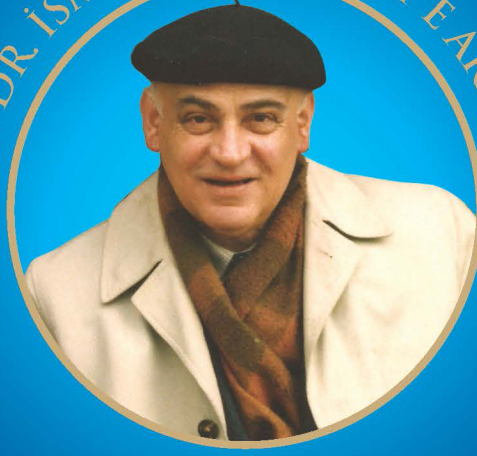


PROF. DR. İSMET SUNGURBEY'E ARMAĞAN



# BORÇLAR KANUNU GENEL HÜKÜMLER KONFERANSLARI II

HAKSIZ FİİLERDEN DOĞAN  
BORÇ İLİŞKİLERİ

BORÇ İLİŞKİLERİNİN ÜÇÜNCÜ  
KİŞİLERE ETKİSİ  
BORÇLARIN VE BORÇ  
İLİŞKİLERİNİN SONA ERMESİ  
ZAMANAŞIMI



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI



İSTANBUL BAROSU



BORÇLAR KANUNU GENEL HÜKÜMLER KONFERANSLARI

PROF. DR. İSMET SUNGURBEY'E  
ARMAĞAN



**BORÇLAR KANUNU  
GENEL HÜKÜMLER  
KONFERANSLARI II**

28-29 Nisan 2012  
KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ CİBALI KAMPÜSÜ



İSTANBUL BAROSU



## BORÇLAR KANUNU GENEL HÜKÜMLER KONFERANSLARI II



PROF. DR. İSMET SUNGURBEY'E ARMAĞAN

# HAKSIZ FİİLLERDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİ

**28 NİSAN CUMARTESİ:**

**7. OTURUM BAŞKANI:**

**Av. Gültekin UZUNALIOĞLU**  
Giresun Barosu Başkanı

**TEBLİĞ 20:**

HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU (UNSURLAR, TAZMİNAT, HUKUKA  
AYKIRILIĞI KALDIRAN HALLER, ZAMANAŞIMI, YARGILAMA)

**Yard. Doç. Dr. Funda ÇELEBİ**

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi (10.00-10.30)

**TEBLİĞ 21:**

CEZA SORUMLULUĞUNUN ESASI ve DAVA ZAMANAŞIMI

**Doç. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (10.30-10.45)

**TEBLİĞ 22:**

ÖZEL DURUMLAR

(ÖLÜM ve BEDENSEL ZARAR, KİŞİLİK HAKKININ ZEDELLENMESİ)

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU**

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı (10.45-11.15)

**TEBLİĞ 23:**

MANEVİ TAZMİNATIN TAYİNİNDE EBK m. 49/II HÜKMÜNÜN  
YOKLUĞUNUN ETKİSİ

**Av. Halki CİHAN**

İstanbul Barosu (11.15-11.30)

**TAARTIŞMALAR: 11.30-12.00**

**ÖĞLE YEMEĞİ ARASI: 12.00-13.00**

**8. OTURUM BAŞKANI:**

**Prof. Dr. Rona SEROZAN**

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**TEBLİĞ 24:**

DESTEKTEN YOKSUN KALMA ZARARI

**Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA**

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi (13.00-13.30)

**TEBLİĞ 25:**

MANEVİ TAZMİNAT DAVALARINDA YARGITAYIN GELİŞTİRDİĞİ  
KRİTERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

**Av. Başar YALTI**

İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyesi (13.30-13.45)

**TEBLİĞ 26:**

TEHLİKE SORUMLULUĞU

**Doç. Dr. Nuri ERİŞGİN**

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (13.45-14.15)

**TAARTIŞMALAR: 14.15-14.45**

**ÇAY ARASI: 14.45-15.00**

**9. OTURUM BAŞKANI:**

**Av. Aydın GÜNAYDIN**

Sakarya Barosu

**TEBLİĞ 27:**

HAKKANİYET - ADAM ÇALIŞTIRANIN - YAPI MALİKİNİN  
SORUMLULUĞU

**Av. Hafize KIR**

İstanbul Barosu (15.00-15.30)

**TEBLİĞ 28:**

HAYVANLARI KORUMA KANUNU ÇATISINDA HAYVAN  
BULUNDURANIN SORUMLULUĞU

**Av. Deniz TAVŞANCIL KALAFATOĞLU**

İstanbul Barosu Hayvan Hakları Komisyonu Başkan Yrd. (15.30-16.00)

**TEBLİĞ 29:**

UYGULAMADA KUSURSUZ SORUMLULUK

**Hakim Turan ATEŞ**

Ümraniye 1. Asliye Hukuk Mahkemesi (16.00-16.15)

**TEBLİĞ 30:**

HAKSIZ REKABET

**Av. Sinan NALPOĞLU**

İstanbul Barosu SEM Yürütme Kurulu Sekreteri (16.15-16.45)

**TAARTIŞMALAR: 16.45-17.15**

28-29 NİSAN 2012

KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ CİBALI KAMPÜSÜ



İSTANBUL BAROSU



## BORÇLAR KANUNU GENEL HÜKÜMLER KONFERANSLARI II



### PROF. DR. İSMET SUNGURBEY'E ARMAĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ BORÇLARIN ve BORÇ İLİŞKİLERİNİN SONA ERMESİ - ZAMANAŞIMI

#### 29 NİSAN PAZAR:

##### 10. OTURUM BAŞKANI:

**Prof. Dr. Algun ÇİFTER**

Istanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

##### TEBLİĞ 31:

BORÇ İLİŞKİLERİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

(ALACAKLIYA HALEF OLMA - ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME  
- ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME)

**Prof. Dr. Gülçin ELÇİN GRASSINGER**

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (10.30-11.00)

##### TEBLİĞ 32:

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

**Av. Dr. Ceyda ÖCAL**

Akbank Hukuk Müşavirliği (11.00-11.15)

##### TEBLİĞ 33:

ASIL BORCA BAĞLI HAK ve BORÇLARIN SONA ERMESİ - İBRA -  
YENİLEME - BİRLEŞME

**Doç. Dr. Mustafa AKSU**

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (11.15-11.45)

**TARTIŞMALAR: 11.45-12.15**

**ÖĞLE YEMEĞİ ARASI: 12.15-13.15**

##### 11. OTURUM BAŞKANI:

**Doç. Dr. Hardem BELEN**

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

##### TEBLİĞ 34:

CARİ HESAP İLİŞKİLERİ

**Dr. Ramazan DURGUT**

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (13.15-13.45)

##### TEBLİĞ 35:

ZAMANAŞIMI

**Yard. Doç. Dr. Mehmet ERDEM**

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi (13.45-14.15)

##### TEBLİĞ 36:

YARGITAYIN SÜREİN HUKUKİ NİTELİĞİNİ GÖZ ARDI EDEN BİR  
KARARI ÜZERİNE

**Av. Mustafa DOĞAN**

Istanbul Barosu (14.15-14.30)

##### TEBLİĞ 37:

TAKAS

**Doç. Dr. Bilgehan ÇETİNER**

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (14.30-15.00)

**TARTIŞMALAR: 15.00-15.30**

**ÇAY ARASI: 15.30-15.45**

##### 12. OTURUM BAŞKANI:

**Av. Kazım KOLCUOĞLU**

Istanbul Barosu Önceki Başkanı

##### TEBLİĞ 38:

İFA İMKANSIZLIĞI

**Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ**

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (15.45-16.15)

##### TEBLİĞ 39:

AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

**Yard. Doç. Dr. Başak BAYSAL**

Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (16.15-16.45)

##### TEBLİĞ 40:

BANKA KREDİLERİNDE UYARLAMA DAVALARI

**Av. İsmail ALTAY**

Istanbul Barosu (16.45-17.00)

**TARTIŞMALAR: 17.00-17.30**

**Konferansın Mayıs ayı konu başlıkları aşağıda  
belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi iletilecektir.**

26 MAYIS CUMARTESİ: SEBEPSİZ ZENGİNLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ  
İLİŞKİLERİ - BORÇ İLİŞKİLERİNDE ÖZEL DURUMLAR-TARAF DEĞİŞİKLİKLERİ  
27 MAYIS PAZAR: TÜRK BORÇLAR KANUNU DEĞERLENDİRMELERİ  
ve İRDELEMELERİ

28-29 NİSAN 2012

KADIR HAS ÜNİVERSİTESİ CİBALI KAMPÜSÜ





“Bandrol Uygulaması’na İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında  
Yönetmeliğin 5. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bandrol  
taşınması zorunlu değildir.”

Prof. Dr. İsmet SUNGURBEY'e ARMAĞAN  
CİLT II

Editörler  
Doç. Dr. Herdem BELEN  
Av. İsmail ALTAY

Genel Yayın Sıra No: 246  
2014/12  
Takım No: 978-605-9050-17-3 (Tk)  
ISBN No: 978-605-9050-19-7 (2. cilt)  
Yayıncı Sertifika No: 12457

•

İstanbul Barosu Yayınları  
İstiklal Cd. Orhan Adli Apaydın Sk.  
1. Baro Han Beyoğlu / İstanbul  
Tel: (0216) 427 37 22 (pbx) / Faks: (0216) 427 05 49  
dergi@istanbulbarosu.org.tr

•

Baskı  
Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.  
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1  
347047 Ataşehir - İSTANBUL  
Tel: (0216) 470 44 70 Faks: (0216) 472 84 05  
www.egebasim.com.tr  
Matbaa Sertifika No: 12468

•

Ekim 2014  
Birinci Basım

•

Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile  
bin adet basılmıştır.

PROF. DR. İSMET SUNGURBEY'E ARMAĞAN

# BORÇLAR KANUNU GENEL HÜKÜMLER KONFERANSLARI

## II

HAKSIZ FİİLERDEN DOĞAN  
BORÇ İLİŞKİLERİ

BORÇ İLİŞKİLERİNİN ÜÇÜNCÜ  
KİŞİLERE ETKİSİ-  
BORÇLARIN VE BORÇ  
İLİŞKİLERİNİN SONA ERMESİ-  
ZAMANAŞIMI

28-29 Nisan 2012



**İSTANBUL BAROSU YAYINLARI**

İstiklal Cd. Orhan Adli Apaydın Sk. 1. Baro Han Beyoğlu / İstanbul  
Tel: (0216) 427 37 22 (pbx) / Faks: (0216) 427 05 49  
dergi@istanbulbarosu.org.tr



# İÇİNDEKİLER

<b>HAKSIZ FİİLERDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİ</b> .....	7
---	---

<b>VII. OTURUM</b> .....	11
--------------------------	----

§ 20 HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU (UNSURLAR, TAZMİNAT, HUKUKA AYKIRILIĞI KALDIRAN HALLER, ZAMANAŞIMI, YARGILAMA).....	13
--	----

*Yard. Doç. Dr. Funda ÇELEBİ*

§ 21 TÜRK BORÇLAR KANUNU m. 72 ve m. 74 BAKIMINDAN CEZA HUKUKUNDA CEZA SORUMLULUĞUNUN ESASI ve DAVA ZAMANAŞIMI KAVRAMLARINA KISA BİR BAKIŞ .....	28
--	----

*Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT*

§ 22 ÖZEL DURUMLAR (ÖLÜM ve BEDENSEL ZARAR, KİŞİLİK HAKKININ ZEDELENMESİ).....	37
--	----

*Dr. Mustafa KILIÇOĞLU*

§ 23 MANEVİ TAZMİNATIN TAYİNİNDE BK m. 49/II HÜKMÜNÜN YOKLUĞUNUN ETKİSİ .....	45
---	----

*Av. Hulki CİHAN*

VII. OTURUM TARTIŞMALAR .....	53
-------------------------------	----

<b>VIII. OTURUM</b> .....	64
---------------------------	----

§ 24 DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI.....	68
--	----

*Doç. Dr. K. Emre GÖKYAYLA*

§ 25 MANEVİ TAZMİNAT DAVALARINDA YARGITAYIN GELİŞTİRDİĞİ KRİTERİN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	85
---	----

*Av. Başar YALTI*

§ 26 TEHLİKE SORUMLULUĞU .....	90
--------------------------------	----

*Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN*

VIII. OTURUM TARTIŞMALAR.....	111
-------------------------------	-----

<b>IX. OTURUM</b> .....	123
§ 27 HAKKANİYET - ADAM ÇALIŞTIRANIN - YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU.....	125
<i>Av. Hafize KIR</i>	
§ 28 HAYVAN BULUNDURANIN SORUMLULUĞU ve HAYVAN HAKLARI.....	137
<i>Av. Deniz TAVŞANCIL KALAFATOĞLU</i>	
§ 29 UYGULAMADA KUSURSUZ SORUMLULUK.....	150
<i>Hakim Turan ATEŞ</i>	
§ 30 HAKSIZ REKABET.....	167
<i>Av. Sinan NAİPOĞLU</i>	
IX. OTURUM TARTIŞMALAR.....	179

<b>BORÇ İLİŞKİLERİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ - BORÇLARIN ve BORÇ İLİŞKİLERİNİN SONA ERMESİ - ZAMANAŞIMI</b> .....	181
---	-----

<b>X. OTURUM</b> .....	183
§ 31 BORÇ İLİŞKİLERİNİN ÜÇÜNÇÜ KİŞİLERE ETKİSİ (ALACAKLIYA HALEF OLMA -ÜÇÜNÇÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME -ÜÇÜNÇÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME) .....	185
<i>Prof. Dr. Gülçin ELÇİN GRASSINGER</i>	
§ 32 BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI.....	195
<i>Av. Dr. Ceyda ÖCAL</i>	
§ 33 ASIL BORCA BAĞLI HAK ve BORÇLARIN SONA ERMESİ - İBRA -YENİLEME -BİRLEŞME .....	209
<i>Doç. Dr. Mustafa AKSU</i>	
X. OTURUM TARTIŞMALAR .....	261

<b>XI. OTURUM</b> .....	271
§ 34 CARİ HESAP İLİŞKİLERİ.....	272
<i>Yard. Doç. Dr. Ramazan DURGUT</i>	
§ 35 ZAMANAŞIMI .....	280
<i>Doç. Dr. Mehmet ERDEM</i>	
§ 36 YARGITAYIN SÜRENİN HUKUKİ NİTELİĞİNİ GÖZ ARDI EDEN BİR KARARI ÜZERİNE.....	300
<i>Av. Mustafa DOĞAN</i>	
§ 37 TAKAS	
<i>Doç. Dr. Bilgehan ÇETİNER.....</i>	307
XI. OTURUM TARTIŞMALAR.....	323
<b>XII. OTURUM</b> .....	325
§ 38 İFA İMKANSIZLIĞI .....	327
<i>Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ</i>	
§ 39 AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ.....	332
<i>Doç. Dr. Başak BAYSAL</i>	
§ 40 BANKA KREDİLERİNDE UYARLAMA DAVALARI.....	343
<i>Av. İsmail ALTAY</i>	
XII. OTURUM TARTIŞMALAR .....	375



PROF. DR. İSMET SUNGURBEY'E ARMAĞAN

**BORÇLAR KANUNU  
GENEL HÜKÜMLER  
KONFERANSLARI**

**II**

**HAKSIZ FİİLERDEN DOĞAN  
BORÇ İLİŞKİLERİ**

28 Nisan 2012



## VII. OTURUM

### Oturum Başkanı

#### Av. Gültekin UZUNALIOĞLU\*

Değerli katılımcılar, çok değerli meslektaşlarım, öncelikle konferansımıza katılımınızdan dolayı hepinize çok teşekkür ediyoruz, hoş geldiniz diyoruz. Yeşille mavinin bulunduğu fındığın başkenti, kirazın anavatanı olan Giresun ve o şehrin barosu olan Giresun Barosundaki meslektaşlarım adına sizleri selamlıyorum.

Bugün konferansımızda çok değerli hukukçumuz, hocamız, akademisyen, aynı zamanda da avukat olan değerli hocamız İsmet Sungurbey'in anısına düzenlenen bu konferanstan önce hocamızın aziz hatırası önünde saygıyla eğiliyoruz. Kendine, hocamıza ışıklar içinde, nurlar içinde yatsın diyoruz. Bu konferansı düzenleyen ve bizlere bu görevi yükleyen düzenleyenlere ve özellikle İstanbul Barosu Yönetim Kuruluna da teşekkürlerimi borç biliyorum.

Değerli katılımcılar, cumhuriyetimizin ilk yıllarında hukuk devrimi kapsamında yürürlüğe konulan temel yasalarımız günümüzde bazı ihtiyaçlarımızı karşılamaktan uzak kalmıştır. Bu temel yasaların yürürlüğe konulduğu dönemde toplumsal yapı ve gereksinimle günümüzün toplumsal gereksinimleri arasında büyük farklar vardır. Bu nedenle kamu düzeninin sağlanması için belirli toplumsal dönem ve tarihsel süreçlerde çıkarılan yasalar arasında farklılıklar olacağı tartışılmazdır. Bu nedenle yaşadığımız 2012 yılında değişen toplum yapısı ve gereksinimlere göre yasalarda çağdaş ve modern değişimler yapmak çok olağandır. Kanun koyucu geçen yıl içerisinde üç temel yasa olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununda önemli değişiklikler yapmıştır. Kuşkusuz yapılan bu değişikliklerin olumlu olup olmadığı uygulamada zaman geçtikçe daha iyi anlaşılacaktır. Bugün bu amaçla bu konferansımızda çok değerli hocalarımız, akademisyenlerimiz, yine uygulamada bulunan meslektaşlarımız yeni Borçlar Kanununun neler getirdiği konusunda bizlere birtakım bilgiler verecektir. Konumuz "*Haksız Fiillerde Doğan Borç İlişkileri*"dir. İlk önce 20 numaralı bir tebliğ: "*Haksız Fiil Sorumluluğu*", bunun içerisinde "*UNSURLAR, TAZMİNAT, HUKUKA AYKIRILIĞI KALDIRAN HALLER, ZAMANAŞIMI VE YARGILAMA*" konularıdır. Ben sözlerimi Yard. Doç. Dr. Funda Çelebi Hanıma bırakıyorum, buyurun Hocam.

---

\* Giresun Barosu Başkanı



# § 20 HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU (UNSURLAR, TAZMİNAT, HUKUKA AYKIRILIĞI KALDIRAN HALLER, ZAMANAŞIMI, YARGILAMA)

Yard. Doç. Dr. Funda ÇELEBİ<sup>1</sup>

## I. GENEL OLARAK

Hukuk tarafından kendisine sonuç bağlanan olaylara hukuki olay denilmektedir. İnsanların davranışları da, hukuki sonuç bağlandığı zaman birer hukuki olay olarak kabul edilerek hukuki fiil olarak adlandırılmaktadır.

Hukuki fiil üst başlığı altında ise hukuka uygun fiil ve hukuka aykırı fiil ayrımı bulunmaktadır. Bu ayrım da, hukuka aykırı fiiller üst başlığı altında, taraflar arasında önceden mevcut olan bir hukuki ilişki içinde, bu ilişkiyi, mevcut bir borcu ihlal eden bir davranış söz konusu olabileceği gibi, önceden mevcut bir hukuki ilişki olmadan haksız fiil şeklinde genel bir davranış kuralına aykırılık da görülebilmektedir.

Bu ayrım da, hukuka aykırı fiiller içerisinde yer alan haksız fiiller, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 49. ve 76. maddeleri arasında, borç doğuran kaynaklardan birisi olarak ve “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu başlıkla, 818 sayılı Borçlar Kanununda, sık sık ve haklı olarak eleştiri konusu olan “Haksız Muameleden Doğan Borçlar” ifadesi terkedilmiştir. Zira, haksız fiilde, bir hukuki işlemi, hukuki muameleyi ihlalden doğan bir borç söz konusu değildir.

Nitekim Türk Borçlar Kanunu madde 49’da da; kusurlu ve hukuka aykırı bir “davranış ile” başkasına zarar verenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir.

Maddenin içeriğinde görüldüğü gibi, haksız fiil sorumluluğu, genel olarak fiilin hukuka aykırı olmasına ve failin da kusurlu olmasına dayandırılmıştır. Ancak, gerek Borçlar Kanunu ve gerekse çeşitli özel kanunlarda, kusur olmasa da ve hatta kimi durumlarda hukuka aykırılık bulunmasa da sorumluluğun söz konusu olduğu durumlar ve hükümler bulunmaktadır.

<sup>1</sup> Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

## II. UNSURLAR

Özel sorumluluk hükümleri ile düzenlenmemiş olan durumlarda haksız fiil nedeniyle sorumluluk için haksız fiilin unsurlarının gerçekleşmesi zorunludur.

### 1. Hukuka Aykırı Fiil

Haksız fiil nedeniyle sorumluluğun doğabilmesi için aranan ilk unsur hukuka aykırı bir fiil bulunmasıdır.

Hukuk aykırılık için ise, esas olarak iki unsurun bulunması gerekir. Bir fiil bulunması ve fiilin de hukuka aykırı olması.

“Fiil” sözcüğü, sözlük anlamı ile bakıldığında zaman olumlu bir davranışı, bir şey yapmayı, eylemi ifade ediyorsa da, hukuki anlamı daha geniş olup bazen olumsuz/ menfi bir tutumu, yapmamayı da kapsar. Böyle olunca da, hukuken, hareketsiz kalınmaması, bir davranışta bulunulması gerekirken, hareketsiz kalınmasının bir fiil olarak, haksız fiil olarak kabul edilmesi ve sorumluluk doğurması mümkündür<sup>2</sup>. Örneğin, halka açık bir alanda, yolda, inşaat çalışması için bir çukur açan kişi tarafından, bu çukura insanların düşmemesi ve zarar görmemesi için alması gereken tedbirlerin alınmamış olması, çukurun yarattığı tehlikeye dikkat çeken uyarı levhaları konulmaması, alana girişi engelleyen barikatlar bulundurulmaması, karanlıkta alanın aydınlatılmaması, haksız fiil sorumluluğunu doğurabilecek menfi bir tutum olacaktır.

Fiilin hukuka aykırı olmasından anlaşılan ise, fiilin, hukuk tarafından, zarar gören değeri korumak için getirilen bir kurala aykırı olmasıdır<sup>3</sup>. Zarar ile ihlal edilen kural arasında hukuka aykırılık bağı bulunması zorunludur.

#### a) Hukuk Aykırılık Bağı

Haksız fiil sorumluluğunun doğması için, fiil sonucu zarar gören değer, ihlal edilen hukuk kuralının koruduğu bir değer olması, yani zarar ile ihlal edilen kural arasında hukuka aykırılık bağı bulunması gerekir. Aksi halde mağdurun gördüğü zarar ile fiil arasında uygun nedensellik bağı bulunsada dahi, mağdurun zarara uğraması ile ihlal edilen kural arasında hukuka aykırılık bağı kurulmayınca haksız fiil sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

2 Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul 2012, s. 13; Gürsel N, Haksız Eylemin Unsuru Olarak Eylem Kavramı, Özellikle Kaçınma Biçimindeki Eylem, Yargıtay Dergisi, 1977, S. 3, s. 540 vd; Hatemi, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, § 3, N. 1, 25 vd.

3 Tandoğan, H, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 18; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Basi, İstanbul 1993, s. 476; Oğuzman/Öz, s. 14.

Bu duruma bir örnek olarak, popüler ve çok para kazanan bir şarkıcının haksız fiil sonucunda öldürülmesi durumunda, bu fiil, şarkıcının mutlak hak niteliğindeki kişilik hakkını, yaşam hakkını ihlal eder. Hukuka aykırılığı engelleyen bir sebep olmadıkça da, fiil hukuka aykırıdır. Ancak, öldürülen şarkıcının yaşarken onun sayesinde çok para kazanan menajeri de mutlak hakkı ihlal edilmeden, kazancının azalması suretiyle malvarlığı azaldığı için, yansına yoluyla zarar görse ve menajerin gördüğü zarar ile haksız fiil arasında uygun illiyet bağı olsa dahi, bu kişinin uğradığı zarar ile ihlal edilen hukuk kuralı arasında hukuka aykırılık bağı yoktur.

Bununla birlikte yine aynı örnekte, öldürülen kişinin yaşarken destek olduğu kişiler varsa ve bu kişiler destekten yoksun kalmışlar ise, onlar da doğrudan veya dolaylı değil, yansına yoluyla zarar gördükleri halde haksız fiil nedeniyle uğradıkları zararın giderilmesini talep edebilirler. Çünkü burada ölenin yaşarken destek olduğu kişilerin zararı bakımından hukuka aykırılık bağı Borçlar Kanununun 53. maddesinin 3. bendi tarafından kurulmuştur.

Kişinin gördüğü zararda, zararlar fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmasına rağmen hukuka aykırılık bağı bulunmadığı gerekçesi ile zararının gideriminin talep edilememesinin bir istisnası, failin davranışının, ahlaka aykırı olmasıdır.

### **b) Ahlaka Aykırı Fiil Sonucu Zarar**

Türk Borçlar Kanununun 49. maddesinin 2. fıkrasına göre; zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiil ile başkasına kasten zarar veren kişi bu zararı gidermekle yükümlü olur.

Bu sorumluluk kast derecesinde kusura dayanan bir sorumluluktur.

Bugün 49. maddenin 2. fıkrasının en çok uygulandığı alanlar, bir sözleşmenin tarafını herhangi bir sebeple, borcunu ihlal etmeye teşvik ederek karşı tarafın zarar görmesini sağlamak ve kanunda düzenlenmemiş olan yansına zarar halleridir<sup>4</sup>.

Maddenin farklı bir uygulaması da Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bu konu ile ilgili bir kararında görülmektedir<sup>5</sup>. Karara konu olayda, bir kimsenin başkasının malını alacaklıya kendi malı gibi göstererek haciz koydurması durumunda, bu davranıştaki asıl amaç, kendi malını hacizden kurtarmak olsa dahi, davranış ahlaka aykırı bir davranışla bilerek başkasına zarar verme olarak kabul edilmiştir.

4 Oğuzman/Öz, s. 63, dn. 155, dn. 156; Tunçomağ, K, Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 32 vd. ; Sungurbey, İ, Medeni Hukuk Sorunları, C. IV, İstanbul 1980, s. 436 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 481, 482.

5 Yarg. 4. HD 16. 6. 1986, 3849/4232 (YKD 1986/11, s. 1619; Oğuzman/Öz, s. 65.

### c) Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 63. maddesinde 818 sayılı Kanundan farklı olarak, "hukuka aykırılığı kaldırır haller" başlığı ile yeni bir hükme yer vermiştir.

#### aa) Kanunun verdiği yetkiye dayanmak

Kanunda yer alan düzenlemeye göre; ilk olarak, kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içerisinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile hukuka aykırı sayılmayacaktır. Buna göre, örneğin, haciz kararını uygulayan icra memurunun fiili, haklı savunmada bulunarak faile zarar veren bir kişinin fiili, kanunun verdiği yetkiye dayandığı kabul edilip, sınırları içerisinde kullanıldıkça ve hak kötüye kullanılmadıkça hukuka aykırı sayılmayacaktır.

#### bb) Üstün özel ya da kamusal yararın bulunması

Zarar görenin rızasının veya üstün nitelikteki özel yada kamusal yararın bulunması durumunda da hukuka aykırılık oluşmayabilecektir. Örneğin, bir kimsenin yaşaması için ameliyat edilmesi gerekiyorsa onun üstün nitelikteki özel yararı göz önüne alınarak, rızasının alınmadığı durumlarda da, tıbbi müdahalede bulunulabilecektir. Ancak aynı müdahalenin, ayırt etme gücü olan hastanın açıkça karşı çıkmasına rağmen üstün yarar gerekçesi ile yapılıp yapılamayacağı, yapılır ise hukuka aykırı olup olmayacağı tartışma konusu olmuştur. Bu konuda, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 22. maddesinde, kimsenin üstün nitelikteki özel yarar gerekçesi ile rızası hilafına veya verdiği rızaya uygun olmayan şekilde tıbbi müdahaleye tabi tutulamayacağı, 25. maddede, hastanın tedaviyi reddetme ve durdurma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir<sup>6</sup>.

Yine kamu hukukuna dayanan bir yetki olarak, ölüm oruçlarında, kamu sağlığı bakımından zorunlu görülen hallerde, rıza aranmadan tıbbi müdahalede bulunulabileceğini belirten hukuk metinleri vardır.

