduru esnasında, kafi derecede kanaat ile cismani zararın neticelerini tayin etmek mümkün değil ise; hükmün tefhimi tarihinden itibaren iki sene zarfında hakimin, tetkik salâhiyetini muhafaza etmeğe hakkı vardır.

Tasarı gerekçesinde; Madde 74- 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 46. maddesinin ikinci fıkrasını karşılamaktadır. Tasarı'nın tek fıkradan oluşan 74. maddesinde, hâkimin tazminat hükmünü değiştirme yetkisi ve bunun koşulları düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 46. maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan “*hükmün tefhimi tarihinden itibaren iki sene zarfında, hâkimin, tetkik salâhiyetini muhafaza etmeğe hakkı vardır*” şeklindeki ibare, Tasarı'nın 74. maddesinde, “**hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.**” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, söz konusu iki yıllık sürenin, hükmün kesinleşmesine kadar geçecek süre içinde sona ermesi tehlikesi ortadan kaldırılmıştır.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 74. maddesi teselsül nedeniyle 75. madde olarak aynen kabul edilmiş, ancak madde hakkında aşağıdaki açıklamalar yapılmıştır. Hüküm, hareketin sonuç unsurunun “*cismani zararın*” belirginlik ve kesinlik kazanamadığı hâllere münhasırdır. Özellikle temadi eden ve sabitlik derecesine ulaşmamış cismani zarar hâli bu gruba girer. Bu durum, hareketin farklı zamanlarda, birden fazla sonuç doğurduğu hâllerle karıştırılmamalıdır.

Sözgelimi, bir darbe sonunda doku zararı gören elde meydana gelen cismani sakatlıkta, birinci yıl bir parmağı, ikinci yıl eli, üçüncü yıl kolu kesilmiş olması durumunda her cerrahi müdahale ayrı bir sonuç oluşturup hareket unsuru tek olmasına karşın her sonucun (ameliyatın) meydana geldiği tarihte ayrı bir haksız fiilin var olduğu (olayımızda üç haksız fiil) açıktır. Zarar gören, talep yığılması içinde, talepleri yığma ya da müstakil dava yoluyla üç ayrı yahut bileşik dava ikame edebilecektir (Komisyon Raporu Tasarı m.71 zamanaşımına ilişkin gerekçe bölümü).

III. Geçici ödemeler

MADDE 76- Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim,

istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nda yer verilmeyen, "*III. Geçici ödemeler*" kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarı'nın iki fıkradan oluşan 75. maddesinde, geçici ödemeler düzenlenmektedir. Bu yeni düzenlemeyle, meselâ, **hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan** ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır.

Maddenin **birinci fıkrasında**, zarar görenin **iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar** sunması ve **ekonomik durumunun da gerektirmesi** koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, hâkime, istem üzerine tazminat yükümlüsünün zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Ancak, fıkra yapılan düzenlemeyle, geçici ödeme kararıyla **kesin hüküm sonucunun, eda amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesi amaçlanmamaktadır.**

Maddenin ikinci fıkrasında ise, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca zarar görene yapılan geçici ödemelerin nihaî kararda hükmedilmiş olan tazminata mahsup edileceği; zarar görenin açtığı davanın reddine karar verilmesi durumunda ise hâkim tarafından, aynı davada, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine hükmedileceği öngörülmektedir.

Adalet Komisyonu görüşmeleri²⁴

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 75. maddesi teselsül nedeniyle 76. madde olarak aynen kabul edilmiş, ancak Komisyon çoğunluğu tarafından kabul edilen bu hükme karşı şu görüşler ileri sürülmüştür:

*Hüküm, tazminat ve yargılama hukukunun gerekleri ile bağdaşmamaktadır.

*Geçici ödemenin miktar bakımından ölçütleri yasada yer almamaktadır. Takdir hakkı sınırlarını zorlayacak keyfilik alanı üretilmiş olmaktadır.

24 PROF. DR. NEVZAT KOÇ- ...burada... büyük paraların geçici ödemeleri olarak görülmesi söz konusu değil... Hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için acilen bir ameliyat parası, bir şey gerekiyor acilen o anda, bununla ilgili ...

*Tazminatın tahsilini imkânsız kılacak borçlu tavırlarına karşı ihtiyati tedbir yolu açıktır.

*Hüküm, hâkimi ihsas-ı reye zorlamaktadır.

*Davanın reddi ve davacının geçici ödemeleri geri verememesi, sübjektif ifa imkânsızlığı hâlinde kanun bir çözüm (koruma normu) öngörmemektedir. Bu durumda ancak devletin sorumluluğu ikame edilebilir. Kanun ve hükümle ihdas olunan zararın sorumlusu, bu tasarrufların nihai faili olan devlet olmak gerekir (Yargı veya yasa, sorumsuzun sırtına hiçbir yükü yükleyemez). Aksi durumda yasanın meşruluk (adalete uygunluk) koşulu ortadan kalkmaktadır.(AY. md.2)

*Nafaka ve benzeri geçici veya sürekli ödemelerin borçlularının alacaklı ile aile yahut akrabalık hukukundan kaynaklanan bir statü-koruma bağı içinde oldukları hatırlanmalıdır. Başka deyimle bu durumlar, tazminatta geçici ödemeye meşruiyet zemini oluşturmaz.

*Mukayeseli sorumluluk hukuku, bize, bu tür atipik düzenlemenin tek örneğini dahi sunmamaktadır.

Kabul edilen madde lehine olarak; maddenin bir reform niteliğinde olduğu, aile hukukundaki tedbir nafakası gibi hukukumuzda bazen geçici ödemeye dair hükümlere yer verildiği, madde hükmünde geçici ödemenin yapılabilmesinin inandırıcı deliller sunulması ve zarar görenin ekonomik durumunun bu ödemeyi gerekli kılmaması gibi koşullara bağlandığı ve bu kapsamda yapılacak ödemelerin de cüz'i miktarlar olacağı ifade edilmiştir.

D. Ödeme

I. Ülke parası ile

MADDE 99- Konusu para olan borç Ülke parasıyla ödenir.

Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir.

Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir.

(D) TEDİYE

I- Memleket parasiyle

Madde 83- *Mevzuu para olan borç memleket parasiyle ödenir.*

Akit tediye mahallinde kanuni rayici olmayan bir para üzerine varit olmuş ise akdin harfiyen icrası “aynen ödemek” kelimeleri veya buna muadil sair tabirat ile şart edilmiş olmadıkça borç vadenin hulülü günündeki rayici üzerinden memleket parasiyle ödenebilir.

(Ek: 14.11.1990- 3678/29 md.) Yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı, bu borcu vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 83. maddesini karşılayan madde ile para borçlarının ödenmesinin düzenlendiği; kenar başlığında kullanılan “D. Tediye/1. Memleket parasiyle” şeklindeki ibare, Tasarıda “**D. Ödeme/I. Ülke parası ile**”... 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 83. maddesinin birinci fıkrasında “*Mevzuu para olan borç memleket parasiyle ödenir.*” yerine Tasarıda aynı düzenlemenin “**Konusu para olan borç, Ülke parasiyle ödenir.**”, ikinci fıkrasındaki “*Akit tediye mahallinde kanunî rayici olmayan bir para üzerine varit olmuş ise*” yerine Tasarıda “**Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa,**” biçiminde değiştirildiği... 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 83. maddesinin son fıkrasında kullanılan “*yabancı para borcunun*” şeklindeki ibare, Tasarı'nın 98. maddesinin son fıkrasında “**Ülke parası dışında başka bir para birimi**”, şekline dönüştürülmüş ve fıkraya “**sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça**” şeklinde bir ibare eklenmiştir. Böylece fıkra, aynı maddenin ikinci fıkrasıyla uyumlu hâle getirilmiştir. Metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Kanununa göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Adalet Komisyonu görüşmeleri

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 98. maddesi teselsül nedeniyle 99. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

3. Aşkın zarar

MADDE 122- *Alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür.*

Temerrüt faizini aşan zarar miktarı görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine hâkim, esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmeder.

3- Munzam zarar

Madde 105- Alacaklının düçar olduğu zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiç bir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir.

Bu munzam zarar derhal takdir olunabilirse hakim, esasa dair karar verir iken bu zararın miktarını dahi tayin edebilir.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Kanununun 105 inci maddesini karşılamaktadır. Tasarı'nın iki fıkradan oluşan 121 inci maddesinde, temerrüt faiziyle karşılanmayan zarar, yani aşkın zarar düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 105. maddesinin kenar başlığında kullanılan "3. *Munzam zarar*" şeklindeki ibare, Tasarıda "3. *Aşkın zarar*" şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 105. maddesinin ikinci fıkrasında kullanılan "...*derhal takdir olunabilirse*" şeklindeki ibare yerine, Tasarı'nın 121. maddesinin ikinci fıkrasında, "...*görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine*" şeklindeki ibare kullanılmıştır. Böylece, uygulamaya uygun olarak, hâkimin, bu konuda, ayrıca ve özel bir soruşturmaya girişmeksizin, zarar miktarını belirleyebilmesi durumunda, davacının istemi üzerine, aynı davada, söz konusu zarar miktarına hükmedebileceği öngörülmüştür. Metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Yasası'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 121.maddesi teselsül nedeniyle 122. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Borç İlişkilerinde Özel Durumlar

BİRİNCİ AYIRIM

Teselsül

A. Müteselsil borçluluk

I. Doğuşu

MADDE 162- 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.

(A) BORÇLULAR ARASINDA TESELSÜL:

I- Şartları:

Madde 141- 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.

Tasarı gerekçesinde; 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 141. maddesini karşılamaktadır. Tasarı'nın iki fıkradan oluşan 161. maddesinde, müteselsil borçluluğun doğuşu düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 141. maddesinin kenar başlığında kullanılan "A. Borçlular Arasında Teselsül/I. Şartları" şeklindeki ibareler, Tasarıda "A. Müteselsil borçluluk/I. Doğuşu" şeklinde değiştirilmiştir. Metninde yapılan araştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Yasası'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 161. maddesi teselsül nedeniyle 162. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

II. Dış ilişki

1. Hükümleri

a. Borçluların sorumluluğu

MADDE 163- Alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir.

Borçluların sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder.

II- Alacaklı ve borçlu arasındaki münasebet:

1- Hükümleri

a) Müşterek borçluların mesuliyeti

Madde 142- Alacaklı müteselsil borçluların cümlesinden veya birinden borcun tamamen veya kısmen edasını istemekte muhayerdir.

Borcun tamamen edasına kadar bütün borçluların mesuliyeti devam eder.

Tasarı Gerekçesi: Madde 162- 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 142. maddesini karşılamaktadır. Tasarı'nın iki fıkradan oluşan 162. maddesinde, müteselsil borçluların, alacaklıya karşı sorumlulukları ile bu sorumluluğun devam edeceği süre düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 142. maddesinin kenar başlığında kullanılan "II. Alacaklı ve borçlu arasındaki münasebet/1. Hükümleri/a. Müşterek borçluların mesuliyeti" şeklindeki ibareler, Tasarıda "II. Dış ilişki/1. Hükümleri/a. Borçluların sorumluluğu" şeklinde değiştirilmiştir. Metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Yasası'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 162. maddesi teselsül nedeniyle 163. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

b. Borçluların savunmaları

MADDE 164- Müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı, ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir.

Müteselsil borçlulardan biri ortak def'i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur.

b) Müşterek borçlulara ait def'iler

Madde 143- Müteselsil borçlulardan biri alacaklıya karşı onunla kendi arasındaki şahsi münasebetlerden veya müteselsil borcun sebep veya mevzuundan tevelliüt etmiş olanlardan maada bir şey dermeyan

edemez ve bütün borçlular arasında müşterek olan defileri dermeyeran etmediği halde onlara karşı mesul olur.

Tasarı Gereğesi: Madde 163- 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 143. maddesini karşılamaktadır. Tasarı'nın iki fıkradan oluşan 163. maddesinde, müteselsil borçluların savunmaları düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 143. maddesinin kenar başlığında kullanılan "*b. Müşterek borçlulara ait def'iler*" şeklindeki ibare, Tasarıda "**b. Borçluların savunmaları**" şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın tek fıkradan oluşan 143. maddesinde iki ayrı konunun düzenlendiği göz önünde tutularak, Tasarıda iki fıkra hâlinde düzenlenmiştir. Sistemik yapısı ile metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Yasası'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Adalet Komisyonu Raporu: Alt Komisyonca, Tasarı'nın 163. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*diğlerine*" ibaresi, hükümde açıklığın sağlanması amacıyla, "*diğerlerine*" şeklinde değiştirilmiş ve Komisyonumuzca da madde teselsül nedeniyle 164. madde olarak bu şekliyle kabul edilmiştir.

c. Borçluların bireysel davranışı

MADDE 165- Kanun veya sözleşme ile aksi belirlenmedikçe, borçlulardan biri kendi davranışıyla diğer borçluların durumunu ağırlaştıramaz.

c) Müşterek borçlulardan birinin şahsi fiili

Madde 144- Hilafına makavele olmadıkça müteselsil borçlulardan biri kendi fiili ile diğer borçluların vaziyetlerini ağırlaştıramaz.

Tasarı Gereğesi: Madde 164- 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 144. maddesini karşılamaktadır. Tasarı'nın tek fıkradan oluşan 164. maddesinde, borçluların bireysel davranışlarının diğer müteselsil borçlulara etkisi düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 144. maddesinin kenar başlığında kullanılan "*c. Müşterek borçlulardan birinin şahsi fiili*" şeklindeki ibare, Tasarıda "**c. Borçluların bireysel davranışı**" şeklinde değiştirilmiştir. Metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Yasası'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 164. maddesi teselsül nedeniyle 165. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

2. Borcun sona ermesi

MADDE 166- 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.

2- Müteselsil borcun sukutu

Madde 145- Tediyesi ile veya yaptığı takas ile borcun tamamını veya bir kısmını iskat etmiş olan müteselsil borçlulardan biri, sakıt olan borç nispetinde, diğer borçluları halas etmiş olur.

Eğer müteselsil borçlulardan biri borç tediye olunmamış iken ondan tahallüs etmiş ise, diğer borçlular ancak halin veya borcun mahiyetinin irae ettiği nispette bu beraetten istifade edebilirler.

Tasarı Gerekçesi: Madde 165- 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 145. maddesini karşılamaktadır. Tasarı'nın üç fıkradan oluşan 165. maddesinde, borcun müteselsil borçlular bakımından sona ermesi düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 145. maddesinin kenar başlığında kullanılan "2. Müteselsil borcun sukutu" şeklindeki ibare, Tasarıda "2. **Borcun sona ermesi**" şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 145. maddesi iki fıkradan oluştuğu hâlde, Tasarıda üç fıkra olarak düzenlenmiştir.

Tasarı'nın 165. maddesine eklenen ve 818 sayılı Borçlar Yasası'nda yer verilmeyen **son fıkrasında**, alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesinin, diğer borçluları da sınırlı olarak borçtan kurtaracağı kabul edilmiştir. Buna göre, bu durumda diğer borçlular, ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtulacaklardır. Aslında, maddenin son fıkrasında öngörülen durumda da, alacaklının, müteselsil borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi sonucunda, o müteselsil borçlunun, aynı maddenin ikinci fıkrası anlamında, ifada bulunmaksızın borcundan kurtulması söz konusu olmakla birlikte, ibranın diğer müteselsil

borçlulara etkisinin öğretide de tartışmalı olduğu göz önünde tutularak, yasal bir çözüme bağlanması uygun görülmüştür.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 165. maddesi teselsül nedeniyle 166. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

III. İç ilişki

1. Paylaşım

MADDE 167- Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukuki ilişkinin 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. Bu durumda borçlu, her bir borçluya ancak payı oranında rücu edebilir.

Borçlulardan birinden alınamayan miktarı, diğer borçlular eşit olarak üstlenmekle yükümlüdürler.

III- Müşterek borçlular arasındaki münasebetler:

1- Taksim

Madde 146- Borcun mahiyetinden hilafı istidlal olunmadıkça, müteselsil borçlulardan her biri alacaklıya yapılan tediyeden birbirine müsavi birer hisseyi üzerlerine almağa mecburdur. Ve hissesinden fazla tediyede bulunan, fazla ile diğerlerine rücu hakkını haizdir.

Birinden tahsili mümkün olmayan miktar, diğerleri arasında mütesaviyen taksim olunur.

Tasarı Gereçesi: Madde 166- 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 146. maddesini karşılamaktadır. Tasarı'nın üç fıkradan oluşan 166. maddesinde, borcu ifa eden bir müteselsil borçlunun, kendisi ile diğer müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkide sorumluluklarının ve onlara karşı rücu hakkının kapsamı düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 146. maddesinin kenar başlığında kullanılan "III. Müşterek borçlular arasındaki münasebetler/1. Taksim" şeklindeki ibareler, Tasarıda "III. İç ilişki/1. Paylaşım" şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 146. maddesinin birinci fıkrası, daha kolay anlaşılmasını sağlamak amacıyla, Tasarıda iki fıkra hâlinde kaleme alınmıştır.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 146. maddesinin birinci fıkrasında kullanılan “*Borcun mahiyetinden hilâfi istidlâl olunmadıkça*” şeklindeki ibare, Tasarıda “**Aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukukî ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça**” şekline dönüştürülmüştür.

Maddenin **ikinci fıkrasının ikinci cümlesi**, 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 146. maddesinin birinci fıkrasında yer verilmeyen, **yeni** bir hükümdür. Fıkraya eklenen bu hüküm uyarınca, **müteselsil borçlulardan birinin iç ilişkide kendisine düşen paydan fazlasını ödemesi durumunda, diğer müteselsil borçlulara ancak payı oranında rücu edebilecektir.**

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 166. maddesi teselsül nedeniyle 167. maddeler olarak aynen kabul edilmiştir.

2. Alacaklıya halef olma

MADDE 168- Diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur.

Alacaklı diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse, bunun sonuçlarına katlanır.

2- Halefiyet

Madde 147- Rücu hakkından istifade eden müteselsil borçlulardan her biri, tediye ettiği miktar nispetinde alacaklının haklarına halef olur.