Kitle iletişim araçları yoluyla yapılan yayınlarda da, yayın veya haber kişiyi küçük düşürücü nitelikte olsa, kişilik hakkına müdahalede bulunulsa ve zarar doğsa dahi, "üstün nitelikte kamu yararı bulunduğu durumlarda" yayının hukuka aykırı olmayabileceği, basın özgürlüğünün kamu yararına olduğu kabul edilmektedir.

Ancak öğretisi ve uygulamada bu hususta bazı kriterler kabul edilmiştir. Buna göre, hukuka aykırılığın oluşmaması için, haberin, yayının gerçek olması, kamu yararı ve toplumsal ilgi bulunması, güncel olması, haberin gerektirmediği aşağıla-

<sup>6</sup> Bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği, RG T. 1. 8. 1998, S. 23420.

yıcı bir dil kullanılmaması gerekmektedir<sup>7</sup>.

### cc) Zarar görenin rızası

63. maddede yer alan bir diğer hukuka aykırılığı kaldıran sebep de; zarar görenin rızasıdır. Ancak zarar görenin rızasının hukuka aykırılığı kaldırabilmesi için rızanın geçerli olması gereklidir. Ehliyetsizlik, irade beyanının sağlıklı olmaması, rızanın kişilik haklarına aykırı olması durumunda rıza geçersiz olacağı için hukuka aykırılığı önlemesi mümkün değildir. Örneğin bir kimsenin öldürülmeye razı olması hukukumuzda geçerli bir rıza olarak kabul edilmemektedir<sup>8</sup>.

Ancak, geçerli kabul edilmeyen ve hukuka aykırılığı kaldırmayan rızanın “birlikte kusur” olarak tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınması mümkün olabilir.

Mağdurun açık veya örtülü rızasının beden bütünlüğüne müdahale dışında, kitle iletişim araçları ile yapılan yayınlarda da hukuka aykırılığı kaldırması mümkündür.

Hem 63 maddenin ikinci fıkrasının içinde ve hem de 64. maddede özel olarak düzenlenen üç durumda da hukuka aykırılığın bulunmadığı kabul edilir.

Bu üç durumdan birisi olan haklı savunmada, haklı savunmada bulunanın, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Ancak fiilin haklı savunma olarak kabul edilebilmesi için, gerçekte mevcut veya başlaması çok yakın hukuka aykırı bir saldırısının bulunması, saldırının savunmada bulunanın yada bir üçüncü kişinin şahsına veya mallarına yönelik olması, savunmanın saldırıda bulunana karşı ve savunma amacı aşılımadan yapılması gereklidir<sup>9</sup>.

İkinci durum ise, zorda kalma halidir. Bu konuda kanunda, zorda kalma terimi kullanılmasa da, kendisini veya bir başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar veren kişinin bu zararı giderim yükümlülüğünü hakimim hakkaniyete göre belirleyeceği ifade edilmiştir.

Zorda kalma halinin önemli bir özelliği, ancak üçüncü kişinin malına zarar veren fiiller için söz konusu olması, üçüncü kişinin kişilik değerlerine zarar veren

7 Kılıçoğlu, A, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Yapılan Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1982, s. 131 vd; Yarg. HGK 9. 10. 1985 4-96/790 (Uygur, Cilt I, s. 752-753) Yarg. 4. HD 28. 4. 1987, 2077/3267 (YKD 1987/8, s. 1160); Oğuzman/Öz, s. 34, dn. 64, 65, 65 a, 66, 67 de belirtilen kararlar.

8 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 490, 491; Oğuzman/Öz, s. 22.

9 Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s. 33; Hatemi, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, § 3, N. 37 vd, Oğuzman/Öz, s. 27.

fiillerin hukuka aykırı kabul edilmesidir. Bir diğer özelliği de, zorda kalma halinde işlenen fiilin hukuka aykırı sayılmamasına rağmen, verilen zararın hakkaniyet çerçevesinde tazmin edilmesinin, fedakarlığın denkleştirilmesinin söz konusu olabilemesidir.

Yine 64. maddenin 3. fıkrasında, hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişinin, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlaması mümkün değilse, hakkın kaybını önlemenin başka bir yolu da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir.

## 2. Zarar

Haksız fiil sorumluluğunun bir şartı da hukuka aykırı fiil ile “zarar verilmesi” dir. Zira, özel hukuk sorumluluğunda kural olarak amaç faili cezalandırmak değil de, mağdurun zararını gidermektir. Bu sebeple de fiil hukuka aykırı olsa dahi herhangi bir zarar doğmamış ise, haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmaz.

Zarar geniş anlamı ile alındığında hem maddi hem de manevi zararı kapsar.

Zararın bir çeşidi olan maddi zarar, bir kimsenin malvarlığında isteği dışında oluşan azalma olarak tanımlanmaktadır. Temel olarak, malvarlığının zarar verici fiil olmasa idi bulunacağı durum ile zarar sonucu aldığı durum arasındaki fark maddi zararı meydana getirmektedir<sup>10</sup>.

Maddi zarar bakımından yapılan önemli ayrımlardan birisi; fiili zarar, yoksun kalınan kar ve bir de Alman Hukukunda ileri sürülen normatif zarar ayrımıdır.

Bu ayrımda, fiili zarar, malvarlığının aktifinde fiili bir azalma ya da pasifte çoğalma şeklinde görülebilir. Örneğin, bir malın tahrip edilmesi ya da yaralanan bir kişinin tedavi masrafı yapması aktifte azalmaya yol açarken, üçüncü bir kişinin aldatması ile yüklenilen borç pasifte çoğalmaya sebep olabilmektedir.

Yoksun kalınan kar ise, elde edilebilecek bir kazançtan mahrum kalmaktır.

Fiili zarar-yoksun kalınan kar ayrımı ile, olumlu (müsbet) zarar ve olumsuz (menfi) zarar ayrımının karıştırılmaması gerekmektedir. Zira, müsbet zarar, bir sözleşmeden doğan, borç gereği gibi ifa edilse idi uğranılmayacak olunan zarar, olumsuz zarar ise yine, geçersiz veya hüküm ifade etmeyen bir sözleşme ilişkisine hiç girilmese idi, bu sözleşme ilişkisine güvenilmese idi uğranılmayacak olan zarardır. Haksız fiil sorumluluğunda müsbet-menfi zarar ayrımının yeri yoktur<sup>11</sup>.

10 Nomer, H, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 6 vd; Tandoğan, Mes'uliyet Hukuku, s. 63; Eren, F; Borçlar Hukuku, C. II, s. 37 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 548.

11 Oğuzman/Öz, s. 40.

Normatif zararda ise, malvarlığında fiili zarar veya yoksun kalınan kar şeklinde herhangi bir azalma olmasa dahi, örneğin sırf bir malın kullanımından yoksun kalma gibi bir durumda tazminat talep edilebileceği ileri sürülmektedir<sup>12</sup>.

Örneğin bir kimsenin maliki olduğu ve oturmakta olduğu evi haksız fiil sonucu yanmışsa, bu kişinin kira ödeyemeyecek durumda olması nedeniyle, evi tamir edilene kadar kiralık bir evde oturmak yerine bir akrabasının yanında para vermeden kalması durumunda, aslında kişinin onarım sonuna kadar kendi evinin kullanım değerinden de yoksun kaldığı kabul edilmektedir. Böyle bir durumda bu tip bir evin olağan kira bedeli esas alınarak kullanım değeri hesaplanıp, kullanımdan yoksun kaldığı süre için bu değer toplamı tazminat olarak talep edilebilmektedir<sup>13</sup>.

Zarar konusunda önemli bir ayrım da doğrudan zarar-dolaylı zarar ve yansıma zarar ayrımıdır. Doğrudan zararda, haksız fiile uğrayan kişinin bu fiil yüzünden, araya başka hiçbir sebep eklenmeden uğramış olduğu zarar söz konusudur. Örneğin, kamyonuyla taşımacılık yapan bir kişinin kamyonunun haksız fiil nedeniyle yanması sonucunda mağdurun malvarlığı kamyonun değeri kadar azalır. Bu zarar o kişinin haksız fiil sonucu uğramış olduğu doğrudan zarardır.

Mağdurun, kamyonunun yanması sonucunda müşterisinin yükünü taşıyamaması ve yük sahibine tazminat ödemek zorunda kalması sonucunda uğramış olduğu zarar ise araya bir başka sebebin girmesiyle oluşan dolaylı zarardır<sup>14</sup>.

Haksız fiil sonucunda hem doğrudan hem de dolaylı zararların giderimini istemek mümkündür.

Yansıma zarar ise, haksız fiile maruz kalan kişiden başka bir kişinin de bu fiil yüzünden uğramış olduğu zarardır. Yukarıdaki örnekte, ölen şarkıcının menajerinin ya da destek olduğu kişilerin uğramış olduğu zarar yansıma zarardır. Yansıma zararlardan failin sorumlu tutulabilmesi için, uygun nedensellik bağının haricinde destekten yoksun kalan kişilerin uğradığı zararda olduğu gibi hukuka aykırılık bağının da bulunması zorunludur.

Bir diğer ayrım da mevcut zarar-müstakbel zarar ve muhtemel zarar ayrımıdır.

Zarar hesap edildiği tarihe kadar gerçekleşmiş olan mevcut zararın ve bu tarihte henüz gerçekleşmiş olmasa da normal olarak gerçekleşeceği beklenen müstakbel zararın tazmini talep edilebilir. Ancak, zarar hesap edildiği sırada henüz

12 Bu teorinin ve görüşlerin Türk Hukukunda irdelenmesi için bkz. Nomer, s. 17 vd.

13 Oğuzman/Öz, s. 41, dn. 88.

14 Oğuzman/Öz, s. 42.

mevcut olmayan ve ancak bir riskin gerçekleşmesi durumunda doğabilecek olan muhtemel zararın, risk gerçekleşmedikçe istenmesi söz konusu değildir. Örneğin, haksız fiil sonucu sağ kolunu kaybeden bir kişinin ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle uğrayacağı müstakbel zarar hesap edilerek tazminine karar verilebilirken, yaralanma nedeniyle bir dizi ameliyat olması gereken kişinin ölmesi riski olsa dahi, muhtemel zararın tazmini, risk gerçekleşmedikçe istenemez<sup>15</sup>.

### 3. Nedensellik Bağı

Haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için gerekli bir diğer şart da, fiil ile zarar arasında hem mantıki ve uygun nedensellik bağının bulunmasıdır. Diğer bir deyişle, fiil sebebiyle sorumluluk için, olayların normal akışında fiilin bu zararı meydana getirmeye uygun olması gerekir.

Uygun nedensellik bağı belirlenirken, özellikle bedensel zararda, mağdurun kendisinden kaynaklanan özelliklerin dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalı bir konudur. Örneğin, bir kimsenin öldürücü olmayan bir yara almasına rağmen, herhangi bir hastalığı nedeni ile yaralanmanın ölümle sonuçlanması durumunda, failin ölümle mi yoksa yaralanma ile mi sorumlu tutulacağı tartışmalıdır. Bu konuda baskın olan görüş, mağdurun kendisinden kaynaklanan sebeplerden dolayı da olsa, failin ölüm nedeniyle sorumlu tutulması, böyle bir ihtimalin varlığının beklenmesi, ancak tazminatta indirim yapılması gerektiği yönündedir<sup>16</sup>.

Bazen fiil ile zarar arasında mantıki ve uygun nedensellik bağı kurulacak iken aynı sonucu doğurmaya uygun ve yoğun bir başka fiil araya girerek öne geçip zararı meydana getirebilmektedir. İşte böyle bir durumda geride kalan fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağı kesilir. Böyle bir durumda geride kalan fiil nedeniyle faili, oluşan zarardan sorumlu tutmak mümkün olmaz.

Bu konuyu klasik bir örnekle açıklayacak olursak, fail tarafından ölümle sonuçlanabilecek şekilde yaralanan mağdur, hayatını ameliyat sırasında yapılan bir yanlışlık sonucunda kaybetmiş olsa faili yaralamadan mı, ölümden mi sorumlu tutmak mümkün olacaktır. Bu örnekte, ameliyat sırasında yapılan hatanın ölümdeki etkisinin yoğunluğu nedeniyle, geride kalan fiil ile ölüm arasındaki nedensellik bağının kopmuş ve faili böyle bir durumda ölüm nedeniyle doğan zarardan sorumlu tutmanın mümkün olmadığı kabul edilmektedir<sup>17</sup>.

15 Oğuzman/Öz, s. 43.

16 Oğuzman/Öz, s. 45.

17 Oğuzman/Öz, s. 49.

#### 4. Kusur

Kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun önemli bir şartı da fiilin işlenmesinde failin kusurlu olmasıdır. Türk Borçlar Kanununun 50. maddesi hükmünce zarar verenin kusurunu ispat yükü zarar görene yüklenmiştir.

Bu unsur kusursuz sorumluluk hallerinde aranmamakla birlikte, kimi durumlarda failin sorumluluktan kurtulmasını engellediği için yine de önem taşımaktadır.

Kusura dayanan sorumlulukta, sorumluluk için kusurun çeşidinin, derecesinin önemi yoktur. Yani en hafif kusur dahi sorumluluk için yeterlidir.

818 sayılı Borçlar Kanunu 41. maddesinde, kusurun türleri olarak kast ve ihmalden söz ettiği, hatta ihmal deyiminin yanında teseyyüp (özensizlik) ve tedbirsizlik deyimlerine de yer verdiği halde, 6098 sayılı Borçlar Kanunumuzun 49. maddesinde kusur türlerinden söz edilmeyip sadece, kusurun tüm türlerini ve derecelerini kapsayacak şekilde “kusur” ifadesi kullanılmıştır.

Kusura dayanan sorumlulukta failin kusurundan söz edebilmek için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Ayırt etme gücü ise, kişinin davranışının sebep ve sonuçlarını kavrayabilmesi ve bu kavrayışa uygun davranabilmesi olarak tarif edilmektedir.

Haksız fiil sırasında ayırt etme gücünün bulunmaması durumunda kural olarak “kusur sorumluluğu” söz konusu olmaz. Ancak Türk Borçlar Kanununun 59. maddesinde, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişinin, bu sırada verdiği zararı gidermekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir. Maddede bu konuda bir kusur karinesine yer de verilmiş ve kişinin ayırt etme gücünün geçici kaybında kusurunun bulunmadığını ispat etmesi durumunda sorumluluktan kurtulacağı belirtilmiştir. Yalnız burada, sorumluluktan kurtulmak isteyen kişinin ispat edeceği husus, fiilin işlenmesinde kusurunun bulunmadığı değil, ayırt etme gücünün geçici kaybında kusur bulunmadığıdır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybettiğini ispat ederek 59. maddede öngörülen sorumluluktan kurtulan kişinin hakkaniyetin gerektirmesi durumunda 65. madde uyarınca sorumlu tutulması mümkündür

### III. HAKSIZ FİİLDE ZARARIN MİKTARININ ve TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

#### 1. Zararın Belirlenmesi

Haksız fiil sonucunda zarara uğradığını ve zararın miktarını ispat yükü Türk Borçlar Kanununun 50. maddesi hükmünce davacının üzerindedir. Ancak birçok durumda, özellikle kazanç kaybı iddiasının olduğu durumlarda zararın gerçek miktarının davacı tarafından tam olarak ispat edilmesi mümkün olamaz. Bu konuda 50. maddenin 2 fıkrası, uğranılan zararın miktarının tam olarak ispat edilememesi durumunda hakimin, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyeceğini belirtmiştir.

Buna göre, hakimin davacı tarafından sunulmuş olan delilleri ve dosya içeriğini dikkate alarak, Medeni Kanununun 4. maddesinde sözü edilen takdir yetkisini kullanması ve hakkaniyete uygun bir tespitte bulunması söz konusu olacaktır.

Zararın miktarının belirlenmesinde hangi tarihin esas alınacağı tartışmalıdır. Beden bütünlüğünün ihlalden doğan zararlarda, Türk Borçlar Kanununun 75 maddesinde karar tarihinden söz ediliyorsa da, mala verilen zararlarda Yargıtay kararlarında zararın meydana geldiği tarihin esas alındığı görülmektedir<sup>18</sup>.

Zararın miktarının belirlenmesinde karar tarihinden önceki bir tarihin esas alınması durumunda, belirlenecek tazminat tutarına faiz yürütülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Nitekim, Türk Borçlar Kanununun 117. maddesinin 2. fıkrası, failin haksız fiilin işlendiği anda temerrüde düşeceğini açık olarak belirtmiştir.

Zarar belirlenirken, haksız fiilin, mağdura sağladığı bazı ekonomik yararlar varsa, bu yararların, belirlenen zarar miktarından düşülmesi, deyim yerindeyse net zararın bulunması, denkleştirme yapılması gerektiği, aksi halde mağdurun haksız fiil sayesinde zenginleşmiş olacağı da savunulmaktadır<sup>19</sup>.

#### 2. Tazminatın Belirlenmesi

Haksız fiil sorumluluğunda, sorumluluk için aranan şartların gerçekleşmesi, özellikle zararın meydana gelmesi ile birlikte tazminat hakkı doğmaktadır. Ancak tazminatın şeklinin ve miktarının netleşmesi için ya tarafların anlaşması ya da mahkeme kararı gerekir.

18 Yarg. 4. HD 2. 4. 1984, 2713/3298 (Uygur, C. I, s. 394). Yarg. 4. HD 23. 12. 1982, 7190/11637 (YKD 1983/4, s. 520 vd); 4. HD 1. 12. 1972, 7606/10156 (Tunçomağ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 460).

19 Hatemi, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, N. 30 vd; Eren, Borçlar Hukuku. C. II, s. 308 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 586 vd; Oğuzman/Öz, s. 85.

### a) Tazminatın Şekli

Oluşan zararın giderilmesinde iki yol söz konusu olabilir. Ya tahrip edilen bir malın davalı tarafından tamir edilmesi, yok edilen bir malın bir eşinin verilmesinde olduğu gibi aynen tazmin, ya da, zararın para ödenerek yani nakden tazmini<sup>20</sup>.

Nakden tazminde de tazminat, sermaye şeklinde yani toptan şekilde veya irat şeklinde yani dönemsel ödeme şeklinde olabilir.

Kanunda sermaye şeklinde ödenecek tazminatın taksitle bağlanıp bağlanamayacağı konusunda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak doktrinde borçlu toptan ödeme durumunda zor duruma düşecek ise ve Kanunun 52. maddesinin 2. fıkrasındaki şartlar gerçekleşir ise yani failin kusuru hafif ise ve hakkaniyet de gerektiriyorsa tazminatın hakim tarafından taksitle ödenmesine karar verilebileceği savunulmaktadır<sup>21</sup>.

52. maddenin 2. fıkrası aslında hakime tazminatın indirimi imkanın veren bir maddedir. Ancak, bu maddenin şartlar gerçekleştiği takdirde sermaye şeklindeki tazminatın taksitle ödenmesine karar verilebilme imkanını getirmesi de mümkün olmalıdır.

Kanunun 51. maddesinin 2. fıkrasında da, irat şeklinde ödenecek tazminatta, ileride alacaklının hakkının tehlikeye düşme ihtimaline karşı borçludan teminat alınması zorunlu kılınmıştır.

### b) Tazminatın Miktarı

Tazminatın miktarının belirlenmesinde Türk Borçlar Kanunu, 51. maddesinde; hakim, tazminatın miktarını ve şeklini belirlerken, failin kusurunun ağırlık derecesini ve durumun gereğini, yani somut olayın özelliğini dikkate alacağını belirtmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununda bu maddeyi karşılayan 43. maddesinde kusurun ağırlığı yerine, kullanılan “hatanın ağırlığı” şeklindeki yanlış ifade değiştirilmiştir.

Kanun, 52. maddede de; zarar görenin rızasının, zarar görenin zararın doğmasında veya artmasında etkili olmasının, tazminatın indirilmesine veya tamamen kaldırılmasına yol açabileceği belirtilmiştir. 52. maddenin ikinci fıkrasında da hafif kusurlu olan (yani kusuru kasıt veya ağır ihmâl derecesinde olmayan) failin yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin gerektirmesi durumunda da hakim tazminatı indirebileceği hüküm altına alınmıştır.

20 Eren, s. 362; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 581 vd; Hatemi, § 9, N. 26 vd; Tandoğan, Mes’uliyet Hukuku, s. 252; Oğuzman/Öz, s. 109.

21 Nomer, s. 201; Oğuzman/Öz, s. 111.

Ancak, bu sebeplerin varlığı mutlak olarak tazminatın indirilmesine yol açmayacaktır. Örneğin, failin kusuru ağırsa, zarar görenin birlikte kusuru olsa da tazminat indirilmeyebilecektir.

Kanunda 51. maddeye göre, tazminat miktarı belirlenirken sadece kusurun hafifliği dikkate alınarak bu gerekçe ile indirim yapılabilecek ise, Kanunun 52. maddesinin 2. fıkrasında zarara hafif kusuru ile sebep olan failin tazminat yükümlülüğünde indirimle gidilebilmesi için failin yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin de indirimi gerektirmesi şeklindeki özel sınırlamaların niçin getirilmiş olduğu tartışma konusu olmuştur. Ya da bir başka soru ile, failin hafif kusuru nedeniyle tazminatta indirim yapılabilmesi için 52. maddede sözü edilen yoksulluğa düşme ve hakkaniyetin gerektirmesi şartları aranıyorsa, bu durumda, 51. madde uyarınca sadece hafif kusur sebebiyle indirim yapma imkanının bulunmadığı mı kabul ediliyor?

Öğretide bir görüşte; hakimin, kusurun hafif olması durumunda 51. madde hükmüne göre indirim yapabilecek iken, fail buna rağmen yoksulluğa düşecek ise ve hakkaniyet de gerektiriyorsa bir de 52. maddenin 2. fıkrasına göre bir kez daha indirim yapabileceği savunulmuştur<sup>22</sup>.

Bu konuda maddelerin yorumunda önerilen bir çözüm şudur. Fail hafif kusurlu ise ve hafif kusurun yanı sıra, durum da indirimi gerektiriyorsa, örneğin fail zarar görene yardım ederken zarar vermiş ise yoksulluğa düşme şartı olmadan indirim yapılabilir. Ancak sadece failin hafif kusurlu olması nedeniyle bir indirim yapılacak ise, 52 madde hükmüne göre failin aksi halde yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin de bunu gerektiriyor olması aranmalıdır<sup>23</sup>.

Bu arada, hakkaniyet kriteri her iki taraf için de gözetilmeli, yani tazminatın indirilmesinden zarar görenin nasıl etkileneceği de göz önüne alınmalıdır. Örneğin, tazminatın indirilmesi durumunda bu sefer de zarar görenin güç duruma düşecek olması, tazminatın indirimine engel olmalıdır<sup>24</sup>.

Tazminatın indirilmesi sebeplerinden birisi olarak 52. maddede sayılan sebeplerden birisi olan zarar görenin fiile rıza göstermiş olması, ancak, hukuka uygunluk sebebi olarak geçerli kabul edilmeyen rıza için söz konusu olur. Çünkü zarar görenin fiile geçerli şekilde önceden gösterdiği rıza, fiilin hukuka aykırılığını engellediği için zaten sorumluluk söz konusu olmaz.

22 Nomer, s. 152.

23 Oğuzman/Öz, s. 115.

24 Oğuzman/Öz, s. 121.

Birlikte kusur deyimine kanunda açık olarak yer verilmemiş ancak, bu deyim gerek öğretide ve gerekse yargı kararlarında yerleşmiş durumdadır.

Zararın oluşmasında veya artmasında zarar görenin etkisinin olması durumunda da failin ödeyeceği tazminat indirilebilir. Mesela, yaralanan kişinin tedavisini yarıda kesmesi, evi yanan kişinin itfaiyeye geç haber vermesi durumunda tazminatın indirilmesi mümkündür.

#### IV. ZAMANAŞIMI

Borçlar Kanunu 72. maddesinde; tazminat davasının tabi olduğu zamanaşımı düzenlenmiştir. Madde incelendiğinde üç tip zamanaşımı süresi görülür. Bunlardan ilki, zarar görenin zararını ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayan 2 yıllık normal süredir. İki yıllık süre, zarar ve tazminat yükümlüsünden hangisi daha sonra öğrenilir ise o andan itibaren işlemeye başlar.

Bu madde ile 818 sayılı Borçlar Kanununun 60. maddesinde düzenlenmiş olan 1 yıllık sürenin 2 yıla çıktığı görülmektedir. Yine yeni maddede 818 sayılı Kanunun 60. maddesinden farklı ve isabetli olarak “fail” yerine, “tazminat yükümlüsü” terimi tercih edilmiştir. Bu terim, hem kusura dayanan hem de kusura dayanmayan sorumluluk için kullanılabilir.

Haksız fiil nedeniyle birden çok kişinin sorumlu olduğu durumda, her biri açısından kendisinin öğrenilme tarihi önem taşıyacaktır. Örneğin bir kimsenin istihdam ettiği kişi kusurlu olarak bir başkasına zarar vermiş ise, istihdam edenin de kusursuz sorumluluğuna ilişkin şartlar gerçekleşmiş ise, mağdur, istihdam eden kişinin varlığını ve kim olduğunu haksız fiil failinden örneğin 1 ay sonra öğrenmiş ise, TBK m 49’a göre açılacak olan dava ile TBK m 66’ya göre istihdam edene karşı açılacak olan dava zamanaşımı süreleri arasında 1 aylık fark olacaktır.

Zarar görenin küçük veya kısıtlı olması durumunda, süre, yasal temsilcinin maddi zararı ve faili öğrenmesinden itibaren başlayacaktır

Zararın devam etmesi durumunda; zarar devam etse de zararın niteliğinden kapsamını belirlemek mümkün ise, zamanaşımı işlemeye başlayabilecektir. Örneğin, bir kimsenin haksız fiil nedeniyle sakat kalması sonucunda, sakatlığın derecesi ve yaratacağı kazanç kaybı oranı anlaşılır hale gelince zararın öğrenilmesinin tamamlanmış olacağı ve zamanaşımının işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir. Ancak devam eden bir zarar değil de, gelişen bir durum söz konusu ise ve bu gelişme içinde zararın miktarını belirlemek mümkün değilse, örneğin haksız fiil

nedeniyle hastanede tedavi gören birinin sağlık durumunda nasıl bir gelişme olacağı, sakat kalıp kalmayacağı, kalacak ise sakatlık derecesi belli değilse, gelişme sona erip da dava açmaya yeterli bilgiler elde edilinceye kadar zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacaktır<sup>25</sup>.

Maddede yer alan bir diğer süre de, “herhalde haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayan” 10 yıllık azami süredir. 10 yıllık süre bakımından, zarar daha sonra gerçekleşmiş olsa dahi önemli olan tarih, haksız fiilin işlendiği tarihtir.

72. maddede istisnai süre olarak da isimlendirilen bir diğer süre de, fiilin Ceza Kanuna göre cezayı gerektiren bir fiil olması ve Ceza Kanununun bu fiil için daha uzun bir süre öngörmüş olması durumunda söz konusudur.

Bu durumda fiil için Ceza Kanununda öngörülen sürenin 10 yıldan uzun olması durumunda, bu zamanaşımı hem iki yıllık normal zamanaşımı süresinin hem de on yıllık zamanaşımı süresinin yerini alır. Ceza davası zamanaşımı süresinin on yıldan kısa olması durumunda ise Borçlar Kanununun 72 maddesindeki iki yıllık zamanaşımı süresi, ceza davasının zamanaşımı süresi dolmadan etkili olmaz.

72. maddenin 2. fıkrasına göre; haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, zarar gören her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir. Bu kaçınma hakkı “daimi def’i” olarak adlandırılmaktadır.

Bu def’inin önem taşıdığı bir durum, bir kimsenin aldatma ve korkutma sonucunda borç altına girmesi durumunda, iradesinin sakatlandığı sözleşmeyi iptal etmek için kanunda öngörülen süreyi kaçırmaması durumudur. Böyle bir durumda iptal hakkının düşerek, borcun geçerli hale gelmesinden sonra, iradesi haksız fiil ile sakatlanan kişiye 72. maddenin 2. fıkrası ile borcu ifadan kaçınma hakkını sağlayan bir daimi def’i imkanı verilmektedir.