Alacaklı, diğerlerinin zararına olarak müteselsil borçlulardan birinin vaziyetini iyileştirdiği takdirde bu fiilin neticelerini şahsan tahammül eder.

Tasarı Gereğesi: Madde 167- 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 147. maddesini karşılamaktadır. Tasarı'nın iki fıkradan oluşan 167. maddesinde, ifada bulunan müteselsil borçlunun alacaklıya halef olması düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın söz konusu maddesinin kenar başlığında kullanılan “2. Halefiyet” şeklindeki ibare, Tasarıda “2. **Alacaklıya halef olma**” şeklinde değiştirilmiştir. Metninde yapılan arılaştırma dışında, maddede 818 sayılı Borçlar Yasası'na göre bir hüküm değişikliği yoktur.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 167. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*başvurma*” ibaresi, terim birliğinin sağlanması amacıyla “*rücu*” şeklinde değiştirilmiş ve madde teselsül nedeniyle 168. madde olarak kabul edilmiştir.

B. Müteselsil alacıklılık

MADDE 169- Müteselsil alacıklılık, borçlunun, alacaklılardan her birine borcun tamamını isteme hakkını tanıdığı veya kanunun belirlediği durumlarda doğar.

Borçlu, alacaklılardan birine yaptığı ifayla, bütün alacaklılara karşı borcundan kurtulmuş olur.

Alacaklılardan birinin icraya veya mahkemeye başvurmuş olduğu kendisine bildirilmedikçe, borçlu onlardan dilediği birine ifada bulunabilir.

Aksi kararlaştırılmadıkça veya alacaklılar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, alacaklılardan her birinin edim üzerindeki hakları eşittir.

Kendisine düşen paydan fazlasını elde eden alacaklı, bu fazlalığı payını alamamış olan diğer alacaklılara ödemekle yükümlüdür.

(B) ALACAKLILARIN ARASINDA TESELSÜL:

Madde 148- Borcun tamamını tediyesini istemek hakkını her birine bahş ettiğini borçlu beyan ettiği hallerde, müteaddit alacaklılar arasında teselsül mevcut olacağı gibi kanunun tayin ettiği maddelerde dahi bu nevi teselsül bulunur.

Müteselsil alacaklılardan birine vakı tediye ile borçlu bütün alacaklılara karşı beri olur.

Alacaklılardan birinin icraya veya mahkemeye müracaatından haberdar edilmedikçe borçlu onlardan dilediğine tediye muhayerdir.

Tasarı Gereçesi: Madde 168- 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 148. maddesini karşılamaktadır. Tasarı'nın beş fıkradan oluşan 168. maddesinde, müteselsil alacıklılık düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 148. maddesinin kenar başlığında kullanılan "B. Alacaklıların Arasında Teselsül" şeklindeki ibare, Tasarıda "B. **Müteselsil alacıklılık**" şeklinde değiştirilmiştir.

818 sayılı Borçlar Yasası'nın 148. maddesi üç fıkradan oluştuğu hâlde, Tasarı'nın 168. maddesi beş fıkra hâlinde kaleme alınmıştır.

Maddenin **dördüncü fıkrası**, 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 148. maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hükme göre, "aksi kararlaştırılmadıkça veya alacaklılar arasındaki hukukî ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça," alacaklılardan her biri edim üzerinde eşit hak sahibidir. Buna

benzer bir düzenleme, Alman Medenî Kanununun (BGB) 430. maddesinde de bulunmaktadır.

Maddenin **son fıkrası**, 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 148. maddesinde yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hüküm uyarınca, müteselsil alacaklılardan biri, kendisine düşen paydan fazlasını elde ettiği takdirde, bu fazlalığı, payını alamamış olan diğer müteselsil alacaklılara ödemekle yükümlü olacaktır.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 168. maddesi teselsül nedeniyle 169. madde olarak kabul edilmiştir.

5. Yeniden kiralama yasağı

MADDE 355- Kiraya veren, gereksinim amacıyla kiralananın boşaltılmasını sağladığında, haklı sebep olmaksızın, kiralananı üç yıl geçmedikçe eski kiracısından başkasına kiralayamaz.

Yeniden inşa ve imar amacıyla boşaltılması sağlanan taşınmazlar, eski hâli ile, haklı sebep olmaksızın üç yıl geçmedikçe başkasına kiralanamaz. Eski kiracının, yeniden inşa ve imarı gerçekleştirilen taşınmazları, yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralama konusunda öncelik hakkı vardır.

Bu hakkın, kiraya verenin yapacağı yazılı bildirim izleyen bir ay içinde kullanılması gerekir; bu öncelik hakkı sona erdirilmedikçe, taşınmaz üç yıl geçmeden başkasına kiralanamaz.

Kiraya veren, bu hükümlere aykırı davrandığı takdirde, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür.

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Yasa

Madde 15- Kiralayan 7 nci maddenin b, c, d bentlerinde yazılı sebeplerden dolayı tahliye ettirdiği gayrimenkulü mücbir sebep olmaksızın üç sene müddetle eski kiracısından başkasına kiralayamaz.

ç fıkrasına göre tahliye edilen gayrimenkuller eski hali ile, mücbir sebepler olmadıkça üç sene müddetle başkasına kiraya verilemez.

ç fıkrasına istinaden tahliye edildikten sonra imar planına göre yeniden inşa veya esaslı şekilde tadil veya tevsi edilen gayrimenkullerin yeni hali ile ve yeni kira bedeli ile bir mesken veya bir ticarethane yerini eski kiracının kiralamağa tercih hakkı vardır. Bu hakkın, kiralayanın, yapacağı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde kullanılması şarttır.

Bu maddeye göre tercih hakkı bertaraf edilmedikçe, gayrimenkul üç yıl müddetle başkasına kiralanamaz.

Tasarı Gereğesi: Madde 354- 818 sayılı Borçlar Yasası'nda yer verilmeyen, ancak, 6570 sayılı Yasa'nın 15. maddesini karşılayan, "5. Yeniden kiralama yasağı" kenar başlıklı **yeni** bir maddedir.

Tasarı'nın üç fıkradan oluşan 354. maddesinde, yeniden kiralama yasağı düzenlenmektedir.

Madde, 6570 sayılı Yasa'nın 15. maddesinden alınmıştır. Ancak, 15. maddenin birinci fıkrasında kullanılan "mücbir sebep" şeklindeki ibare yerine, Tasarı'nın 354. maddesinin birinci fıkrasında, "haklı sebep" ibaresi kullanılmıştır. Fıkra göre, kiraya veren, gereksinim amacıyla kiralananın boşaltılmasını sağladığında, haklı sebep olmaksızın, kiralananı üç yıl geçmedikçe eski kiracısından başkasına kiralayamayacaktır. Fıkroda söz konusu edilen "haklı sebep", kiraya verenin kanunda öngörülen sebeplerden birine dayanarak aldığı mahkeme kararını uygulamak suretiyle, kiracının kiralanandan tahliyesini sağladıktan sonra, üç yıl süreyle kiralananı başkalarına kiraya verme yasağının bir istisnasını oluşturmaktadır. Bir uyumsuzluk durumunda, haklı sebebin mevcut olup olmadığı, hâkim tarafından, somut olaydaki durum ve koşullar göz önünde tutularak değerlendirilecektir.

Somut olayda haklı sebebin varlığı kabul edildiği takdirde, kiraya veren üç yıl geçmeden de kiralananı başkalarına kiraya verebilecektir.

Maddenin ikinci fıkrasında da, yine birinci cümlede geçen "mücbir sebep" yerine, "haklı sebep" kullanılmıştır. Fıkra göre, yeniden inşa ve imar amacıyla boşaltılması sağlanan taşınmazlar, eski hâli ile, haklı sebep olmaksızın üç yıl geçmedikçe başkasına kiralanamayacaktır. Aynı fıkroda, eski kiracının, yeniden inşa ve imarı gerçekleştirilen taşınmazları yeni durumu ve yeni kira bedeli ile kiralama konusunda öncelik hakkı bulunduğu; bu hakkın, kiraya verenin yapacağı yazılı bildirim izleyen bir ay içinde kullanılması gerektiği; bu öncelik hakkı sona erdirilmedikçe, taşınmazın üç yıl geçmeden başkasına kiralanamayacağı belirtilmektedir.

Maddenin son fıkrasında, bu hükümlere aykırı davranan kiraya verenlerin, eski kiracıya bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlü oldukları belirtilmektedir. Fıkroda yapılan düzenleme ile, bu hükümlere aykırı davranan kiraya verenlere, **6570 sayılı Yasa'nın 16. maddesinde öngörülen cezaî yaptırımların uygulanması sisteminden vazgeçilmiştir. Bunun yerine, eski kiracıya, fıkroda belirtilen tazminatın kendisine ödenmesini isteme hakkı tanınmıştır.** Bu tazminatın

belirlenmesinde, eski kiracının kiraya verene ödemiş olduğu son dönemin kira bedeli göz önünde tutulacaktır.

Adalet Komisyonu Raporu: Tasarı'nın 354. maddesi teselsül nedeniyle 355. madde olarak aynen kabul edilmiştir.

IV. OTURUM

GENEL ANLATIM

Av. Kürşat KARACABEY¹

Mecelle'nin 39. maddesinde şöyle bir hüküm vardı: “*Ezmanın tagayyürü ile abkâmın tagayyürü inkâr olunamaz*”. Bugünkü Türkçe'deki karşılığı; “*zamanın değişmesiyle kuralların değişmesi gereği kaçınılmazdır.*”

Bu hükme ve anlayışa katılmamak elbette ki mümkün değildir. Hele zamanın akış katsayısının baş döndürücü bir ivmeyle hızlandığı; eski bir kısım kurumların yok olduğu, bir kısım toplumsal ve idari kurumların esaslı biçimde değişime uğradığı ve yeni kurumların ihdas olduğu bir dönemde yaşıyoruz. Toplumsal ihtiyaçlar da sürekli şekil ve öz değiştirmektedir.

Böylesine esaslı ve kapsamlı bir değişim sürecinde yasaların belli bazı hükümlerinin değişmesi de kaçınılmazdır. Hatta hukuksal usul ve metotların da bir takım değişiklikler geçireceği muhakkaktır. Örneğin yazılı hukuk tarihinin ilkel dönemlerinde yasa yapma tekniği olarak, ağırlıklı kazuistik yöntem uygulanırdı. Son çağlarda ise her bir somut olay ve uyuşmazlığın çok boyutlu ve çok özellikli olması, birinin diğeri ile aynen örtüşmesinin neredeyse imkansız olması gerçeği karşısında; hakkaniyeti ve adaleti tahakkuk ettirme adına yargıcın takdir hakkına şans tanıyan ilkesel ve genel hükümlerle yasa yapma yöntemi benimsenmiştir.

Bütün bunlar bir yana esas itibariyle “*yenileşme*” anlamında bizatihi “*değişimin*” kendisi iyi bir kurumdur. Genel olarak da “*değişim*” yenilikçi ve ıslahatçı yanıyla algılanır. Ancak bu algı, her değişimin iyi olduğu anlamına elbette ki gelmemelidir. Mevcudu daha kötüsü ile değiştirmek de bir

1 Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü Üyesi

değişimdir; daha iyisi ile değiştirmek de... Bu anlamda olmak üzere, ileriye ve ilerlemeyi temsil eden “*devrim*” de bir değişimdir; geriye gidişi temsil eden “*karşı devrim*” de... Bu bakımdan değişimin veya değişikliğin meşruiyetinin sorgulanması gereği kaçınılmazdır.

İşte konuya bu çerçevede baktığımızda şunu söyleyebiliriz: Şayet değişim; yerine ikame edildiği değerden daha yetkinse, daha çağdaşsa ve ihtiyaçlara daha iyi cevap veriyorsa, bünyesinde aksama riskini daha az barındırıyor; ancak o taktirde değişimin meşruiyetinden söz edilebilir. Şimdi bu bakış açısı ile toplantının gündemine yönelirsek şunları söylememiz mümkün olacaktır:

Son yıllarda ve özellikle de AKP iktidarı döneminde, kapsamlı yasa ve yönetsel kurum değişikliklerinin yapıldığı bir vakıa... Üstelik Cumhuriyet’in temel kanunlarını da içine alan bu değişiklikler, adeta yangından mal kaçırma telaşı içinde apar topar yapılmakta; deyim yerindeyse fabrikasyon teknikle üretilmektedir. Fabrikasyon diyorum; ama bunu laf olsun diye söylemiyorum. Gerçekten de öyle yapılıyor. Türkiye Cumhuriyeti’nin temel kanunları olan HUMK, TTK ve BK değişikliklerinin TBMM’nde oylanmasını hatırlayalım lütfen..!

Cumhuriyet’in hukuksal dokusunu oluşturan bu temel kanunların her bir maddesinin oylanmasında iktidarı muhalefetiyle, top yekûn milletvekillerinin, milli irade adına kalkıp inen ellerinin, âdeta bir kumaş dokuma fabrikasının iğleri gibi peş peşe kalkıp inmesi, sanıyorum benim gibi tüm hukukçuların yüreğini yaralamıştır. Yapılan işin anlam ve önemini kavrayıştan uzak bu hoyratça yaklaşım, ne yazık ki yasa değişikliklerinin ilgili komisyonlardaki kurgulanması aşamasında da aynen böyle işletilmiştir.

Örneğin Borçlar Kanunu’nun hemen hemen her bir ayrımı esaslı surette değiştirilirken, değişiklikle birinci derecede ilgili toplumsal ve mesleki örgütlerin bilgi, görüş ve katılımlarına, yeterince değil, öyle sanıyorum ki hiç müracaat edilmemiştir.

Bu yön ile ilgili olarak somut bir örnek vermek istiyorum:

Mevcut Borçlar Kanunu’nun 13. Bap 3. Fası; Yeni Borçlar Kanunu’nun da 9. Bölüm 3. Ayrımı “*Tellallık Sözleşmesini*” düzenlemektedir. Bilindiği üzere Türkiye uygulaması itibarıyla Tellallık Sözleşmesi ile ilgili hükümler, belki %90 oranında emlakçılarla ilgili uyuşmazlıklarda tatbik alanı bulmaktadır. Diğer bir anlatımla tellallık sözleşmesi ile ilgili aksaklıkları, eksiklikleri ve gereksinimleri en yakından bilen ve bunun yarar ve sıkıntılarını adeta burun buruna yaşayan meslek erbabı emlakçılardır.

Ne var ki Ankara Tüm Emlakçılar Meslek Odası'nın veya Ankara'da kurulu Türkiye Emlak Müşavirleri Federasyonu'nu çalışmalara davet edilmemiş; konu ile ilgili bir satır olsun görüşleri alınmamış; çalışmalar hakkında kendilerine bilgi dahi verilmemiştir. Bu kuruluşların "*hukuk danışmanlığını*" yaptığım için bu durumu çok yakından ve bire bir bilmekteyim.

Sonuçta ne mi oldu? Sözleşmenin adı değiştirildi; hükümleri küçük değişiklikler dışında aşağı yukarı aynen korundu. Yapılan değişikliklerde de esaslı yanlışlar yapıldı. Önce sözleşme adının değiştirilmesine değinelim: Tellallık Sözleşmesinin adı dehşet verici bir yanlışlıkla "*Simsarlık Sözleşmesi*" olarak değiştirildi. "*Tellal*" oldu "*Simsar*"...

Peki ne kadar doğru bu değişiklik? Tellallık nedir? Simsarlık nedir?

Türk Dil Kurumu Sözlüğünde "*simsar*"a baktığımızda karşısında "*komisyoncu*"yu görüyoruz. "*Komisyoncu*"ya baktığımızda ise "*simsar*"ı görüyoruz. Yani "*simsar*" "*komisyoncu*"dur.

Oysa ki mevcut Borçlar Kanunu'nun 404. ve Yeni Borçlar Kanunu'nun 520. maddesinde tanımlanan sözleşme; Yeni Borçlar Kanunu'nun 532. maddesinde tanımlanan "*komisyon sözleşmesi*"nden tamamen ve esaslı surette farklı bir kurumdur.

Bir kere görmezden gelinmesi mümkün olmayan en önemli fark şudur: Komisyon sözleşmesi uyarınca komisyoncu, sözleşmeyi kendi adına ve vekalet verenin hesabına yapar. Yani komisyoncu kurulmasını sağladığı sözleşmenin bizatihi tarafıdır. Oysa ki tellal kurulmasına aracılık ettiği sözleşmenin tarafı değildir ve olamaz. Şayet sözleşmenin tarafı olursa yaptığı iş tellallık olmaz. Tellal, bir sözleşmenin kurulmasına ve gerçekleşmesine sadece aracılık eden kişidir. Bu iki kurum biri birinden ak ile kara kadar farklıdır.

O halde tellala neden komisyoncu anlamında "*simsar*" denilmiştir. Şayet simsarlık tellallık kavramından daha sevimli bulunmuşsa, şunu belirtmek isterim ki meslekleri ile ilgili bu değişikliği kendilerine müjdelediğim emlakçılar küplere binmiştir. Oysa ki "*aracılık sözleşmesi*" denilebilir veya etimolojik anlamı "*aracılık*" olan tellallık sözleşmesi kavramı öylece korunabilirdi. Temel kanun değişikliklerinin uzun erimli uygulanma amacı gözetildiğinde bu denli keyfi davranılmamalıydı.

Peki mevcut BK'nun 404 ila 409. ve yeni BK'nun 520 ila 525. maddelerinde yer alan "*tellallık sözleşmesi*" hükümlerinde yapılan ve yapılmayan değişiklikler nelerdir:

Bir kere sözleşmenin tanımında yanlışlık yapılmıştır. Mevcut BK'nun 405. maddesinde emredici olmayan, diğer bir anlatımla sözleşme ile aksi kararlaştırılabilir nitelikte olan “*Yaptığı hazırlık veya icra eylediği tavassut , akdin icrasına müncer olunca , tellal ücrete müstehak olur*” şeklindeki hüküm, Yeni BK'nun 521. maddesinde “*Simsar, ancak yaptığı faaliyet sonucunda sözleşme kurulursa ücrete hak kazanır*” şeklinde değiştirilmiştir. Esasen burada da Eski Türkçe'den Yeni Türkçe'ye çevirme yanlışlığı yapılmıştır. Şöyle ki “*yaptığı faaliyet*” kavramı Türkçe Dil Bilgisi kuralları çerçevesinde yanlıştır. “*Faaliyet*” bünyesinde zaten yapmak yardımcı fiilini barındıran bir kavramdır. Bunun yerine pekala “*gerçekleştirdiği faaliyet*” veya “*faaliyeti*” veya “*aracılık faaliyeti*” sonucunda denilebilirdi. Her neyse esasen asla hoş görülmesi mümkün olmayan bu tür Türkçe hataları yeni Yasa'nın pek çok maddesinde mevcut. Bunlar için başlı başına bir oturum düzenlense yeridir.