Ancak 72. maddede tanınan bu imkanın Türk Borçlar Kanununun 39. maddesinde kabul edilen prensiple nasıl bağdaşacağı tartışma konusudur. Zira bu maddeye göre; iradesi aldatma veya korkutma ile sakatlanan kişinin, aldatmayı öğrendikten veya korkutma sona erdikten sonra bir yıl içerisinde iptal hakkını kullanmamış olması sözleşmeye onay verdiği anlamına gelmektedir.

<sup>25</sup> Sungurbey, s. 418; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 718; Eren, s. 433; Yarg. 4. HD 4. 12. 1986, 6073/8188 (YKD 1987/3, s. 394); Oğuzman/Öz; s. 72.

## V. YARGILAMA

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 76'da, yargılama ile ilgili olarak, önceki Borçlar Kanununda bulunmayan önemli ve yeni bir hükme yer verilmiştir. Bu madenin birinci fıkrasına göre; zarar gören iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hakim, istem üzerine, davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilecektir.

Hükmün uygulanması için mahkemeye sunulacak kanıtların kesin delil niteliği taşıması gerekmez. Hakimin bu yönde bir karar verebilmesi için davacının talepte bulunması ve dava devam ederken, kendisinden katlanması beklenemeyecek ölçüde güç duruma düşecek olması gerekir.

Maddede açıkça söz edilmese de geçici ödemeye karar verilirken, davalının durumunun da göz önünde bulundurulması, yani, dava devam ederken davalıyı büyük bir zorluğu sokacak miktarda geçici ödeme kararı verilmemesi gerekir.

Son olarak, 76. maddenin 2. fıkrası da; "davalının geçici ödeme yapması durumunda yaptığı geçici ödemelerin, hükmedilen tazminata mahsup edileceğini, tazminata hükmedilmemesi durumunda ise, alınan geçici ödemenin, yasal faizi ile birlikte iade edileceğini" belirtmiştir.

Hakim tarafından 76. maddedeki yasal yetkinin kullanılması durumunda, hakimın dava sırasında kararını belli etmiş olduğundan (ihzas-ı reyde bulunulduğundan) söz edilmesi mümkün değildir<sup>26</sup>.

26 Oğuzman/Öz, s. 127 vd.

**§ 21 TÜRK BORÇLAR KANUNU**  
**m. 72 ve m. 74 BAKIMINDAN CEZA**  
**HUKUKUNDA CEZA SORUMLULUĞUNUN**  
**ESASI ve DAVA ZAMANAŞIMI KAVRAMLARINA**  
**KISA BİR BAKIŞ**

**Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT<sup>1</sup>**

**I. GENEL OLARAK**

Kamu hukukunun bir dalı olan Ceza Hukuku ile Özel Hukukun bir dalı olan Medeni Hukuk arasında, suç ve haksız fiil teşkil eden insan davranışları söz konusu olduğunda kesişen bir ilişki ortaya çıkmaktadır. Bu husus Ceza Mahkemesi Hakimi ile Hukuk Mahkemesi Hakimi arasında etkileşimin ortaya çıkmasını da kaçınılmaz kılmaktadır<sup>2</sup>.

Ceza Hakimi ve Hukuk Hakimi, kendi uzmanlık alanlarının ilke ve esasları ile bağlı olmakla birlikte; birbirlerinin uzmanlık alanlarının prensiplerine karşı temel olarak bağımsızdırlar. Meğerki, aksi bir düzenleme ile hüküm altına alınmış bulunsun.

Tebliğ konumuz itibarıyla yeni Türk Borçlar Kanunu m. 72 ve m. 74 düzenlemesi belirttiğimiz kesişim noktalarındandır. Uzmanlık alanımız gereği ceza hukuku bakımından ceza sorumluluğunun esas ve dava zamanaşımı konusunda temel ilkeleri belirterek durumun gerekçesini ortaya koymaya çalışacağız. Konunun Medeni Hukuk ilkeleri bakımından değerlendirilmesi uzman arkadaşlar tarafından gerçekleştirilecektir.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>3</sup> m. 74'e göre;

1 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı

2 A. M. Kılıçoğlu, "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi", <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/314/3051.pdf>, 12. 07. 2012, saat. 17. 35, 220; Ç. A. Çelik, "Tazminat Davalarında Ceza –Hukuk İlişkisi", <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari>, 16. 04. 2012, saat. 11. 00, 1-13.

3 11.01.2011 Tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG 04. 02. 2011, No. 27836).

### **“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.**”

Aynı Kanun’un Zamanaşımını düzenleyen 72. maddesine göre ise;

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

Madde düzenlemelerinden anlaşılacağı üzere, hukuk hakimi ceza hakiminin sorumlulukla ilgili esasları ile bağlı olmadığı gibi, kusurun değerlendirilmesi ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı ile de bağlı değildir. Öte yandan hak edilen tazminat cezayı gerektiren bir fiilden doğmuş ise ve bu fiil için ceza kanununun öngördüğü zamanaşımı süresi daha uzunsa bu sürenin esas alınması bakımından bağlılık söz konusudur.

## **II. CEZA HUKUKUNDA CEZA SORUMLULUĞUNUN ESASI**

Çağdaş ceza hukukunda kusur sorumluluğu geçerlidir. İşlenen bir fiilden dolayı başkasının cezalandırılması kabul edilmediği gibi; failin cezalandırılması da kusurlu olmasına bağlıdır. Kusur ilkesi, faile ancak kusuru oranında ceza verilebilmesini de içerir. Hukuk bilincinin gelişmesiyle günümüzde eylemin suç oluşturması için failin zararlı neticeyi istemiş veya öngörmüş olması aranmaya başlanmıştır. Böylece “*kusursuz suç olmaz*” (*nullum crimen sine culpa*) ilkesi geliştirilerek, kusurluluğun önemi vurgulanmıştır<sup>4</sup>.

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, “sadece *kendi kusurlu* eyleminden sorumlu olma” biçiminde anlaşılmalıdır. Böylece ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, “kusursuz sorumluluk olmaz” ilkesinin sağlamaştırılmasında etkili bir işleve sahip olacaktır<sup>5</sup>.

Ceza hukukunda sorumluluk için failin sadece bir eylemi objektif olarak gerçekleştirmesinin yeterli görülmemesi, aynı zamanda bu durumun kusurlu bir ha-

4 N. Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005, 171 vd. ; M. Koca/İ. Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, 42 vd. Benzer yönde: K. İnel/S. Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, İstanbul 1999, 70.

5 Aynı doğrultuda: M. Özen, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara 1998, 307 vd.

reketin neticesi olmasının aranması *sübjektif sorumluluk* esasının kabul edilmesi anlamına gelir. Günümüz ceza hukukunda sorumluluk sübjektiftir. Ceza sorumluluğu kusura dayanır, kusursuz suç olmaz. Failin eylemdeki kusuru araştırılmalı ve sorumluluğu buna göre belirlenmelidir. Kusur ilkesinin kabul edilmesinin sonuçları şunlar olmaktadır<sup>6</sup>:

- (a) Fail, kusursuz olarak yaptığı hareketten dolayı cezalandırılmaz.
- (b) Ceza, failin fiildeki kusuru ile orantılı olarak verilebilir.
- (c) Ceza, failin kusurunun derecesine göre, hak ettiğiinden çok veya az olamaz.

### 1. Klasik Okula Göre Ceza Sorumluluğunun Esası

Klasik okula göre suç, hukuk düzeninin bilinçli ve iradi olarak bozulmasıdır<sup>7</sup>. İnsanların seçebilme yeteneği vardır. Çünkü, insanlarda irade özgürdür. Dolayısıyla, kuralları ihlâl etme veya onlara uyma konusunda bir seçim yapabilirler. Böyle bir seçimi yapma yeteneğine sahip bulunmayanların ise iradeleri özgür olmadığından, ceza sorumlulukları da yoktur. Klasik okul ceza sorumluluğunun esasını kusurun, dolayısıyla manevi sorumluluğun oluşturduğunu kabul eder. Fail, suç işlememesi olanaklı olduğu halde suçu işlemişse kusurlu olduğundan söz edilir. Kusur, failin manevi sorumluluğuna, manevi sorumluluk ise irade özgürlüğüne dayanır. Manevi sorumluluğu olmayan kişi, kusurlu sayılmaz. İrade özgürlüğü olmayan kişinin manevi sorumluluğu yoktur<sup>8</sup>.

### 2. Pozitivist Okula Göre Ceza Sorumluluğunun Esası

Pozitivist okul, ahlâki sorumluluğu değil, failin sosyal tehlikeliliğini esas alan akımdır. Klasik okulun üç temel ilkesini tersine çevirerek, soyut suç yerine somut suçluyu, isnadiyet yerine sosyal tehlikelilik kavramını ve ödetici ceza yerine güvenlik tedbirlerini esas almaktadır<sup>9</sup>.

Pozitivist okula göre, ceza sorumluluğunun esası toplumsal sorumluluktur. Suç işleyen kişi, bedensel ya da ruhsal yönden hasta olan kişidir. İrade özgür değildir. İrade özgürlüğü bir hayaldir. Bilimsel araştırmalar, irade özgürlüğünün

6 T. Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, 63; N. Centel/H. Zafer/Ö. Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2011, 46.

7 A. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1991, 18.

8 Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 64; S. Dönmezer/S. Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım I, İstanbul 1997, k. no. 96 vd. ; D. Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, 57 vd. ; M. E. Artuk/A. Gökçen/A. C. Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, 42; V. Ö. Özbek/M. N. Kanbur/K. Doğan/P. Bacaksız/İ. Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, 102.

9 N. Toroslu, "Ceza Hukukunda Okullar", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, 370-371.

olmadığını göstermektedir. Bunun için, suç işleyen kişileri ahlâken sorumlu görmemek gerekir. Suç işleyen kişiye kefarete değil, ancak toplumu korumak amacıyla yaptırım uygulanabilir. Failin kusurunun ve bunun derecesinin araştırılması, çok zordur. Suç değil, suçlu ele alınmalıdır. Neden suç işlendiği, ancak gözlem ve deney yoluyla öğrenilebilir. İrade özgürlüğü kabul edilirse, tekrar suç işleyen kişinin klasiklerin önerdiği gibi daha ağır değil, aksine daha hafif cezalandırılması gerekir. Çünkü, tekrar suç işleyen kişi (*mükerrir*), suça alışmış, yani suça karşı direnme gücü azalmış kişidir. Bu nedenle, kusuru daha hafif görülerek cezasının da hafifletilmesi gerekir<sup>10</sup>.

### III. CEZA HUKUKUNDA DAVA ZAMANAŞIMI

*Zamanaşımı*, devletin, belli bir süre geçmesi durumunda davaya devam etmeyi ya da cezalandırmaktan vazgeçmeyi önceden kabul etmesi demektir. Zamanaşımının davayı düşüren türüne *dava zamanaşımı*, cezanın infazını engelleyen türüne ise *ceza zamanaşımı* denir<sup>11</sup>.

*Dava zamanaşımı*, belli sürenin geçmesi nedeniyle kamu davasının açılması veya açılmışsa, davaya devam olunmayarak düşürülmesi sonucunu doğuran zamanaşımıdır<sup>12</sup>. Zamanaşımı, suçun işlendiği günden itibaren işlemeye başlar. Diğer bir ifade ile suçun işlendiği gün süreye dahildir. Suç tamamlanmamış, teşebbüs aşamasında kalmış ise zamanaşımı, son hareketin yapıldığı günden itibaren başlar (TCK m. 66/6).

Çocuklara karşı üstsoy tarafından veya onlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda zamanaşımı süresi, çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar (TCK m. 66/6).

Dava zamanaşımı sürelerinin hesaplanması için esas alınacak ceza konusunda iki sistem vardır. Birincisi, kanunda suç karşılığında öngörülmüş olan *soyut cezayı esas alma* sistemidir. Diğeri ise ağırlatıcı ve hafifletici nedenleri de hesaba katarak, yargılama sonucunda verilmesi muhtemel *somut cezayı esas alma* sistemidir. Türk hukukunda, soyut ceza sistemi benimsenmiştir. Kanun'da *suçların gerektirdikleri cezadan* söz edilmiştir (TCK m. 66). Bu nedenle Türk Ceza Kanunu, dava za-

10 S. Dönmezer, *Cezai Mesuliyetin Esası*, İstanbul 1949, 32 vd. ; Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, 19 vd. ; Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 65; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 43 vd; Dönmezer/Erman, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım I*, k. no. 109 vd.

11 Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 742; İ. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 2011, 766; B. Öztürk/M. R. Erdem, *Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2008, 437 vd. ; F. Erem/A. Danışman/M. E. Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1997, 984 vd.

12 Centel/Zafer/Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 743.

manaşımında hükmedilecek cezayı değil, o suçun gerektirdiği cezayı göz önünde bulundurmıştır. Ancak, bir suçun gerektirdiği ceza, sadece suçun basit şekli için kanunda gösterilen ceza değildir. Suçun gerektirdiği ceza, dosyadaki mevcut delillere göre kanunda gösterilen ağırlatıcı nedenler göz önüne alınarak, o suç hakkında hükmedilmesi mümkün olan en yüksek ceza miktarıdır (TCK m. 66/3).

Cezanın, alt ve üst sınırlı olarak gösterilmiş olması durumunda, zamanaşımına esas alınacak süre, üst sınırdır (TCK m. 66/4). Kanun'da suç karşılığı olarak seçimlik ceza öngörülmüşse, zamanaşımı yönünden hapis cezası esas alınacaktır (TCK m. 66/4).

Dava zamanaşımı süreleri gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün yirmidört saat; bir ay otuz gündür. Yıl resmi takvime göre hesaplanır (TCK m. 72/1).

Dava zamanaşımının işlemlerini geciktiren bazı nedenler vardır. Bunlara, zamanaşımı engelleri denir. Bu nedenler Kanun'da, dava zamanaşımının durması ve kesilmesi olarak gösterilmiştir. Davanın yürütülmesine engel olan belli nedenler ortaya çıktığında, bunların sonuçlanmasına kadar zamanaşımı süresi işlemez. Buna, *dava zamanaşımının durması* denir. Durma nedeni ortadan kalktığında, süre kaldığı yerden işlemeye devam eder. Dava zamanaşımının kesilmesi, ceza soruşturmasına ilişkin belli işlemlerin yapılması nedeniyle o ana kadar işlemiş olan sürenin işlememiş sayılmasıdır. Söz konusu işlemin yapılmasıyla birlikte süre yeniden işlemeye başlayacaktır<sup>13</sup>.

## IV. CEZA HAKİMİ ile HUKUK HAKİMİ ARASINDAKİ ETKİLEŞİM

### 1. Karar Bakımından

*Ceza hukuku*, kamu hukukunun bir dalıdır. Konusu, genel bir anlatımla suçlar ve cezalardır. Toplumsal düzeni sağlama ve bireysel çıkarları koruma gereği, devleti, bazı davranışları yapma veya bunlardan kaçınma konusunda bireylere emirler vermeye ve bunlara uymayanlar için yaptırımlar öngörmeye yönelmiştir. İşte ceza hukuku, bu yasaklar ile emirleri ve yaptırımları inceler. Ceza hukukunun konusunu oluşturan ceza ise suç karşılığında öngörülen, genel ve özel önleme amaçlarını içeren yaptırımlardır. Cezanın özelliği, kanunda yer alması ve sadece hakim tarafından hükmedilebilmesidir. Ceza hukuku, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile korunması işlevlerinin ikisini birden bünyesinde toplayan bir hukuk dalıdır. Ceza hukukunun işlevi, tüm hukuk kurallarında olduğu gibi, öncelikle toplumun düzenini sağlamak ve bireylerin ilişkilerini düzenlemektir.

13 Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 747 vd. ; H. Hakeri, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2011, 609 vd.

Ceza hukukunun bu işlevini gerçekleştirmesi amacıyla kullanılan temel araç, ceza kanunlarıdır. Bu açıdan ceza hukuku, yasaklanan davranışları yapmaktan kaçınmayan veya yapılması gerekenleri yapmayan bireylerin cezalandırılması işlevini gördüğü kadar; bireylerin yasak alanlarının belirlenmesinde onların haklarını koruyan bir işleve de sahiptir. Ceza hukukunun genel ilkeleri olan “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” ilkesi ile çağdaş ceza hukukunda sübjektif sorumluluğun esas olması dolayısıyla önem kazanan “*kusur ilkesi*”, toplumu bu anlamda korumaya yönelik ilkelere<sup>14</sup>.

Ceza Hukukunda hakim, iddia ve savunmanın ortaya koydukları ışığında, uyumsuzluk konusunda karar verendir<sup>15</sup>. Hakim tarafsız ve bağımsızdır. Tarafsızdır, birinin lehine veya aleyhine tavır takınması söz konusu değildir. Bağımsızdır, karar verirken talimat, emir alması, baskı ve etki altında kalması mümkün değildir<sup>16</sup>.

Ceza ve güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için maddi gerçeğin şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya konulması gereklidir. Ceza muhakemesi hakikati araştırarak maddi gerçeğe ulaşmak için çaba sarf edecektir. Maddi gerçeğe ulaşmak her ne pahasına olursa olsun mantığı ile değil, toplum menfaati yanında şüpheli ve sanığın haklarını da koruyarak, her iki menfaat arasında denge sağlanarak gerçekleştirilecektir. İnsan hakları ve hukuk devleti gibi temel ve evrensel ilkeler de göz önüne alınacaktır. Hukuka uygun olarak hareket edilecek ve sonuca ulaşılabilecektir<sup>17</sup>. Bu nedenle Ceza Muhakemesi Hukukunda delil serbestisi ilkesi geçerlidir. Öyleki, hukuka uygun olmaları diğer bir ifadeyle hukuka uygun usul ve koşullarla elde edilmeleri kaydıyla herşey delil olabilmektedir<sup>18</sup>. İddia ve savunmanın ortaya koyduğu delillerin yanında hakim de gerekli gördüğünde re’sen araştırma yapabilir. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na<sup>19</sup> göre, hakim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilecektir. Deliller hakim vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilecektir (CMK m. 217). Bu yolla ortaya çıkacak durum, hakim vereceği kararı belirleyecektir. Maddi vakalar netleşecek, gerçekleşip gerçekleşmediği ortaya konulacak, hareket ve netice arasındaki nedensellik bağı belirlenecek, failin isnad edilen fiili gerçekten işleyip işlemediği ortaya konulacak, işlenen fiil bakımından kusurunun var

14 Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3-4.

15 Y. Ünver/H. Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2012, 143.

16 Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 186, 198.

17 N. Kunter/F. Yenisey/A. Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, Hüküm Verme Görevi ve Ceza Muhakemesinin Yapısı, İstanbul 2009, k. no. 2 vd.

18 Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 623-624; C. Şahin/N. Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Ankara 2012, 73-74; V. Özbek/M. N. Kanbur/K. Doğan/P. Bacaksız/İ. Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2011, 655 vd.

19 04. 12. 2004 Tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (RG 17. 12. 2004, No. 25673).

olup olmadığı belirlenecek, hukuken dikkate alınması gerekli tüm ilke ve esaslar ışığında şüpheye yer bırakmayacak biçimde tespit edilmiş bulunan duruma göre hüküm kurulacaktır.

Ceza Hukukunda failin kusurluluğu kast ve taksir biçiminde ortaya çıkmaktadır. Sorumluluk bakımından aslanan kasttır. Kast, kusurluluğun temel biçimidir. Suçun oluşması, kastın varlığına bağlıdır (TCK m. 21/1). Kast, kanundaki tanıma uyan hareketi bilerek ve isteyerek yapmadır. Buna göre kastın unsurları bilme ve isteme olarak karşımıza çıkar. Kusurun diğer türü ise taksirdir. Türk Ceza Kanunu'na göre taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında gösterilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi demektir (TCK m. 22/2). Taksir, kısaca gereğini yapmama, eksik yapma, kendisinden beklenen özeni göstermeme demektir. Ceza hukukunda taksir, failin suç tanımına uyan hukuka aykırı fiile iradi bir hareketle sebebiyet vermesi, ancak ortaya çıkan neticeyi öngörmemiş (*bilinçsiz taksir*) ya da öngörse bile istememiş olmasıdır (*bilinçli taksir*). Kanun taksir nedeniyle işlenen fiilden sorumlu tutulmayı özel olarak düzenlenmiş bulunmalıdır. Ceza hukukunda sorumluluk için faildeki kusur türünün kast veya taksir biçiminde ortaya çıkması gereklidir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından bile failde ağır neticeden sorumlu olabilmek için bu sonucun ortaya çıkmasında en azından taksir derecesinde kusurunun olması aranmıştır (TCK m. 23). Dolayısıyla kusursuz sorumluluk çağdaş ceza hukukunda söz konusu değildir.

Ceza hakimi ve hukuk hakiminin uyguladığı temel ilkeler farklı olunca kararlarının da değişik olması mantıksal bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır. Birbirlerine karşı bağımsız olmalarının doğal sonucudur bu durum aslında. Ceza hukuku bakımından son noktada ortaya çıkabilecek hak yoksunlukları dikkate alındığından ilke ve kuralların çok daha sıkı olması da doğaldır. Özellikle kusursuz sorumluluğun kabulünün çağdaş ceza hukukunda yeri olmaması da bu sonuçtan kaynaklanmaktadır. Hukuk hakimi kusuru ve failin ayırt etme gücünü Medeni Hukukun ilkeleri ışığında belirleyecektir. Özellikle belirtmelidir ki, kusursuz sorumluluk Medeni Hukukta söz konusu olabilmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz ilkeler ışığında ceza mahkemesinin verdiği bazı kararların hukuk mahkemesini bağladığını ifade etmek gereklidir. Bağlayıcı özelliğe sahip kararları şu şekilde belirleyebiliriz:

-Ceza hakimi isnad edilen fiilin fail tarafından işlemediğini sabit olarak tespit etmiş ve beraat kararı vermişse (CMK m. 223) bu karar hukuk hakimini bağlayacaktır.

-Ceza hakimi isnad edilen fiilin fail tarafından işlendiğini sabit olarak tespit etmiş ve mahkumiyet kararı vermişse (CMK m. 223) bu karar da hukuk hakimini bağlar.

Bu iki hüküm biçimi ortaya çıkışlarındaki araştırma, delillerin kapsamı, hukuka uygunluğu gibi temel kriterler düşünüldüğünde, şüphenin tam olarak yenilmesi sonucu varılan son kararlar olmaları nedeniyle önem taşımakta ve hukuk dünyasının tüm alanlarında etki göstermektedirler. Bu hallerin dışında ceza hakimi tarafından CMK m. 223'e göre verilecek kararlar hukuk hakimini bağlamayacaktır. Öte yandan unutulmamalıdır ki, belirttiğimiz biçimde verilmiş beraat veya mahkumiyet kararlarında dahi hukuk hakimi kusur ve zararın tespiti bakımından Medeni Hukuk ilkeleri çerçevesinde hareket edecek ve son kararını verecektir. Diğer bir ifade ile hukuk hakimi kararında hem zararın miktarı ve hem de kusurun takdirinde serbestçe hareket edecektir<sup>20</sup>.

## 2. Zamanaşımı Bakımından

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 72'ye göre, “*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...*”. Türk Borçlar Kanunu bu düzenlemeyi getirmekle birlikte aynı fıkranın devamı cümlesinde “*Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.*” demektedir.

Kanuni düzenlemeden anlaşılacağı üzere, işlenen fiil suç teşkil ediyorsa tazminat davası bakımından dikkate alınması gereken süre ceza hukukunda geçerli olan dava zamanaşımı süresidir.

Ceza hukukunda geçerli dava zamanaşımının (TCK m. 66) uygulanabilmesi için fiilin, kanun nezdinde suç oluşturması yeterli olup, bu fiil nedeniyle fail hakkında ceza soruşturmasına başlanmış veya kovuşturmaya geçilmiş olması gerekli değildir.

Suç şikayete tabi bir suç ise şikayetin yapılması şartı da aranmaz. Bu nedenle fiil suç teşkil ediyorsa dava zamanaşımının uygulanması kanuni olarak zorunludur<sup>21</sup>. Önemle ifade etmelidir ki, hukuk hakimi cezai süreç başlatılmamış bulunsa da fiilin suç teşkil edip etmediğini re'sen araştırmak zorundadır. Eğer fiil suç teşkil ediyorsa ceza hukuku dava zamanaşımını uygulamak gereklidir. Bu düzenleme-

20 Kılıçoğlu, Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/314/3051.pdf>, 221.

21 Kılıçoğlu, Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/314/3051.pdf>, 211.

nin amacı hukuka aykırı bir fiil işlediği iddia edilen kişi hakkında ceza davası açabilme olanağı varken, hukuk davası açılmamasının mantıksal olarak kabulünün mümkün olmamasıdır<sup>22</sup>.

## V. SONUÇ

Sonuç olarak ifade etmelidirki, Ceza Hukuku ve Medeni Hukuk, Hukukun iki önemli dalı olarak, bir bütünün parçalarıdır. Öyleki, bu parçalar kendi ilke ve esasları ile, bütünün amacını yerine getirmesine hizmet ederken zaman zaman yolları keşiştiği için istenen son hedefe ulaşmada birbirlerinden etkilenmektedirler.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 72 ve özellikle m. 74 düzenlemeleri Ceza Hukuku ile Medeni Hukukun keşişme ve etkileşim alanını belirlemektedir. Her iki hukuk alanının kendi ilke ve esaslarına bağlı kalmalarının ve son karara ulaşmalarının ötesinde belirtilen bu düzenlemeler Hukuk Hakiminin ne ölçüde Ceza Hakiminin kararı ile bağlı olabileceğini ve bu bağlılığın sınırını tespit etmektedir. Ceza Hukuku ve Ceza Muhakeme Hukukunun bağlı olduğu ilkeler ve esaslar ışığında verilen bazı kararların belli ölçüde Hukuk Hakimini bağlaması bütünün parçaları olmalarının mantıksal sonucudur ve hukukun temeline aykırılık teşkil etmez. Ancak bu bağlılık yukarıda temel hatlarını verdiğimiz belli bir sınır ve ölçü içindedir ve karar Medeni Hukukun kendi ilke ve esasları ile şekillendirilecektir.

22 Kılıçoğlu, Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/314/3051.pdf>, 221.

# § 22 ÖZEL DURUMLAR (ÖLÜM ve BEDENSEL ZARAR, KİŞİLİK HAKKININ ZEDELENMESİ)

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU<sup>1</sup>

## I. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA

### A. TAZMİNAT PRENSİPLERİ

Belçika, Almanya, İsveç, Hollanda, İngiltere, Fransa gibi ülkelerde, cismanî zararın varlığı halinde bunun mutlak tazmin edilmesi gereği prensip olarak kabul edilmiştir. Burada ki amaç, ekonomik olarak yaralı kişinin kazanın hiç olmamış gibi duruma getirilmesidir. Kişi öyle bir varsayılır ki ne daha iyi durumda olsa ne daha kötü olsun. Bu temel bir prensiptir<sup>2</sup>. Bir diğer deyişle sorumluluk hukukunun özelliği mümkün olduğu ölçüde zarar nedeniyle bozulan dengeyi tekrar kurmak ve mağduru masrafları sorumluya ait olmak üzere zarar verici eylemden önceki haline kavuşturmadır. Zararın tazmini maruz kalınan zararı tam olarak karşılamaya yönelik olmalı hiçbir şekilde onu aşmamalıdır<sup>3</sup>.

Fransa, Almanya, Belçika ve İngiltere'de cismani zarara sonucu ölüm hallerinde ölümlü kazaya uğrayanın gerçek tazminat hakkı ortadan kalkar. Bu defa tazminat prensipleri kazalı dışındakilere de uygulanmak zorundadır. Zarar sonucu ölenin yaşam düzeyi kesin ekonomik terimlerle değerlendirilemez. Genç faal bir insanın hayat boyu beklenen kazançlarını tahmin etmek uygun varsayımlarla mümkün iken emeklilik yaşını geçmiş bir kişiye ekonomik standartların uygulanması negatif rakamlara ulaşabilir. Bu nedenle de insan hayatına ekonomik değer verme reddedilmiştir. Geriye kalan (hak sahiplerinin) zararı dolaylıdır. Öncelikle bunlar cenaze masrafları ve kaybolan "destek" şeklinde ifade edilir. Belçika uygulamasında eğer başkası tarafından talep ediliyorsa (mağdurun terekesi) cenaze masrafları tazmin açısından kabul edilemez<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Yargıtay Onursal Daire Başkanı

<sup>2</sup> PFENNIGSTORE, Werner: "General Report", LONDON: Lloyd's Of London Press Ltd. , 1990, s. 197.