Şimdi bu konu ile ilgili esas soruna gelelim: Yukarıya alıntılanan mevcut yasanın “*Yaptığı hazırlık veya icra eylediği tavassut , akdin icrasına müncer olunca , tellal ücrete müstehâk olur*” hükmü yapılan değişiklikle; 521. maddede aynen tekrar edildikten başka, aynı hüküm gereksiz, mükerrer ve bir yönüyle de ölü bir hüküm olarak 520. maddedeki “*Tellallık Sözleşmesi*” tanımına kurucu bir unsur olarak eklenmiştir. Şöyle ki; yeni tanıma göre “*Simsarlık sözleşmesi, simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkanının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak kazandığı bir sözleşmedir.*”

Tanımda yer alan bu hüküm “*gerçekleşmesine aracılık edilen sözleşmenin kurulmuş olması gereğini*” ücret hakkının doğumu için bir şart olarak ortaya koymaktadır. Oysa ki 52/1. maddede aynı hükmün yinelenme şekli bu hükmün aksi kararlaştırılabilir olduğunu göstermektedir. Ayrıca şunu söyleyelim ki, şayet bu hüküm emredici kılınırsa uygulamada tellallık sözleşmesi yapmanın hiçbir anlam ve önemi kalmayacaktır. Sözleşmeden haksız olarak cayan tarafa, sırf hedeflenen sözleşmenin kurulamamasından ötürü hiçbir yaptırım uygulanamayacaktır.

Özetle ortaya gereksiz bir tekrar çıkmış; bunlardan birisi emredici birisi emredici olmayan şeklinde kaleme alınmıştır. Uygulayıcılara kolaylık dilemekten başka diyebilecek bir şey bulamıyorum.

Mevcut Kanun'un 408. maddesi hükmü şöyle idi: “*Evlence tellallığı, ücrete hak bahşetmez.*” Konuya eksik borç tanımlaması getiren bu son derece çevik ve açık hüküm; aynı hükmü tanımlayarak tercüme etmiştir. Sanki hukuk uygulayıcıları çok da uygulama alanı bulmayan bu hükmü şimdiye değin

yanlış yorumlamışlar gibi... Bunun yerine yeni Kanun diyor ki; “*Evlenme simsarlığından doğan ücret hakkında dava açılmaz ve takip yapılamaz.*”

Oysa ki bunun “*evlenme sözleşmesine aracılığı*” da kapsar şekilde, yerine şöyle bir hüküm konulabilirdi: “*Tellal, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı bir sözleşmenin kurulmasına aracılık etmişse ücrete hak kazanamaz.*”

Saygıdeğer dinleyiciler; yasa gelişen ve değişen toplumsal ihtiyaçları karşılayacak şekilde yeniden şekillendirilmelidir. Şayet konuya böyle yaklaşırsa telal sözleşmesinin, bugün itibarıyla çok geniş yürürlük alanı kazanmış olması gözetilerek, uygulamadaki uyuşmazlık konuları ve hak kayıpları ölçü alınmak suretiyle yeni hükümler getirilmeliydi. Tıpkı günümüzde mahkemeleri çok yoran ve ciddi ölçekte hak kayıplarına neden olan “*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*” hakkında düzenleme yapılması gerektiğinde olduğu gibi... Ne var ki bu da yapılmamıştır.

Birkaç örneğe ayrıntılı değinmeye çalıştım. Örnekleri çoğaltmak isterdim. Ancak buna sunumumun çerçevesi maalesef izin vermemektedir. Genel olarak şunu belirtmek istiyorum: Yeni Borçlar Kanunu’nun düzenlenmesinde kanun yapma usul ve tekniğine uygun davranılmamıştır.

Özellikle temel kanunlar **genel, soyut ve sürekli uygulanabilir nitelikte** kurallar ihtiva etmelidir. Bundan başka konulan kurallar, **basit, açık ve kanunun genel sistematiğine uygun** düzenlenmiş olmalıdır. Hükümler kesinlikle **müphem ve çelişkili** olmamalı; **istisnalar çoğaltılarak** genel hükümlere baskı yapar yoğunluğa ulaşmamalıdır. Kuralların tanımlanmasında dilbilgisi kurallarına azami özen gösterilmeli; mümkünse edebi bir metin yetkinliğinde kaleme alınmalıdır.

Yürürlükteki Borçlar Kanunu bu özellikleri büyük ölçüde bünyesinde barındırmaktadır. Başka bir dilden tercüme olmasına ve tercüme metinlerde edebi üslubu yakalamak zor bulunmasına karşın, mevcut kanunda bu dahi başarılmıştır.

Ne var ki ve ne yazıktır ki; yakın zamanda yürürlüğe girmesini beklediğimiz Yeni Borçlar Kanunu özetle açıkladığımız bu kanun yapma tekniğinin gereklerine asla ama asla uyulmaksızın hazırlanmış kötü bir çalışmadır. Yeni kanunda, süreklilik ve uzun erimli olma özelliklerine inat bir yaklaşımla, yer yer kazuistik yöntem belirlenmiş; “*şöyle olursa böyle olur, böyle olursa şöyle olur tarzında*” tüzük; hatta yönetmelik hazırlama üslubu benimsenmiştir. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak 544 olan madde sayısı 649’a çıkarılmış; her bir maddenin içeriği de gereksiz ifade ve tekrarlarla şişirilmiştir.

Özellikle kira sözleşmesi ile ilgili bölümde olmak üzere, günümüzde geçerli olan Yargıtay içtihatları, yasa maddelerine dönüştürülmüştür. Bu suretle Yargıtay'ın gelişen ve değişen ihtiyaçlara göre yeni yorumlar yapabilme yeteneği ve alanı da kısıtlanmıştır.

Örneğin kira bedelinin artışında “*paranın alım gücündeki değişikliklerin*” ölçü alınacağı yerde, son dönemdeki gelişmeler paralelinde Yargıtay'ca benimsenen ÜFE artış oranları yasal ölçü olarak alınmıştır. Peki ama belki yakın bir gelecekte ÜFE artış oranları piyasa gerçekleri ile örtüşmeyebilir ve hatta ÜFE tanımlaması yeni bir parametre ile yer değiştirebilir. Bu durumda Yargıtay başka bir ölçüyü benimseyen yeni bir içtihat üretemeyeceğine göre nasıl bir çözüm uygulamaya konulacaktır. Elbetteki tek yapılacak iş temel yasanın değiştirilmesi olacaktır. Peki nerede kaldı yasanın sürekliliği ilkesi...

Yeni Kanun'da açıklık, basitlik ve kolay anlaşılabilirlik ölçülerine de riayet edilmemiştir. İzin verirsiniz buna ilişkin olarak, çok sayıdaki örnekten sadece 344. maddenin üçüncü paragrafını okumak istiyorum:

“Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir.

Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Ancak, bu Kanunun, “Aşırı ifa güçlüğü” başlıklı 138 inci maddesi hükmü saklıdır. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmü uygulanır.”

Temel yasadaki pek çok özel hükme, genel hükümlerde zaten var olan gereksiz eklemeler yapılmıştır. Örneğin “*Kiracının temerrüdünü*” düzenleyen 315. maddenin son cümlesinde, temerrüde düşen kiracıya gönderilecek ihtarnamede sürenin başlangıcına ilişkin olarak: “*Bu süre, kiracıya yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar.*” denilmektedir.

Burada genel uygulama sanki bir istisnayımış gibi madde metnine iliştilmiştir. Adli tebligatla başlayan sürenin bu hükmün aksine uygulandığını bileneğiniz var mı?

Saygıdeğer katılımcılar; sunumumun “*genel açıklama*” ile sınırlı olması nedeniyle benzeri olumsuz örnekleri çoğaltmaya zamanım bulunmamaktadır.

Dileğim, temel yasa olan Türk Borçlar Kanunu’nun uzunca yıllar uygulanacağı kalacağı gözetilerek, henüz yürürlüğe girmezden önce esaslı surette yeniden değiştirilmesidir. Bu yapılırken de eski sistematik ve maddelen-dirme yapısının korunması ve dilde özenli bir sadeleştirmenin, ihtiyaçların gerektirdiği değişikliklerin ve ilavelerin aynı maddeler ve madde numaraları korunarak gerçekleştirilmesidir.

6098 SAYILI TBK'NUN ÖZEL BORÇ İLİŞKİLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Prof. Dr. Erzan Erzurumluođlu¹

Bilindiği üzere 1926 yılında kabul edilen ve 85 yıl yürürlükte kalan temel yasalarımızdan Medeni Kanun'la, Borçlar Kanunu yürürlükte buldukları süreçte bazı ufak müdahaleler bir yana önemli sayılabilecek bir değişikliğe uğramamışlardı. Son zamanlarda temel yasalarda bazı değişiklikler yapma isteği ise söz konusu yasaların şeklen toptan değiştirilmesi ile sonuçlanmıştı. Yasalardaki değişiklikler medya ve bazı iş çevrelerince devrim denilecek kadar abartılmıştır.

İşin özüne inildiğinde ve yakından bakıldığında gerçek anlamda değişiklik sadece dildedir. Diğer değişikliklerin tarafların serbest iradesi yerine ikame edilmek üzere düşünölen genel işlem koşulları (md. 20-25) ya da katılmalı- iltihakı sözleşme anlayışı bir yana, sistemle ya da değişen yasaların felsefesiyle bir ilgisi yoktur. İyi ki yoktur. Nitekim Sayın Ahmet İyimaya TBB Dergisi'ndeki "*Siyaset Kurumunun Günahı Yasama Reformu*" başlıklı son yazısında; "*Hukuk komisyonunda, siyaset genel kurulda yapılır.*" dedikten sonra; "*Ne komisyonların yapıları ne de genel kurul müzakere süreçleri, hukukun üstünlüğüne temel oluşturacak norm üretme kapasiteleri ile donatılmamıştır*" diye eklemiştir. Buna birde genel karakterimizden kaynaklanan "*en iyisini ya da en doğrusunu ben bilirim*" yaklaşımını eklerseniz, durum daha açık olarak anlaşılabilir.

1 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Örneğin, Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikler madde sayılarına bakıldığında, 100 madde olarak gözükmemektedir. 544 maddelik yasa 649 madde olmuştur. Geçici maddeler ve yürürlük maddeleri bir yana bırakılıp, 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un yeni Yasa'yla bütünleştirilmesi (entegresi) dikkate alındığında, değişen ve yeni madde sayısı 83'tür.

85 yıllık uygulama göz önüne alındığında yeni ve değişen toplam 83 madde için, madde numaralarını değiştiren yeni Yasa'nın yasama tekniğine uyup uymadığı ve pratikte çıkaracağı güçlüklerle değil değilmediği tartışma konusudur. Kanun'un madde gerekçelerine baktığımızda, ya sadece dil değiştirilmiş ya da İsviçre Medeni Kanunu'nda ve Alman BGB'de yapılan değişiklikler dikkate alınmış ya da mahkeme ve özellikle Yargıtay kararlarında benimsenen bazı görüşler maddeleştirilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu'nun ikinci kısmında “*Özel Borç İlişkileri*” başlığı altında 207-649. maddelerinde düzenlenen sözleşmelerde gerçekleşen değişiklikleri mümkün olduğunca sırasıyla açıklamaya çalışacağız. Diğer konuşmacı meslektaşlarım bir konu ya da bir sözleşme türünü özel olarak ayrıntılı bir biçimde açıklayacaklar. Tekrardan kaçınmak ve sizleri sıkıkmamak için ben ayrıntıya girmeyeceğim.

Yürürlükteki Yasa'nın 182. maddesinde tanımlanan “*Satım Sözleşmesi*”, “*Satış Sözleşmesi*” ve “*Semen-Ücret*” sözcükleri “*Bedel*” olarak değiştirilmiş ya da belirlenmiştir. Satış sözleşmesinde ilkesel anlamda tek değişiklik, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 183. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan nefi ve hasarın intikaline ilişkindir.

183. maddede sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçen yarar ve hasar, Türk Borçlar Kanunu'nda genel hükümler başlığı altında birinci ayırmda düzenlenen 208. maddede “*satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Reel sözleşme sistemini benimseyen yasalarda olan sistm (örneğin; BGB'nin düzenlenmesi) kabul edilmiştir. Bu doğru ve hakkaniyete uygundur. Bundan sonra her sözleşme türünde olmayan ya da özellikle olan değişiklikleri sırasıyla açıklamaya çaba sarf edeceğiz.

Daha önce de belirttiğimiz üzere Yeni Borçlar Kanunu'muz, ikinci kısımda 207-649. maddeleri arasında “*Özel Borç İlişkileri*”ni düzenlemiştir. İkinci kısım, birinci, ikinci ve üçüncü bölümde, öğretilde mülkiyetin devrini amaçlayan sözleşmeler diye nitelediğimiz satış, mal değişim ve bağışlama sözleşmeleri düzenlenmiştir. Yaşantımızda çok önemli bir yer tutan ve hatta “*hayata tahammül*” yöntemi olarak betimlenen, unutma ve unutturma

reflekslerinden güç aldığı söylenen “*alışveriş*”, satış sözleşmesi kuşkusuz diğer iki sözleşmeden daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

207-281. maddeler arasında satış sözleşmesi, genel hükümler (207-208), taşınır satışı (209-236), taşınmaz satışı ve satış ilişkisi doğuran haklar (237-246), bazı satış türleri (örnek üzerine satış, beğenme koşuluyla satış, deneme veya gözden geçirme, kısmi ödemeli satışlar (taksitle satış), açık artırma yoluyla satış) olarak düzenlenmiştir.

6098 sayılı Yasa'nın getirmiş olduğu değişiklikleri ya da yenilikleri genel olarak şöyle belirtebiliriz:

Yarar ve hasar, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlükten kalkacak olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda “*nefi ve hasar*” kenar başlığı altında yapılan düzenleme, 6098 sayılı Yasa'da “*yarar ve hasar*” olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile eskisinin aksine yarar ve hasarın, kural olarak taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında tescile kadar satıcıda kalacağı hükme bağlanmıştır.

Genel olarak madde kenar başlıkları sadeleştirilmiş, bazı maddelerde bazı sözcükler çıkarılmış, bazı sözcükler değiştirilmiştir. Örneğin 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda 196. maddede geçen “*hile ile gizlenmişse*” ifadesi, 6098 sayılı Yasa'da 221. maddede “*ağır kusurlu ise*”; eski (198), yeni (223) “*derhal*” yerine “*uygun süre*” veya “*hemen*” sözcükleri kullanılmış, eski Yasa'da genellikle “*fesih*” diye kullanılan sözcük yerine yeni Yasa'da tamamen “*dönme*” terimi kullanılmıştır. Kuşkusuz fesih ve dönme sözcüklerinin hukuki sonuçlarının farklı olduğu malumlarımızdır. Kanımızca bu değişiklik önemlidir. Ayrıca zararın hesaplanması ve giderimi konusunda ticari, normal iş ayrımı kaldırılmış, “*borcunu ifa etmeyen alıcı*” denilmiştir.

Üçüncü ayırmada taşınmaz satışı, taşınmaz satış vaadi, geri alım (vefa) alım (iştir) ve önalım (şufa) hakları düzenlenmiştir. Bu yeni bir düzenlemedir.

Madde 237'de taşınmaz satışı, taşınmaz satış vaadi, geri alım, alım sözleşmelerinin resmi şekilde, önalım sözleşmesinin ise yazılı şekilde yapılacağı belirtilmiştir.

238, 239, 240 ve 242. maddeler önalım hakkının nasıl ve ne zaman kullanılacağını belirtmiş ancak MK'nun 732 vd. maddelerine gönderme yapılmamıştır. Kuşkusuz önalım hakkını kullananın karardan önce parayı nereye nasıl depo edeceğini yargıç belirleyecektir.

Taşınmaz satışında dil sadeleştirilmiş, 245. maddede zamanaşımı beş ve yirmi yıl olarak kabul edilmiştir.

4. Ayrımda “*Bazı Satış Türleri*” başlığı altında düzenlenen sözleşmelerden en önemli ya da köklü değişiklik taksitle satış sözleşmesinde yapılmıştır.

Md. 253’te “*Kısmi Ödemeli*”, başka bir deyimle satışa konu mal teslim edildikten sonra bedelin taksit taksit ödeneceği sözleşme düzenlenmiştir. Sözleşmede belirtilecek hususlar sınırla olarak sayılmıştır.

261. maddede düzenlenen hâkimin müdahalesi ile 262. madde de düzenlenen “*yetkili mahkeme ve tahkim*” e ilişkin hükümler yeni ve önemlidir.

Md. 264’de tanımı, şekli ve içeriği bedelin tamamen ödenmesinden sonra satılanı alıcıya devretmeyi üstlendiği-üstlendikleri satıştır, diye tanımlanmış ve yine sözleşmede bulunması gereken hususlar sınırlı olarak sayılmıştır. Taksitle satış sözleşmesinin her iki şekli için yedi günlük açıklanan iradeyi geri almak süresi tanınmıştır. İradenin geri alınması halinde, cayma parası istemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Yasanın ikinci ve üçüncü bölümünde mal değişim ve bağışlama sözleşmeleri düzenlenmiştir. Ancak bu sözleşme türlerinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Öğretide bir şeyden yararlandırılma ya da kullandırılma sözleşmeleri diye betimlenen kira, kullanım ödücü (ariyet) ve tüketim ödücü yasanın beşinci bölümünde düzenlenmiştir.