<sup>3</sup> LE ROY, Max/JOET, Carole, L'évaluation Du Préjudice Corporel, 1993 , s. 7.

<sup>4</sup> PFENNIGSTORE, Werner: "General Report", s. 198.

Hak sahipleri tarafından miras olarak elde edile veya bir hayat sigortasından elde edilen paralara tazminat prensibi olarak yukarıda sözü edilen<sup>5</sup> ülkelerde göz önünde bulundurulamaz. Ancak istisnai olarak Hollanda'da hasar tesbitlerinde bunlar hesaba katılır. İsveç'te bu fonlardan elde edilen faiz de hesapta dikkate alınır. Ölüm yardımları, dul ve yetim aylıkları dikkate alındığında sorumlu için karşılanması gereken fazla bir şey kalmamaktadır<sup>6</sup>.

Ekonomik olmayan kayıplar olarak ifade edilen manevi tazminat, AB üye ülkelerinin bir çoğunda "Hakkaniyet prensibi"ne göre uygulanır. Belçika hukukunda özellikle bir "Puan Sistemi" vardır. Sürekli iş göremezlikte ekonomik ve ekonomik olmayan kayıplarla ilgili tek bir miktar öngörülmektedir<sup>7</sup>. Almanya'da manevi tazminatta her iki tarafın kazadan önceki ve sonraki şartlar dikkate alınarak "hakkaniyet" değerlendirilmesi yapılır. Bu sistemle Almanya'da, fakir olarak mağdur duyduğu acı karşılığı zenginden daha fazla bir tazminat alamadığı gibi terside olmaz. Ancak mağdur, sebep olan sorumlunun umursamaz bir davranışından doğan tehlikeden zarar görürse ödenecek tazminat daha fazla olur<sup>8</sup>.

Manevi tazminat miktarı her ülkeye göre değişmektedir. Bu farklılık tazminatın hukuki niteliğine yaklaşım şekline olabileceği gibi her ülkenin kendi iç hukukunda tazminatın tümünün giderilmesine yönelik normatif düzenlemeden de kaynaklanmaktadır. 21 Haziran 1990'da AB üye ülkeleri arasında yapılan bir toplantıda tazminat etmenleri (zarar görenin yaşı, mesleği, geride bıraktıkları, geliri) aynı olmak şartıyla zarar çeşitleri karşısında ödenen tahmini tazminat ederleri blok grafik halinde gösterildiğinde görülmüştür ki; ülkeler arasında miktara yönelik sıralama zarar türüne göre değişmektedir. Bundan da çıkan sonuç şudur. Manevi tazminatlarda zarar türüne göre ülkeler arasında sıralama değişebilmektedir<sup>9</sup>.

Fransız Yargıtayı, ölen koca ile kadın arasında hukukî bağ aramamaktadır. Ölen ile kadın arasında müşterek bir hayat paylaşılmışsa resmi eş ve birlikte yaşadığı diğer kadının manevi zarar için tazminat talep hakkı vardır<sup>10</sup>. Yine Fransız Yargıtayına göre "metres" niteliği tek başına dava imkanı vermez. Karı koca iliş-

5 AB Üye Ülkeleri.

6 PFENNIGSTORE, Werner: "General Report", s. 198.

7 PFENNIGSTORE, Werner: "General Report", s. 199. Benzer bir düşünceyle HATEMİ ölüm zararının "tam bütünlük zararı" olarak kabul edilmesi görüşündedir. Bkz. HATEMİ, Hüseyin: "Ölüm ve Beden Bütünlüğü Zararında Giderim" (bildiri), Ölüm Ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 10-11 XII 1993, s. 4-5.

8 PFENNIGSTORE, Werner: "General Report", a. g. r. , s. 199. burada söz konusu olan: toplum kurallarını dikkate almayan keyfi davranışlardır. Şehir içinde hız gösterisi yapan sürücüler bunlara örnek gösterilebilir.

9 Bkz. Mc INTOSH, David/HOLMES Marjorie: Personal Injury Awards In EC Countries, An Industry Report, Llyod's Of London Press Ltd. Davies Arnold Cooper 1990, s. 23, 28.

10 Riom, 9 Kasım 1978; JCP 79 II, 19107 et note G. ALMAIRAC, LE ROY/ JOET: s. 124; Riom İstinaf Mahkemesi Kararı.

kisi yani birlikte yaşamın paylaşılması aranır<sup>11</sup>. Fransız Danıştayı önceden kabul etmemekle birlikte zaman içinde içtihatını değiştirerek nikahsız kadına tazminat hakkı tanımıştır<sup>12</sup>.

## B. TAZMİNAT KALEMLERİ

Cismani zarar ve ölüm hallerinde ödenecek tazminat kalemleri her ülkenin iç hukukundaki düzenlemelere göre farklılık taşır. İtalyan Hukukunda bir konudaki düzenlemeler diğer ülkeler hukukuna göre özellik taşır. Buna göre karşılanması gereken üç tür zarar vardır.

- (i) Biyolojik zararlar,
- (ii) Mülkiyete gelen zararlar,
- (iii) Manevi ya da kişisel zararlar,

Biyolojik zararlar, gelir kaybı olsun olmasın, yaralanan tarafın akli, psikolojik ve fiziksel bütünlüğünün ihlaline karşılık hükmedilen tazminatlar olarak tanımlanmaktadır. Mülkiyet zararları (gelir kaybı) zararlı (hukuka aykırı) eylemin bir suç olarak nitelendirildiği hallerdir. Kişisel zararlar, acı ve elemnin karşılanması için manevi tazminatı ifade etmektedir<sup>13</sup>.

İngiliz Hukuku'nda, altı kalem tazminat türü vardır. Bunlar: Ağrı ve elem ile ortaya çıkan kayıplar (manevi tazminat), özel hasar, gelecekteki bakım tedavi maliyetleri, hesaplama tarihine kadarki faiz olarak sayılabilir<sup>14</sup>.

Common Law'da "personal injury" (kişisel zararlarda) (non pecuniary loss) yani zararın maddi olmayan ögesine önem verilir. İngiliz Hukukunda böyle bir ayırım yapmak kolay olmasa da farklı zarar tiplerini ayırt etmeye yönelik bir eğilim bulunmaktadır. Böylece sinirsel şokları psikolojik sendromları karşılayan acı ve elem bu yolla zarar olarak kabul edilmektedir (Pain and Suffering).

Diğer yandan duyularda, cinsel yaşamda ilişkisel yaşamda uğranılan sakatlık gibi yaşam zevki kaybı (loss of amenities) ayırt edilmektedir<sup>15</sup>.

Fransız Hukuku'nda, ekonomik zararlar ve kişisel zararlar olmak üzere iki ana kategorik zarar ve tazminat türü vardır. Ekonomik zararlar, tedavi ve ilaç masrafları, hastane giderler vs. ile meslekte kazanma gücünün kısmi veya tam olarak

11 Cass, crim. 8 Ocak 1985: JCP 85, II, 20588, et note ENDREO LE ROY/OET: s. 124.

12 Cons. d'Etat 3 Mart 1978; Rec. Cons. d'Let, p. 16, LE ROY/JOET: s. 124.

13 McINTOSH, D. and M. HOLMES: Personal Injury Awards in Ec Countries, An Industry Report, 1990, s. 8.

14 COOPER, Davies Arnold: "England", Personal Injury Awards In Ec Countries, An Industry Report, 1990, s. 33.

15 COMPORTI, M. : "Le Dommage Moral", L'évaluation du Préjudice Corporel Dans Less Pays De La C. E. E. , Rapport Préliminaire Actes Du Colloque DU 18 November, 1988, s. 213.

ortadan kalktığı süre ile ilgili zararlardır. Kişisel zararlar, psikolojik, ruhi ve fiziki kayıpları içerir. Estetik kayıplar; yaşam zevki ve seks hayatı gibi zararlardır<sup>16</sup>.

Alman Hukuku'nun en bariz özelliği mükemmel bir sigorta sistemine sahip olmasıdır. Bu nedenle mevzuata açık hüküm varsa manevi zararların karşılanması istisnası hariç her türlü zarar sigorta kapsamı ile karşılanmaktadır. Bu nedenle de sorumluluk davaları çok nadiren açılır. Sigorta sistemindeki genişlik tazmin edilebilir hasarların varlığına koşuldur. Alman Devletinin konuya bakışı Alman Mahkemelerinin çok ilerisinde bir çizgidedir. Alman Adalet Bakanlığı zihni geriliği olan kişilerin daha az manevi tazminat almasını eleştirmektedir. İnsan onuruna özel hukukun saygı duymasını vurgulamakta, sakat insanın acımasız hukuk teorilerine mahkum edilmemesi ifade edilmektedir<sup>17</sup>.

Luxemburg Hukuku'nda zarara uğrayana ödenen tazminatlar, daima zarar görenin gerçek zararı dikkate alınarak ödenir. Luxemburg kanunlarına göre bu bir genel kuraldır. Zarar gören zarardan daha az ya da çok miktar tazminat alamaz "in concreto". Ekonomik olmayan kayıplar "préjudice moral", bunlar estetik kayıpları "préjudice esthétique" yaşam zevki kaybı "préjudice d'agrément" ve sex kaybını içerir. Zarar görenin genç olması halinde hayatla ilgili beklentilerinin azalmasına sebep olan zararlar da karşılanır<sup>18</sup>.

## II. TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE

### A. ÖLÜM ve BEDENSEL ZARAR

#### 1. Ölüm

##### a) Normatif Düzenleme

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi gereğince "ölüm halinde 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,

16 DELPOUX, Claude/ TOMADINI, Andre: "France" Personal Injury Compensation Ed. , PFENIGSTORFF, A Comparative Analysis Of The Major European Jurisdictions, London, Newyork, Hamburg, Hong Kong, Lloyd's Of London Press Ltd. , 1993, s. 40-42.

17 PFENIGSTORFF, Werner: "Germany", Personal Injury Compensation, A Comparative Analysis Of The Major European Jurisdictions, Lloyd's Of London Press Ltd. , London, New York, Hamburg, Hong Kong, 1993, s. 66-69.

18 DIEDERICH, Rene: "Luxemburg", Personal Injury Awards In EC Countries, An Industry Report, Lloyd'S Of London Press Ltd. Davies Arnold Cooper, 1990, s. 153.

**b) Hükümün Analitiği ve Amaçsal Yorum**

Bu hüküm 818 sayılı Borçlar Kanununun 45. maddesini karşılamaktadır. Sistemik değişikliği dışında fonksiyonel bir değişiklik yapılmamıştır.

**2. Bedensel Zarar****a) Normatif Düzenleme**

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 54'e göre, "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. "

**b) Hükümün Analitiği ve Amaçsal Yorum**

818 sayılı Borçlar Kanununun 46. maddesi bu hükümle karşılanmıştır. Sistemik yapıdaki değişiklik dışında fonksiyonel bir değişiklikten sözedilemez.

**3. Zararın Belirlenmesi****a) Normatif Düzenleme**

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesine göre, "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanunun 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 arttırılmaz veya azaltılmaz" (f. 1).

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 davalara da uygulanır" (f. 2).

**b) Hükümün Analitiği ve Amaçsal Yorum****aa) Zarar ve tazminatın belirlenmesi****aaa) Genel ilke**

Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların, Türk Borçlar Kanunu

hükümleri ve sorumluluk ilkelerine göre hesaplanması gereği vurgulanmıştır (m. 55/f. 1, 1. c). Maddeye temel teşkil eden önergede düzenlenen gerekçenin “Destekten yoksun kalma ve iş-göremezlik tazminatları, bu yönüyle takdir temelinden daha çok, bağımsız bir yapı özelliği kazanmış metrik temele (tazminat metriği-ne) dayandığı” “bu zararların belirlenmesinde ortaya çıkan farklı uygulamaları yeknesaklaştırıcı yeni ve özel hükümler öngörülmüştür. Bu hükümlerin sevinde tazminatın önleyici işlevi, insan hakkı karakteri, zarar veren ödüllendirme sonucunu doğuracak yöntemlerden kaçınma ve sorumluluk hukukunun diğer ilkeleri ele alınmıştır” tümceleriyle açıklanmıştır.

### **bbb) Rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri**

Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri, hükme göre “... bu tür zararların belirlenmesinde gözetilme...”yecektir. Önergeye göre, “sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğunu doğuran olaya sebebiyet verenlere bağlı olduğu, bu kurala göre de rücu edilemeyen (emekli sandığı maaşı, malüllük aylığı, ölüm sigortası aylığı) sosyal güvenlik ödemeleri, teknik arıza, tam-kaçınılmazlık halindeki ödemeler ve benzeri ödemeler, bu tazminatlardan indirilemeyecektir”. Bununla yetinilmemiş, “Aynı şekilde prensip olarak rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinden bir kısmı rücu edilemeyen miktar dahi denkleştirilmeyecektir.”

Son olarak da “Zarar görenin kusuruna (müterafik kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar, kısmi kaçınılmazlık ve teknik arıza hâlindeki ödemeler ve benzerleri rücu edilemediğinden bu miktar dahil denkleştirilemeyecektir.”

Önerge, Türk Borçlar Kanununun temel ilkeleriyle örtüşmeyen bir iş hukuku düzenlemesi gibi bir düşünceyle ele alınmıştır. Zarar göreni koruma düşüncesi elbetteki isabetlidir. Ancak yeterince denge gözetilmişmidir sorusunu cevaplamamaktadır.

### **ccc) İfa amacını taşımayan ödemelerin dikkate alınamayacağı olgusu**

Hükümde ifa amacını taşımayan ödemelerin indirilemeyeceği belirtilmiştir.

Önerge gerekçesinde, “insan zararlarına ilişkin tazminat hakkının rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ve ifa amacını taşımayan diğer edinimlerle bir bağı ve bağlantısı yoktur” ifadesi kullanılmıştır. Bu nevi ödemelerin denkleştirilmesi zarar vereni ödüllendirme anlamına geleceği vurgulanmıştır.

İfa amacını taşımayan ödemelerin başka bir anlatımla ödeme kastı dışında kalan saiklerle yapılan ödemeler (yardım ve benzerleri) denkleştirilmeyecektir.

**ddd) Hakkaniyet düşüncesiyle hesaplanan tazminatın arttırılamayacağı ve indirilemeyeceği**

Hükümde, “hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile arttırılamaz veya azaltılamaz” (m. 55/f. 1, c. 3) ifadesi yer almaktadır. Maddeye gerekçe oluşturan önergede bunun gerekçesi “İnsan Hakları Evrensel Sözleşmesi 1 nolu ekprotokolün 1 inci maddesi kapsamında özel koruma gördüğü (Ay. m. 90) Tazminatın hesaplama sonunda az veya çok çıkması, yargının yahut yargıcın sorunu değildir...” ifadeleriyle normun yapılış şeklinin dayanağını oluşturmaya çalışılmıştır. Özellikle TBK m. 51 (BK m. 43) ile MK m. 4’ün uygulamayacağı vurgulanmıştır. Öte yandan bunyevi istidat, kaçınılmazlık, hatır taşınması gibi hesaplama yöntemleriyle ilgili olmayan nedenlerin, hakkaniyet hukukunun gerekleri içinde doğal olarak indirim nedeni olacağı ifade edilmiştir.

Gerekte özellikle zararın belirlenmesine ilişkin indirimlerde hakkaniyetin uygulanacağı, ancak tazminata ilişkin nedenlerde ise yapılamayacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce ve bu düzenlemede isabetsizdir. Türk Borçlar Kanunu m. 51 (BK m. 43), MK m. 4 belirleme hükmü değil tazminat hükmüdür. Hakkaniyet, hukukun varmak istediği yüce amaçlardan biridir. Bu kurumun soyut hesaplamalardan doğan rakamlara feda edilmesi hukukun genel teorisiyle bağdaşmaz.

Akyol’un isabetle belirlediği gibi hakkaniyet kararı, Kanun koyucunun nihai amacıdır. Kanun koyucu koymuş olduğu bir hukuk kuralının asla haksız bir sonuç doğurmasını istemez. Somut olayda haksız, ters, elverişsiz olaya uymayan sonuçlar istemez. Hâkim yasakoyucunun niai amacını gerçekleştirmedi, kuralın uygulanmasından beklenen objektif amacı sağlamada kendisini yasakoyucu yerine koyar. Hakkaniyet kararı, somut olayın önemli tüm öğelerin dikkate alınarak verilen karardır. Karar çözülmek istenen olayın özellikleri, nitelikleri ve öğeleri azami dikkate alınarak somutlaştırmalı, kristalleştirmeli benzerlerinden ayırtmalıdır. Bu yolla hakkaniyet kurulur. Sonuç olarak hakime tanınan takdir yetkisi, hakkaniyet kararı vermesi içindir<sup>19</sup>.

**bb) İdarenin eylem ve işlemlerinden doğan bedensel/ölüm zararlarına ilişkin Türk Borçlar Kanununun uygulanması**

Türk Borçlar Kanununun 55. maddesi ikinci fıkrasına göre vücut bütünlüğüne verilen zararlarda ve ölüm olaylarında zarara neden olan idare ise, doğan davalar idari yargı yolu değil adli yargı yolunda görülecektir. Önergede anlatılan ve normal gerekçe kabul edilen ifadeye göre yargıda birlik amaçlanmıştır.

19 18 AKYOL, Şener: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1975, s. 328-330.

Kanaatimizce, isabetli bir düzenleme değildir. İdare hukukuna egemen olan ilkeler apayrı bir uzmanlık alanıdır. Kaldığı sorumluluk ilkeleri de tamamen farklıdır<sup>20</sup>. Özellikle risk sorumluluğunun idare hukukuna ilişkin ve sorumluluk tipidir. Öte yandan hizmet kusuru kavramı da idare hukuku ilkelerine göre değerlendirilmesi gerekir. Tazminat hesaplamaları ve faiz başlangıç tarihleri farklılıklar taşır<sup>21</sup>.

## B. CİSMANİ ZARARLARDA MANEVİ TAZMİNAT

### 1. Normatif Düzenleme

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 56'ya göre, "Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini gözönünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir" (m. 56/f. 1).

"Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarında manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir" (m. 56/f. 2).

### 2. 6098 Sayılı TBK'nin Tazminatın Hesaplanması Açısından Getirdiği Yenilikler

6098 sayılı Kanununun 56. maddesi, 818 sayılı Kanununun 47. maddesini karşılamaktadır. Bu yeni düzenlemede kanun koyucu manevi tazminat yelpazesini genişletmiştir. Gerekçede vurgulandığı üzere, "ölenin yakınlarına" de ağır bedensel zarar veya ölüm hallerinde bir miktar paranın ödenmesine karar verilebileceği belirtilmiştir. Aile kavramı genişletilerek zarar görenin/ölenin "yakınları" kavramı getirilmiştir. Anca bu, "Ağır bedensel zarar" ve "ölüm" halleriyle sınırlıdır.

Kanaatimizce, manevi tazminat bölünebilir. Çünkü 6100 sayılı HMK'nın 107'ye göre hakimın takdirine göre tespit edilecek olan alacak davaları belirsiz alacak davası olarak kabul edilir<sup>22</sup>.

Yargıtay manevi tazminatın bölünmezliğini oy çokluğuyla kabul etmektedir<sup>23</sup>. Sağ doğmak koşuluyla ceninin de manevi tazminat hakkı bulunmaktadır<sup>24</sup>.

20 Ayrıntı için bkz. KILIÇOĞLU, Mustafa, Tazminat Hukuku, B. 3 Ankara, s. 833-872.

21 KILIÇOĞLU, Tazminat Hukuku, B. 3, s. 837-855.

22 KILIÇOĞLU, Mustafa, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, Ankara 2012, s. 582 ve orada adı geçen Meier I, Hrsy. Walter Fellman Stephan Weber, s. 15; ayrıca İsviçre Feredal Mahkemesinin BGHNJW 1964, 1797; BGHNJW 1974, 1551).

23 Y. HGKK, 14. 11. 2001 T. 2001/21-993 E. 2001/1019 K.

24 BGHZ, Bd. 93, s. 351; Landolt, Hardy, Vorbem. Art. 47-49 Nr. 98.

# § 23 MANEVİ TAZMİNATIN TAYİNİNDE BK m. 49/II HÜKMÜNÜN YOKLUĞUNUN ETKİSİ

Av. Hulki CİHAN<sup>1</sup>

## I. BK m. 49 HÜKMÜNÜN KORUDUĞU HUKUKİ DEĞER

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 49. maddesinin ilk fıkrası manevi tazminat hakkının doğuşunu, ikinci fıkrası manevi tazminatın belirlenişindeki kıstası, son fıkrası da para dışındaki diğer manevi tazmin usullerini hükme bağlamıştır.

Haksız saldırı kişinin beden bütünlüğüne değil de, manevi birtakım değerlerine, kişilik haklarına yöneldiği zaman, BK m. 49'un uygulanması söz konusu olur.

Borçlar Kanunu m. 49 hükmünün amacı, faili bir tazminatla “cezalandırmak” değil, mağdurun kişilik hakkının ihlâlinden doğan manevi zararını karşılayarak, mağdurda manevi bir tatmin duygusu yaratmaktır<sup>2</sup>. Manevi tazminat para olarak belirlendiği takdirde her ne kadar bir miktar para failin malvarlığından çıkıp mağdurun malvarlığına girecek olsa da, bu tasarrufun sebebi kişisel ve manevi üzüntüdür<sup>3</sup>. Hükmün lafzından anlaşıldığı üzere, maddenin koruduğu hukuki değer, manevi varlık olan kişilik hakkıdır. O halde her şeyden önce, kişilik hakkının sınırının çizilmesi gerekmektedir.

Hukuk dilinde haklara sahip olabilen varlık kişidir ve kişi kavramının içine hem gerçek kişiler hem de tüzelkişiler girer.”<sup>4</sup> Kişilik ise, insana ait olan, hukukun korumaya değer bulduğu soyut, hukuki, manevi nitelikteki varlıkların tümü anlamına gelir<sup>5</sup>. İşte kişinin, hukuk düzeni tarafından korunmaya değer bulunan bu soyut, hukuki ve manevi varlıkları üzerindeki hakkına da “kişilik hakkı” denmektedir. Kişilik hakkı, kişinin şerefi, haysiyeti, özel yaşamı, ismi, resmi gibi o kişiye ait manevi değerler üzerindeki hakkıdır. Ancak kişilik hakkının neler ol-

1 İstanbul Barosu

2 **Andreas von Tuhr**, Borçlar Hukuku, Birinci Cilt (Tercüme Eden: **Cevat Edege**), İstanbul, 1952, s. 122.

3 **von Tuhr**, s. 122.

4 **Hıfzı Veldet Velidedeoğlu**, Türk Medeni Hukuku, Üçüncü Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1963, s. 167; **Hüseyin Hatemi**, Kişiler Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 13; **Mustafa Dural/Tufan Öğüz**, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 5; **Serap Helvacı**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta, İstanbul, 2001, s. 14

5 **Velidedeoğlu**, s. 205; **Hatemi**, (Kişiler) s. 103; **Dural/Öğüz**, s. 8; **Helvacı**, s. 14; **Ahmet Kılıçoğlu**, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, II. Bası, A. Ü. H. F. Yayınları, Ankara, 1993, s. 4.

duğu numerus clausus şekilde belirlenemez, zira teknolojik gelişmeler ve günün ihtiyaçlarına göre yeni birtakım kişilik hakları ortaya çıkabilir.

Kişiliği koruyucu davalar, kişilik hakkına tecavüzü önlemeyi, yok etmeyi ya da etkisizleştirmeyi amaçlarken, BK m. 49 uyarınca kanundaki deyimiyile “*şahsi menfaatlerin haleldar olması*” sebebiyle açılacak manevi tazminat davası, kişilik hakkına yapılmış tecavüzün sonuçlarını yok etmeyi, kişiliğinin üzerindeki hakkının ihlâl edilmesinden doğan zararının tazminini düzenler<sup>6</sup>.

Kişilik hakkı ihlalleri özellikle basın yoluyla gerçekleşmektedir. İletişim sektörünün de teknolojik gelişmelerden doğal olarak etkilenmesi sebebiyle, kişilik haklarının iletişim araçları yoluyla ihlâl edilmesi artık çok sık karşılaşılan bir durum olmaktadır. Yazılı ve görsel basın bu türden kişilik hakkı ihlallerine bilinçli ya da bilinçsiz olarak ortam sahipliği yapmaktadır. Dolayısıyla, kişinin basın yoluyla mâruz kaldığı kişilik hakkı ihlâli, fiilin icra edilmiş şekli sebebiyle kamuya da mâl olmaktadır. Esasen kişilik haklarına basın yoluyla saldırılarda, mağdurun uğradığı zarar, basın yoluyla değil de, başka yollarla kişilik hakkının ihlâl edildiği durumlara göre, daha ağırdır.<sup>7</sup>

## II. BK m. 49/II’NİN YOL AÇTIĞI SORUN ve HÜKMÜN NASIL OKUNMASI GEREKTİĞİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki; hâkim maddi tazminatı belirleme sırasında elinde olan unsur ve kıstaslardan, daha azına sahip olarak takdir yetkisini kullanır ve manevi tazminata hükmeder<sup>8</sup>. Bu durum, manevi tazminatın kendi yapısal özelliğinin doğal bir sonucudur.

Borçlar Kanunu m. 49/II, hâkimin manevi tazminat miktarının belirlenmesi konusunda sahip olduğu takdir yetkisini kullanırken, “ *tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alacağını*” hükme bağlamıştır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ise BK m. 49 hükümünün karşılığı olan hüküm 58. madde hükmüdür. TBK m. 58, BK m. 49/II’ye göre esas değişikliği içermektedir. Bu esas değişikliği, kişilik hakkı ihlâl edilenin hak kazanacağı manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde kendini göstermektedir. Buna göre, hâkimin manevi tazminatı belirlerken gözönünde bulunduracağı; deyim yerindeyse “*kişiler arasındaki eşitliği felce uğraticı*” nitelikteki tarafların sıfatı, işgal ettikleri makam ve diğer sosyal-ekonomik durumların dikkate alınması gereği, yerinde ve isabetli bir değişiklik olarak yeni düzenlemeye alınmamıştır.

<sup>6</sup> Helvacı, s. 180.

<sup>7</sup> Kılıçoğlu, s. 253, 254.

<sup>8</sup> von Tuhr, s. 124.

Borçlar Kanunu m. 49/II, bir anlamda, “ekonomik durumu iyi mağdurların, ekonomik durumu kendilerine göre kötü mağdurlara oranla, daha fazla manevi zarara uğradıklarının, teorik anlamda da olsa, kabul edilmesine” yol açmıştır. Değerli hocamız HATEMÎ bu hükmün “mesela bir kapıcının şerefsiz bir kimse olduğu yazıldığında bir milyon, bir bankerin şerefsiz bir kimse olduğu yazıldığında bir milyar lira manevi giderime hükmedilebilmesine yol açacaktır” şeklindeki örneğiyle uygulama bakımından doğabilecek tehlikeye dikkat çekmiştir<sup>9</sup>. Böyle yanlış olası bir kararın gerekçesi olarak da, “kapıcının bir milyon ile her zamankinden güzel bir şekilde mükellef bir sofraya donatarak, üzüntüsünü telafi edebilir, ancak bankerin bu üzüntüyü unutabilmesi için milyar dahi yetersiz kalır” şeklinde bir gerekçenin maalesef verilebileceğini haklı olarak belirtmiştir<sup>10</sup>. Değerli Hocamızın bu pratik ve açıklayıcı örneğinden yola çıkarak, manevi tazminatın para dışındaki usullere göre takdirinde bile, yerine göre böyle bir tehlike doğabileceğini söyleyebiliriz. Örneğin, bir gazetenin çok ünlü ve zengin birinin hakkında “dolandırıcı” başlıklı verdiği haberin, gerçek dışı yanlış kaynaklara dayanmasından dolayı gazetenin tekzip yazısı yazılmasına karar vermesi, buna karşın ünlü olmayan ve ekonomik durumu pek iyi olmayan mağdurun aynı eyleme maruz kalması halinde, gazetenin deyim yerindeyse en kıyı köşe yerinde çok küçük puntolarla tekzibe yer verilmesine mahkemece karar verilmesi de teorik olarak pekâlâ BK m. 49/II hükmünden dolayı mümkün olabilir.

Uygulamada da, aşağıda değineceğimiz üzere, sırf BK m. 49/II'deki kişiler arasındaki eşitliği yerle bir eden kıstasların varlığından ötürü, zaman zaman eşitlik ve adalet duygusunun sızlatan kararlar verilmiş ya da, karşı oy yazıları yazılmıştır.

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi tarafından 1994 yılında verilen basın yoluyla kişilik hakkının ihlalinden doğan manevi tazminat davasına ilişkin bir kararda<sup>11</sup>, “hâkimin manevi tazminat miktarını belirlerken BK m. 49/II ile beraber MK m. 4 hükmünü de gözetmesinin gerektiği, çünkü kanunun hâkime takdir yetkisi tanıdığı konularda hâkimin hak ve adalete göre karar vermesi gerektiği, bundan dolayı da somut olayda hâkimin tazminatın miktarını belirlerken BK m. 49 ile MK m. 4'ü birlikte yorumlayarak eyleme tazminat arasında makul bir orantı kurmasının gerektiğinden” söz edilmektedir. Aslında, çok isabetli şekilde verilmiş bu kararın özeti niteliğindeki cümleler, bizi, BK m. 49/II'nin bütün sakınca ve tehlikesinin, MK m. 4 ile bertaraf edilebileceğini ve zaten olması gerekenin de MK m. 4 ile birlikte yorum olduğunu, manevi tazminat miktarının bu şekilde belirlenmesi gerektiği sonucuna götürmektedir. Çünkü önemle belirtmek gerekir ki;

9 Hüseyn Hatemi, (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Borçlar Hukuku Genel Bölüm İkinci Cilt, İstanbul, 1998, s. 117.

10 Hatemi (Sorumluluk) s. 117.

11 27. 12. 1994 T. 1994/6988 E. 1994/11776 K , 8. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com) (Çevrimiçi, 16. 04. 2012)

Borçlar Kanunu m. 49/II hükmü, hâkime manevi tazminatın miktarını belirleme konusunda bir “*takdir yetkisi*” vermiştir.

Medeni Kanun m. 4, kendisine takdir yetkisi verilen konularda, hâkimin takdir yetkisini kullanırken “*hukuka ve hakkaniyete*” göre karar vereceği hükme bağlanmıştır.

Yukarıda bahsettiğimiz ve gerçekten BK m. 49/II’nin sakınca ve tehlikesinin MK m. 4 ile ortadan kaldırıldığı Yargıtay kararında, karara muhalif bir üye tarafından yazılan ve gerekçeleri itibariyle de ilginç ve gerçekten konuyla ilgili çok çarpıcı, tam da BK m. 49/II’nin kişiler arasındaki eşitliği ortadan kaldırıncı nitelikte bir hüküm olduğunu gözler önüne seren bir karşı oy yazısının, BK m. 49/II ile ilgili kısmını aynen aktarıyoruz:

*“... Daire çoğunluğu ile aramızdaki uyuşmazlık, hükmedilen manevi tazminatın miktarında toplanmaktadır Davacı olay tarihinde ve halen, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bir hizmet bakanıdır.*

*Böyle bir görev politikada varılacak önemli bir aşamadır.*

*Bu düzeye gelinebilmesi için genel olarak politikada bazı olumlu değerlere sahip olmayı zorunlu kılmaktadır.*

*Somut haberle, bu değerlerde önemli ölçüde bir zedelenmenin meydana geldiği tartışmasız kabul edilmelidir.*

*-Davacı, sosyal ve ekonomik yönden üst düzeyde bulunan bir kimsedir. Hükmedilecek tazminatın, onda zenginleşmeye neden olacağı düşünülemez.*

*Aksine yapılan saldırı sonucu kaybettiklerini gidermesi dahi mümkün değildir.*

*.... Böyle bir olaya BK’nın 49. maddesi uygulandığında, tazminat miktarının da yüksek olması gerekmektedir. ....Buradan varılacak sonuç itibariyle hükmedilen manevi tazminat miktarı somut olaya uygundur”.*

Karşı oy yazısında görüldüğü üzere, “davacının bir bakan olması, lehine hükmedilmiş olan tazminat miktarının, fiilin şahsına verdiği manevi zarara oranla tazminat miktarı fahiş olsa bile, BK m. 49/II’ye dayanılarak, miktarın uygun olduğu” belirtilmiştir. Bu mantıkla hareket edildiği takdirde, somut olayda T. C. Devleti’nin bir bakanı yerine, bir memur olsa idi, “*anılan tazminat miktarı, davacı memurun sosyal ve ekonomik durumuna ve toplumda işgal ettiği yere göre, fazladır*” şeklinde hakkaniyetten uzak ve hükmün koruma amacına ters bir sonuca

varılır. Başka bir deyişle böyle bir sonuç, eşitlik adaletine aykırı olur.<sup>12</sup> Böyle bir gerekçenin de hukuka uygun olduğu kabul edilemez.

Yürürlükte bulunan düzenleme çerçevesinde toplumdaki yer, sosyal ve ekonomik durum manevi tazminatın belirlenmesi bakımından değerlendirilmesi kanun hükmünün bir gereği olduğundan, anayasal olarak hüküm yok sayılamaz. Hüküm hukuka aykırı bile olsa, yürürlükte kaldığı sürece uygulanmak durumundadır. Ancak hâkime takdir yetkisi verdiği için, MK m. 4 uyarınca adalet ve hakkaniyete uygun yorumlanmalıdır. Buna göre, manevi tazminatın miktarı belirlenirken, sosyal ve ekonomik durum kıstası, “kişinin manevi saldırıya katlanma” yönünden ele alınabilir<sup>13</sup>. Bu yorumun gereği, topluma mâl olmuş insanlar diğer insanlara oranla, kişiliklerine yapılan müdahalelere daha fazla katlanmak durumundadırlar<sup>14</sup>. Bu durumda, kişiliğe saldırı hakaret boyutuna ulaşmadıkça, hâkim, kişinin sıfatı ve sosyal mevkiini göz önünde bulundurarak tazminata hükmetmeyebilecektir<sup>15</sup>.

Yargıtay’ın BK m. 49/II ile ilgili uygulamasına genel olarak bakıldığında, Yüksek Mahkeme, manevi tazminatın işlevinden hareketle, somut olay bazında kişinin manevi değerlerine verilen zarardan ne derece etkilendiğiyle doğru orantılı olarak, elde edilmek istenen tatmin duygusuna ulaşmak için gerekli olan miktara hükmedilmesi gerektiğine işaret etmektedir.<sup>16</sup> Yani tarafların sosyal ve ekonomik durumu gözetilirken, tazminatı gerektiren saldırının mağdurda ne gibi bir etki yaptığı çok büyük önem taşımaktadır. Yargıtay’ın çok da eski tarihli olmayan bir yayın yoluyla kişilik haklarının ihlali sebebiyle manevi tazminat talebine ilişkin bir kararında; “*davaya konu olan yayının yapıldığı ..... gazetesinin yerel nitelikli ve tirajının düşük olması, dağıtım çevresinin sınırlı olması, olayın gerçekleşme biçimi ve olayın içeriği gözetildiğinde hükmedilen manevi tazminat miktarının çok olduğu ve daha düşük bir miktara hükmedilmesi gerektiği*”<sup>17</sup> kanaatine varılmıştır. Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme, tazminat miktarını belirlerken kişilik haklarına saldırıda vasıta olarak yer alan gazetenin yerel olması olgusunu irdelemiş; gazetenin tirajının düşük olması karşısında, saldırı aracının etkinliğinin, mağdura

12 **Hüseyin Hatemi**, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Borçlar Hukuku Genel Bölüm İkinci Cilt, İstanbul, 1998, s. 117.

13 **Dural/Öğüz**, s. 149.

14 **Dural/Öğüz**, s. 149.

15 **Sulhi Tekinay**, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ilaveli 6. Bası, İstanbul, 1992, s. 27; **Rona Serozan**, Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Tandoğan’a Armağan, Ankara, 1990, s. 99; **Dural/Öğüz**, s. 150.

16 Y. 4. H. D. 3. 10. 1996 T. 1996/7350 E. 1996/8741 K. ; Y. H. G. K. 14. 05. 2008 E. 2008/13-364 2008/373 K; Y. 4. H. D. 3. 2. 2010 T. 2009/3446 E. 2010/788 K. ; Y. 2. H. D. 10. 10. 2008 T. 2007/12952 E. 2008/13065 K. (www.kazanci.com)

17 Y. 4. H. D. 16. 02. 1995, 1995/1285 E. 1995/1365 K, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, Yıl: 19, Cilt: 15, Sayı: 171, s. 296.

verdiği manevi zararın, hükmedilmiş tazminat miktarı oranında olmadığı, dolayısıyla mağdur lehine hükmedilen manevi tazminatın somut olayın özelliklerine göre, fazla olduğu, bundan dolayı da daha düşük bir miktara hükmedilmesinin uygun olduğuna karar vermiştir.

Borçlar Kanunu m. 49/II'nin bir başka sakıncası da, şudur:

Hükümde “  *tarafların sosyal ve ekonomik durumu*” dendiğine göre, failin de mağdurun da sosyal ve ekonomik durumu göz önüne alınacaktır. Ancak, hâkimin zaten MK m. 4 hükmünden dolayı takdir yetkisini kullanırken adalet ve hakkaniyete göre karar vermesi gerekmekte olduğundan, BK m. 49/II deyim yerindeyse fuzulî bir hüküm olmanın ötesinde, eşitliğe ve hakkaniyete aykırı bir hükümdür. Tazminat miktarı belirlenirken, “  *yalnızca failin ekonomik ve sosyal durumunun göz önüne alınması*”, manevi tazminatın bir tür ceza görevi de görmesi isteniyorsa, belki yerinde olabilirdi<sup>18</sup>. Ancak böyle bir durumun bile MK m. 4 var iken, fuzulî bir hüküm olup olmadığı tartışılmakla beraber, eşitliğe aykırı ve hakkaniyeti tehdit eden bir kanun hükmü söz konusu olmazdı.

### III. BK m. 49/II HÜKMÜNÜN 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA OLMAYIŞININ ETKİSİ

Doğrusunu söylemek gerekirse, BK m. 49/II hükümünün teorik varlığı, uygulamadaki somut uyumsuzluklar yönünden, Yargıtay'ın çok yerinde olarak MK m. 4'ü BK m. 49/II ile birlikte uygulaması sonucu korkulduğu kadar adaletsiz hükümlere geçit vermemiştir. Yargıtay'ın bu sağduyulu ve MK m. 4'e sadık uygulamasına karşın, Yüksek Mahkeme konuya ilişkin çoğu kararında da manevi tazminatın takdiri yönünden, “  *tarafların sosyal ve ekonomik durumunu göz önünde bulundurarak manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği*” şeklindeki çoğu olayda aynen bu şekilde hükme ve hüküm fıkrasına aldığı kalıplaşmış ifadeyi, uyumsuzluğun öznesi taraflar yönünden somutlaştırmamıştır<sup>19</sup>.

18 **Hatemi** (Kişiler), s. 108

19 “Kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Hakim manevi tazminatı miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Miktarı belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir. Çünkü kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda hakimin hak ve nısfetle hüküm vereceği Medeni Kanunun 4. maddesinde belirtilmiştir. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin, duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.

Davaya konu olan bu işte yayının niteliğine göre takdir edilen manevi tazminat çok azdır, daha üst düzeyde tazminat takdiri için kararın bozulması gerekir” Y. 4. H. D. 3. 10. 1996 T. 1996/7350 E. 1996/8741 K., www.kazanci.com.

Dolayısıyla, BK m. 49/II hükmünün 6098 sayılı TBK m. 58'e alınmamış olması, uygulama bakımından bir esas değişikliği oluşturmayacaktır. İrdelediğimiz BK m. 49/II hükmünün 1988 yılında Borçlar Kanunu'na girmesinden önceki dönemde de, Yargıtay'ın zaten MK m. 4 uyarınca eşitlik, adalet ve hakkaniyet ve somut olayın özelliklerine göre manevi tazminat miktarını belirlediği görülmektedir<sup>20</sup>.

"BK m. 49'a göre tazminata hükmedilirken, kusurun hususi ağırlığı ile adaletle uygunluk esas alınır", Y. H. G. K. 4. 7. 1962 T. 15/66, Gürsoy s. 51'den naklen, Y. H. G. K. İlmi ve Kazai İçtihatlar, C. II, S. 1449.

"Davacının, süresinde ödediği cep telefonunun Ocak 2005 fatura bedelinin ödenmediğinden bahisle, davacının tüm itirazlarına rağmen davalı Turkcull A. Ş tarafından görüşmeye kapatıldığı hususu tüm dosya münderecatından anlaşıldığı gibi taraflar arasında da ihtilafsızdır. Mahkemenin kabulünde belirtildiği gibi, bu olay nedeniyle davacının şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğradığı hususu da tartışmasızdır. Hakim, BK 49/2 maddesi gereği manevi tazminatın miktarını tayin ederken tarafların sıfatını işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alarak tesbit edecektir. Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde hakkaniyet gözetilmelidir. Çünkü, kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda hakimin hak ve nesafetle hüküm vereceği MK 4. maddesinde belirtilmiştir. Ödettirilecek para miktarı tazminat ve ceza değildir. Çünkü, mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını amaç edinmediği gibi davalının hukuka aykırı fiilinden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Manevi tazminat, zarara uğrayanda bir huzur duygusu vermeli, duyduğu elem ve ızdırabın dindirilmesini amaç edinmelidir. O nedenle, tazminatın miktarını belirlemede hakkaniyet gözetilmelidir, bu amaç ve fonksiyon gözardı edilmemelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan miktar kadar olmalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişen hal ve şartların olacağı da kuşkusuzdur. Hakim bu konudaki takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri kararında objektif ölçülere göre isabetli olarak gösterilmelidir.

Davaya konu olayın niteliği ve oluş biçimi gözetildiğinde davacı yararına takdir edilen 3. 000. 000. 000 TL manevi tazminatın fazla olduğu açıktır. O halde davacı yararına daha uygun bir miktar manevi tazminata hükmolunmak gerekirken aksi düşüncelerle 3. 000, 00 YTL gibi fazla bir miktara hükmedilmesi bozmayı gerektirir... gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir", Y. H. G. K. 14. 5. 2008 T. 2008/13-364 E. 2008/373 K.

"Davaya konu edilen olayda, mahkemece istenen tazminatın kısmen hüküm altına alınması ile, davalıların hukuka aykırı eylemlerinin sabit olduğu belirlenmiş, böylece hem hukuka aykırılığın saptanmış olması hem de yararına tazminata hükmedilmekle davacının tatmin duygusu sağlanmış bulunmaktadır. Somut olayın özelliğine, haberin verilişinden bu yana uzun bir sürenin geçmiş bulunmasına ve Borçlar Kanunu'nun 49/2. maddesindeki ölçüler esas alındığında ayrıca yayına da karar verilmiş olması uygun görülmemiştir. Karar bu nedenle de bozulmalıdır", Y. 4. H. D. 16. 9. 2002 T. 2002/9302 E. 2002/9434 K., www. kazanci. com.

- 20 "Esasen manevi tazminat, ne bir ceza, ne de gerçek manasında bir tazminattır. Ceza değildir; çünkü, davacının menfaati düşünülmez, sorumlu olana hukukun ihlalden dolayı yapılan bir kötülük değildir. Mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanması amaç edinmediği için de, gerçek manasında bir tazminat, mağdur-  
du veya zarar uğrayanda bir huzur hissi, bir tatmin duygusu tevhit etmelidir (H. Becker, m. 47, No. 1).

Hakimin manevi tazminat miktarını tayin ederken, Borçlar kanununu 43 ve 44 üncü maddelerindeki kural-ları, "özel hal ve şartları" takdir ederken kıyasen uygulaması, kusursuz sorumluluk hallerinde ve olayda kusur bulunmadığı takdirde, kusurun dışında kalan amilleri, aleltlak kusurun mevcudiyeti halinde ise kusur da dahil bütün faktörleri takdirine mesnet yapması gerekir (Oser-Schönenberger, m. 47, No. 12; Oftinger, a. g. e., Cilt: 1, Sh. 269)" Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 22. 6. 1966 T. 1966/7 E. 1966// K., www. kazanci. com.

"Manevi tazminat bozulan ruhsal durumun kısmen, olanakla oranlı olarak geri gelmesini sağlar, yasalarda kesin ölçüsü olmadığı için, Hâkim Medeni Kanunun 4. Maddesi gereğince takdir yetkisini kullanırken adalet ve hakkaniyeti gözetir " Y. 4. H. D. 23. 09. 1966 T. 965/6734 E. 4349 K; Y. 4. H. D. 8. 7. 1966 T. 1964/8647 E. 7471 K, Mustafa Reşit Karahasan, Tazminat Davaları, İstanbul, 1970, s. 620.

"Manevi tazminata, ancak elem ve ızdırabı karşılayacak oranda hükmedilmelidir" Y. 4. H. D. 25. 3. 1965 T. 3876 E. 1675 K., Karahasan, s. 630.

Ancak 6098 sayılı TBK ile konuya ilişkin yapılan değişiklik, hükmün adalet ve hakkaniyete uygun olarak kanundaki yerini almasını sağlamıştır. Böylelikle yeni hüküm olan TBK m. 58, manevi tazminatın tayininde bir tehlike ve eşitsizlik unsuru tehlikesini bünyesinde barındırmamaktadır.

#### IV. SONUÇ

6098 sayılı TBK'da BK m. 49/II hükmünün olmaması, yukarıdaki açıklamalarımızda belirtmeye çalıştığımız gibi;

Teorik anlamda önemli, büyük ve radikal, ancak olması gereken, isabetli bir değişikliktir. Çünkü maddenin mevcut hâli, adalet, eşitlik ve hakkaniyete aykırıdır.

Uygulama anlamında ise, pek bir değişikliğe yol açmayacaktır. Çünkü Yargıtay zaten manevi tazminatı takdir ederken MK m. 4'ü çok yerinde olarak esas almakta ve takdirini büyük ölçüde MK m. 4 çerçevesinde yapmaktadır.

Yargıtay'ın 1966 tarihli ve 7/7 numaralı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, zaten manevi tazminatı takdir kısıtları belirlidir.

Bu sebeplerden dolayı, BK m. 49/II hükmüne TBK m. 582in bünyesinde yer verilmemiş olması, teorik önemi büyük, ancak uygulama bakımından bir esas değişikliği getirmeyen bir durumdur.

Bu değişiklikle “eşitliği ve hakkaniyeti tehdit eden bir uygulama tehdidi” ortadan kalkmıştır.

Yeni kanunun yürürlüğüyle beraber, yargı içtihatları da yeni düzenlemeye göre zamanla şekillenmeye başlayacaktır.

---

*“Davacının davalıyı tahrik etmiş olması, manevi tazminat istenilmesine engel değildir. Ne var ki tahrik, manevi tazminat tutarının takdirinde etkili olabilir” (ortak kusur), Y. 3. H. D. 13. 11. 1964 T. 7627 E. 5920 K. Karahasan, s. 631, 632.*

*“Belli bir iktisadi alanda, yalnızca belli bir kişiyi amaç tutarak, uğraşları eleştirildiğinde, kural olarak, gerekli açıklamalar yapmak olanağı bulunmakla birlikte, bu açıklamaların gerçeğe aykırı olması durumunda, onun bu yüzden kırılan ticari şeref ve haysiyetinin gerektirdiği sorumluluğun göz önünde tutulması zorunludur”, Y. 4. H. D. 9. 2. 1968 T. 966/11771 E. 1531 K. Karahasan, s. 640-642.*

## VII. OTURUM TARTIŞMALAR

**Bayram Ali HACIMUSTAFAOĞLU:** Benim sorum Sayın Mustafa Kılıçoğlu'na olacak. Şimdi hocamız da belirtti, iş kazasında, daha doğrusu bir aracın karışmış olduğu iş kazasında ortada destekten yoksun kalma tazminatı verilirken SGK'nın bağlamış olduğu emekli maaşı ve ödemiş olduğu paralar bundan düşülüyor. Oysaki ortada SGK'ya ödenen bir prim var, bu prim karşılığında SGK'nın üstlenmiş olduğu bir risk var, dolayısıyla SGK vermiş olduğu paralarla veya bağlamış olduğu maaşla bu riskin ve sigortanın karşılığı. Diğer taraftan araç kullanılıyor, araç kullanılırken bu aracın vereceği zararlar karşılığı trafik sigortası yapılıyor, bunun primi ödeniyor ve bu prim karşılığında da bir risk güvence altına alınıyor. Bu da gerçekleştiği zaman bu sefer mahsup ediliyor. Oysaki ortada iki ayrı risk var, iki ayrı prim var, iki ayrı tazminatın karşılanması var. Bu neden mahsup ediliyor? Aslında normalde benim düşünceme göre bunun mahsup edilmemesi lazım, siz de buna benzer bir fikir söylediniz. Yani şu anda son değişikliklerde bu farklı şekilde uygulanıyor mu? Çünkü ben araştırdım bayağı bir Yargıtay kararlarından, SGK'nın ödemiş olduğu, bağlamış olduğu maaş mahsup ediliyor trafik sigortasında sigortanın ödeyeceği paradan. Teşekkür ederim.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU:** Şimdi sistem olarak yeni yasanın getirdiği şey şu: Rücu edilebilenler ve rücu edilemeyenler olarak ikiye ayrılıyor. Rücu edilebildiği hangi sosyal güvenlik kurumunun yaptığı hangi ödemeler rücu edilebilecek kapsamındaysa, sen o kapsamı düşürebilirsin şeklinde bir düzenleme var. Eğer kurumun rücu edemeyeceği bir kalem varsa bunu düşmemen gerekir deniliyor ve bu yasa biraz önce söylediğiniz sakıncayı ortadan kaldırıcı işleve sahip. Ancak bu içtihat yoluyla çözülmesi mümkün olan bir şey, dolayısıyla bunun yasaya aktarılmasının bir anlamı yok. Kriter olarak doğru, bir haksızlığı ortadan kaldırıcı özelliği var 55. madde, ama bunu özel dairelerin ki, zaten özel dairelerden bir tanesi böyle yapıyor, diğer daireler kendi konularında bunu bir indirim nedeni olarak kabul etmiyor ve tazminatı indirilmeden verme şekliyle sonuçlandırıyor ki, isabetli olan diğer dairelerin görüşleri.

**Prof. Dr. Rona SEROZAN:** Teşekkür ederim. Önce kendimi tanıtayım. İstanbul Bilgi Üniversitesi öğretim üyesiyim. Tabii söz manevi tazminattan açılınca benim sessiz kalmam olanaklı değil. Çünkü manevi tazminat yalnız 1988'deki bu değişiklikten sonra değil, öncesinde de her zaman hukukumuzun kanayan yarası olmuştur. Ben hatırlıyorum 1970'lerde rahmetli Tekinay Hocayla Yargıtayda dü-

zenlemiş olduğumuz bir sempozyumda da gündeme zaten bu konuyu getirmiştik. Öyle sanıyorum ki, ben Sayın Cihan'dan farklı olarak Yargıtayın sicilinin de bu konuda pek temiz olduğu kanısında değilim. Yani 1988 öncesinde bile temiz olduğu kanısında değilim. Nitekim o zaman da 1970'li yıllarda şu acımasız eleştiriyi dile getirmiştik. Bir işçinin yaralanan uzvuna 100 lira veya 200 lira manevi tazminat değeri biçin Yargıtay bir ünlü politikacının ya da bir generalin zedelenecek onuruna binlerce liralık manevi tazminat biçiyordu. Bu oldum olası zaten eleştirilere boy hedefi oluyordu derken yalnız bizde değil, batıda da bu böyleydi. Biz her fırsatta bunu eleştirdik derken siz 1988'deki yasanın tarihsel arka planına ışık tutmadınız. Bu yasa nereden geldi? 1988 yılında bu Özal ailesinin Çankaya'ya yönelik salvoları bastırmak için bir yandan Basın Kanunu, öteki yandan da Medeni Kanunda kişilik haklarının korunmasıyla ilgili düzenlemede getirdiği değişikliğin ürünüdür. Eskiden yoktur, bu elitist seçkinci 49. maddenin 2. fıkrası iyi ki şimdi çıktı, o başka mesele, ama bunun arka planında doğrudan doğruya Özal ailesinin o sıralarda basının birtakım özellikle Bülent Ersoy olayları oldu, şunlar bunlar acımasız eleştirilere karşı kendisini savunmak için bir yandan Basın Kanununda çok ağır tenkil hükümleri getirdi, ayrıca da bir de bu kişilik haklarıyla ilgili değerlendirmeler getirdi.

Şimdi ne yapılacak? Bence Sayın Kılıçoğlu'nun gözden kaçan, kulaktan kaçmış olabilir çok önemli bir saptaması ki, benim oldum olası savunduğum bir görüşü de yansıtıyor. Eğer o görüş benimsenirse bütün bu elitist seçkinci değerlendirmelerin hepsi kendiliğinden kadük olur. Nedir o sağlıklı, tutarlı görüşünüz? Yüzde 100 paylaşıyorum, dinlerken büyük zevk aldım. Artık manevi tazminata gönül yaralarını saran pansuman, manevi tatmin bedeli gözüyle bakmayacağız, fatura edilemeyen maddi zarar gözüyle bakacağız. Normatif zarar diyoruz biz buna, çok güzel bir örnek verdi. İşçi fatura edemiyor. Gelmiş, fazla bir zarar çıkar, hastaneye gitmemiş, fakat ona bir sosyal acil yardım servisi, bir cankurtaran atmamız lazım. Bu kişiye özgü bir görüş de değil, bu batıda da savunuluyor. Deniliyor ki, artık manevi tazminat maddi tazminatın sınırlarına takıldığı anda o maddi tazminatı bütünleyen, tamamlayan bir acil yardım servisidir, bir sosyal yardım servisidir. İşte manevi tazminata klasik Fontur'dan kalma görüşle değil de, bu sosyal ve çağdaş yaklaşımla bakarsanız, o zaman o elitist seçkinci yaklaşım kendiliğinden devre dışı kalır. O zaman bu tam tersine döner. Ne kadar düşükse sosyal statü ıskalasındaki kişi, o kadar fazla manevi tazminat, ne kadar yüksekse o kadar az manevi tazminat. Bakın, eğer temele ilişkin, öze ilişkin bir değerlendirme bir anda uygulamayı da nasıl etkileyebilir? Gönül ister ki, Sayın Daire Başkanının bu anlayışı Yargıtayda benimsensin, genel geçer bir görüş olsun. Ben bunu gerek rahmetli Oğuzman'a armağanda, gerek rahmetli Tandoğan'a armağanda, gerek bir İsviçre hukuk haftasında altını çizerek dile getirdim. Çok sevindim şimdi bu sabah bunu

Sayın Kılıçoğlu'ndan duymakta, bu mutluluğumu bir kere daha dile getirmek istiyorum, teŖekkür ederim.

**Av. Gültekin UZUNALİOğLU:** Biz teŖekkür ediyoruz Hocam.

**Av. Soner BÜYÜKİTMEN:** İstanbul Barosu avukatlarındam. Benim sorum Sayın Mustafa Kılıçoğlu'na muhtemel zararlarla ilgili. Ŗimdi Sayın Başkanım, mesela bir cismani zarar var ve bu cismani zarar neticesinde Ŗahsın bir estetik ameliyatı olması gerekiyor ve bu estetik ameliyat için de yüklü bir miktar, bir gideri yapması gerekiyor ki, bu tazminatı isteyebilsin. Fakat buna da durumu mümkün değil, yüklü bir miktarı harcayabilecek durumda değil. Bunun tazminat yöntemi ne olmalıdır? İlla ki cismani zarar, yani bu estetik ameliyatı yapıp, bu gideri ödeyip, ondan sonra zararı verene rücu etmesi mi gerekir, yoksa bu muhtemel zarar mahkemece belirlenip, bu belirlenen miktar ödenmediği halde belirlenen bu miktar tazminat olarak istenmesi mümkün müdür?

**Dr. Mustafa KILIÇOğLU:** Ben soruyu Ŗöyle anladım, yanlış anladıysam düzeltin lütfen: Zarar gören kişinin bu estetik ameliyatlarını yapacak maddi durumu yok. Acaba mahkeme kanalıyla böyle bir yaptırıma konu olabilir mi veya akçalı para nereden karşılanır Ŗeklinde mi sorunuz?