Bu sözleşmeler arasında kira sözleşmesinde önemli sayılabilecek nitelikte değişiklikler ve birleşmeler olmuş diğer iki sözleşmede ise değişiklik olmamıştır. Kira sözleşmesi 299-378 maddeler arasında, genel hükümler, konut ve çatılı işyeri kiralari ve ürün kirası başlıkları altında üç ayrımda düzenlenmiştir. Deyim yerindeyse, 818. sayılı Borçlar Yasası’nda yer alan hükümler yeni Yasa’da genel hükümler olarak düzenlenmiştir. Kira sözleşmesinde şimdiye dek “*kiralayan*” diye anılan sözcük “*kiraya veren*” diye değiştirilmiştir. Bu yerinde, işlevsel ve yanlış anlamaları önleyen bir değişikliktir.

299. maddede kira sözleşmesinin belirli ve belirli olmayan bir süre için yapılabileceğini hükme bağlamıştır. Kararlaştırılan kira süresinin geçmesiyle bir bildirim yapılmaksızın sona erecek kira sözleşmesi belirli, diğer kira sözleşmeleri belirli olmayan bir süre için yapılan sözleşmeler olarak düzenlenmiştir.

304-308. maddeler arasında “*kiralananın*” ayıplı yada sonradan ayıplı hale gelmesinden doğan sorumluluk ve sonuçları düzenlenmiştir.

818 sayılı yasada “*satımla kiranın infisahi*” (md. 254) ya da satım kirayı bozar hükmü, yeni Yasa’nın, 310-311. maddelerinde değişik bir biçimde

düzenlenmiş, kiralanana satın alan kişinin ya da yeni malikin, sözleşmenin tarafı haline geleceği kabul edilmiştir.

Madde 313-319 arasında “*kiracının borçları*” düzenlenmiş bu cümleden alarak md. 316.’da “*özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme*” başlığı altında MK’nun 737. maddesine paralel bir düzenleme yapılmıştır. Özel durumlar, “*kiralananın yenilik ve değişiklik yapılması*”na ilişkin hususlar, kiraya veren ve kiracı açısından 320–326. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Bu arada yapılan –alt kira ve kullanım hakkının devri (322), kira ilişkisinin devri (323), kiralananın kullanılmaması (324), kiralananın sözleşmenin bitiminden önce geri verilmesine (325) ilişkin düzenlemeler yenilikler içermesi bakımında önem arz etmektedir.

818. yasada adi kira diye belirlenen sözleşmenin sona ermesi, yeni yasada 327-338. maddeler arasında düzenlenmiştir. 331. maddede düzenlenen olağanüstü fesih (önemli sebepler) 818 sayılı yasanın 264. maddesinin karşılıklıdır. Ancak bu düzenlemede feshin parasal sonuçlarının ne olacağına hâkim karar verecektir. Hüküm bu noktadan md. 264’den ayrılmaktadır.

Yeni BK ikinci ayırında “*konut ve çatılı işyeri kiralaları*” nı düzenlemiştir.

Bilindiği üzere ülkemizde 1955 yılında kabul edilerek yürürlüğe giren 6570 sayılı “*Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun*” halen yürürlüktedir. Ancak söz konusu yasa, yeni Borçlar Yasa’sı ile bütünleştirildiği için 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkacaktır. Denilebilir ki 6570 sayılı Yasa bazı değişiklikler bir yana tümüyle yeni Yasa’ya aktarılmıştır. Söz konusu Yasa’nın 7. maddesinde sayılan sözleşmeyi sona erdirme ya da tahliye nedenleri genel olarak korunmuştur.

Yeni Borçlar kanunu 339. maddesinde “*konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümlerin*” uygulama alanını belirtmiştir. Anılan maddeye göre “*uygulama alanı*” 6570 sayılı Yasa’dan farklı olarak düzenlenmiştir. Metinden “*liman, iskele, istasyon*” deyimleri çıkarılmış, “*kamu kurum ve kuruluşlarının, nahvi usul ve esaslar içinde olursa olsun yaptıkları bütün kira sözleşmelerinde bu hükümlerin*” uygulanacağı belirtilmiştir.

340. maddede bağlantılı sözleşmelerin geçersiz olacağı, 341. maddede kiracının vereceği güvence hükme bağlanmıştır.

341. maddeye göre, konut ve çatılı işyeri kiralalarından sözleşmeyle kiracıya güvence verme borcu getirilmişse, bu güvence tutarının üç aylık kira bedelini aşamayacağı belirtilerek, para olarak verilen güvencenin kiraya verenin onayı

olmaksızın çekilemeyeceği vadeli bir hesaba yatırılması, kıymetli evrak ise bir bankaya depo edilmesi ayrıntılarıyla birlikte hükme bağlanmıştır.

343. madde, kira sözleşmelerinde kira bedelinin belirlenmesi dışında, sözleşmede kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacağı kabul edilmiştir.

346. madde “*kiracı aleyhine düzenleme yasağı*” kenar başlığı altında şu düzenlemeyi yapmıştır: “*Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemez. Özellikle kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir*”

6570 sayılı Yasa'nın yedinci maddesinde düzenlenen sözleşmeyi sona erdiren nedenler yeni BK'nun “*konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşmesin sona ermesi*” kenar başlığı altında 347. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu 347. maddeye göre “*konut ve çatılı işyeri*” kiralalarında kiracı, belirli süreli sözleşmenin bitiminden en az 15 gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarda bir için uzatılmış sayılır. Kiraya veren sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez.

Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kiracı her zaman, kirayı veren ise on yıl geçtikten sonra genel hükümlere göre fesih hakkını kullanabileceği durumlar da kiracı ve kiraya veren sözleşmeyi sona erdirebilir. Bildirim yoluyla sona erdirmelerde bildirim geçerli olması yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır.

349. madde aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez. Kiracı olmayan eş, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanmışsa kiraya veren, fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır.

350. madde gereksinim, yeniden inşa ve imar nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesini düzenlemiştir. 6570'den farklı olarak, madde “*gereksinimin*” sınırını genişletmiştir. Hükme göre bundan böyle ya da yeni Yasa'nın yürürlüğe girmesiyle, kiraya veren, kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü bulunduğu diğer kişiler için konut ya da işyeri gereksinimi nedeniyle kullanma zorunluluğu varsa ve diğer hallerde fesih bildirimini sürelerine uyularak belirlenen tarihten itibaren bir ay içinde açacağı dava ile sözleşmeyi sona erdirebilir. Yeni malikin gereksinimi ve kiracıdan kaynaklanan nedenlerde açılacak davalar eskisi gibi açılacaktır. Kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin ayrı ilçe veya belde sınırları içinde oturmaya elverişli konutu bulunması durumunda, büyük şehir madde kapsamından çıkarılmıştır.

Dava yoluyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin hükümler kiracı aleyhine değiştirilemez. Kiraya veren, gereksinim amacıyla açılan dava sonucu kiralananın boşaltılmasını sağladığında, haklı sebep olmadıkça üç yıl geçmeden kiralananı eski kiracısından başkasına kiraya veremez. Kiraya veren, bu hükümlere aykırı davrandığı takdirde, eski kiracısına, son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlü olur. Öncelik hakkı bildirimden itibaren bir ay içinde kullanılmalıdır. Hapisle cezalandırma artık söz konusu değildir.

356. madde kiracının ölümünde sözleşmenin sürdürülmesini düzenlemiştir. Bu hükümde içeriği itibariyle yeni bir düzenlemedir.

Öğretide konusu emek olan sözleşmeler olarak betimlediğimiz, uygulamada önemli bir yer tutan genel hizmet, eser ve vekâlet sözleşmesi ile bazı sözleşmeler yeni Borçlar Kanunu'nun altıncı, yedinci, sekizinci ve dokuzuncu bölümlerinde düzenlenmiştir.

Genel hizmet sözleşmesi md. 393 ve devamında, pazarlamacılık evde hizmet sözleşmeleri bir yana, 54 maddede ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

İş kanunu, grev ve lokavt kanunu dikkate alındığında, yasa tekniği açısından bu düzenleme tartışmaya açıktır. 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 10. maddesi “*en çok 30 iş günü süren işlere süresiz, bundan fazla olanlara da sürekli iş denir ve süresiz işlerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*” demektedir.

Yeni BK'nun 393. maddesinde genel hizmet sözleşmesini tanımlarken gün belirtmeden “*belirli veya belirsiz*” olmayan süreyle demektedir. Ayrıca madde “*işçinin işveren bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir.*” dedikten sonra 394. maddenin son fıkrasında “*geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.*” diyerek, genel hizmet sözleşmesinin kapsamını sınırsız hale getirmektedir. Bu düzenleme, işveren bağımlı olarak ve bir ücret karşılığında belirli bir zaman içinde yapılan her işin işverence kabul edilirse hizmet sayılacağını hükme bağlamaktadır. Açıklamaya çalışılan bu durumlar dikkate alındığında, uygulamada yargıçların, değerlendirme ve taktiklerinde özen sorumluluğu çerçevesinde zorlanacakları söylenebilir.

Yeni BK'nun 400. maddesinde işçinin işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumlu olduğunu, kabul etmiştir.

BK'nu 406 ve 407. maddelerinde ücretin ödenmesi ve korunması konusunda, birzada bürokratik açıdan uygulanması zor önlem ve denetim mekanizmaları getirmiştir.

Yasa 410. maddesinde işçi ücretlerinin dörtte birinden fazlasının haczedilemeyeceğini veya rehnedilmesinin geçersiz olduğunu hükme bağlamıştır.

435. maddede “*Derhal fesih, koşulları haklı sebepler*” kenar başlığı altında şu düzenlemeyi yapmıştır: “Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhal feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır.

Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisi sürdürmesi beklenmeyen bütün durum ve koşullar haklı sebep sayılır.”

Maddedeki düzenlemeye göre haklı sebebin sınırı yoktur. Yargıtay 17.4.2001 tarihe bir kararında önemli nedenleri şöyle belirtilmektedir.

“*Sözleşmenin kurulması anında tarafların sözleşmeye temel olarak kabul ettikleri kişisel veya maddi şartlarla ilgili nedenler*” demektedir. 435. madde kapsamında haklı neden sınırsız olduğuna göre, fesih için ileri sürülen nedenleri ayrıma tabi tutmak herhalde gereksiz olacaktır.

Yeni BK'un eser sözleşmesini 470–486 maddeleri arasında düzenlemiştir. Genel olarak 818 sayılı yasa ile yeni BK'nun eser sözleşmesinin düzenlenmesi açısından aralarında önemli bir fark yoktur. 818 Sayılı yasada “*istisna*” diye anılan sözcük “*eser*”, müteahhit diye anılan sözcük “*yüklenici*” olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklik hem sadelik hem de işlevsel açıdan daha doğru ve yerindedir.

471. madde “*yüklenicinin borçları*” başlığı altında bir bakıma şu gelen kuralı koymuştur: “*Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır*”

478. madde zamanaşımını düzenlemiştir. Maddeye göre, “*yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmiş ise, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın taşınmaz yapılarda beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.*”

İki ve beş yıl açısından eserin taşınmaz olup olmadığını arayan Yasa, ağır kusur halinde yirmi yıl için nitelik ayrımı yapmamıştır.

480. madde “*götürü bedeli*” düzenlemiştir. Maddeye göre bedel götürü olarak belirlenmişse, yüklenici öngörülen bedelle tamamlamakla yükümlüdür.

Yüklenici kural olarak başka bir istemde bulunamaz. Buna karşın, başlangıçta öngörülmeven ya da öngörölüp de dikkate alınmayan durumlarda eserin yapılması engellenir ya da son derece güçleşirse, yüklenici hâkimden sözleşmeni yeni koşullara uygulanmasını isteme, bu mümkün olmadığı ve karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda, ancak fesih hakkını kullanabilir.

Bu düzenleme mevcut 365. madde bakımından hem anlatım açısından hem de sonuçları itibariyle farklıdır. Maddenin gerekçesine bakıldığında da görüleceği üzere ortaya çıkan olayın çözümü doğrudan yargıcın takdir hakkına bırakılmamış, yargıya gitmeden de izlenecek yöntem belirlenmiştir.

Konusu emek olan sözleşmelerden “*vekâlet sözleşmesi*” TBK'nun 502–514. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 502. madde de vekâlet sözleşmesinin tanımı yapmıştır. Bu tanım genel olarak eski yasadaki tanımın sadeleştirilmesidir. Ancak 818 sayılı Yasa'da “*tahmil olunan işin idaresi*” yeni BK'da “*vekâlet verenin bir işini görmeyi*”; eski BK'da “*tekabül eylediği hizmetin*” ifadesi yeni BK'da “*işlemine yapmayı*” biçiminde değiştirilmiştir.

504. madde “*vekâletin kapsamı*” kenar başlığı altında vekilin özel yetkili kılınmadıkça yapamayacağı işleri belirtmiştir.

Genel olarak vekâlet sözleşmesinde önemli bir değişiklik yoktur. Yasa denk düştüğü oranda vekâlet hükümlerinin uygulanacağı kurumları da (kredi mektubu ve kredi emri, simsarlık sözleşmesi) bu bölümde düzenlenmiştir.

Eski BK'da (md. 404) “*Tellallık*”, başlığı altında düzenlenen tellallık sözleşmesi yeni BK'da (md. 520) simsarlık sözleşmesi olarak düzenlenmiştir. “*Simsar*” sözcüğü dilimizde yaygın olarak kullanılan bir sözcük değildir. Anlam olarak özdeş olmaları tercihin doğru olduğunu göstermez.

Ülkemizde son zamanlarda çok yaygın hale gelen emlakçılık, “*emlakçılık sözleşmesi*” olarak düzenlenseydi daha işlevsel bir düzenleme olabilirdi. Yasa, kural olarak simsarlık sözleşmesine vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağını, taşınmazlar konusundaki simsarlık sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacağını hükme bağlamıştır.

Yeni BK, onuncu bölümde vekâletsiz iş görme, on birinci bölümde komisyon sözleşmesini düzenlemiştir.

543. madde, “*komisyoncunun kendisiyle işlem yapması*” kenar başlığı altında yaptığı düzenleme ile hangi hallerde işlemin geçerli olabileceğini hükme

bağlamıştır. Bu ve devamı bölümlerde yapılan düzenlemelerde önemli bir değişiklik yoktur.

Yasa, onbeşinci bölümde yine yaşamımızda hukuki, ekonomik ve ticari açıdan önem arz eden ve geniş bir yer tutan teminat ya da güvence sözleşmelerinin bir türü olan kefalet sözleşmesini düzenlemiştir. Bilindiği üzere teminat sözleşmeleri kişisel ve aynı nitelikli olabilir. Aynı nitelikli teminat sözleşmeleri MK'da; kişisel nitelikli olanlar, BK'da düzenlenmiştir. Hiçbir yasada düzenlenmeyen (garanti söz) teminat sözleşmeleri olduğu gibi, ayrı yasalarda da düzenlenen (ticari iş rehni, Aval vb.) sözleşmeler de vardır.

Kefalet kişisel nitelikli bir teminat sözleşmesi olarak Yeni BK'nun 581–603. maddeleri arasında ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. 581. madde kefalet sözleşmesini eski Yasa'daki tanıma yöneltilen eleştirileri de dikkate alarak, sade bir dille şöyle tanımlamıştır: “*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*”

582. madde kefaletin ikinci nitelikli bir sözleşme olduğunu ve koşullarını belirtmektedir. 583. madde “*şekil*” kenar başlığı altında, sözleşmenin geçerlilik koşullarını belirtmiştir. Bu hükmün önemi açıktır. Ancak kefaletin geçerlilik koşulu olan hususları “*kendi el yazısı ile belirtmesi şarttır*” biçimindeki ifadenin uygulamada nasıl sağlanacağını herhalde bekleyip göreceğiz.

584. madde “*eşin rızası*” kenar başlığı altında yaptığı düzenlemede: “*eşlerden biri mahkemece verilmiş bir aykırılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil...*” olabileceğini hükme bağlamıştır. Madde rızanın ne zaman verilmesi gerektiğini ve ayırık (istisna) durumunda belirtmiştir.

585. madde “*türlerine göre*” kenar başlığı altında adi kefalette alacaklının, borçluyu takip etmedikçe kefile başvuramayacağını kural olarak düzenledikten sonra, hangi hallerde doğrudan kefile başvurabileceğini de belirtmiştir.

586. madde “*müteselsil kefalet*”i düzenlemiş, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehni’ni paraya çevirtmeden kefilin takip edebileceğini ve bu takip için, borçlunun nasıl bir durumda olması gerektiğini hükme bağlamıştır. Eski BK'nun 487. maddesini karşılayan bu hükümde yapılan ya da ilave edilen değişikliklerle, takip açısından bir bakıma adi kefil, müteselsil kefil ayrımını kaldırmıştır. Uygulama açısından bu iki maddenin önemi, düne göre bugün daha da artmıştır.

589. madde kefil ile alacaklı arasındaki ilişki ve sorumluluğun kapsamını, Md. 595 vd. da kefil ile borçlu arasındaki ilişkiyi düzenlemiştir.

Yeni BK on altıncı bölümde “*kumar ve bahis*”, on yedinci bölümde “*ömür boyu gelir sözleşmesi*” ile “*ölünceye kadar bakma*” sözleşmesini, on sekizinci bölümde “*adi ortaklık*” sözleşmesini düzenlemiştir.

620. madde adi ortaklığın tanımını yapmış ve ikinci fıkrasında “*bir ortaklık, kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşııyorsa bu bölüm hükümlerine tabi adi ortaklık sayılır*” diyerek, ortaklık işlemlerinden doğacak sorumlulukların hali açısından önemli bir saptama yapmıştır.

İSTİSNA SÖZLEŞMESİ

Muammer ÖZTÜRK¹

Konuşmama başlarken hepinize saygılar sunuyorum. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda İstisna, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Eser olarak adlandırılan eser sözleşmesi, taraflarını yüklenici ve iş sahibinin oluşturduğu tam, iki tarafa borç yükleyen, ivazlı işgörmeye sözleşmesidir. Yargıtay İçtihatları ve doktrinde bina, yol, köprü, baraj, tünel vs. yapımları, araç onarımı, elbise dikimi, ayakkabı yapımı, estetik amaçlı diş protez yapımı, estetik cerrahi, proje çizimi, fizibilite raporu hazırlanması, film ve dizi çekimi, düğün-nikah-nişan törenlerinin kamera kaydı ve fotoğraf makinesi ile görüntülenmesi işleri eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Halen yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu'nda 355-371. maddeleri, Türk Borçlar Kanunu'nda 470-486. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Yeni Yasa'nın 470. maddesinde eser sözleşmesi yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir, şeklinde tanımlanmış olup mevcut kanunun 355. maddesindeki düzenlemeden farklı bir unsur taşımamaktadır.