**Av. Soner BÜYÜKİTMEN:** Evet, Ŗimdi estetik ameliyatı olacak bu kişi, fakat hastaneye para ödeyecek. Örneğin, 80.000 lira para ödeyecek, bunu ödeyemiyor. Ödeyemediği için de bir gider söz konusu değil, henüz o estetik ameliyat yapılmadı. Fakat muhtemel bir zarar var. Anladınız gibi, bu Ŗekilde sorum.

**Dr. Mustafa KILIÇOğLU:** Anladım. Ŗimdi ihtimali Ŗöyle, ortada bir zarar var. Ameliyat olmadan önce bunu bir tazminat gideri olarak isteyebilir mi sorusu var. Ŗimdi ortada bir zarar var. Bu zararın giderimi bana göre hukukta bu mümkün olması gerekir, ama Ŗu ana kadar böyle bir Ŗey var mı, yok mu Ŗeklinde hiç Ŗimdiye kadar tatbikatta olmadı. Ŗimdi bunun tersinden olaya yaklaŖalım. Bunu Ŗey olarak düşünmemek lazım, yani bir masraf, tedavi masrafı olarak bu sefer, çünkü tedavi masrafı doğrudan zarar, doğrudan zarar olduğu takdirde eğer o Ŗeyle bakılacaksa, o tür bir cepheden bakıldığı takdirde bunu isteyemez. Öyle değil, ama bu bedensel zararın tamamlanması aşaması, yani o süreç içerisinde yapılması gereken bir olgu olarak düşünöldüğünde kanımca tedavi masraflarının dışında bir zarar kalemi olarak düşünöldüğünde ihtimali olarak tedavi masraflarının bu estetik zararların da istenmesini engelleyecek bir hüküm yoktur diye düşünüyorum. Kişisel düşünçem bu Ŗekilde.

**Yard. Doç. Dr. Funda ÇELEBİ:** Ŗimdi birincisi muhtemel zarar olarak bunu

düşünecek olursak, muhtemel zararın tazmininin istenebilmesi için zarar ihtimalinin riskin gerçekleşmesi gerekiyor bildiğiniz gibi, estetik ameliyat ihtiyacı doğmuşsa ve bu yönde bir zarar meydana gelmişse, o zaman zararın gerçekleştiğinden söz etmek mümkün olabiliyor bu kapsamda, çünkü bir zarar oluşmuş ki, ameliyat gereği duyulmuş. Bu yargılama süreci içerisinde belki tazminata hükmetmeden önce belki mağdurun da düşebileceği bu güç durumu engellemek amacıyla tedavi masrafı için örneğin, kanununun 76. maddesinde getirilen bir düzenleme ve geçici ödemeye karar verilmesi bu mağduriyeti engelleyebilir 76. maddedeki şartlarla. Belki böyle bir çözüm uygulanabilir.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU:** Şimdi ben o şeye biraz daha devam edeyim. Önemli olan kişinin zarar öncesi durumun zarar sonrası duruma denkleştirilmesi. Bu denkleştirmeyi gerektiren zarar kalemleri bizim böyle hep klişeleşmiş şekilde çözmek gerekir. Bu geniş bir dünya, bunun içerisinde estetik zarar varsa o masraf yapılmassa dahi, estetik zararın ihtiyaç olan, baskın unsur olan böyle bir durumun karşılanması gerektiği hâkim tarafından belirlendiği takdirde verilebilir. Peki, yapmazsa ne olur? Yapmazsa herhalde daha sonra bu sebebi zenginleşme kurallarına göre geri alınabilir diye düşünüyorum, ama ilginç bir soru, onu da söyleyeyim.

**Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN:** Ben şimdi bir-iki şey açıklayayım. Konsan bildiri olacak, ama bir-iki de soru sorayım diyorum. Bazen öğrenciler de bana soruyor, o soruları önce sorayım özellikle. Geçenlerde öğrenciler bu organ nakli meselesi, iki kol, iki ayak takılıp da sonra vefat eden kişinin vermiş olduğu rızanın sorunsal olarak nerede yer aldığını sordular. Funda Hocamla ilgili galiba bu, acaba orada rıza hukuka uygun mudur, ahlâka uygun mudur meselesi.

Bir başka soru sıklıkla artık yaşamaya başladık ya, çağ onu gerektiriyor belki. Tecavüz ediyorlar, sonra da yaşı küçük diyor. Hepimiz de bir bakıma ne kadar çok fazla büyük kötülük yapmışlar diyoruz. Bir de bakıyoruz ki, medyadan öğreniyoruz ki, mahkemeler yaşı küçük, ama rıza diyor, rıza gösterdiği için ya ceza vermiyor, ya cezayı düşük veriyor. Öyleyse her iki hocamla ilgili, hem Funda Hocam, hem de Özlem Hanım Hocamla ilgili galiba bu, ceza hukukundaki rızayla medeni hukuktaki rıza farklı mı? Hukuk bir bütündür dedik ya, her ikisi açısından hukuk bir bütünsel hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak bir şeyse, öyleyse bana öğrenci sorduğunda ben doğru dürüst bir cevap vermeliyim. Veriyorum arada bir de, acaba böyle bir durumda gerçekten nasıl bir sorun var?

Diğer bir husus benim açıklamaya kalkıştığım bir şey, ama mazur görün, biraz zamanınızı alıyorum. Bugün çalışacağımız konuların hepsi haksız fiillerle ilgili,

yeni Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri de İsviçre orijinli, İsviçre'deki İsviçre Borçlar Kanununun sorumluluk hukuku hükümlerine dair, değişikliğine dair kanun ön tasarısıyla ilgili bir şey. Aslına bakarsanız kusurlarının büyük bir çoğunluğu İsviçrelilere ait, İsviçrelilerin hatası, ama bizim de hatalı olduğumuz bir hüküm Türkleştirilmiş bir hüküm sayılabilir, Sayın Kılıçoğlu'nun sözünü ettiği o 55. madde. 55'in 1. fıkrası Türkleştirilmiş, 2. fıkrası İsviçrelilerin, İsviçreliler de sistem yaklaşımıyla bir düzenleme çabası içerisine girmişler. O sistem yaklaşımında hem kusur sorumluluğu, hem kusursuz sorumluluğundaki dağınıklığı gidermeye çalışıyor, bir yeknesaklık sağlamak istiyorlar, hem de akdi sorumluluk, hem akit dışı sorumlulukla ilgili hükümleri yeknesaklaştırmaya çalışıyorlar. Üstelik hem de özel hukuktaki sorumlulukla kamudaki devletin sorumluluğu hükümlerini yeknesaklaştırmaya çalışıyorlar belli ki, kadük kaldı tabii, o ayrı mesele, o nedenle bütüncül bir sistem yaklaşımı içerisinde baktıkları bu olayda devletin sorumluluğuyla ilgili hükümlere de yer verdiler. Bizim kusurumuz yok, bizim yasa koyucularımızın kusuru yok o konuda, çünkü onlar oradan olduğu gibi aldılar. Bizde kusur yok, ama eğer kusur varsa o 55. maddenin 1. fıkrasında onu da siz belirttiniz, yani çok enteresan bir hüküm. Aslına bakarsanız o da Türk değil de, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Adalet Komisyonunun Başkanının eseri. Kendileri ne diyorlar? Böyle bir sorunla karşılaştığı takdirde sorumluluk hukukunun ilkelerine göre hareket edilir. Neyle hareket ediyoruz zaten ki ya da bu kanun hükümleri uygulanır. Başka hangi kanun hükümleri uygulanır ki, başka hangi kanunla ilgili bir düzenleme yapıyorsunuz, değil mi? Hakkaniyet gerektirse dahi indirme, arttırma olmaz, öyle bir şey olabilir mi demek lazım. Teşekkür ederim.

**Yard. Doç. Dr. Funda ÇELEBİ:** Şimdi mağdurun rızasıyla ilgili olarak bilindiği gibi mağdurun rızasının hukuka aykırılığı kaldırabilmesi için bunun geçerli bir rıza olması gerekiyor. Yani ehliyetsizlik, küçük olmak, ayırt etme gücünün bulunmaması gibi sebeplerle rızanın geçerli olmadığı durumlarda zaten hukuka aykırılığın kalkması söz konusu değil tabii ki, yani tazminatta indirim sebebi olarak alınmasına gelince bu örnekte indirim uygulanması ayrıca tabii vahim bir sonuç olur ve herhalde kabulü mümkün değil.

**Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN:** Cezada indirim, cezayı ortadan kaldırmadan söz ediyorlar, ama bize, yani medeni hukuka nasıl yansdı acaba bu?

**Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT:** O zaman önce ben ceza hukukundaki rızadan bahsedeyim, ondan sonra hukuki sorunu diğer arkadaşlarımız ifade etsin. Şimdi rıza evet, bir hukuka uygunluk sebebi, eskiden de, 2005 yılından önce de Ceza Kanununda yazılı olmayan bir hukuka uygunluk sebebiydi, ama vardı. Evet,

bir hukuk, bir bütün hukuka uygunluk sebepleri bir tarafı kabul ettin, diğer tarafın reddetmesi ya da onu hukuka aykırı kabul etmesi mümkün değil. Bu da doğru, fakat medeni hukukla ceza hukukunun uygulama alanları ve koruduğu yararı düşünecek olursanız medeni hukukun rızaya verdiği anlamla ceza hukukunun rızaya verdiği anlam birbirinden farklı, dolayısıyla da biz ceza hukukundaki rızayı bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul ederken o suigenerist yapısını ve onun yarattığı sonuçları da kendi içinde değerlendiriyoruz. Onun için bunu ayırmak zorundayız. Şöyle ifade edeyim: Asla ve asla biz rızada 18 yaş sınırını ceza hukukunda bir kriter olarak almayız, dolayısıyla da 18 yaş üstündeki kişiler açısından verilen ceza her zaman geçerlidir ya da 18 yaşın altındakiler açısından verilen rıza her zaman geçersizdir deme şansına sahip değiliz. Ceza hukuku koruduğu yarar çerçevesinde kamu yararını dikkate alarak bazen daha üst yaş limitlerinde rızanın geçerli olacağını, bazen daha alt yaş limitlerinde verilen rızanın da etki doğurabileceğini kabul eder. Farklı düzenlemelerde farklı ülkelerde görebilirsiniz, kastrasyon gibi işlemlerde 25 yaş rızada geçerli kabul edilirken cinsel özgürlükle bağlantılı fiillerde 15 yaşın altında rıza geçerli etki doğurmaz, ama üstünde 15-18 yaş aralığında bir etki doğurur, fakat bu etki o rıza bakımından yapılan fiilin hukuka uygunluğunu da ortaya çıkartmaz. Sadece şunu yapar: 15-18 yaş aralığında gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını sorgulayıp algılayabilme yeteneğine sahip olan kişi bakımından verilen rızayla fiilin suç vasfını ortadan kaldırmaz, ama kovuşturmasını şikâyete tabi hale getirebilir. Dolayısıyla da o rıza o biraz önce söylediğinizde cinsel saldırıyı bir kenara bırakalım, cinsel istismar unsurlarını ve benzeri esaslarını bir kenara bırakalım, ama reşit olmayanla cinsel ilişki şeklinde ortaya konulmuş bir hüküm açısından rızanın etkisi sadece fiilin kovuşturulabilirliğini şikâyete tabi hale getirir. Soruşturma ve kovuşturma aşamasında şikâyete tabi hale getirir. Dolayısıyla da şikâyet eğer söz konusu olursa yine şikâyet hakkına sahip olanlar tarafından fiil yine suç olma vasfıyla birlikte yargılama aşamasına failleri getirir ve yargılanır. Ceza biraz iner mi? Evet, ceza cinsel saldırı suçundan farklı olarak ceza inmesi söz konusu olabilir ya da şikâyet şartı gerçekleşmezse fiilin suç olma yetkisi ortadan kalkmaz, ama sadece fiili soruşturup kovuşturmadığınız için ilgililer hakkında mahkûmiyet hükmünü kurmanız ya da bir yargılama sonunda hüküm vermeniz söz konusu olmaz. O nedenle bizim ceza hukuku algısı içerisinde tıbbi müdahaleler açısından onu değerlendirmesi çok daha farklı yapılabilir. Çünkü oradaki durum da biyotıp sözleşmesiyle bağlantılı olarak muvafakat ve rızanın özelliği kendi içerisinde değerlendirmeye tabidir, ama ceza hukuku anlamında rıza kesinlikle 18 yaş kriterinin esas alındığı hukuki işlem niteliğinde kabul edilen ve geçerliliği bu anlamda değerlendirmeye tabi tutulan bir durum değildir. O nedenle hukuka uygunluk sebebi genel anlamda belki medeni hukukun alanıyla aynı örtüşebilir, ama kendi içerisinde sınırları ve

kategorizesi belirlenmiş etkisi şekilleriyle şartları ve unsurlarıyla ortaya konulmuş kendine özgü bir hukuka uygunluk sebebidir diyebilirim. Bunu söyleyebilirim.

**Yard. Doç. Dr. Funda ÇELEBİ:** Bir de sanırım organ nakliyle bir soru vardı. Yanlış anlamadıysam burada o son günlerde medyada takip ettiğimiz birden çok organın aynı anda belki nakledilip hayati tehlikenin oluşması durumunda rızanın etkisi herhalde konu. Şimdi tabii özellikle tıbbi müdahalelerde gerçekten rızanın ayrı bir önemi ve özelliği var. Orada aydınlatılmış rızanın alınması gereği ayrı bir şart, ama sadece rızanın olması, mağdurun rızasının olması da her türlü tıbbi müdahale ve sonucunun hukuka uygun olacağı anlamına gelmiyor tabii ki, özellikle tıbbi müdahalelerde her şeyden önce müdahalenin tıbbi gereklere uygun olması gerekiyor. Tıbbi amaçlarla düzgün bir tedavinin yapılması gerekiyor, ihmalden kaynaklanan zararların oluşmaması gerekiyor. Yani başlı başına rıza tabii ki vahim sonuçların hukuka aykırılığını ortadan kaldırmak için yeterli değil, diğer koşulların da her birinin ayrıca değerlendirilmesi lazım tabii sorumlulukta.

**Av. Cevat KOÇ:** Sorum ilk üç konuşmacıyı ilgilendiriyor diye düşünüyorum. Suç oluşturan eylemlerden kaynaklanan tazminat davalarında hâkimin, ceza hâkiminin mahkûmiyet kararı vermesi ihtimaline binaen hukuk hâkimleri ceza davalarının sonucunu kayıtsız şartsız bekliyorlar ve buna itiraz ettiğiniz zaman şu anlamda itiraz, efendim, siz gidin kusur raporunu alın, tazminat vermeyi gerektirir durum, yani kusurun varlığı tespit edilirse, o zaman zaten ceza hâkiminin vereceği mahkûmiyet kararı sizi ilgilendirmeyecektir. Kendi ilkelerinize göre tazminatı hüküm altına alın diyoruz. Hayır efendim diyor, gidin, o zaman Yargıtay kararı getirin diyor. Şimdi Yargıtay kararlarının içtihatlarını taradığımız zaman da gerçekten Yargıtayın bir şekilde hukuk hâkiminin ceza hâkiminin vereceği kararı beklemesi gerektiğine ilişkin içtihatların yoğunlukta ve ağırlıkta olduğunu görüyoruz. Bunun dışında bazı kararlarda gerçekten de hâkimlerin ceza hâkimini beklemeden tazminata mahkûm edip verdiği kararların da Yargıtay tarafından da onaylandığını görüyoruz. Şimdi hukuk mahkemesi hâkimi gerçekten tazminata hükmedebilecek durumdaysa, ceza hâkiminin kararını beklemeden kararını verebilmeli, ancak bu konuda gerek bilimsel içtihat, gerek yargısal içtihat Yargıtay kararlarında bu söylediğim bir önceki cümlemin teyidi mahiyetinde bir karar yok veya bilimsel içtihatlarda ben hiçbir yazı göremedim. Hep ceza hâkiminin vereceği mahkûmiyet kararının bağlayıcılığından bahsediliyor. Beklemek zorunda mıdır? Aslında beklememesi gereken çok hal var, fakat bunu hiç kimse ne yazmış, ne de Yargıtay belirtmiş. Bu konudaki görüşlerinizi almak istiyorum. Teşekkür ederim.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU:** Müsaadenizle ben Yargıtay emekli bir başkanı ola-

rak önce cevaplandırayım. Yazılmıştır, ama herhalde gözden kaçırdınız. Şimdi bir eylemin ceza mahkemesinde yargılanma olayında hukuk hâkiminin bekleyeceği şey maddi olguda sıkıntı olması durumunda, o da nedir? Yani A gerçekten B'yi zarara uğrattı mı, uğratmadı mı? Yani eylem-fail ilişkisi, burada bir sıkıntı, bir belirsizlik varsa ceza mahkemesi kararları bağlayıcı beklenebilir. Onun sebebi de şu: Oradaki maddi olgular, yani olayın oluş şekli hukuk hâkimini bağlar. Onun da nedeni şu: Cezada delil toplama serbestliği var. Bir sınırlama olmayışı nedeniyle daha çok maddi olayın oluş şekline daha uygun bir usul sistemi var. Eski Borçlar Kanunu 53'e göre yapılan şey şu: Kusur yönünden bağlayıcı olmaz ifadesi var. Şimdi ceza mahkemesinde A B'yi yaraladı, bitti, artık hukuk mahkemesi onu tartışamaz. A B'ye şu kadar zarar verdi, bu kadar zarar verdi, zaten bağlayıcı olmaz kusur yönünden, çünkü kusurun nitelikleri ceza mahkemesinde farklı, ceza uygulamasında, hukukta ayrı, sorumluluk tipleri ayrı. Kusursuz sorumluluk tipleri, yani objektif sorumluluk tipleri daha fazla, hâkim şunu yapmalı: Eğer maddi olgu açısından bir şüphelilik varsa ben arabamla ona vurmadım gibi bir beyanda bulundu kişi, yani davanın onu yapıp yapmadığı konusunda bir problem var. Bunu hukuk hâkiminin beklemesi lazım, aksi takdirde adaletsiz sonuçlara ulaşılır, bu sefer olağanüstü kanun yoluyla dönmeye uğraşır. Diyelim ceza mahkemesinde beklemeden sen diyorsun ki A B'ye arabasıyla vurdu. Ceza Mahkemesi sonucunda maddi olgu olarak delil yetersizliği değil, A B'ye vurmadı, C vurdu dediği zaman ne olacak? O zaman hukuk mahkemesinin kararını yeniden olağanüstü kanun yoluna gitmek ihtiyacı doğacak. Yani bu konu incelenmedi değil de, çok az incelendi. Yabancı literatürde de bu işin üzerinde duruluyor, ama elimize gelen kaynaklarda da bu usul sorumludur diye bazen üstü örtülerek geçiliyor, ama gerçek şeyi bu. Örneğin, benim başkanlık yaptığım dairede yaptığım uygulama buydu. Yani maddi olgu olarak beni bağlayacak bir durum varsa diyelim bir işçinin hırsızlığı, ben yapmadım diyor. O zaman ben ceza mahkemesinin kararını beklerim, ama o değil de kusura yönelik bir durum var, ama yine ceza mahkemesinde görülüyor. Çünkü ceza hukuku açısından cezalandırılması gereken ihtimal dahilinde olan bir şey, onu beklemem, elimdeki delillerle sonuçlandırırım, düşüncem bu şekilde. Teşekkür ederim.

**Av. Gültekin UZUNALIOĞLU:** Teşekkür ediyorum. Şimdi son iki soru alacağız. Şöyle bir şey sevgili dinleyiciler, şu anda 8. Oturumun başlamış olması lazım, biz 7. Oturumu bitirmiş, tartışmayı bitirmiş, yemeği de bitirmiş ve 8. Oturumun şu anda başlamış olması lazımdı, ancak çok aştık zamanımızı, bizi anlayışla karşılayın. Son kısa olarak iki soru alalım ve bitirelim arkadaşlar, anlayışınız için de teşekkür ediyorum bu arada.

**Av. Oktay CURCULOĞLU:** Ben sorudan ziyade Sayın Başkanımın az önce hesapladığı aslında meslektaşımızın sorduğu soruda bir katkıda bulunmak istiyorum. Bu estetik ameliyatla ilgili olan konuda sanıyorum meslektaşımın sorduğu şeydu: Estetik ameliyatlık bir durum meydana geldi bir kaza sonucu veya herhangi bir olay sonucu, bunu tedavi ettirmede, bunu talep edebilir mi? Yani somut bilgiler harcamadı, ama bunun talebi mümkün mü, değil mi noktasında Sayın Başkanım da onu cevaplamıştı, ama uygulamada bu konuyla 15-20 yıldır ilgilenen birisi olarak şöyle bir durum var: Yargıtay uygulamalarında bu tür durumlarda ameliyatın eğer olması gerektiği hâkim tarafından kabul edilip, zaten hâkim de buna kendisi karar vermiyor, uygulamayı da söyleyeyim, onu estetik cerraha gönderiyor öyle bir ameliyat söz konusuysa. Bunun sosyal olarak, yani bu ameliyatın zorunlu olup olmadığını soruyor. O da evet zorunludur derse, çünkü hafif de olabilir meydana gelen değişiklik kişide estetik olarak meydana gelen kaza nedeniyle veya olay sonucu, daha yüksek de olabilir. Bunu tamamen bilirkişiye bırakıyor. Uygulamada da kabul ediliyor. Eğer şey varsa meydana gelen tedavi yapılmamış olsa bile kabul edilmesi söz konusu. Ancak sayın meslektaşımın beklediği gibi değil olay, mesela çok yüksek 100 000 liradan falan bahsetti. Ben uygulamayı söyleyeyim, başımızdan geçen bir olayda trafik kazası sonucu kişinin yüzünde böyle bir olay meydana gelmişti ve özel hastaneler buna 20 000-25 000 lira değer biçerken hâkimin takdirleriyle kamu hastanelerindeki bir estetik cerraha gitti ve oradaki asgari tarifeler üzerinden 2 500 lira gibi bir rakam çıktı. Onun için böyle uygulamada o 100 000 liralara falan gibi rakamlar olmuyor, kamu hastanelerine gidiliyor ve çok düşük rakamlarla bu şeyler söz konusu oluyor, ama Yargıtay uygulamasının da kabulü mümkün, yani illa o harcamanın yapılması gerekmiyor. Zaten harcamayı yapsa bu sefer o estetik ameliyat gerekli miydi değil miydi onun ispatı daha zor olacak, başı daha derde girecek diye düşünüyorum.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU:** Yani bu dava içeriğinde görülecek bir şey, dava yolu diyorsunuz değil mi? Yaptığımız söylediğiniz bu, tabii dava, ama bu tedavi doğrudan zarar kapsamında değil, diğer yönüyle, yani tazminatın diğer yönünden ele almak lazım. Doğrudan zarar diye, öyle olduğu takdirde...

**Av. Oktay CURCULOĞLU:** Yargıtayın uygulamasında bildiğim kadarıyla tedavi giderleri içinde bunu görüyor. Eğer zorunluysa, o kişinin o ameliyatı yaptırması o kadar belirgin bariz bir iz kalmış ki, artık bunu yaptırmak zorunlu, kişi o şekilde toplumda dolaşamaz halde diye bir doktor rapor verirse, onu tedavi giderleri arasında kabul ediyor.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU:** Ben orada kavramsal olarak bir sıkıntı var zannediyorum. Orada değil de, bedensel zarar kapsamının tedavi bölümü değil, bir alt

bölümüne alınması lazım diye düşünüyorum. Yani şuradaki yeni düzenlemeye göre bakın, işte tedavi gideri birinin çalışma gücünün azalmasına ve yitirilmesinden doğan kayıplar ekonomik geleceğinin zararına doğan davalar, yani ilk baştaki o birinci şey içerisinde doğrudan zarar kapsamı içerisinde düşünülmemesi gerekir düşünüyorum, ama bir düşünme payı da var burada. Dava yolu olduğu kesin, o konuda bir sıkıntı yok.

**Av. Gültekin UZUNALIOĞLU:** Son soruyu alıyoruz.

**Kübra TUTAN:** Merhabalar. Bir soru sormak istiyorum. Bu illiyet bağının ne zaman kesildiğini sormak istiyorum. Çünkü uygulamada çok uzun sürüyor davalar, bir trafik kazası meydana geliyor. Evet, yüzde 100 maluliyet kalıyor, ama kişi yaşamına devam ediyor, 5 yıl geçiyor, dava bitmediği sırada ölüm olayı gerçekleşiyor. Dolayısıyla illiyet bağının ne zaman kesilmiş olduğunu nasıl belirleyeceğiz?

Bir diğer sorum da zamanaşımıyla ilgili, şimdi kazanın zararın öğrenildiği ve zararı veren kişinin öğrenildiği tarihten itibaren deniliyor, ama sürekli bir bilirkişi raporu alınıyor yargılama sırasında, tedavi giderleri için ayrı alınıyor, sair giderler için de ayrı ayrı raporlar alınıyor ve zamanaşımı ne zaman işlemeye başlayacak? Bu raporlara göre zararın öğrenildiği tarihten itibaren mi, yoksa zararın doğduğu an, yoksa zararın gerçekten tam olarak tespit edildiği an rapor tarihine göre mi? Teşekkürler.

**Yard. Doç. Dr. Funda ÇELEBİ:** İlliyet bağıyla ilgili olarak şimdi normalde bir zarar verici fiil, zarara yönelik olan fiille zarar arasında mantıki ve uygun illiyet bağının kurulduğunu düşünelim. Bir fiil var, bir zararı meydana getirmeye, oluşturmaya hayatın olağan akışı içerisinde uygun bir yaralama fiili, ancak işte ölüm de meydana getirmeye uygun bir fiil, fakat tam bu sırada yine bu zararı meydana getirmeye, ölüm zararını meydana getirmeye uygun bir başka fiil daha yoğun ve zararı meydana getiren bir başka fiil araya giriyor ve geride kalan fiille zarar arasındaki illiyet bağını kopartıyor. Yani klasik bir örneğimiz vardır, yaralanıyor kişi ve ölüm olabilir, ameliyata alınıyor, fakat ameliyat sırasında ölüm mümkün yaralanma sonucunda, ama ameliyat sırasında yapılan yanlış bir tedavi narkoz hatasıyla mesela ölüm ortaya çıkıyor. Şimdi burada bu ameliyat hatası o kadar yoğun ki sonucu meydana getirmeye ve zaten hukuka aykırılık ve uygun illiyet bağı problemi de zaten yok, o zaman işte bu gerideki yaralama fiiliyle ölüm arasındaki illiyet bağının kesildiği, koptuğu ve yaralama fiilinde bulunan kişinin ölümden mantıki illiyet bağı olsa dahi ölümden sorumlu tutulmayacağı kabul ediliyor. Yani illiyet bağının belki kesilmesini somutlaştıran bir örnek olabilir.

Zamanaşımıyla ilgili olarak kanunda açık 2 yıllık zamanaşımından söz ediyor-

sunuz. Zararın ve tazminat yükümlüsünün mağdur tarafından öğrenildiği tarihten itibaren başlayan normal süre, burada zararın tam olarak bütün kapsamıyla, içeriğiyle bilinmiş olması gerekmiyor, belirlenebilir olması bazı unsurlarla zamanaşımının başlaması için yeterli zannediyorum zamanaşımıyla ilgili eklenecek ceza hususunda başka bir sorunuz ya da katkı yoksa.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU:** Ben zamanaşımı konusunda izninizle bir şey, şimdi zamanaşımı konusunda öğretiyile de çelişen bir kararımız var. O nedenle söz almak gereği duydum. Şimdi zamanaşımı genel olarak söylüyorum, kısa zamanaşımı ve uzun zamanaşımı olmak üzere iki zamanaşımı var. Aslında hukukta uzun zamanaşımı olayın olduğu tarihten itibaren başlar, bir şekilde uzun zamanaşımı geçtiğinde artık olay bitmiş olur. Kısa zamanaşımı biraz önce ifade edildiği gibi tüm zararın bütünüyle öğrenilecek ve diğer fail öğrenilecek. Şimdi burada bu temel ilke nerede bozuldu? Bu depremle ilgili verdiğimiz kararda bozuldu. Burada biz öğretiyile çeliştik, ama bu bir zorunluluktu. Bazen içtihatlarımız bizim kontrol şeklinde bir gelişme şekli alabiliyor. Çünkü vereceğimiz eğer norma uygun karar verdiğimiz takdirde büyük haksızlıklar, adaletsizlikler meydana gelecek. Burada biz keyfiliğe mi kaçıyoruz? Hayır, değil diye düşünüyorum, çünkü burada hakkaniyet dedik ya, işte bu hakkaniyetin bir yerde toplum vicdanında bir yerde, ama bu tatmin olması açısından bu tür bir yöntemi biraz da hukuki bir kılıf koyarak çözmeye çalıştık ve zarardan başlattık. Aksi takdirde kanunların ve uygulamanın da bir amacı daha olmalı, toplumu doğru yöne doğru çekmek, güzelleştirmek, çağdaş hale getirmek, motomot o kanuna yapışmamış veya şu ana kadarki uygulamalara devam etseydik toplum önünde de bir sıkıntı yaşardık. Aslında bu biraz da hukuk felsefesiyle ilgili bir problem, eleştirilebilirim yani. Teşekkür ederim.

**Yard. Doç. Dr. Funda ÇELEBİ:** Bu konuda kısa bir ekleme yapabilirim belki. Şimdi bu maddi zararlarda, beden bütünlüğünün mesela ihlaline yönelik zararlarda özellikle devam eden bir zarar söz konusuysa, mesela sakatlanmış kişi, yaralanmış, sakat kalmış, zarar devam ediyor, ama sakatlığın derecesi belli, yaratacağı kayıp belli, kapsamı belli, böyle bir durumda zarar belirlenmiş, devam ediyor olsa dahi belirlenmiş, kapsamı netleşmiş olduğu için zamanaşımı süresi işliyor. Bir de gelişen, yani devam eden değil de gelişen bir durum söz konusuysa, gelişmekte olan tamamlanmamış bir zarar söz konusuysa, yani yaralanma sonucunda sakat olup olmayacağı belli değil, olacaksa ne kapsamda olacak, ekonomik geleceği ne ölçüde sarsacak, bunların net olarak anlaşılmadığı ve gelişmenin tamamlanmadığı sürece bu konuda zarar konusunda zamanaşımı süresinin başladığını söylemek mümkün olmayabiliyor.

## VIII. OTURUM

### Oturum Başkanı

**Prof. Dr. Rona SEROZAN\***

Değerli konuklarımızı bu önemli toplantıda sevgiyle, saygıyla selamlıyoruz, hoş geldiniz.

En başta hocanın anısına toplantı düzenleyenleri özellikle vefa duyguları için kutlamak gerek, ama yalnız vefa duyguları için değil, aynı zamanda organizasyondaki başarıları için de kutlamak gerek. Hocanın anısına düzenlenen bir toplantıda oturum başkanlığı görevi benim gönül alemimde, gönül dünyamda müthiş rüzgarlara yol açıyor, özel duygu rüzgarlarını estiriyor. Bizim genelde hocalarımıza karşı vefa borcumuz ödenmez boyutlarda, nitekim biz iki yıl önce medeni hukuk hocalarına saygı günleri bağlamında bütün hocalarımızı ve bu arada İsmet Sungurbey Hocamızı da andık. Yani vefa bir kere duyguların en soylusu, yalnız kendisine vefa gösterileni değil, vefa göstereni de yücelten çok soylu bir duygu vefa. Hocayla ilgili olarak baştan söylemek istediğim bir nokta var, genelde gözden kaçan çok önemli bir nokta, ben İsmet Sungurbey Hocayı dinledim çünkü bu konuları, hocalarımız son derece elverişsiz maddi koşullarda bilimsel üretimde bulundular. Değil bilgisayar düşünün, fotokopinin bile bulunmadığı bir ortamda bu ürünleri ortaya koymak iğneyle kuyu kazmakla özdeş, hiçbir farkı yok. Yargısal içtihatların doğru dürüst yayınlanmadığı, yabancı dil öğreniminin çok meşakkatli olduğu, Türkçeyle ilgili çok ciddi dil sorunlarının olduğu, Velidedeoğlu Hocanın özel bir hukuk dili sözlüğü çıkarmak zorunda kaldığı bir dönemde hocaların bilimsel üretimi çok özel bir önem, çok özel bir ağırlık kazanıyor. Müthiş bir özveri, bunu hiçbir zaman gözden kaçırmamız gerekiyor.

Hocaların ağırlığı yalnız onların bilimsel üretimiyle sınırlı da değil önemi, onlar aynı zamanda insanlık değerlerini de üretiyorlar, iyiliğin de, güzelliğin de hocaları oluyorlar. Sadece bilimsel bilgi üretmekle kalmıyorlar, insanlık değerlerini de üretip öğretiyor, öğrenciler onları da içselleştiriyorlar çünkü. Hoca artık simgeliyor İsmet Sungurbey Hoca, yetiştirdikleri öğrencileriyle, bilimsel ürünleriyle arkasında bıraktığı ekolle -bir ekol bıraktı çünkü, Sungurbey ekolu vardır-ve gönül alemine ilişkin anılarıyla aramızda nice yıllar, nice yüz yıllar yaşayacak. Bu

1 İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

anlamda ölümsüz, belki biyolojik anlamda ölmüş olabilir, ama manevi anlamda her zaman aramızda yarattıklarıyla birlikte olacak. Sungurbey Hoca ders kitabı yazmamış olabilir, saymakla bitmeyen özellikleri var, ama hocanın ders kitabı eksikliğini nice ders kitabına bedel üç monografisiyle kapatılıyor. Soyut borç ikrarı, olağan kazandırıcı zamanaşımı, o zamanki deyimle iktisadi müruruzaman ve soyut borç ikrarı konusundaki, bir de kişisel hakların tapu kütüğüne şerhi adlı monografisi nice nice yüzlerce, binlerce sayfalık monografiye bedel. Biz hukuku ve hukukçuluğu bu yapıtlardan öğrendik, yoksa klasik ders kitaplarından değil. Hocanın eleştirel hukuk zekâsı olağanüstüydü. O ciltler tutan eleştirilerinin her biri parlak hukuk zekâsının ürünüdür. Hâlâ temel başvuru kaynaklarında üslup zenginliğini yazarlığı tüm makalelerine ayrı bir renk, ayrı bir zenginlik katmıştır. Hocanın her bir makalesi yalnız bir hukuksal yapıt değildir, bir edebiyat yapıtıdır aynı zamanda, biraz sonra örneklendireceğim. Sungurbey gerçekten bir dil ustasıydı, Türkçeye de aşığı. Birlikte çıkardığı Türkçe sözlük hiçbir zaman öğrenciliğimizde bile elimizden eksik olmazdı. Tüm yaşamını öğrencilerine, üniversitesinde de bilimine adanmış, bana akademik yaşamımda rehberlik etmiş şu sözünü hiç unutmam: *“Bilim ancak aşkla yapılabilir. O aşk heyecanını duymayanlar bilim insanı olamazlar”* Hocayı o masasında kule gibi dikilmiş sözlüklerle, şerhlerle, dergilerle çalışırken görenler işte bu aşkın ne olduğunu, ne anlama geldiğini algılayabilirler. Çalışma odası ki, sonra ben ona manevi mirasçı oldum, o odada oturdum hocadan sonra ve birazdan kardeşi Necla'nın kaleminden öğreneceğiz ki, Yedikule'deki evi de gerçek anlamıyla bir bilim mabedi idi. Ne mutlu bana ki, emekliliğine kadar, emekliliğime, kendi emekliliğime kadar odasında anılarıyla yaşadım ve ne mutlu bana ki eleştiri oklarına da boy hedefi oldum. Demiştım ya, hoca yazılarında hiciv, teşbih, kinaye, cinas, bütün bu edebiyat ustalıklarını dök-türmüş büyük bir kalem ustasıydı. Şimdi sizlere bana yöneltilen yönelttiği eleştirilerden çok anlamlı iki kesit okuyacağım. Bakın, hoca bu işe nasıl heyecanla, nasıl bir aşkla sarılıyor ve ne kadar güzel yazıyor: *“Serozan mülkiyeti saklı tutma anlaşmasıyla yapılmış bu tür satışlarda tacirler için akla gelmedik yeni yeni haklar icat etmek yolunda ticaret odalarınca madalyayla taltif olursa görülmemiş bir gayretkeşlikle elinden geleni ardına koymamıştır -bunu benim için yazıyor-böylece kraldan çok kraldan yana çıkararak açıkça tefeci bezirgan avukatlığının daniskasını yapmıştır. Serozan'ın aynı derginin bu sayısında kullanma karşılığı konusunda kimseyi ağa avukatlığı yapmakla suçlayarak solculuk dersi verecek halde bulunmadığı apaçıktır”*

Aramızdaki görüş ayrılığı şundan çıktı: Ben olağanüstü kazandırıcı zamanaşımında otomatik iktisabın son tahlilde toprak ağalarına yarayan bir güç olduğunu söylemişim. Fakat hoca bir ürün, bilimsel ürün ürettiği zaman ona âdeta çocuğu

kadar bir sevgiyle eğilirdi. Onun oyuncuğunun elinden alınmaması gerekirdi. Benim o münasebetsiz çıkışım sonra hocaya bu ağır sözleri yazdırdı. Bir kesit daha bakın, hem kişiliğini, hem bilimselliğini, hem heyecanını yansıtıyor: “Serozan’ın işleme yoluyla, hukuki taşıyıcı yoluyla kazanma kuralının uygulanmasında tam bir görüş birliğiyle işçiyi değil de, işvereni işleyen sayan öğretiyi eleştirmesinden, işçiyi bu kurallar anlamında işleyen saydı. Böylece fabrika ve benzerlerinde üretilen malların işleme yoluyla işçinin özel mülkiyetine geçtiğini kabul ettiği anlaşılacaktır. Serozan’ın bu çözümü kabul edilirse, yurttaşlar yasalarındaki Roma kökenli işleme kuralına dayanan ve ne kapitalist, ne sosyalist, ne başkaca hiçbir üretim biçimine benzeyen denizkızı gibi görülmemiş bir üretim biçimi ortaya çıkacak demektir ki, Asya tipi üretim tarzı hafif ATÜT deyimini örnekseyerek, bu üretim biçimine de Serozan tipi üretim tarzı STÜT diyebiliriz.” Bakınız, yani ben bu eleştirileri büyük bir zevkle okudum, bana da kıvanç verdi. Belki yadırgayabilirsiniz, niye okuyor bu eleştirileri diye Sungurbey Hocanın eleştirilerine layık olmak gerçekten bence bir kıvanç vesilesi. Hocanın Oğuzman, Tekinay Hocalarla, Postacıoğlu Hocayla, Saim Üstündağ Hocayla çok yoğun polemikleri vardı ve bunlar fakülte içerisinde bir bilim heyecanı, bir bilim aşkı yaratırdı. Mesela, öğrenciliğimizde bu polemikleri Necip Kocayusufpaşaoğlu’yla kişisel hakların tapu kütüğüne şerhi doğrudan doğruya Necip Kocayusufpaşaoğlu’nun “*Taşınmaz Satım Vaadi*” adlı doktora tezine karşı yazılmış olan bir görüştü.

Şimdi Sungurbey Hocanın kalbi hep güçsüzlerden yana çarpmıştır. Bakın, kardeşi Prof. Giritlioğlu’ndan, Necla Giritlioğlu, o da bir medeni hukukçu, bir alıntı: “İsmet Gülümser -eski soyadı Gülümser’dir, sonra Sungurbey oldu-4-5 yaşlarındayken okula gitmeden önce ortada bulunduğu Victor Hugo’nun Sefiller romanının yeni harflerle ilk baskısını okumaya başlamıştır. Oradaki meşhur kahraman Jean Valjean dolayısıyla ben güçsüzlerin koruyucusu Jean Valjean olacağım demiştir. Sonra son kitaplarından birinde ben kimsesiz hayvanların koruyucusu olarak Jean Valjean olabildim” demiştir. Liseyi birincilikte bitirdi, İstanbul Hukuk Fakültesinde de 1947’de 7 kişi birlikte mezun oldular, gene birincilikte bitirdi. Sonra velinimetim dediği Ebül’ula Mardin’in yanına asistan olarak girdi. Daha sonraki yıllarda “benim elimden iki kişi tutmuştur: Biri Ebül’ula Mardin, öteki de Aydın Aybay’dır” demiştir. Kendisi çok çalışkandı, çalışmadan bir saniye bile duramazdı. Bu çalışma azmi çok keskin bir zekâyla birleşince ortaya pek çok şey çıktı. Yalnız hukuka meraklı değildi, edebiyat, sanat, doğu felsefesi, batı felsefesi, hatta tasavvuf, sinema, bütün hayatı Yedikule’de asırlara meydan okumaya çalışın o eski evimizde geçti. Ben bu kenar mahallede kediler, köpekler ve kuşlarla mutlu bir şekilde çalışıyorum derdi.”

Selim Kaneti Hoca sık sık giderdi, biliyorum Yedikule’deki, ben ona bilim ma-

bedi diyorum. Selim Kaneti bu eve tam bir medeni hukuk enstitüsü diyebiliriz derdi hep fakülteye döndüğü zaman, Fazıl Hüsnü Dağlarca, Abdülbaki Gölpınarlı Hoca, Doğan Hızlan ve daha pek çok dostu akşamları toplanırlar ve bu akşam sohbetlerinin tadına doyumazdı. Hastanedeki odasında kitaplar, babadan kalma daktilo makinesi, onu da biliyorum, hastanedeki son günlerinde bile daktilosunu yanına almıştı ve hastanede de çalışıyordu. Hayvan hakları kitabı konusunda çalışıyordu.

Benim aslında İsmet Sungurbey Hoca hakkında anlatacak o kadar çok anekdotum var ki, ama ciltlerle kitaplara sığmaz, saatlerce oturuma sığmaz. Ne yazık ki süremiz kısıtlı, sınırlı, onun için oturuma geçmek zorundayım. Bir şey dikkatimi çekti bu oturumun konularını gözden geçirirken, bu oturum da öyle sanıyorum ki, hocanın meşrebine uygun bir ortak payda var. Dikkat ederseniz üç tebliğde de üçü de sosyal boyutlu konular, destekten yoksun kalma tazminatı, manevi tazminat -manevi tazminatta tabii Sayın Kılıçoğlu'nun görüşü benimsenecek olursa-ve tehlike sorumluluğu, hepsinde sosyal açıdan güçsüzü, ekonomik açıdan güçsüzün korunmasını amaçlayan bir yaklaşım var.

Evet, şimdi bu kısa gürizgâhtan sonra bir de konuşmacılarımızı kısaca tanıyayım. Emre Gökyayla bir borçlar hukuku uzmanı, ustası Hatemi'yle birlikte bir "*Borçlar Hukuku Genel Bölüm*" kitabı yazmış, fikri hukuk alanında çalışmaları var. Şu sıralarda Bahçeşehir Üniversitesinde, daha önce Maltepe'deydi, şimdi Bahçeşehir Üniversitesinde öğretim üyesi. Başar Yaltı Baronun güçlü ismi, manevi tazminat konusunu işleyecek. Nuri Erişgin ise tehlike sorumluluğu, çevre hukuku, borçlar hukuku, ticaret hukuku alanlarında isim yapmış Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi öğretim üyesi. Evet, fazla konuştum, şimdi söz Emre Gökyayla meslektaşımın.

# § 24 DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI

Doç. Dr. K. Emre GÖKYAYLA<sup>1</sup>

**Kaynakça:** Tekinay, S. S.: Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul 1963; Gökyayla, K. E.: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Ankara 2004; Çakırca, S. İ.: Yansıma Zararı, İstanbul 2012; Bilge, N.: “Yardımcıdan Mahrumiyet Sebebiyle Doğan Zararların Tazmini”, (AD., 1944, s. 679-693); Gürsoy, K. H.: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, (AÜHFD., 1972/1-2, s. 143-193); Hatemi, H.: “Ölüm ve Beden Bütünlüğü Zararında Giderim”, (Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Ankara 1994, s. 1-8); Brehm, R. ; Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Art. 41-61 OR, Band VI, 1. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband, 3. Aufl. , 2005; Fehr, K.: Der Versorgerschaden, Aarau 1942; Frei, A. : Der Reflexschaden im Haftpflichtrecht, Zürich 1973; Marti, H.: Der Versorgerschaden, Aarau 1942; Moser, H.: Der Versorgerschaden nach schweizerischem Obligationenrecht, Bern 1939; Stark, E. W.: “Berechnung des Versorgerschadens”, (ZSR, 1986, s. 337-378); Stauffer, W. /Schaetzle, T. /Schaetzle, M. : Barwertafeln, 4. Aufl., Zürich 1989.

## I. KAVRAM

Bir kimsenin ölümü yüzünden onun malî yardımından yoksun kalan kişilerin talep edebilecekleri tazminat, destekten yoksun kalma tazminatı olarak adlandırılır. Bir kimsenin ölümü hâlinde, “ölüm” sebebiyle belirli bir miktarda ve ceza niteliği taşıyan –maktu-bir bedelin ödenmesi hukuk sistemimizde kabul edilmiştir. Buna karşılık ölüm yüzünden malî durumu, sosyal hayat seviyesi bozulan kişilerin (destek görenlerin) malvarlığında meydana gelen (ya da gelebilecek olan) eksilmenin talep edilmesine imkân tanınmıştır. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 53/b. 3 hükmünde, “ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar”ın talep edilebileceği belirtilmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanununun, 6098 sayılı Kanunun 53/b. 3 hükmünü karşılaştan 45/II hükmünde ise, “ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin lazımgelir.” denilmekte idi.

## II. ÖZELLİKLERİ

(1) Destekten yoksun kalma tazminatı bağımsız bir niteliğe sahiptir. Tazminat hakkı, destek görenlerin kişiliklerinde, doğrudan doğruya ve aslı olarak doğar, ölen destekten intikal etmez. Destek görenin, desteğin mirasçısı, kan hısımlı veya aile fertlerinden olması gerekmez. Her bir destek görenin tazminat talepleri de

<sup>1</sup> Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

birbirinden bağımsızdır, destek görenler müteselsil alacaklı değildir, alacak hakları destekten intikal etmez.

(2) Destekten yoksun kalma tazminatı istisnâî bir niteliğe sahiptir. Zira Türk-İsviçre borçlar hukukunda, kural olarak, sadece doğrudan doğruya uğranılan zararların tazmini istenebilir. Destekten yoksun kalma zararı ise, doğrudan doğruya zarar niteliğinde değildir.

(3) Ayrıca, destekten yoksun kalma zararı, bir malvarlığı zararıdır. Destekten yoksun kalma tazminatının kabul edilmesindeki amaç, malvarlığında meydana gelen eksilmenin karşılanmasıdır.

(4) Destekten yoksun kalma zararına özelliğini veren en önemli husus, onun bir yansıma yoluyla zarar oluşudur. Zira destekten yoksun kalma tazminatında, destek görenler, bir başkasının, yani desteğin vücut bütünlüğü aleyhine gerçekleştirilen eylem sonucunda maruz kaldıkları malî kaybın tazminini talep ederler. Destekten yoksun kalma tazminatında, bir kimsenin (desteğin) mutlak hakkının ihlâli sonucunda diğer kişilerin (destek görenlerin) maddî zarara uğraması, tazminat talebinin temelini teşkil eder. Sadece desteğin yardımından yoksun kalanlar, yani destek görenler tazminat talep edebilir. TBK 53/b. 3 hükmünün koruma amacına da, sadece, ölüm sonucunda desteğin yardımından yoksun kalan kişiler girmektedir.

(5) Destekten yoksun kalma tazminatı, gerek sözleşmeden, gerekse haksız fiilden doğabilir.

### III. ŞARTLARI

(1) *Tazminat talebinin ilk şartı, desteğin ölmesidir.* Bir başkasının geçimini kısmen veya tamamen sağlayan veya ölmeseydi sağlayacak olan kişiye *destek* denir. Destek kavramı, sadece geçmişte veya hâlihazırda yardımda bulunan kişiyi değil, gelecekte yakınlarına bakacak olan kişiyi de kapsar. Destek, tazminat talebinde bulunana, fiilen veya düzenli olarak bakan veya ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kimsedir. Bu itibarla destek kavramı, hukukî bir ilişkiyi değil, fiilî bir durumu hedef tutar.

Alman ve Avusturya hukuk sistemlerinde, destek terimine yer verilmemiştir. İsviçre hukuk sisteminden farklı olarak bu hukuklarda, ölen kimsenin geçimine katkıda bulunduğu herkes değil, genellikle ölenin kanunen bakmakla yükümlü olduğu kişiler sorumludan tazminat isteyebilir. Buna karşılık, İsviçre -Türk hukuk sisteminde, bir kimsenin başkasının desteği sayılabilmesi için, fiilî bir bakım

ilişkisinin varlığı yeterlidir. Yardım gören kimsenin, bakanın hısımları veya akrabası olması, ortada akdî veya kanunî bir yükümlülük bulunması da şart değildir. Diğer bir ifadeyle, bir başkasına hukuken bakmakla yükümlü olmak veya olmamak, destek ilişkisinin tespitinde, her zaman doğrudan doğruya etkili değildir.

İsviçre–Türk hukuk sistemlerinde destek ilişkisinin fiilî varlığının yeterli sayılması, kanunî bakım yükümlülüğünün önemli olmadığı anlamına gelmez. Desteğin kanunen bakmakla yükümlü olduğu kişiler de, desteğin sağlığında herhangi bir yardım görmeseler bile, tazminat talep edebilirler. Dolayısıyla, Türk hukukunda destek ilişkisi, kanunî ilişkileri de kapsayan, fakat ondan daha geniş bir kavramı ifade eder. Bu yüzden, desteğin hukukî bir ilişki içinde olduğu kişilerin yanında, örneğin bir köy ağasının öldürülmesinde, ağanın bakmakta olduğu kişiler de desteklerini kaybetmiş olurlar. Bir kimsenin “destek” sıfatını kazabilmesi için, kanunî veya akdî bir bakım ilişkisinin bulunması gerekli değilse de, böyle bir ilişkinin varlığı, evleviyetle o kişinin destek sayılmasını sağlar. Ölenin, ölüm tarihine kadar bakma yükümlülüğünü yerine getirmemesi de durumu değiştirmez.

Kanun hükmü gereği, ölüm dışındaki bir sebeple desteğin bakım gücü azalsa veya ortadan kalksa bile, destek görenler tazminat talep edemez. Desteğin ölmediği, ancak bakım gücünü tamamen kaybettiği olaylarda da, destek görenlere tazminat hakkının tanınması isabetli olur. Fakat hukuk sistemimizde böyle bir imkân yoktur. 6098 sayılı TBK’da da böyle bir imkân tanınmamıştır.

*Desteğin ölmediği fakat bakım gücünü kaybettiği olaylarda destek gören lehine destekten yoksun kalma tazminatına hükmetmek mümkün değilse de, TBK 56/II hükmüne göre manevî tazminata hükmetmek mümkündür. TBK 56/II hükmünde, “ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir” denilmektedir. “Uygun bir miktar paranın” ödenmesinden söz edilmesi, hükmedilecek tazminatı tayin ederken hâkime takdir yetkisi tanıdığını gösterir. Esnek olabilme imkânı sadece takdir edilecek tazminat miktarı bakımından da değildir. Hükümde ayrıca “zarar görenin veya ölenin yakınları”ndan bahsedilmektedir. “Yakınlar”dan söz edilmesi hem destekten yoksun kalma tazminatı ile uyum içinde hükmün düzenlendiğini hem de bu hükümden yararlanabileceklerin aile üyeleri ile sınırlı olmadığını gösterir.*

“Destek” kavramı çeşitli açılardan sınırlandırılabilirse de, gerçek destek -farazî destek ayrımı ile kanunî destek kavramları üzerinde özellikle durmakta yarar vardır. Ölüm anında, başkasına fiilen ve düzenli olarak bakan kimseye gerçek destek denir. Örneğin ana babanın çocuklarına, eşlerin birbirlerine yaptıkları yardım-

larda, gerçek destek ilişkisi söz konusudur. Destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin talepler genellikle gerçek destek ilişkisine dayanır. Ölüm anında destek ilişkisinin bulunması da, ispat konusunda en önemli delildir.

Ölüm anında, destek ile destek gören arasında bakım ilişkisinin bulunması zorunlu değildir. Ölmeseydi, ileride başkasına bakması kuvvetle muhtemel olan kişi farazî destektir. Bir başka ifadeyle, ölünceye kadar herhangi bir yardımda bulunmamakla beraber, ileride bakım gücüne kavuşarak, fiilen ve düzenli olarak başkalarına bakması hayatın olağan akışına göre normal olan kimse de destek sayılır. Bu hususta, kişinin destek olup olmayacağı bir faraziyeyle dayandığı için, kapsamın daha dar tutulması uygun olur. Çocuğun ana babasına, nişanlıların birbirlerine ileride yardımda bulunacak olmaları, farazî destek ilişkisinin tipik örnekleridir. Farazî desteğe, müstakbel destek demek de mümkündür. Bununla birlikte, farazî destek teriminin, müstakbel destek terimine oranla, anlamı, genellikle daha iyi karşıladığını da belirtmek gerekir. Çünkü, bir çocuğun ana babasına veya bir nişanlının müstakbel eşine ileride destek olup olmayacağı, kesinlik taşımaz.

Başkalarına kanunen bakmakla yükümlü olan bir kişi, örneğin çocuklarına yardımla yükümlü olan baba, sağlığında, çocuklarına hiçbir yardımda bulunmasa bile, yine de destek sayılır. Alman ve Avusturya hukuklarından farklı olarak hukukumuzda, kişinin destek sayılabilmesi için, başkalarına bakmakla kanunen yükümlü olması şart değildir. Bununla birlikte, özellikle aile hukuku hükümlerine göre, başkalarına bakmakla yükümlü olan kimse de destek sayılır. Dolayısıyla başkalarına bakmakla yükümlü olduğu hâlde, hiçbir yardımda bulunmayan kişinin ölümü de, bakım hakkına sahip olanlara tazminat hakkı verir. Bu kişilerin tazminat talebi, aile hukuku hükümlerine göre sahip oldukları alacakla sınırlıdır. Kanunî destek, gerçek ve farazî desteğe göre üst bir kavramı ifade eder. Bazen bir gerçek destek, bazen de bir farazî destek, aynı zamanda kanunî destek olabilir. Örneğin baba, hem gerçek, hem de kanunî destektir. Buna karşılık, küçük yaşta ölen bir çocuk, bir taraftan farazî, diğer taraftan da kanunî destektir.

(2) “Bakım” unsuru: Bir başkasına bakma, destek sayılmanın en önemli şartıdır. Bakma (ya da bakım) fiilen mevcut olabileceği gibi, ileride gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel de bulunabilir. Bakma unsuru, Borçlar Kanunu’nun 45/II hükmünde, “yardım” kelimesiyle ifade edilmişti. Buna karşılık Türk Borçlar Kanununun 53/b. 3 hükmünde “yardım” kelimesi kullanılmamış, bunun yerine “ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları *kayıplar*”dan söz edilmiştir.

Bakma unsuruna dâhil olan yardım, bir başkasının yaşama ihtiyaçlarının devamlı ve az-çok düzenli şekilde giderilmesi anlamındadır.

“Bakım”dan yararlanacak ya da desteğinden yoksun kalma dolayısıyla “kayıplar”ı telafi edilecek olanlar destek görenlerdir. Ölmeden önce, destekten sürekli ve düzenli yardım gören veya ölmeseydi destekten ileride sürekli ve düzenli olarak yardım görecektir kişiye *destek gören* denir. Hukukumuzda, destek görenin, desteğin, akrabası, mirasçısı veya yakını olması şart değildir. Kişinin, destek gören olarak tazminat talebinde bulunabilmesi, desteğin ölümü üzerine bakım ihtiyacına düşmesi ve sosyal hayat seviyesinin olumsuz olarak etkilenmesine bağlıdır. Bu yüzden, sağlığında destekten yardım görmüş veya ileride yardım görmesi muhtemel herkes tazminat talep edemez. Destek gibi, destek gören de, farazî ve gerçek olabilir. Örneğin, ölümü ânında destekten sürekli ve düzenli yardım görmekte olan eş, bir gerçek destek görendir. Buna karşılık, ölümü anında küçük çocuğundan herhangi bir yardım görmeyip, ileride destek görme ihtimali bulunan ana baba, farazî destek gören sayılır.