818 Sayılı BK'nun 356. maddesinin karşılığı olan yeni TBK'nun 471. maddesinde genel olarak yüklenicinin borçları düzenlenmiştir. Mevcut yasada yüklenicinin sorumluluğu işçinin hizmet akdindeki sorumluluğuna tabi tutulmuşken, yeni düzenlemede yüklenicinin sadakat ve özen borcu açıkça belirtildikten sonra bu sorumluluğun belirlenmesinde tacirin sorumluluğuna benzer biçimde ve Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarına uygun olarak

¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Üyesi

benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışların esas alınacağı kuralı getirilmiştir. Maddenin devamındaki yüklenicinin eseri yapması veya yönetmesi, alet ve araçları sağlaması ile ilgili değişiklik bulunmamaktadır.

Mevcut Yasa'nın 357. maddesindeki yüklenicinin malzeme bakımından borçları, verilen malzeme ve eserin yapılması için gösterilen yerin ayıplı olması durumunda genel ihbar yükümlülüğü ile bunun karşılığı olan yeni TBK'nun 472. maddesindeki düzenleme arasında fark yoktur. İşe başlama ve yürütme borcu ile, teslim için belirlenen günü beklemeden iş sahibine sözleşmeyi feshetme olanağı tanıyan ve iş sahibine ayıplı veya sözleşmeye aykırı imalâtı önleme imkanını tanıyan yeni TBK'nun 473. maddesinde, mevcut BK'nın 358. maddesiyle aynı doğrultuda düzenleme yapılmıştır.

Ayıplı ifa halinde ayıbın belirlenmesi 818 Sayılı BK'nun 359. maddesinde düzenlenmiş iken, yeni TBK'nun 474. maddesinde düzenlenmiştir. Ayıp ihbarının yapılması muayene ve ihbar yükümlülüğü konusunda düzenlemelerde farklılık yoktur.

Ayıp halinde mevcut Yasa'nın 360. maddesinde iş sahibine tanınan sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme ve eserin ücretsiz onarılmasını istemek şeklindeki üç seçimlik hak yeni TBK'nun 475. maddesinde aynen muhafaza edilmiştir. Ancak BK'nun 360. maddesinde ayıp halinde yüklenicinin kusuru halinde iş sahibinin zarar ve ziyan da isteyebileceği şeklinde düzenleme yapılmış iken; 6098 Sayılı TBK'nun 475. maddesinde iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu belirtilerek yüklenicinin kusurlu olması şartı kaldırılmıştır.

Ayıbın yüklenicinin açık uyarısına rağmen iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunması veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olması halinde iş sahibinin eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamayacağına dair 818 Sayılı BK'nun 361 ve 6098 Sayılı TBK'nun 476. maddesindeki, eserin açıkça veya zımnen kabulü halinde kasten saklananlar dışında ayıptan dolayı yüklenicinin sorumluluktan kurtulacağı ve gizli ayıp halinde ihbarla ilgili yeni TBK'nun 477 ile eski BK'nun 362. maddeleri arasında hiçbir fark bulunmamaktadır.

Zamanaşımı ile ilgili 818 sayılı BK'nun 363. maddesindeki düzenlemenin 29.06.1956 gün 6763 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Meriyet ve Tatbiki Şekli Hakkındaki Kanun'un 41. maddesiyle BK'nun 126. maddesindeki 5 yıllık zamanaşımı süresine eklenen "*müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış*

veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan tüm davalar” şeklindeki 4. fıkrası karşısında uygulama olanağı kalmamıştı. Ancak yeni TBK’nun 478. maddesi ile “*yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmiş ise taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın, taşınmazlarda beş yılın ve yüklenicinin kusuru varsa yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar*” şeklinde ayıplı imalâtlar nedeniyle açılacak davalarda uygulanacak zamanaşımı yeniden düzenlenmiştir. Bunun yanında mevcut Yasa’nın 126/4. fıkrasındakine benzer şekilde 6098 sayılı TBK’nun 147/6. maddesinde yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında eser sözleşmesinden doğan alacaklar beş yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur.

İş sahibinin eser sözleşmesinde ana borcu olan bedel ödeme borcunun ödeme zamanını düzenleyen 818 sayılı BK’nun 364 ve 6098 sayılı TBK’nun 479, götürü bedelin kural olarak artırılamayacağı ancak öngörülemeyen veya göz önünde tutulmayan hallerin eserin yapılmasına engel olması veya son derece güçleştirmesi durumunda bedelin uyarlanması ya da fesih hakkını düzenleyen BK’nun 365, yeni TBK’nun 480 ve bedelin yaklaşık olarak kararlaştırılmış veya kararlaştırılmamış olması hallerinde iş bedelinin yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine (yapıldığı yıl mahalli piyasa rayiçlerine) göre belirleneceğini düzenleyen mevcut BK’nun 366 ile yeni TBK’nun 481. maddelerindeki düzenlemelerde önemli bir farklılık bulunmamaktadır.

Yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması ya da aşılacak olması halinde iş sahibine sözleşmeden dönme olanağı tanıyan 818 sayılı BK’nun 367. maddesinde düzenleme ile 6098 sayılı TBK’nun 482. maddesi arasında kullanılan ifadelerin günümüz Türkçesine uyarlanmaya çalışılması dışında fark yoktur.

Yine eserin teslimden önce kazara telef olması halinde tesellümde temerrüde düşmeyen iş sahibinin bedelden sorumlu olmayacağı, telef olan malzeme hasarına verenin katlanacağı, eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılmasından dolayı yok olması durumunda yüklenici zamanında uyarıda bulunmuşsa iş bedelini isteyebileceğine dair BK’nun 368 ile yeni TBK’nun 483. maddelerindeki düzenlemeler aynıdır.

Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarından keyfi fesih olarak adlandırılan BK’nun 369. maddesinde iş sahibine yüklenicinin tüm müspet ve menfi zararlarını ve yaptığı işin bedeli ödemek suretiyle fesih hakkı veren düzenleme yeni TBK’nun 484. maddesinde tazminat karşılığı fesih başlığıyla yer almaktadır.

İş sahibi yüzünden ifanın imkânsızlaşması halinde yüklenicinin haiz olduğu alacak ve tazminat hakları 818 sayılı BK'nun 370. maddesinde tanınmış olup aynı düzenleme 6098 sayılı TBK'nun 485. maddesinde yer almaktadır.

Son olarak yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılan sözleşmelerin yüklenicinin ölmesi ya da kusuru olmaksızın işi tamamlama yeteneğini kaybetmesi halinde kendiliğinden sona ereceği, bu takdirde yapılan kısmın kullanılabilir durumda bulunması halinde iş sahibinin onu kabul etmek ve o kısmın bedelini ödemekle yükümlü olduğu 818 sayılı BK'nun 371 ve 6098 sayılı TBK'nun 486. maddelerinde düzenlenmiştir.

Buraya kadar yapmaya çalıştığım açıklamalara göre, 6098 sayılı TBK'nun eser sözleşmesiyle ilgili hükümleri ile mevcut 818 sayılı BK'nun eser sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında ayıplı imalâta iş sahibinin sahip olduğu üç seçimlik hak dışında genel hükümlerine göre tazminat istemede kusur şartını ortadan kaldıran 475. maddesindeki düzenleme, ayıplı eser meydana getirilmesi halinde zamanaşımı sürelerini belirleyen 478 ve yüklenicinin sorumluluğunu işçinin hizmet akdindeki sorumluluklarından olan özen ve sadakat borcu dışında, tacirin sorumluluğuna benzer biçimde basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranış olarak genişleten 471. maddeleri dışında önemli fark bulunmamaktadır. Bir kısım maddelerin sadeleştirilmeye ve günümüz Türkçesine uyarlanmaya çalışıldığı gözlenmektedir. Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyor, çalışmalarınızda başarılar diliyorum.

KEFALET SÖZLEŞMELERİNDEKİ YENİLİKLER

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM¹

Yenilikleri başlıklar halinde ve özet olarak belirtmek gerekirse aşağıdaki gibi bir katalogun oluşturulması mümkündür:

Eleştirilen Tanım Yenilendi: Sözleşme Yeniden Tanımlanmıştır.

- Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.
- Kefil eski kanunda belirtildiği gibi asıl borcun ödenmesini temin etmeyi değil; borcun ödenmemesinden şahsen mesul olmayı taahhüt etmektedir.
- Zaman aşımına uğramış borca kefil olunabilir mi?
- Önceden tartışılırdı. Geçersiz olduğu bilinen bir borca kefil olunursa bunun ne anlama geleceği.
- Kanun tartışmaları sona erdirmeyi amaçlıyor. Zamanaşımına uğramış borçlara kefalet sözleşmenin yapıldığı esnada bu durum biliniyorsa geçerlidir. Kefil olan ancak kefalete ilişkin hükümler çerçevesinde sorumlu olur, yoksa garanti veren sıfatını almaz.
- Zamanaşımına uğramış bir borca vekil sıfatıyla kefil olunmuş ise, vekaletten doğan hükümler çerçevesinde rücu mümkündür (md.596/6).

¹ Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

- Genel Olarak Kefili Koruyucu Düzenlemeler Getirilmiştir...
- Düzenlemelerin amacı “*Paran çoksa kefil ol*” (ata) sözünü toplumsal yaşamdan çıkarmayı hedeflemektedir.
- Gerçekten kefil olanı bin pişman eden uygulamalar kaldırılmak istenmiştir.

Bunun için;

- Kefil her durumda sözleşmede yazılı azami miktara kadar sorumlu tutulabilmelidir (md. 589/1). Azami miktara dahil olabilecek borç kalemleri de sınırlı olarak sayılmalıdır.
- Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumlu tutulmalıdır. (Bir kredi sözleşmesine kefil olan azami sınırlar içinde kalsa da ancak kefil olduktan sonraki dönemde ortaya çıkan borçlardan sorumlu olur).
- Kefil, hiçbir biçimde asıl borç ilişkisinin geçersiz hale gelmesinden dolayı ortaya çıkan zararlardan ve cezai şartlardan sorumlu olmamalıdır.
- Gerektiğinde kefil, kendisine karşı yapılan bir takibi aynı güvence göstererek durdurabilme imkanına sahip olabilmelidir (md. 592/son).
- Alacaklının kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini bilmesi veya bilebilecek olması halinde, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi halinde, kefillerden birinin kefaletten kurtarılması halinde veya hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde kefil de kurtulur (md. 587/3).

Kefili Koruyucu Diğer Bazı Düzenlemeler:

- md. 596/3: Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.
- On yılı aşkın süreli kefalette dahi, yeni bir kefalet verilmemiş veya uzatılmış olmadıkça kefil ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebilecektir. Kefaletin uzatılması ancak sürenin dolmasından bir yıl önce yapılması ve kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklaması ile mümkündür.

- Süreli Kefalette sürenin geçmesiyle kefil sorumluluktan kurtulur. Süresiz kefalette ise “*adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise kanunun öngördüğü ön gördüğü hallerde*” alacaklıdan bir ay içinde borçluya karşı dava takip haklarının kullanılmasını, varsa rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takibe geçmesini isteyebilecektir.
- Kefili koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla başka adlar altında kişisel teminat sözleşmeleri akdedilmesi halinde de kefalete ilişkin hükümler uygulanır. Gerçek Kişiler tarafından yapılan “*Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme*” ve “*borca katılma*” sözleşmelerinde de aynı usule uyulması gereklidir.
- Kefil, kefalet sözleşmesinden dönebilecektir.

Kefaletten Dönme hangi şartlar altında mümkündür?

- Gelecekte doğacak bir borca ilişkin olarak kefalet verilmeli
- Borçlunun mali durumu kefalet sözleşmesinden sonra önemli ölçüde bozulmalı veya
- Mali durumu kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmalı
- Kefil alacaklıya yazılı bildirimde bulunmalı
- Borç doğmadığı sürece kefaletten dönülebilir; borcun doğumundan sonra dönmek mümkün değildir.
- Dönme sonrasında alacaklının güven zararlarını tazmin etmek zorunda kalır.

Alacaklı Teminatları Kefilin Zararına Azaltırsa,

- Zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğunun da buna uygun düşen bir miktarda azalması ve kefilin fazladan ödediği miktarın da geri verilmesini isteme hakkının bulunduğu belirtilmiştir (md. 592/1).
- Önceden yalnızca bu alacaklının kefile karşı mesul olacağı belirtilmiş, ayrıntılı sonuçlar öngörülmemiştir.

Kefilin asıl borçludan güvence verilmesini isteme ve borç muaccel olmuş ise kefaletten kurtarılmasını isteme hakları genişletilmiştir.

- Mevcut düzenlemede kefilin bu hakları

- Borçlu kefile karşı üstlendiği yükümlülüklerle özellikle belirli bir süre sonunda borçtan kurtarma vaadine aykırı davranmış ise,
 - Borçlu temerrüde düşmüşse
 - Borçlu uğradığı zararlar sebebiyle tehlikeye maruz kalmış ise, doğmaktadır.
- Bu haklar üç ihtimalde daha doğmaktadır.
 - Borçlunun yerleşim yerini diğer bir ülkeye taşıması sebebiyle takibat önemli ölçüde güçleşmişse
 - Asıl borçlunun mali durumu kötüleşmişse
 - Güvenceler değer kaybetmişse. (md. 595).

Kefilin asıl borçludan güvence verilmesini isteme ve borç muaccel olmuş ise kefaletten kurtarılmasını isteme hakları genişletilmiştir.

- Mevcut düzenlemede kefilin bu hakları
 - Borçlu kefile karşı üstlendiği yükümlülüklerle özellikle belirli bir süre sonunda borçtan kurtarma vaadine aykırı davranmış ise,
 - Borçlu temerrüde düşmüşse
 - Borçlu uğradığı zararlar sebebiyle tehlikeye maruz kalmış ise, doğmaktadır.
- Bu haklar üç ihtimalde daha doğmaktadır.
 - Borçlunun yerleşim yerini diğer bir ülkeye taşıması sebebiyle takibat önemli ölçüde güçleşmişse
 - Asıl borçlunun mali durumu kötüleşmişse
 - Güvenceler değer kaybetmişse. (md. 595).

Kefil, kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.

- Feragat edilebileceği Kanun'da öngörülmelidir.
- Aksi kanundan anlaşılmadıkça kefil kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.
- Hak doğduktan sonra, feragat edilebilir.
- Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin kefalet sözleşmesinin şekline uygun olarak

yapılması gerekmektedir. (Azaltan değişiklikler için alelade yazılı şekil yeterli olmalıdır, senede karşı senetle ispat zorunluluğu karşısında)

Asıl Borçlu kendisine ait bir def'i ileri sürmekten vazgeçmiş olsa bile...

- Kefil yine de bu def'i alacaklıya karşı ileri sürebilir. Ancak bu def'i ileri sürmekten vazgeçtiğini bildiği halde kefil olmuş ise kefalet geçerlidir.
- Buna karşılık asıl borçlunun irade sakatlığı ile kurduğu sözleşmeyi iptal etmemesi halinde kefil bu hakkı ileri sürerek savunma yapamaz. Zira borçlunun yenilik doğuran haklarını kefil ileri süremez.
- Kumar ve bahisten doğan bir borca kefil olunmuş ise, kefil bu borcun niteliğini bilmiş olsa dahi, borçlunun sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir (md. 591/4).

Kefilin yaptığı her ödeme asıl borçluya karşı rücu hakkı yaratmaz.

- Kefil, dava hakkı bahşetmeyen (eksik borçlarda) veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemede bulunduğu takdirde asıl borçluya karşı rücu talebinde bulunamaz.
- Bununla birlikte kefil zamanaşımına uğramış bir borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmiş ise, asıl borçlu vekalet hükümleri uyarınca sorumlu olmaya devam eder.

Kefalet Sözleşmesinin Şekli ve Ehliyet Şartları Değiştirilmiştir.

- Mevsuf yazılı şeklin şartları daha da mevsuf hale getirilmiştir.
 - Kefalet Tarihi gösterilmelidir.
 - Sözleşmede kefilin sorumlu olduğu azami miktar gösterilmeli
 - Müteselsil kefil olunacak ise, müteselsil kefil sıfatının veya bu anlama gelen herhangi bir ifadenin kefilin, kendi el yazısı ile belirtmesi şarttır. Kefil, okuma yazma bilmiyorsa veya el yazısı ile imza atamıyorsa kefil olamayacaktır.

Kefil Evli ise...

- Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. Sonradan eş rızasını beyan etmiş olsa bile kefil, geçersizliği ileri sürebilir. Bekar olan kefil

sonradan evlenirse evlendiği eşin rızasına gerek yok. Rıza göstermeyen eşten boşanılmış olması halinde sözleşme geçerli hale gelmeyecektir.

- Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya âdi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.

Eşinin Borcu için Kefil olan Eşle ilgili olarak,

- Böyle bir durumda da kefaletin geçerliliği için diğer eşin rızası aranmalı mıdır?
- Bir düşünce, zaten eş borçludur, rızasını ayrıca aramaya gerek yoktur, rızasının bulunduğu varsayılmalıdır derken,
- Bir başka görüş ise, borcu ödeyemezsem, eşim bari kurtulsun, bana yardımcı olacak biri olsun diye, kefaletin geçersizliği ileri sürülebilir diyor.

Alelaide Kefile Doğrudan Başvuru İmkanı Genişletilmiştir.

- Önceki haller muhafaza edilmiştir. Bunların yanında borçluya konkordato mehili verilmesi durumu da eklenmiştir.
- Mevcut Kanunda Öngörülen Haller:
 - Takip sonucunda kesin aciz belgesinin verilmesi
 - Borçlu aleyhine takibatın Türkiye’de imkansız hale gelmesi ve
 - Borçlunun iflas etmesidir.

Açığa Kefilin Konumu Güçlendirilmiştir.

- Borçluya karşı yapılan takip sonrasında kapatılamayan alacak tutarı için kefil olunmasına “*açığa kefalet*” denilmektedir. Açığa kefil olanları korumak amacıyla ancak üç halde doğrudan doğruya bu tür kefil olanlara karşı talepte bulunabilecektir. Bu haller:
 - Borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya,
 - Borçlu aleyhine Türkiye’de takibatın imkânsız hâle gelmesi ya da
 - Konkordatonun kesinleşmesi durumlarındadır.

- Bununla birlikte kefalet sözleşmesinde söz konusu hallerde de öncelikle asıl borçluya başvurulması kararlaştırılabilir. Bir diğer ifade ile bu hallerde de tartışma def'i ileri sürme hakkı tanınmıştır

Rehinin Paraya Çevrilmesi Def'i

- Alacak kefaletten önce veya kefalet sırasında rehinle de güvence altına alınmışsa, alelade kefil, alacağın öncelikle rehin konusundan alınmasını isteme hakkı vardı. Bu hakkın kullanılması borçlunun iflası ve kendisine konkordato mehili verilmesine karar verilmesi halinde mümkün değildir.
- Mevcut düzenlemede borçlunun iflası ve iflas ilan edilmedikçe rehinin nakde çevrilmesinin mümkün olmaması şeklinde ifade edilmiştir.

Müteselsil Kefalette Rehinin Paraya Çevrilmesi Def'i Sınırlandırılmıştır.

- Rehinin paraya çevrilmesi def'inin kullanılması verilen kefaletin türüne göre değişkenlik arz etmektedir.
- Müteselsil kefaletle birlikte alacaklı bir taşınmaz rehinine sahip ise; asıl borçluya başvurmadan veya taşınmaz rehinini paraya çevirmeden doğrudan doğruya müteselsil kefilin sorumluluğuna gidebilir.
- Alacak teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa doğrudan doğruya müteselsil kefile başvurulamayacaktır. Ancak hakim rehnin paraya çevrilmesi ile alacağın tamamen karşılanamayacağını belirlerse, borçlu iflas etmişse veya konkordato mehili verilmiş ise böyle bir durumda müteselsil kefile doğrudan başvurulabilecektir.
- Doğrudan doğruya müteselsil kefile başvurabilmek için aranan diğer ön şartlar ise:
 - Borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması veya
 - İfade gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması gerekir.
 - Mevcut düzenlemede alacaklının yalnızca rehinleri nakde çevirmeden önce müteselsil kefile başvurabilmesi imkanı vardır.

Birden fazla müteselsil kefil varsa...Yeni bir def'i hakkı yaratılmıştır.

- Borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlülük altında bulunan ve Türkiye'de takip edilebilen bütün kefillere karşı takibe girilmiş olmadıkça kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilecektir.

- Kefil bu hakkını, diğer kefillerin kendi paylarını ödemiş veya aynı güvence sağlamış olmaları halinde de kullanabilecektir.

Birden fazla Kefil var ise, kısmi ifayı kabul zorunluluğu getirilmiştir.

- Bir borca birden çok kişinin kefil olması durumunda, alacaklının, kefillerden biri tarafından yapılacak kısmi ödemeyi, bunu öneren kefile düşen paydan az olmamak koşuluyla, kısmi ifayı kabul zorunluluğu getirilmiş (md. 593/1);
- Haklı bir sebep olmaksızın alacaklı bu ifayı kabulden kaçınırsa, kefilin borcundan kurtulacağı düzenlenmiştir.
- Birlikte müteselsil kefalette ise kefillerin sorumluluğunun kendilerine düşen pay miktarınca azalacağı düzenlenmiştir.

Borcu Ödeyen Kefilin Rücu Hakkının Neleri Kapsadığı Açıkça Düzenlenmiştir.

- Birlikte kefalette aksine düzenleme yoksa, borcu ödeyen kefil, borçluya rücu etmeden önce kendi paylarını ödemiş kefillere de kendi payları oranında rücu edebilir (md. 587/1). (Mevcut düzenlemede kefillere rücu düzenlenmemiştir).
- Asıl borçluya karşı ise:
- Kefil, alacaklı yerine geçer, onun haklarına halef olur (md. 596/1).
- Halefiyet neleri kapsar?
 - Sözleşme ile halefiyetin kapsamı belirlenebilir. Aksi kararlaştırılmamış ise yalnızca rehin haklarını (taşınır ve taşınmaz rehinlerini)
 - Aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olanları,
 - Daha sonra verilmiş olsa bile, bizzat asıl borçlu tarafından özellikle kefilin kefil olduğu alacak için verilmiş teminatlara halef olur.

Kefil borç muaccel olmadan borcu ödeyebilir mi?

- Alacaklı rıza göstermiş ise, borç muaccel olmadan kefil borcu ödeyebilir.
- Ancak böyle bir durumda asıl borçluya karşı rücu hakkını «borcun muacceliyet kazanmasından itibaren» kullanabilecektir.

- Böyle bir imkanın yaratılmış olması kefilin alelade bir üçüncü kişi gibi, başkasının borcunu ifa etmesine engel değildir. (Üçüncü kişinin ifası). Böyle bir halde borcu ödeyen vadede dahi kefilin kefalet sebebiyle rücu hakkı olmayacaktır).

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA KİRA SÖZLEŞMESİ

Mithat CERAN¹

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun Sekizinci Babı'nda "Kira" olarak belirtilen başlık 6098 sayılı Kanun'da "Kira Sözleşmesi" olarak değiştirilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda da kira 248 ila 298. maddelerini kapsayan maddelerde iki bölümde adi kira ve hasılat kirası olarak; belediye sınırları, istasyon ve liman ve iskelelerde bulunan musakkaf yerler için de 6570 sayılı Kanun'da kira hükümleri düzenlenmiştir.

6098 sayılı Borçlar Kanunu düzenlemesi ile, 818 Sayılı Borçlar Kanunu ve 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

6098 Sayılı Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesi Dördüncü Bölümde Üç Ayırım Halinde Düzenlenmiştir:

Birinci ayırım: Genel hükümleri 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 299 ila 338. maddelerinde düzenlenmiştir (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 248 ila 269. maddeleri karşılığıdır).

İkinci Ayırım: Konut ve çatılı iş yeri kiraları. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 339 ila 356. maddelerinde düzenlenmiştir (6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun'un karşılığıdır). 6098 sayılı Kanun'la 6570 sayılı Kanun (Gayri Menkul Kiraları Hakkındaki Kanun) iptal edilip Borçlar Kanunu içine alınmıştır. Bu madde ile Belediye sınırları, istasyon ve

1 Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

limanlarda bulunan musakkaf yerler ayırımı kaldırılmış kiralananın vasfına göre konut ve çatılı işyerleri ayırımı getirilmiştir. İster köyde ister belediye sınırları içerisinde olsun konut ve çatılı iş yerleri kirala sözleşmeleri bu madde hükümlerine tabi olduğu öngörülmüştür.

Üçüncü Ayırım: Ürün kirası. 6098 sayılı Kanun'un 357 ila 378. maddesinde düzenlenmiştir.

Kira süresi, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 300. maddesinde düzenlenmiştir (818 sayılı Borçlar Kanunu'nda kira süresine ilişkin bir madde bulunmamaktadır). Kira sözleşmeleri belirli süreli yapılan ve belirli olmayan bir süre için yapılan kira sözleşmesi olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Kararlaştırılan sürenin geçmesiyle herhangi bir bildirim olmaksızın sona erecek kira sözleşmesine, belirli süreli kira sözleşmesi denir. Örnek 1.1.2005 tarihli ve bir yıl süreli sözleşme belirli süreli kira sözleşmesidir. Diğer sözleşmeler belirli olmayan süre için yapılmış sayılır. (Örnek : Sözleşmenin başlangıç tarihi belirtilmiş ve süre belirtilmemiş ise süresiz kira sözleşmesi denir. Ancak sözleşmeye sonsuza kadar devam edeceği şeklinde bir hüküm konamaz. Konmuşsa geçersizdir.)

Kiralananın El Değiştirmesi:

6098 sayılı Kanun'un 310. maddesinde düzenlenmiştir. (818 sayılı Kanun'un 254. maddesini kısmen karşılamaktadır). Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse yeni malik sözleşmenin tarafı olur. Bu madde ile kiracıyı yeni malik karşısında korumak amacıyla kiracının kiracılık hakkını yeni malike karşı ileri sürebileceği ve yeni malikin kiralananı edindiği anda kanun gereği kira sözleşmesinin tarafı olacağı kabul edilmiştir. 818 sayılı Kanun'un 254. maddesinde adi kira hükümlerine tabi yerlerde kiralananın satılması ve kira sözleşmesinin devamı satın alan 3. kişinin rızasına bağlanmış iken 6098 sayılı Kanun'un 310. maddesi satın alan kişinin sözleşmenin tarafı olarak kabul etmiş ve feshi sözleşme hükümlerine bağlamıştır.

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na Göre Adi Kira Sözleşmesinin Yenilenmesi:

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 327/2. maddesinde düzenlenmiştir (818 sayılı Kanun'un 263. maddesi karşılığıdır).

Süresi Belli Sözleşmelerde:

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 327. maddesinde düzenlenmiştir (818 sayılı Kanun md. 263 karşılığıdır). Maddede belirtilen adi kira hükümlerine

tabi yerler için düzenlenen süreli kira sözleşmeleri kira süresinin bitmesi ile son bulur. Taraflar açık bir anlaşma olmaksızın kira ilişkisini sürdürürlerse kira sözleşmesi süresiz olarak uzar. Belli süre için düzenlenmiş adi kiraya ilişkin sözleşme 6098 sayılı Kanun'un 327. maddesine göre (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 263. maddesi karşılığıdır) kendiliğinden yenilenebilir. Sözleşmenin kendiliğinden yenilenmiş sayılması için;

Kira sözleşmesinde belirlenen sürenin sona ermesi gerekir.

Kira sözleşmesindeki süre sona ermesine rağmen kiracı kiralananı kullanmaya devam etmesi gerekir.

Kiralayan sürenin bittiğini ve kiracının kiralananı kullanmaya devam ettiğini bilmeli ve kullanmaya karşı koymamalıdır (örneğin kira bedelinin alınmasına devam etmesi).

Süre bitiminden sonra kira sözleşmesinin yenilenmesi halinde kira sözleşmesi süresiz hale gelir.

Kiralayan kira süresi bitmeden kira sözleşmesini yenilemeyeceğine dair ihtar tebliğ ettirirse kira sözleşmesi yenilenmeyeceği gibi süresiz haleden gelmez

Konut ve Çatılı İş Yerleri Kira Sözleşmelerinde Kira Sözleşmesinin Yenilenmesi:

6098 Sayılı Kanun'un 347. maddesinde düzenlenmiştir (6570 Sayılı Kanun'un 11. maddesinin karşılığıdır). Belirli süreli sözleşmelerde: Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir (Bu düzenleme yenidir. Kiralayana da 10 yıldan sonraki her uzama yılının sona erme tarihinden üç ay önce fesih ihbarda bulunmak suretiyle fesih hakkı tanımıştır. Bu madde 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir.) Konut ve çatılı işyeri kiralalarında kira sözleşmesi kiracı tarafından 15 gün önceden bildirimde bulunmadıkça sözleşme aynı şartlarda bir yıl için yenilenmiş olur.

Ürün Kirasında Kira Sözleşmesinin Yenilenmesi:

6098 Sayılı Kanun'un 367/2. maddesinde düzenlenmiştir (818 sayılı BK md. 287 karşılığıdır). Ancak tarafların örtülü olarak sözleşmeyi sürdürmeleri halinde aksi kararlaştırılmadıkça kira sözleşmesi birer yıl için yenilenmiş

sayılır. Sözleşmenin bitiminden itibaren 6 ay öncesinde feshi ihbarda bulunmadığı takdirde ürün kirası yıldan yıla yenilenir.

6098 Sayılı Borçlar Kanunda Adi Kiraya Tabi Kira Sözleşmelerinde Dava Açma Süresi

Süresi Belli Sözleşmelerde:

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 327. maddesinde düzenlenmiştir (818 sayılı Kanun md. 263 karşılığıdır). Maddede belirtilen adi kira hükümlerine tabi yerler için düzenlenen süreli kira sözleşmeleri kira süresinin bitmesi ile son bulur. Bu durumda kiraya veren sözleşmenin bitim tarihinden itibaren bir ay içinde icraya baş vurarak süre bitimi nedeniyle kiralayanın tahliyesini isteyebilir. (İİK md. 272).

Başlangıcı Belli ve Süresi Belli Olmayan Sözleşmelerde:

6098 sayılı Kanun'un 329 ve 330. maddesindeki (818 BK 262. maddedeki) feshi ihbar sürelerinden yararlanılarak dava açılabilir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 329. maddesinde belirtilen taşınmaz ve taşınır yapı kiralalarında (818 BK 262 md karşılığıdır) bir yıllık süre 6 aylık devrelere ayrılarak her bir devre için en az üç ay öncesinden ihbar tebliğ edilmesi koşuluyla altı aylık devre sonunda dava açılır. Burada dikkat edilecek husus altı aylık dönemde üç ay önce ihtar tebliğ edilip davanın mutlaka o dönemin sonunda açılıp açılmadığıdır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda kanunda belirtilen döneme ait feshi ihbar ancak o dönem için geçerli olduğu halde 6098 sayılı Kanun'un 328/2. maddesinde "*sözleşmede veya kanunda belirtilen fesih dönemine veya bildirim süresine uyulmamışsa bildirim bir sonraki dönem için geçerli olur*" hükmüne yer vermekle bir önceki dönemde fesih ve bildirim süresine uyulmadan çekilen ihtar bir sonraki dönem için geçerli olacağı hükme bağlanmıştır.

818 sayılı Kanun'un 262/2. maddesinde yazılı süknaya mahsus mefruşat farklılığı kaldırılmış tüm taşınır kiralaları aynı rejime tabi tutulmuştur.

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 330/2. maddesi (818 sayılı Kanun yer verilmemiştir) yeni bir maddedir.

Kiraya verenin mesleki faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının da özel kullanımına yarayan taşınır bir malın kiracısı, kira sözleşmesini üç aylık kira dönemi sonu için en az bir ay önceden yapacağı bir fesih bildiriyle sona erdirebilir. Bu durumda kiraya verenin zararın giderilmesini isteme hakkı yoktur

6098 Sayılı Kanun'a Göre Konut ve Çatılı İş Yerleri Kira Sözleşmelerinde Dava Açma Süreleri:

6098 sayılı Kanun'un 350/3. maddesinde düzenlenmiştir (818 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir). İİK 272 maddesi kıyasen uygulanmaktadır.). Belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda bir ay içinde dava açılması gerekir. Belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildiriminde ön görülen sürele uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde dava açılabilir. 818 sayılı borçlar kanunda dava açma süresi İİK'nun 272. maddesine kıyasen sözleşmenin bitiminden itibaren bir ay içinde açılacağı içtihaden kabul edilmişti. Bu durum 6098 sayılı Kanun'un 350/3. maddesinde sözleşmenin bitiminden itibaren bir ay içinde açılacağı hüküm altına alınmış oldu.

6098 Sayılı Kanun'un Konut ve Çatılı İşyerleri Kira Sözleşmelerinde Dava Açma Süresinin Uzaması:

6098 sayılı Kanun'un 353. maddesinde düzenlenmiştir (818 sayılı Kanun ve 6570 sayılı Kanun yer verilmeyen bir madde olup içtihaden oluşmuştur). Kira süresi bitiminden önce veya bir aylık dava açma süresi içerisinde tahliye iradesini veya dava açacağını yazılı olarak ihtarla bildirmesi halinde dava açma süresi bir kira yılı için uzamış olur Yani sözleşmenin süresinin dolduğu kira yılını takip eden kira yılının sonuna kadar uzamış olur

Hasılat Kirasının Dava Açma Süresi:

6098 sayılı Kanun'un 367. maddesinde düzenlenmiştir (818 sayılı Kanun'un 287. maddesi karşılığıdır). Belirli süreli sözleşmelere sürenin bitiminde sözleşme kendiliğinden sona erer. Sürenin bitiminden itibaren bir ay içinde dava açılması gerekir. Yenilenen kira sözleşmesi yasal bildirim süresine uyularak her kira yılının sonu için feshedilebilir

Fesih Bildirimi ile Sözleşmenin Sona Ermesi:

6098 sayılı Kanun'un 368. maddesinde düzenlenmiştir (BK'nun 285. maddesi karşılığıdır). Tarım arazileri dışında kalan belirsiz süreli hasılat kirasında sadece altı aylık bir feshi ihbar süresi öngörülmüştür. başka bir deyişle taraflar her biri mevsim gözetmeksizin 6 ay öncesinden feshi ihbarda bulunarak 6 ayın sonunda dava açabilir. Tarım arazilerine ilişkin ürün kirasında ise ancak ilkbahar veya son bahar mevsimi için 6 ay önce yapılacak ihbar ile fesih gerçekleşir. Örnek: 2008 yılı ilk baharı için sözleşme son verilmek istendiği takdirde 6 ay öncesinden 01.09.2007 tarihinden önce feshi ihbarda bulunmuş olması gerekir (mart ayı ilk baharın başlangıcı-ekim ayında son bahar için başlangıç olarak kabul edilir).

6098 Sayılı Kanun Uyarınca Adi Kira Sözleşmelerinde Tahliye Davaları:

6098 sayılı Kanun'un 316. maddesinde düzenlenmiştir (818 BK md. 256 karşılığıdır). Bu madde genel nitelikte olup konut ve çatılı işyeri kiralalarında da uygulanır. 818 sayılı Kanun'da akte aykırılığın giderilmesi için makul süreli ihtar keşide edilmesi ön görüldüğü halde 6098 sayılı Kanun'da konut ve çatılı kira sözleşmelerine tabi sözleşmelere aykırılık için en az 30 gün süre verilmesi ön görülmüş diğer kira sözleşmelerin de süreli ihtar keşide edilmeden yazılı bir bildirimle aktin feshedileceği hüküm altına alınmıştır

Kiralananın Açıktan Fena Kullanılması:

6098 sayılı Kanun'un 316/son maddesinde düzenlenmiş olup (818 BK'nun 256/2. maddesi karşılığıdır). Kiralananın açıktan fena kullanılması durumunda ister adi kiraya tabi olsun isterse konut ve çatılı işyeri sözleşmelerine tabi olsun ihtara gerek olmadan her zaman yazılı bildirim ile davayı feshedebilir ve dava açabilir. İhtarname ile sözleşmeye uygun hale getirilmesi mümkün olmayan hususlar açıktan fena kullanma olarak nitelendirilir. İhtarname ile eski hale getirilebilen hususlar ise akde aykırılıktır. Kiralananada; fuhuş yaptırmak-yangın çıkartmak-kiralananı randevu evi olarak çalıştırmak. Kumar oynatmak-kiralayan ve ailesine hakaret etmek vs açıktan fena kullanmadır.

6098 Sayılı Kanun'a Göre Kiracının Temerrüdü

6098 sayılı Kanun'un 315. maddesinde düzenlenmiştir (818 Sayılı BK'nun 260. maddesi karşılığıdır). Bu madde genel nitelikte bir madde olup 6098 sayılı Kanun adi kira hükümleri yanında konut ve çatılı işyerleri kiralalarında da uygulanır. İhtar şekle tabi değildir. Temerrüt ihtarını 6098 sayılı Kanun'un 315. maddesine (BK'nun 260 maddesine) uygun olması gerekir. Uygun olmadığı takdirde ihtar geçersizdir.

İhtarda: İstenilen kira parasını, 6098 sayılı Kanun'un 315. maddesine göre kiracıya verilecek ödeme süresi en az 10 gün, konut ve çatılı işyeri kiralalarında en az otuz gündür (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 260. maddesine göre ödeme süresi kira sözleşmesinin süresine göre belirlenmişti. Bu maddeye göre, 6 ay ve daha fazla süreli kira sözleşmelerinde 30-6 aydan daha az süreli sözleşmelerde 6 günlük ödeme süresi, verileceği ön görülmüştü). Bu süreler asgari sürelerdir. 6098 sayılı Kanun'a göre adi kirada 10 günlük ödeme süresi verilmesi öngörülmüştür-bu madde yeni düzenlenmiştir.

Ödeme süresi ihtarın tebliğinden itibaren başlar. İhtarın tebliğ edildiği gün hesaba katılmaz. Davanın en geç ihtar konu yılı takip öden dönem sonuna kadar açılması gerekir

6098 Sayılı Kanun'a Göre Feshi İhbar Nedeniyle Tahliye:

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun taşınmaz ve taşınır yapı kiralarında fesih 329. maddesinde düzenlenmiş olup (818 sayılı BK'nun 262/1. maddesi karşılığıdır).

Taşınmaz ve Taşınır Yapı Kiralarında

Taraflardan her biri bir taşınmaza veya taşınır bir yapıya ilişkin bir kira için ne sarih nede zımni bir müddet tayin edilmemiş olursa, gerek kiracı gerek kiralayan ihbar suretiyle akdi feshedebilir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 329. maddesinde belirtilen taşınmaz ve taşınır yapı kiralarında (818 BK 262 md. karşılığıdır) bir yıllık süre 6 aylık devrelere ayrılarak her bir devre için en az üç ay öncesinden ihbar tebliğ edilmesi koşuluyla altı aylık devre sonunda dava açılır. Burada dikkat edilecek husus altı aylık dönemde üç ay önce ihtar tebliğ edilip davanın mutlaka o dönemin sonunda açılıp açılmadığıdır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda belirtilen döneme ait feshi ihbar ancak o dönem için geçerli olduğu halde 6098 sayılı Kanun'un 328/2. maddesinde "*sözleşmede veya kanunda belirtilen fesih dönemine veya bildirim süresine uyulmamışsa bildirim bir sonraki dönem için geçerli olur*" hükmüne yer vermekle bir önceki dönemde fesih ve bildirim süresine uyulmadan çekilen ihtar bir sonraki dönem için geçerli olacağı hükme bağlanmıştır (bu maddede yeni bir düzenlemedir.

Taşınır Kiralarında Tahliye Davaları

6098 sayılı Kanun'un 330/1. maddesinde (818 sayılı BK'nun 262/3. maddesi karşılığıdır): taraflardan her biri bir taşınıra ilişkin kira sözleşmesini üç gün önceden yapılacak fesih bildirim süresine uyarak sözleşmeyi her zaman feshedebilir ve dava açabilir.

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 330/2. maddesi (818 Sayılı Kanun'da yer verilmemiştir).

Kiraya verenin mesleki faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının da özel kullanımına yarayan taşınır bir malın kiracısı, kira sözleşmesini üç aylık kira dönemi sonu için en az bir ay önceden yapacağı bir fesih bildirimleriyle sona erdirebilir. 3 ay sonunda davasını açabilir.

6098 sayılı Kanun'un bu maddesi ile 818 sayılı Kanun'un 262/2. maddesinde yazılı süknaya mahsus mefruşat farklılığı kaldırılmış tüm taşınır kiralaları aynı rejime tabi tutulmuştur.

6098 Sayılı Kanun Uyarınca Konut ve Çatılı İşyeri Kira sözleşmeleri:

6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun hükümleri 6098 sayılı borçlar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır (6570 sayılı Kanun'a tabi kira sözleşmeleri bu kanuna dahil edilmiştir). 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun konut ve çatılı işyeri kiralaları 339 ila 357. maddesinde düzenlenmiştir (6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun hükümleri karşılığıdır). 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun hükümleri 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır (6570 sayılı Kanun'a tabi kira sözleşmeleri bu Kanun'a dahil edilmiştir).

6570 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belediye teşkilatı olan yerlerde iskele, liman ve istasyonlardaki musakkaf taşınmazların kiralanmasında bu yasa hükmü uygulandığı halde 6098 sayılı Kanun'un 339. maddesi 6570 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki bu ayırımı kaldırıp kiralananın bulunduğu yer ayırımı yapılmaksızın tüm konut ve çatılı işyeri kiralaları ve bununla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşyaları kapsamaktadır.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 339. maddesi : Konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin hükümler, bunlarla birlikte kullanımı kiracıya bırakılan eşya hakkında da uygulanır. Ancak bu hükümler niteliği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların 6 ay ve daha kısa süreyle kiralamalarında uygulanamaz.

6 ay ve daha kısa süreli sözleşmelerde geçici kullanıma özgülenmiş yerler için uygulanmayacağı yeni bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Örnek: yazlık,ötel odası,motel pansiyon ve bunlara benzer yerler için geçici kullanıma özgülenmiş yerler için konut ve çatılı işyeri sözleşme hükümleri uygulanmayacaktır.

Kiracının Güvence Vermesi:

6098 sayılı Kanun'un 342. maddesinde düzenlenmiştir (6570 sayılı Kanun'un 16. maddesini kısmen karşılığıdır). Bu madde de kiracı korunmuştur. Güvencenin ne şekilde alınacağı ve tahliye halinde nasıl ödeneceği düzenlenmiştir. Konut ve çatılı işyeri kiralalarında sözleşmeyle kiracıya güvence verme borcu getirilmişse,

Güvence parası; üç aylık kira bedelini aşamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Güvence olarak para kararlaştırılmışsa kiracı kiraya verenin onayı olmaksızın çekilmemek üzere, parayı vadeli bir tasarruf hesabına yatırır.

Güvence olarak kıymetli evrak verilmesi kararlaştırılmışsa kiracı kıymetli evraki bir bankaya depo eder

Güvencenin İadesi:

Banka, güvenceleri ancak iki tarafın rızasıyla veya icra takibinin kesinleşmesiyle ya da kesinleşmiş mahkeme kararına dayanarak geri verebilir. Kiraya veren, kira sözleşmesinin sona ermesini izleyen üç ay içinde kiracıya karşı kira sözleşmesiyle ilgili bir dava açtığını veya icra ya da iflas yoluyla takibe giriştiğini bankaya yazılı olarak bildirmemişse banka, kiracının istemi üzerine güvenceyi geri vermekle yükümlüdür.

Kiracı Aleyhine Düzenleme Yasağı:

6098 sayılı Kanun'un 346. maddesinde düzenlenmiş olup yeni bir maddedir. Bu madde ile kiracıya kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Kira sözleşmesine kira bedelinin geç ödenmesi halinde ceza koşulu ödeneceğine ilişkin hükümler yasaklanmıştır. Kira sözleşmesinde ödenmeyen kira bedelinden sonraki kira bedellerinin muacceliyet kesbedeceğine ilişkin anlaşmalar yasaklanmıştır. yapılmış ise geçersizdir

Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi:

Bildirim Yoluyla Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi: 6098 sayılı Kanun'un 347. maddesinde düzenlenmiştir (6570 sayılı Kanun'un 11. maddesi karşılığıdır). 6570 sayılı Kanun kiralayanın, aynı Kanun'un 7. maddesinde sayılan tahliye nedenleri dışında sözleşmeyi fesih etme hakkı bulunmadığı halde 6098 sayılı Kanun bir değişiklik yapılarak 10 yıllık süre sonunda kiraya verenede sözleşmeyi bildirim yoluyla fesih etme hakkı tanınmıştır.

Belirli Süreli Sözleşmelerde:

Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir.

Konut ve çatılı iş yeri kiralalarında kira sözleşmesi kiracı tarafından 15 gün önceden bildirimde bulunmadıkça sözleşme aynı şartlarda bir yıl için yenilenmiş olur. Konut ve çatılı iş yeri kira sözleşmesinde kira sözleşmesini feshetme hakkı kiracıya tanınmıştır. Kiraya verenin sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı yoktur. Sürenin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Kiraya veren ancak 10 yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla her hangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeyi son verebilir

Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kiracı her zaman, kiraya veren ise kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildiriyle sözleşmeyi sona erdirebilirler. Genel hükümlere göre fesih hakkının kullanılabilceği durumlarda, kiraya veren veya kiracı sözleşmeyi sona erdirebilir

Aile Konutuna İlişkin Kira Sözleşmesinin Feshi:

Aile konutu : 6098 sayılı Kanun'un 349. maddesinde düzenlenmiştir (4721 Sayılı TMK 194. maddesi karşılığıdır). 6570 sayılı Kanun'da düzenlenmemiştir. Yeni bir maddedir. Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez. Bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermekten kaçınırsa kiracı, hâkimden bu konuda bir karar vermesini isteyebilir. Kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması hâlinde kiraya veren, fesih bildiri ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır

Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Dava Yolu İle Sona Ermesi:

Kiraya verenden kaynaklanan sebeplerle tahliye davaları

Gereksinim, yeniden inşa ve imar : 6098 sayılı Kanun'un 350. maddesinde düzenlemiştir (6570 sayılı Kanun'un 7/1. maddesinin (b), (c), ve (ç) bentleri karşılacaktır).

Kiraya veren, kira sözleşmesini;

1. Kiralananı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut yada işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, (6098 sayılı Kanunun 350/1. maddesinde düzenlenmiş olup 6570 sayılı Kanun 7. maddesi 1. fıkrasının (b) ve (c)

maddesinin karşılığıdır). 6570 sayılı Kanun'un 7. maddesi 1. fıkrası (b) ve (c) bentlerinde kendisi,eşi ve çocuğunun ihtiyacı için dava açabildiği kabul edilmişti. 6098 sayılı Kanun'un 350/1. maddesinde kiraya veren kendisi,eşi,üstsoyu (mesela: babasının, büyük babasının), alt soyu (mesela torun ve torun çocuğu) ve kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişiler (MK'un 364. maddesinde belirtilen kanuna bakmakla yükümlü olduğu kişiler kast edilmiştir.).

2. Kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımı imkânsız ise, (6098 sayılı Kanun'un 350/2. maddesi 6570 sayılı Kanun'un 7/ç maddesinin karşılığıdır). belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildiri için öngörülen sürele uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile sona erdirebilir

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nda Konut ve İş Yeri Kira Sözleşmelerinde Kiracıdan Kaynaklanan Tahliye Sebepleri:

Tahliye Taahhüdüne Dayalı Tahliye Davaları:

Tahliye taahhüdü nedeniyle tahliye 6098 sayılı Kanun'un 352/1. maddesinde düzenlemiştir (6570 sayılı Kanun'un 7/a maddesini karşılamaktadır). Kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde boşaltmamışsa kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir. Tahliye taahhüdüne dayalı tahliye davaları konut ve çatılı iş yerleri kira sözleşmesine konu yerler içindir. Konut ve çatılı iş yerleri kira sözleşmesine konu yerler dışında olan yerler için tahliye taahhüdünde bulunamaz

Yeni Malikin Açacağı Tahliye Davası

Yeni Malikin Gereksinimi : 6098 sayılı Kanun'un 351. maddesinde düzenlemiştir (570 sayılı Kanun'un 7/d maddesini karşılamaktadır). Kiralananı sonradan edinen kişi, onu kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler için konut veya işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu varsa, edinme tarihinden başlayarak bir ay içinde durumu kiracıya yazılı olarak bildirmek koşuluyla, kira sözleşmesini altı ay sonra açacağı bir davayla sona erdirebilir.

İki Haklı İhtar Nedeniyle Tahliye:

6098 Sayılı Kanun'un 352/2. maddesinde düzenlenmiş olup (6570 SK 7/e maddesi karşılığıdır). 6570 sayılı Kanun'un 7/e maddesinde iki haklı ihtar nedeniyle tahliye davalarının kısa süreli sözleşmelerde uygulanmayacağı hüküm altına alındığı halde 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda kısa süreli sözleşmelerde de uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır

6570 sayılı Kanun'un 7/e maddesinde iki haklı ihtar nedeniyle tahliye davaları uzun süreli kira sözleşmelerinde kira süresinin bitiminden itibaren bir ay içinde dava açılacağı kabul edildiği halde.6098 sayılı borçlar kanununda bir kira yılı veya bir kira yılını aşan süre içinde kira bedelinin ödenmediği için iki haklı ihtara sebebiyet vermişse ihtarın yapıldığı kira yılının bitiminden itibaren bir ay içinde dava açılacağını kabul etmiştir.Bu maddeye göre uzun süreli kira sözleşmesinin sonunu beklemeden dava açmaya imkan verilmiştir.

6098 Sayılı kanunda kısa süreli kira sözleşmelerinde de iki haklı ihtara sebebiyet verilmiş ise bu sözleşmenin bitiminden itibaren bir ay içinde dava açılabilir.örnek 1.1.2007 tarihli ve 7 aylık süreli kira sözleşmesinde iki haklı ihtara sebebiyet verilmiş ise davanın sözleşmenin bitim tarihi olan 1.7.2007 tarihinden itibaren bir ay içinde yanı 1.8.2007 tarihinde açılması gerekir.

Kiracının veya Birlikte Yaşadığı Eşinin İlçe ve Belde Belediye Sınırları İçinde Oturulabilir Konutunun Bulunması 6098 SK 352/3 düzenlenmiştir (6570 sayılı Kanun'un 7/son maddesi karşılığıdır). 6570 sayılı Kanun'un 7/son maddesinde aynı şehir veya belediye hudutları içinde kendisinin veya birlikte yaşadığı eşinin adına kayıtlı oturabileceği meskenin bulunması halinde malikin isteği üzerine bu maddeye göre kiralanana tahliye etmeye mecbur olduğu belirtilmiştir.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 352/3. maddesinde “*aynı şehir veya belediye hudutları*” ibaresi aynı ilçe ve belde belediye sınırları olarak değiştirilmiştir.maddeye göre Kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçe veya belde belediye sınırları içinde oturmaya elverişli bir konutu bulunması durumunda kiraya veren kira sözleşmesinin kurulması sırasında bunu bilmiyorsa sözleşmenin bitiminden başlayarak bir ay içinde sözleşmeyi dava yolu ile sona erdirebileceği hüküm altına alınmıştır.

6570 sayılı Kanun'un 7/son maddesinde dava açma hakkı malike tanındığı halde 6098 sayılı kanunda dava açma hakkı değiştirilerek dava açma hakkı kiraya verene tanınmıştır.Bu maddeye göre malikin dava açma hakkı yoktur. 6570 sayılı Kanun'un 7/son maddesine göre dava açma süreye tabi

değil iken 6098 sayılı Kanun'da sürenin bitiminden itibaren bir ay içinde dava açılacağı belirtilmiştir.

6098 sayılı Kanun'da kira sözleşmesinin kurulduğu sırada kiracının veya eşinin evi olduğunu bildiği halde kira sözleşmesi yapılması halinde dava açılmayacağı hüküm altına alınmıştır. 6570 sayılı Kanun'un 7/son maddesine göre kiralama sırasında kiracının evinin olduğunun kiralayan tarafından bilinmesi davanın açılmasını engel değildir.

6101 Sayılı Kanun'un Geçici 2. Madde; Sona Erme Ve Tasfiye İçin Uygulama:

6098 sayılı Kanun'un 347. maddesi Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce on yıllık uzama süresi dolmamış olmakla birlikte geri kalan süre beş yıldan daha kısa olanlar hakkında yürürlüğü girdiği tarihten itibaren beş yıl,on yıllık uzama süresi dolmuş olanlar hakkında yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra uygulanır. Örnek: 1.1.2006 başlangıç tarihli kira sözleşmesinde uzayan süre 1.1.2012 ise 10 yılı doldurmak için daha 4 yıl kaldığından kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yani 1.7.2012 tarihinden itibaren 5 yıl sonra 1.7.2017 tarihinde uygulanacaktır. 1.1.2000 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin 10 yıllık süresi 1.1.2010 yılında dolmuş ise Kanun'un yürürlük tarihi olan 1.7.2012 tarihinden itibaren 2 yıl sonra uygulanır.

YENİ HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDA VEKÂLET ÜCRETİ¹

Av. Dr. Mehmet Savaş ÖZDAĞ²

Değerli misafirler;

Sizinle paylaşacağım konu, yargılama sonunda aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilen avukatlık ücretine ilişkin olarak, 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun getirdiği düzenleme. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 330, “*Vekil ile takip edilen davalarda, mahkemece, kanuna göre takdir olunacak vekâlet ücretinin, taraf lehine hükmedileceğini*” söylüyor. Kanun, şüphesiz yeni ama, getirdiği bu düzenlemenin de yeni olup olmadığı ; daha doğrusu, bir hukuki yenilik yaratıp yaratmadığı hususu, sorulmaya değer.

Bu soruyu kâmilten cevaplandırabilmek için önce mevcut uygulamayı ve konu ile ilgili diğer metinleri hatırlamak şart. Biliyorsunuz, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrası, dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak, karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin avukata ait olduğunu öngörüyor. Ancak bu metne rağmen, anılan vekâlet ücretinin, kimin lehine hüküm altına alınması gerektiği, hatta bu ücretin gerçekte kime ait olduğu hususunda, 1136 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana ve özellikle 2001 yılında bu kanunda yapılan değişiklikten sonra, hem mahkemelerin tatbikatında hem de doktrinde yoğun tartışmalar yaşandı.

1 Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü tarafından düzenlenen 15 Nisan 2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu Sempozyumu'nda sunulan tebliğ

2 Ankara Barosu Yasa İzleme Enstitüsü Üyesi

Bu tartışmaların temelini indiğimizde, bir yanda, “ *her davada hak ve külfetler, o davanın taraflarına raci olup, temsilci durumundaki vekile muzaf karar verilemez* ” diyen usûl hukuku perspektifli bir anlayışın ; diğer yanda ise “ *kanun tarafından avukata ait olduğu bildirilen ücreti, avukatın, müvekkili aracılığıyla almak zorunda bırakılmasının hukuksal izahı yoktur, bu durum yasa koyucunun düzenlemeyi getiriş amacı ile de çelişir* ” diyen bir düşüncenin karşıya karşıya geldiğini görüyoruz.

Bu iki düşünce ve anlayışın da kısaca irdeleyeceğimiz argümanlarının daha iyi anlaşılabilmesi için tarihen biraz daha geriye gitmek istiyorum.

7 Temmuz 1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunundan önceki dönemde, 1938 tarihli ve 3499 sayılı bir başka Avukatlık Kanunu yürürlükte idi ve artık mülga olan bu kanunda, karşı tarafa yargılama gideri olarak yükletilecek olan vekalet ücretinin aidyeti ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmuyordu. 1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na göre mahkemeler, davada haksız çıkan tarafa yükletilecek vekâlet ücretini, taraf lehine hüküm altına almakta idiler. Ne var ki, bu süreçte, 23 Mayıs 1960 gün ve 11 / 10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına konu olacak bir farklı uygulama yaşandı. Farklılık, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kurulunun kararları arasında yaşanmıştı. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, önüne gelen olayda, 23.1.1957 gün ve 5396 / 332 sayılı kararıyla, avukatın, müvekkili ile yaptığı sözleşmeye, mahkemece veya icra dairesince müvekkili için hüküm altına alınacak ücretin, kendisine ait olacağına ilişkin bir şartı koyduramayacağını, bu halin 3499 sayılı Avukatlık Kanununa aykırı olduğuna karar vermişti. Hukuk Genel Kurulu ise 2.4.1958 gün ve E. 4 / 11, K. 4 / 22 sayılı kararı ile şartın muteber olduğuna hükmetmişti. İçtihadı birleştirme kararında, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin görüşü, ekseriyetle benimsendi.³ Böylece karşı tarafa yargılama gideri olarak yükletilecek vekâlet ücretinin, müvekkile ait olduğunun yalnızca altı çizilmekle kalmadı. Aksine ilişkin bir sözleşmeye de hukuken geçerlilik tanınmamış oldu.

İşte, 1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun, konu ile ilgili hükümleri, yukarıda andığımız içtihadı birleştirme kararında benimsenen bu düşünceyi aşma amacına yönelikti,⁴ ama bir farkla. 21.3.1967 tarihinde başbakanlık tarafından meclis başkanlığına sunulan Avukatlık Kanunu tasarisında, “ *Avukatla müvekkil arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça*

3 Osman KUNTMAN, Tarifeye Dayanılarak Karşı Tarafa Yükletilecek Avukatlık Ücreti Hakkındaki 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 164 / Son Maddesiyle İlgili Bir İnceleme, İstanbul Barosu Dergisi, C. 79, S.4, 2005, s.1082-1083.

4 Osman KUNTMAN, agm., s. 1082

tarifeye müsteniden hasma tahmil olunacak avukatlık ücreti müvekkile aittir.” denirken ; meclis komisyonunda, madde, avukata aittir denerek değiştirildi ve bu haliyle kanunlaştırıldı.

Yürürlüğe giren metni, Yargıtay’ın, hukuk ve ceza daireleri farklı yorumladılar. Hukuk daireleri, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 164. maddesinin son fıkrasındaki hükmün, bir davada taraf mevkiinde bulunan kimseler dışında vekil ile müvekkili arasındaki özel durumu, iç ilişkiyi ilgilendirdiğine ve dolayısıyla davada taraf olmayan avukat yararına vekâlet ücreti hükmedilemeyeceğine hükmederlerken⁵ ; Bazı ceza dairelerinden, aksine ilişkin bir sözleşme yok ise vekâlet ücretinin, avukata ait olacağından hareketle, hükmün de avukat lehine kurulması gerektiğine ilişkin kararlar çıkıyordu.⁶

2001 yılında, Avukatlık Kanunu’nda, 4667 sayılı Kanun ile önemli değişiklikler getirilirken ; avukatlık ücretini düzenleyen 164. madde de bu değişikliklerden nasibini aldı. Maddede mevcut “...*aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça.*” ifadesi kaldırıldı.⁷ Böylece, karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin avukata aidiyeti hususu güçlendirilmiş oldu.

Ne var ki, değişiklik, yargıda da bocalamaya yol açtı. Değişiklikten önce karşı tarafa yükletilecek vekâlet ücretinin, taraf lehine hükmedilmesi gerektiğine hükmeden hukuk dairelerinin bazılarında, bu sefer aksi yönde kararlar çıkmaya başladı.⁸ Kararların gerekçesine bakıldığında, Avukatlık Kanunu’nun 164. maddesinin son fıkrasında, mahkemece takdir edilecek vekâlet ücretinin açıkça avukata bırakıldığına işaret edildiği görülüyordu. Değişiklik ile birlikte vekâlet ücretinin avukat lehine hükmedilmesi gerektiğine ilişkin karar veren ceza dairelerinin sayısında da artış yaşandı. Bunda, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, 2002 tarihli bir kararında, vekâlet ücretinin

5 Yargıtay İcra İflâs Dairesi, E. 1532, K. 1403, 19.2.1971 ; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 3917, K. 3936, 17.6.1971 ; Yargıtay Ticaret Dairesi E. 4638, K. 6305, 14.10.1971, Fahrettin KIYAK, Avukatlık Ücreti Müvekkil Veya Vekilden Hangisi Lehine Hükmolunmalıdır ? Ankara Barosu Dergisi, 1973, S. 3. s. 467-468’den naklen.

6 Yargıtay 4. Ceza Dairesi, E.2387, K. 2588, 24.1.1971 ; Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 1359, K. 1519, 3.2.1971, Fahrettin KIYAK, agm. s.469’dan naklen

7 Değişiklik, Anayasanın 2, 5 ve 36. maddelerindeki adalet ilkesi ve hak arama hürriyetine aykırılık taşıdığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne taşınmış ; ancak mahkeme, 03.03.2004 günlü ve E. 2004 / 8, K. 2004 / 28 sayılı kararı ile değişikliğin, Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir.

8 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2002 / 20791, K. 2002 / 17559 24.09.2004 T. ; Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E. 2003 / 3410, K. 2003 / 4287, 26.05.2003 T., Halûk BURCUOĞLU, Mahkemece Takdir Olunan Vekâlet Ücretinin Avukata Aidiyeti Konusunda Yargıtay Uygulamasına Bir Bakış, Günışığı Dergisi, S. 21, 2005, s.27’den naklen

vekil lehine hükmedilmesi gerektiğini belirlemiş olması etkili olmuştu.⁹ Ancak, Ceza Genel Kurulu, 2004 yılından görüş değiştirerek, vekâlet ücretinin müvekkil lehine hükmedilmesi gerektiğini içtihat edince, ceza daireleri de bu yeni görüşe ayak uydurmaya başladılar.¹⁰¹¹

Bu gün için gerek hukuk gerek ceza daireleri, vekâlet ücretinin müvekkil lehine hükmedilmesi gerektiği yönünde görüş birliğine varmış gözüküyorlar. Ancak doktrinde tartışmalar hâlâ son bulmadı.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 424. maddesine atıfta bulunan BURCUOĞLU, maddede, “ *anılan ücret, davanın iki tarafı arasında muteberdir.*” şeklinde bir düzenleme var iken ; Avukatlık Kanunu'nun mahkemece hükmedilecek vekâlet ücretinin, avukata ait olacağına ilişkin yeni bir kural getirmiş olmasının bir amacı olması gerektiğini ; bu amacın da ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun sözü geçen hükümlerini değiştirmek olacağını söylüyor. BURCUOĞLU'na göre Avukatlık Kanunu'nda böyle bir düzenleme olmasaydı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun mevcut düzenlemesine göre yasa koyucunun amacının, davasını avukat aracılığıyla yürüten kişinin, avukatına ödeyecek olduğu veya ödediği ücreti, karşı tarafa yükletilen vekalet ücreti ile hiç olmaz ise kısmen karşılamak olduğu söylenebilirdi. BURCUOĞLU, avukatın ücretini doğrudan karşı taraftan talep ve tahsil edebilmesinin, HUMK'na yabancı olmadığına ; bu cümleden olarak, adli müzaheret düzenleyen HUMK'nın 472. maddesine göre müzaheretli adliyeye nail olan kimse için tayin edilen vekilin, kendi ücret ve masrafını, aleyhine hüküm verilmiş olan taraftan doğrudan doğruya talep ve istihsale mezun olduğuna işaret ediyor.¹²

9 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2002 / 1-1185, K. 2002 / 300, 6.7.2004, Deniz KÜZECİ-Kemal VURALDOĞAN, Avukata Ait Olan Vekâlet Ücreti Kimin Lehine Hükmedilmelidir?, Ankara Barosu Dergisi, 2006, S.1, s.4'den naklen

10 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2004 / 1-122, K. 2004 / 143, 22.6.2006, Deniz KÜZECİ-Kemal VURALDOĞAN, agm, s. 4'den naklen

11 Mamafih, ceza daireleri arasında, hâlen avukat (müdafii) lehine vekâlet ücretinin hükmedilmesi gerektiğine ilişkin görüş bildirenlere rastlanıyor. Bu kararlardan birinde, 11. Ceza Dairesi, şahsi davalarda (1412 sayılı CMUK yürürlükte iken) beraat kararı verilmesi halinde, Avukatlık Asgari Ücret Tarifisinin 13. maddesine göre vekâlet ücretinin sanık lehine değil, sanık müdafii yararına hükmedilmesi gerektiğini içtihat etmiştir. [E. 2005 / 8608, K. 2007 / 843, 15.2.2007]

12 Halûk BURCUOĞLU, agm.,s.25, Hemen belirtelim ki, yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bu hükmü değiştirmiş ; 340. madde, adli yardımdan yararlanan kişi için baro tarafından görevlendirilen avukatın ücretinin, yargılama gideri olarak Hazine'den ödeneceğini öngörmüştür. İlginç olan husus, madde gerekçesinde, yeni düzenlemenin ; esaslı bir değişiklik getirmiş olmasına rağmen, 1086 sayılı Kanunu'nun 472. maddesinin günümüz Türkçesine uyarlanmış şeklidir diye takdim olunmasıdır. Oysa, Adalet Komisyonunda, adli yardımdan yararlanan kişi için atanan avukatın, ücretini, aleyhine hüküm verilen diğer taraftan tahsil etmesinin uygulamada kolay olmayacağı belirtilerek, maddenin değiştirildiği açıklanmıştır.

Aynı görüşte olan KIYAK da, kural olarak avukata ait olması gereken ücretin önce müvekkilin eline geçmesini, daha sonra avukatın, müvekkilinden bu ücreti istemesini düşünmenin, kanunkoyucunun avukat lehine gösterdiği tüm çabayı görmezden gelmek olacağını söylüyor. KIYAK, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinin son cümlesinde, memurun vazifesini savsaklamasından doğan zararın ödettilmesi öngörülürken ; zarar gören kişinin müdahil sıfatını almasına gerek olmamasını, -ceza yargılamasına ilişkin olmakla birlikte- örnek gösteriyor. KIYAK, ücretin vekil lehine değil de asil lehine hükmedilmesinin kişi hakları kavramına da aykırı düşeceğini, zira, bu ücreti mahkum edilenden isteyip alma hakkının engellendiğini, başkasına verildiğini söylüyor.¹³

KÜZECİ-VURALDOĞAN, vekâlet ücretini, taraf lehine hükmetmenin uygulamada yarattığı sorunlara işaret ediyor. Bu cümleden olarak, avukatın müvekkili adına takibe koyduğu ama kendine ait olan vekâlet ücreti alacağını tahsil edebilmesi için vekâlet akdinin de devam etmesi gerektiğini ; avukatın azledilmesi halinde karşı taraftan vekâlet ücretini tahsil yolunun kapanacağını, bu durumda avukatın müvekkiline karşı dava açmak veya icra takibine girişmek zorunda kalacağını ; ayrıca avukatın kendisine ait olan vekâlet ücretini, müvekkili adına icra takibine koymasının, icra takibi nedeniyle müvekkili için bir avukatlık faaliyeti yapmamış olmasına rağmen yeni bir vekâlet ücreti alacağına hak kazanmasına ve karşı tarafın usûl kuralları nedeniyle fazladan mağdur edilmesine yol açtığını haklı olarak belirtiyor.¹⁴

Hâl böyle olmakla birlikte, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin son fıkrasında yer alan, bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, hacedilemez kuralı ; keza aynı kanunun Avukatın hapis hakkı ve ve avukatlık ücretinin rüçhanlı bulunması başlıklı 166. maddesinin 3. fıkrasında, bir ilâmın ilâmda adı yazılı avukattan başka bir avukat ya da avukatın müvekkilince icraya konulması halinde, masrafları kendilerinden alınarak, ilamda adı yazılı avukata keyfiyetin tebliğ edileceği, avukatın alacağını korumaya yönelik bu tebliğ yapılmadıkça, icranın sonraki safhalarına geçilemeyeceğine ilişkin düzenleme ve nihayet, vekilin hükmü tek başına temyiz etme yetkisinin bulunmadığına ilişkin maddeler ; karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin, vekil lehine hükmedilmesine engel teşkil edeceği görüşüne gerekçe olarak gösteriliyor.¹⁵ Bu görüş, doktrinde de giderek destek kazandı.

13 Fahrettin KIYAK, agm., s.470-471.

14 Deniz KÜZECİ-Kemal VURALDOĞAN, agm., s. 4-5

15 AYDIN, bu gerekçelere ilâveten, gerek 4667 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önce ve gerek değişiklikten sonra Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesi hükmünün, karşı tarafa, yargılama gideri

Sonuç olarak, vekâlet ücretinin, iş sahibinin borcu nedeni ile takas veya mahsup edilemeyeceği, hacedilemeyeceği ; avukatın bir hükmü tek başına temyiz etme hakkının bulunmaması ; ilâmın, ilâmda adı geçen avukat dışında başka bir avukat tarafından icraya konulması durumunda, icra memurunun keyfiyeti, ilâmda adı geçen avukata bildirme yükümlülüğünün bulunması hususları dikkate alındığında, Yargıtay'ın hukuk ve ceza daireleri ile Ceza Genel Kurulu içtihatlarının yerinde olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak, söz konusu içtihatların ve ilgili kanun maddelerinin, mevcut ihtiyacı karşılamadığı ve avukatların, kendilerine ait olan bir alacağı tahsil etmesini kolaylaştırmadığı da bir hakikâttir.

Bu bakımdan, DEDEAĞAÇ, yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen düzenlemenin de ; doktrinde yer alan ve bir süre yargı kararlarına yansıyan çelişkili görüşleri çözmek yerine eski halin devamını çözüm olarak gördüğünü söylerken, haklıdır.¹⁶

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun, 4667 sayılı Kanun ile değişik 164 / son maddesinin avukat lehine yorumlanması için gerekli düzenlemelerin yapılması durumunda,¹⁷ ne avukatın kendisine ait olan vekâlet ücretini tahsil etmesi için ayrıca icra vekâlet ücreti tahsil edip borçluyu mağdur etmesine ne de ücretini tahsil edemeden azledilen avukatın, iş sahibine karşı ayrıca dava açmasına veya icra takibi başlatmasına gerek kalacaktır.¹⁸

olarak yüklenecek ücretin, kimin adına hükmedileceğine ilişkin bir düzenleme getirmediğini ; 164 / son maddesindeki değişikliğin, kanununun 163. maddesinde yapılan ve avukat ile iş sahibi arasındaki avukatlık sözleşmesinin yazılı olması şartını kaldıran düzenleme ile paralel olduğunu, yani avukat ile iş sahibinin, isterse karşı tarafa yüklenen vekâlet ücretinin, iş sahibine ait olacağına ilişkin sözleşme yapabileceklerini ; netice olarak 164/son maddesindeki değişikliğin, gider olarak karşı tarafa yüklenecek vekâlet ücretinin, avukata ait olması gerektiği, yeni düzenlemenin bunu emrettiği şeklinde yorumlanmasının mümkün olmadığını, 4667 sayılı yasadaki önce bu konudaki yasal düzenleme ne ise bu gün için de aynı olduğunu söylüyor. Bkz., Murat AYDIN, Avukatlık Ücreti, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s. 342

16 Ender DEDEAĞAÇ, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Karşı Taraf Vekâlet Ücreti, İnisyatif.net, s.4, DEDEAĞAÇ, bu görüşünü, metin henüz kanunlaşmadan, tasarı halinde iken dile getirmiş olmakla beraber, madde numarası hariç, tasarı metni aynen kanunlaşmıştır.

17 Bu düzenlemenin yerinin, bir yargılama gideri olması sebebiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu olduğunu düşünüyoruz.

18 Deniz KÜZECİ-Kemal VURALDOĞAN, agm., s.6, Aynı görüş için bkz., Said TOPTAŞ, Davada Vekâlet Ücreti, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 182-183.