Ne şekilde yardımda bulunulduğu önemli değildir. Destek görene yapılan yardım, beslenme, giyinme veya barınmaya yönelik olabileceği gibi, eğitim, sağlık, kültür gibi alanlarda da olabilir. Yardımın, para verilerek yapılması da şart değildir. Yardım, aynî ya da hizmet edimleri biçiminde de olabilir. Yapılan yardımın bu alanların hepsini veya bazısını ya da birini kapsaması da mümkündür.

Bakma özel bir amaca dayanır. Yardım gören kişinin normal yaşama ihtiyaçlarının gidermek haricindeki amaçlarla yapılan yardımlar, TBK 53/b. 3 hükmüne göre yardım sayılmaz. Örneğin, bir kişiye sırf borçlarını ödemesi için düzenli olarak para verilmesi, bir başkasına meslekî ve bilimsel araştırmalar yapması için masraflarının karşılanması, hediyeler ve hibeler verilmesi, bakma unsuruna dâhil değildir. Zira her ne kadar hediye verilmesi de sosyal hayatın bir parçası ise de, hediye, bir kimsenin yaşama ihtiyaçlarından olmadığı için, destekten yoksun kalma zararının da kapsamında değildir. Ancak hediye verilmesinin temelinde, destek görene yardım etme sâiki yatıyorsa, bu takdirde, bakım unsurunun kapsamına hediyeler de dâhil olabilir.

Çocukların beslenme, giyinme, eğitim, sosyal ve sportif faaliyetlere katılma amaçları için sarfedilen masraflarla, nişanlanma ve evlenme masrafları, bakım için harcanan paralardır. Benzer şekilde, eş için yapılan, giyim, beslenme, süslenme, barınma vb. masraflar da aynı niteliktedir. Belirtilen masraf kalemleri sınırlandırıcı değildir.

Karşılık olarak bir şeyler verilmesi veya yapılması durumunda bakma unsurunun varlığı kabul edilemez. Diğer taraftan, herhangi bir ihtiyacı olmayan kişiye

yapılan yardımlar da, yardımı yapana destek niteliğini kazandırmaz. Zira bakmanın yanında, bakım ihtiyacı da tazminatın şartlarından birini oluşturur.

Bakım unsurundaki amaç, sâikten farklıdır. Bir başkasının bakımını sağlamak için yardım yapanın nasıl sâik götüğü önemli değildir; yeter ki sâik ahlâka aykırı olmasın. Dolayısıyla, bakım yardımının, merhamet veya iyilik yapma gibi ahlâki veya dinî yahut sırf gösteriş yapma gibi sosyal sâiklerden kaynaklanması arasında ilke olarak fark yoktur. Fakat desteğin yardım yaparken götüğü sâik, destek süresinin tayini bakımından önem taşıyabilir.

Bakmanın amacı, yardım görenin normal yaşama ihtiyaçlarının giderilmesi olduğundan, sözleşmelerin ifası maksadıyla verilen edimler, bunları alanların en hayatî ihtiyaçları için de kullanılsa, bakımdan söz edilemez. Örneğin, bir bakkal veya manav için, senelerdir kendisinden alışveriş yapan müşteri, bakımını sağlayan kişi değildir. Aynı şekilde, özel olarak yetiştirilmiş bir işçisini kaybeden işveren de destek gören sıfatını taşımaz. Bununla birlikte, bazı sözleşmesel ilişkilerde, bakma unsurunun bulunduğu kabul edilmektedir. Özellikle, aile çevresinde hizmet sözleşmesiyle yaşayan aşçı, uşak, bahçıvan ve hizmetçiler, buna örnek olarak gösterilebilir. Ancak, örnek olarak belirtilen bu kişilerin tazminat alacaklısı olmaları, destek ile aralarında bir hizmet sözleşmesi bulunmasından değil, sürekli aile içinde yaşamalarından kaynaklanmaktadır. Yoksa, destekle aralarında hizmet sözleşmesi bulunan herkes destek gören sayılmaz.

Özetle, bakmanın düzenli ve devamlı olması, karşılıksız olması, iktisadî bir değer taşıması, ölenin bakım gücüne sahip olması, bakmanın ahlâka aykırı amaç taşımaması gerekir.

(3) *Bakım ihtiyacı*: Destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmek için, ölenin yardımda bulunması (bakım unsurunu gerçekleştirme) yeterli değildir, ayrıca tazminat talep edenlerin bakım ihtiyacı içinde bulunmaları da gerekir. Bakım ihtiyacı fiilî (gerçek) veya farazî olabilir. Destekten yoksun kalma davasında zarar, ancak destek görenin bakım ihtiyacı içinde bulunması durumunda doğabilir. Federal Mahkeme'ye göre, bir kimse, üçüncü kişinin düzenli yardımı olmaksızın, standart hayat seviyesine devam edemiyorsa veya o âna kadar yaşanılan hayat seviyesine devam edebilme imkânı, desteğin ölümüyle ortadan kalkıyorsa, bakım ihtiyacı içindedir (BGE 57 II 182; BGE 59 II 463; BGE 64 II 429). Yargıtay da bir kararında, ana ve babanın malî durumlarının, çocuklarına bir otomobil alacak kadar iyi olduğu bir olayda, bakım ihtiyacının bulunmadığına karar vermiştir (Yarg. 4. HD, 8. 11. 1976, 8377/9577).

Desteğin ölümü yüzünden kendisine bakılan kişi, kısmen veya tamamen, bu bakımdan yoksun kalmalıdır. Desteğin ölümü, ondan yardım görenlerin sürdürdükleri hayat seviyesinin olumsuz yönde değişmesine sebep olduğu takdirde, yardım görenlerin bakım ihtiyacı içinde oldukları kolayca söylenebilir.

Davacıların, desteğin ölümü veya hükmün verildiği anda ihtiyaç içinde olmaları şart değildir. Bu sırada malî durumları iyi olmakla birlikte, ileride bakıma muhtaç duruma düşecek kimseler de talepte bulunabilir. Örneğin, ağır vasıta şoförü olan babanın, yaşlılığında bu işi yapması çok güç, hattâ imkânsız olduğundan, ölen erkek çocuğun ileride babaya destek olacağı kabul edilmelidir (Yarg. 4. HD, 4. 3. 1981, 1342/2596). Bununla birlikte, Emekli Sandığı'ndan aylık alan bir babanın, destekten yoksun kalma tazminatı isteyemeyeceğine hükmedilmiştir (Yarg. 21. HD, 25. 1. 2000, 111/120)<sup>2</sup>. Çocukların ölümünde, ana ve babanın ölüm anında bakıma ihtiyaç duymadıkları durumlarda bile, bir gün zarurete düşüp düşmeyecekleri önceden kestirilemeyeceği gerekçesiyle tazminata hükmedilmektedir (örneğin bkz. Yarg. 4. HD, 20. 3. 1986, 1585/2553).

Desteğin malvarlığına miras yoluyla sahip olan kimseler, bazen bakıma muhtaç duruma düşmez. Örneğin, bir çiftçinin öldüğü bir olayda Yargıtay, arazi mirasçılara geçeceğinden, bakım ihtiyacının da ortaya çıkmayabileceğine işaret etmiştir. Özellikle, mirasçıların da ölenle birlikte araziyi işleme kabiliyetine sahip olmaları ihtimalinde durum böyledir (Yarg. 4. HD, 14. 6. 1984, 5207/5696).

Ölenin davacıya bakmakla yükümlü olduğu durumlarda, davacının ek olarak bakım ihtiyacı içinde olacağını ispat etmesi gerekir. Ölenin bakmakla yükümlü olmadığı kişiler tazminat talep ederlerse, sadece bakım ihtiyacını değil, ölenin kendilerine, ölmeseydi yardımda bulunacağını da ispatlamaları şarttır. Bu durumda, ölen tarafından davacıya bakılacağına yeterli kanaat veren fiilî bir ilişkinin bulunduğu da ispatlanmalıdır. Fiilî bir bakım ilişkisi bulunmadan, ölenin bir yükümlülüğü olmadığı hâlde davacıya yardımda bulunacağı iddiasının, kabulü güçtür. Bakım ilişkisinin gelecekte kurulacağı iddia ediliyorsa, hâkim daha titiz davranmalıdır (krş. 4. HD, 5. 3. 1981, 906/2634).

Destek gören, destekten az veya çok yardım almış olabilir; ancak onun talep edilebileceği miktar, bakım ihtiyacı ile sınırlıdır. Desteğin, destek görene yaptığı yardım, onun, ihtiyaçlarını karşılamasının yanında tasarruf yapmasına da imkân vermiş olabilir. Bununla birlikte destek gören, tasarruf imkânının ortadan kalkmasına dayanarak tazminat talep edemez; zira onun tazminat talebinin üst sınırını bakım ihtiyacı oluşturur. Tasarruf imkânının ortadan kalkması ihtimali,

<sup>2</sup> Fakat tek başına bu gerekçe ile talebin reddedilmesi doğru değildir.

genellikle çok yüksek gelire sahip olan bir kimsenin ölmesiyle ortaya çıkar. Örneğin sabit giderler çıkarıldıktan sonra aylık geliri yirmibin TL. olan bir kocanın ölümünde, dul kalan eşi, kocasının ölümünden önce yaptığı tasarrufları, ölümden sonra da aynı şekilde devam ettiremeyebilir. Bakım ihtiyacının kapsamını aşan bu tasarrufların da, destekten yoksun kalma tazminatı olarak talep edilebilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, destek yaşasaydı, malvarlığı kalemlerinin artacağından hareketle, daha büyük bir mirasın elde edileceği de iddia edilemez.

*Türk Borçlar Kanunu 53/b. 3 hükmünde, BK 45/II hükmünden farklı olarak “yardım” değil, “kayıp” ifadesinin kullanılması, bu tür kalemlerin de talep edilebileceği düşüncesini uyandıracak niteliktedir. Fakat hükmün gerekçesinde, maddede sistematik yapısı ve arılaştırma dışında bir değişiklik yapılmadığının belirtilmesi, sözü edilen türde bir değişikliğin arzu edilmediği sonucunun kabulünü zorunlu kılar.*

(4) Bakım ihtiyacı, davacının zaruret ve sefalet içine düşmesini değil, sosyal seviyesine uygun olan hayatı devam ettirmek için gereken imkânlardan yoksun kalmasını ifade eder (krş. Yarg. İBK, 6. 3. 1978, E. 1978/1, K. 1978/3; Yarg. 4. HD, 16. 11. 1963, 8337/10030; Yarg. 4. HD, 30. 5. 1978, 2232/7262; Yarg. 9. HD, 16. 12. 1982, 920/9841). Destek yaşasaydı, yapacağı yardımlarla destek görenin elde edeceği hayat standardı esas alınarak tazminata hükmedilmelidir.

Ölen kişi davacıya filen bakmakta ise, yardım gören kişinin ölüm sebebiyle normal hayat seviyesinin düşmesi, onun bakım ihtiyacı içinde olduğunu gösterir. Fakat davacının en zarurî ihtiyaçlarını dahi temin edemez hâle gelmesi şart değildir. Bir başka ifadeyle, bakıma muhtaç duruma düşmek, yoksulluk anlamına gelmez. Destekten yoksun kalma tazminatını düzenleyen hükmün amacı, desteğin ölümüyle yoksulluğa düşecek olan destek görenin, yoksulluğunun giderilmesi değil, sosyal durumuna uygun hayat seviyesinin tesisi ve devamıdır. Bu yüzden, ihtiyaç içinde bulunma ile kanunî nafaka yükümlülüğü birbiriyle örtüşen kavramlar değildir. Örneğin, kocanın ölümü sebebiyle kadının çalışmak zorunda kalması tazminat talebi için yeterlidir. Zira dul kalan eşin hayat tarzını değiştirmesi beklenemez.

Aşırı masraflarda bulunma imkânının ortadan kalkması ise, kural olarak, tazminat talep etme hakkını vermez. Örneğin, her sene yapılan bir yurt dışı tatil veya çok pahalı mağazalardan kıyafet, mücevher gibi şeyler alma imkânının ortadan kalkması, kural olarak tazminat talep etme imkânı vermez.

Kural olarak bakım ihtiyacının, davacının sürmekte olan hayat seviyesine göre tayini gerekir. Bununla birlikte, desteğin ölümüne kadar devam eden masraflı ve lüks bir hayatın devam ettirilememesi, ihtiyaç şartını gerçekleştirmez. Destekten

yoksun kalmada karşılanması gereken zarar, davacının ve ailesinin temsil ettiği sosyal ve iktisadî seviyeye göre normal olan masraflardır. Tazminat, destek görenlerin zorlukla geçinebilecekleri bir miktar da olmamalıdır. Yeme – içme, giyim, bir evin idamesi için harcanan kira, elektrik, telefon, su gibi temel masraflar yanında, çocukların cep harçlığı ve eğitim ile kültürel amaçlı harcamalar da dikkate alınarak zarar tespit edilmelidir. Bunun miktarını tayin ise, bir hayat tecrübesi işidir. Ölüm anında fiilî bakım mevcutsa, bu seviye ve miktara göre tazminat tayin edilir. Desteğin ölümüne rağmen, davacı mevcut hayat seviyesini idame ettirecek güce sahipse, dava reddolunmalıdır (BGE 32 II 513; BGE 37 II 467). Çünkü, destekten yoksun kalma tazminatı bir zararın karşılanmasını hedef tutar; yoksa bir kâr sağlama aracı değildir.

Başkalarına bakmakla yükümlü olduğu hâlde, yükümlülüğünü zaten yerine getirmemekte olan birinin ölümü, acaba destek görenlere tazminat hakkı verir mi? Örneğin, çocuklarını veya karısını sefaletle terkeden bir baba ve kocanın ölmesi durumunda mesele nasıl çözümlenir? Bu durumda ihtiyacın derecesi, davacının önceki yaşayışındaki değişikliklere göre değil, ölüm yüzünden davacının yoksun kalacak olduğu yardımların tahminî miktarına göre tayin edilecektir. Yani, davacının elde etmek hakkına kanunen sahip olduğu yardımları ölüm yüzünden artık isteyememesi, ihtiyaç unsurunu gerçekleştiren bir sebep sayılmalıdır. Zira kanunen bakım hakkına sahip olanların talep edebilecekleri tazminatın asgarî sınırı, kanunî bakım yükümlülüğünün kapsamına göre tayin edilir.

Destek gören, destek ölünceye kadar çalışmıyor ve bir gelir de sağlamıyorsa, acaba, desteğin ölümünden sonra, kendisinden çalışması beklenecek midir? Destek görenin hayatını sosyal durumuna göre devam ettirmesi asıl olduğuna göre, bir işte çalışması kural olarak beklenemez. Eğer destek gören, desteğin ölümünden sonra çalışmaya başlarsa, elde ettiği gelir oranında talep edebileceği tazminat azalır; ancak o, sırf desteğin ölümü sebebiyle çalışmak zorunda değildir.

Amaç, destek görenin sosyal hayat seviyesini devam ettirmek olduğu için, destek görenin daha küçük ve daha az kira bedeli olan bir eve taşınması da ilke olarak istenemez (BGE 102 II 92-93). Aynı şekilde, babanın sağlığında, özel bir okulda eğitim gören çocuğun, babası öldü diye başka bir okulda eğitimine devam etmesi de, kural olarak beklenemez. Fakat destek görenin gerek çalışması, gerekse daha küçük bir eve taşınması konusu, dürüstlük ilkesine göre de değerlendirilmelidir.

*Alman hukukunda ise, koca öldükten sonra çocukların bakımının sağlanması için, bazı durumlarda kadının çalışması beklenmektedir. Örneğin, bir doktor veya avukat olan kocanın sağlığında çalışmayan kadından, koca öldükten sonra da çalış-*

*ması beklenmemekte (BGH Urt. v. 13. 10. 1954, VersR. , 55, 36, 37; BGH Urt. v. 8. 12. 1959, VersR. , 1960, 159); buna karşılık dul eşin çalışmasının, onun yaşı, çalışma kabiliyeti, önceden çalışıp çalışmadığı, tahsili, sosyal ilişkileri gibi bazı kriterlere de bağlı tutulmaktadır (BGH Urt. v. 25. 9. 1973, VersR. , 1974, 142). Özellikle, dul kalan kadın, genç, çalışma iktidarına sahip ve çocuksuzsa, çalışması gerektiği belirtilmektedir (BGH Urt. v. 6. 4. 1976, VersR. , 1976, 877). Çocukların yaşı da, kadının çalışması gerekip gerekmediğinin tespitinde önemlidir (BGH Urt. v. 13. 10. 1954, VersR. , 1955, 36-37). Yalnız yaşayan bir dulun, aynı niteliklere sahip daha küçük ve daha ucuz bir eve taşınmasının gerektiği, özellikle yetim kalan çocuk/çocukların akrabalarının yanına veya bir yurda yerleştirildiklerinde, bu esasın geçerli olduğu kabul edilmektedir (BGH Urt. v. 8. 6. 1982, VersR. , 1982, 874). Bu hususlar bütün olarak değerlendirilirken, dürüstlük ilkesi de hâkime yol gösterecektir (BGH Urt. v. 8. 12. 1959, VersR. , 1960, 159). Bütün bu söylenenler, zararın artmasını engelleme külfetiyle de ilişkili olduğu vurgulanmaktadır.*

#### IV. DESTEKTEN YOKSUN KALMA ZARARININ HESAPLANMASI

Destekten yoksun kalma zararının tespiti, her zaman oldukça zordur. Bulunacak zarar, hiçbir zaman mutlak doğru olamaz. Zira destekten yoksun kalma zararının ve tazminatının, geleceğe ilişkin belirsiz bazı şartların değerlendirilmesi zorunludur. Zarar, ilerleyen zaman içinde, durmadan doğmaya devam etmektedir.

Destekten yoksun kalma zararı, ölen desteğin malî gücü, bu gücün ne kadar zaman daha devam edebileceği, ileride bizzat kendisinin muhtaç duruma düşüp düşmeyeceği, ileride başkalarına da bakmak zorunda kalıp kalmayacağı; destek görenin ileride bizzat kendisinin gelir elde etmek suretiyle muhtaç durumdan kurtulup kurtulmayacağı vb. hususların değerlendirilmesiyle hesaplanabilir. Gelecekte ortaya çıkacak bu ihtimallerin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin olarak bilinemez. Bu yüzden zararın (ve tazminatın) hesabında Türk Borçlar Kanunu'nun 50/II hükmünde ifade edilen "olayların olağan akışı" göz önünde tutulmalıdır.

Destekten yoksun kalma zararının hesabında, doğru bir sonuca ulaşabilmek için, aşağıdaki hususlara dikkat edilmelidir:

(1) İlk olarak, yaşasaydı, desteğin elde edebileceği tahminî gelir tespit edilmelidir. Desteğin gelirinin, aylık değil, yıllık miktarının göz önünde tutulması, hesaplama bakımından daha pratik olacaktır. Desteğin, yaşına ve tecrübesine göre, gelirinde meydana gelebilecek değişiklikler de dikkate alınmalıdır. Desteğin gelirinin tespitinde, sadece çalışmaktan elde edilen gelirler değil, sahip olunan diğer malvarlığı değerlerinden elde edilen gelir de göz önünde tutulmalıdır. Elde edilen ek gelirler de hesaplanmalıdır.

İster çalışma sonucu, ister gelir getiren bir malvarlığına sahip olmak dolayısıyla olsun, gelir, az – çok düzenli olmalıdır.

Göz önünde tutulması gereken gelir, desteğin gerçek geliridir. İlke olarak kanna veya ahlâka aykırı yollardan elde edilen gelir göz önünde tutulmaz. Gelirin tespit edilmediği hâllerde, benzer niteliklere sahip kişilerin elde ettikleri ortalama gelir göz önünde tutulabilir. Desteğin gelirinde meydana gelebilecek değişiklikler de değerlendirilmelidir. Farazî desteğin geliri ise, özellikle, hayat tecrübelerine, kendisinin ve ailesinin sosyo – ekonomik, sosyo – kültürel durumuna, tahsil imkânının bulunup bulunmadığına, kabiliyetine, çalışkanlığına, sağlık durumuna göre belirlenebilir.

Çalışmayan, fakat görülen iş (hizmet) dolayısıyla sağlanan malî menfaat de göz önünde tutulmalı, desteğin emeğinin karşılığının maddî değeri bulunmalıdır. Örneğin çalışmayan bir ev hanımının destek sıfatını taşıdığı hâllerde, ev işleri için yapılan hizmetin karşılığı, zamanın parasal değerinin hesaplanması suretiyle bulunabilir. Çalıştığı hâlde, ev hizmetlerini karşılıksız gören kadın bakımından da durum aynıdır.

(2) İkinci aşamada, desteğin, elde edeceği bu gelirden ne kadarını destek görenlere ayıracağı belirlenmelidir. Her bir destek görene düşecek pay bulunurken de önce, desteğin brüt gelirinden, desteğin kendisi için ayıracağı miktar ile sabit masrafların çıkarılmalıdır. Böyle zararın hesaplanması bakımından desteğin geliri netleştirilir. Destek görenlerin sayısı ve destek ilişkileri de bu miktarın belirlenmesinde önem taşır. Destekten yoksun kalma tazminatı bağımsız niteliğe sahip olduğu için, her bir destek görene düşecek pay ayrı ayrı hesap edilmelidir. Destek gören sıfatını taşıyan eşe, çocuklara, ebeveyne, kardeşlere vb. düşecek pay, bir arada düşünülerek hesaplanmalıdır. Söz konusu kişilerin çalışıp çalışmaması, ihtiyaç durumları, yaşları, sayıları birlikte göz önünde tutulmalıdır.

*Desteğin ölümüyle eşe düşecek payın % 50 olacağı hakkında genel bir kural kabul edilemez. Somut olayın özelliği, eşin sosyal durumu ve ihtiyaçları gibi sebepler değerlendirilerek, ona düşecek pay, bu oranın altında veya üstünde olabilir. Dul eşe düşecek hissenin, % 50'den az veya çok olmasının, kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğu da söylenemez. Destek görenlere, desteğin gelirinden verilecek pay bakımından, sosyal güvenlikle ilgili kanunlarında kabul edilen oranlar, destekten yoksun kalma tazminatı bakımından, olsa olsa bir kriter olarak değerlendirilebilir. Destek görenlere düşecek payın belirlenmesinde bazı tablolardan yararlanılabilirse de, somut olayın özelliklerine dikkat edilmelidir.*

(3) Destek ölmeseydi, muhtemel bakım gücünün devam süresiyle, destek gö-

renin/ görenlerin ihtiyaç süresi belirlenmelidir. Desteğin bakım gücüne sahip olduğu süre boyunca, destek görenlerin mali/ihtiyaç durumlarında meydana gelebilecek muhtemel değişiklikler de göz önünde tutulmalıdır. Fiilî bakım süresi de önem taşıyabilir.

En fazla, ölenin bakım gücüne sahip olduğu süre boyunca, destek görenin desteğin yardımından yoksun kaldığı kabul edilebilir. Desteğin bakım gücüne sahip olduğu süre, onun iş görebilirlik ve yaşama süresiyle de yakından ilgilidir. Ortalama yaşama süresi bazı tabloların yardımıyla bulunabilir. Fakat her hâlde desteğin kişisel durumu (özellikle sağlık durumu, icra ettiği meslek) göz ardı edilmemelidir. İş görebilirlik süresinin ise, mutlaka kişinin emekli olabileceği süre olarak düşünülmesi doğru değildir. Emekli olduktan sonra da kişinin destek sıfatını taşıması mümkündür. Desteğin bakım gücünün, genellikle iş görebilme süresinin sona ermesiyle birlikte ortadan kalkacağı kabul edilmesi isabetli değildir. İş görebilme süresinin sona ermesiyle birlikte, desteğin, gelirinde genellikle bir azalma olursa da, giderlerinde de azalma meydana gelir. Desteğin tek kazancının, emekli maaşı olmadığı, taşınmaz kirası, mevduat faizi gibi gelirlerinin de bulunabileceği unutulmamalıdır. Bakım gücünün iş görebilme süresiyle sınırlandırılması, özellikle ev hanımlarının bakım gücünü açıklamak bakımından da yeterli ve gerçekçi değildir.

*Ortalama yaşama sürelerinin belirlenmesinde, bazı tablo ve istatistiklerden yararlanmak mümkün ise de, uygulamada sıklıkla kullanılan ve 1931 yılında Fransa'da hazırlanmış bulunan P. M. F. tablosundan yararlanmak doğru değildir. Salgın hastalıkların yeryüzünde hâlen kol gezdiği ve ortalama yaşama sürelerinin kısa olduğu bir dönemde, kadın – erkek ayrımı yapılmadan hazırlanan bu tablonun kullanılması doğru değildir. Daha yakın tarihli tablolardan yararlanılması yerinde olur.*

Bakım ihtiyacının devam edeceği süre de göz önünde tutulmalıdır. Destek gören sıfatını taşıyan çocuğun yeterli gelir elde etmeye başlaması, dul kalan kadının sosyal hayat seviyesine tekrar kavuşmasına yol açacak şekilde evlenmesi bakım ihtiyacını ortadan kaldırabilir. Ya da bakım ihtiyacı içinde olan destek görenin ortalama yaşama süresinin uzunluğu da değerlendirilmelidir.

Fiilî bakım ilişkisinin süresi de değerlendirilmelidir. Örneğin bir çocuğa lise eğitimi boyunca destek olunmakta ise, mezuniyet ile birlikte fiilî destek ilişkisi de sona erer.

Bakım gücünün, bakım ihtiyacının ya da fiilî destek ilişkisinin hangisinin süresi daha kısa ise, destek ilişkisinin devam süresi de o kadar olur. Bu süre herhâlde bakım gücünün devam süresi kadardır.

(4) Destek görenin zararını ortadan kaldıran veya azaltan sebepler varsa, bunlar da zararın hesabında dikkate alınmalıdır.

Ölüme bağlı olarak elde edilen menfaatler üç grup altında incelenebilir. Birinci gruba, doğrudan denkleştirmeye ilgili olmayan, destek görenlerin bakım ihtiyacını ortadan kaldıran menfaatler girer. Bunlar, miras, sigorta, mal rejimi, maddî tazminat, üçüncü kişilerden gönüllü olarak sağlanan menfaatlerdir. Bu menfaatler, destek görenlerin bakım ihtiyacını kaldırdıkları ölçüde zarar azalır veya tamamen ortadan kalkar. Destek görenin elde ettiği bu menfaatler, doğrudan doğruya denkleştirmeye ilgili değil, zarar şartının gerçekleşip gerçekleşmemesiyle ilgilidir. Bu gruba giren menfaatlerin ortak özelliği, ölüm sonucunda, destek görenlerin malvarlığına girmeleridir. İkinci gruba, denkleştirmeye tâbi olan ve desteğin ölmesi sebebiyle destek görenin sarfından tasarruf edinilen masraflar girer. Birinci grup menfaatlerden farklı olarak, bunlar denkleştirmeye tâbi olmakla birlikte, bakım ihtiyacıyla ilgili değildir. Zira bunlar, birinci gruba dahil menfaatler gibi, destek görenin malvarlığına girmez, zamanla onun malvarlığından çıkması da söz konusu değildir. Nihayet, desteğin ölümüyle elde edilebilecek üçüncü grup menfaat, manevî tazminat alacaklarıdır. Bunların, ne denkleştirmeye, ne de bakım ihtiyacıyla bir ilgisi vardır. Amaç ve niteliği manevî tazminatı, destekten yoksun kalma zararının hesabında, denkleştirme dışı bırakmayı zorunlu kılar.

Dul eşin evlenmesi, zararı azaltan hâllerden biridir. Yeniden evlenme ihtimali, eşin yaşına, çocuk sayısına, fizikî, sosyal özelliklerine, meslekî durumuna, malî gücüne göre değişiklik arzeder. Dul eşin yeniden evlenmesi, zararı azaltmak için bir yükümlülük veya külfet olarak değerlendirilemez.

Türk Borçlar Kanununda, destekten yoksun kalma tazminatı bakımından yapılan değişiklik ile kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri (emekli sandığı maaşı, malullük aylığı, ölüm sigortası aylığı) ile ifa amacını taşımayan ödemelerin zararın belirlenmesinde göz önünde tutulmayacağı ve bunların zarar veya tazminattan indirilmeyeceği esası benimsenmiştir (TBK 55). Böylece, zararın hesaplanmasında göz önünde tutulabilecek indirim sebepleri bakımından ayırım yapılarak, destek görenlerin durumu güçlendirilmeye çalışılmıştır. Kanunkoyucunun, zarar veren lehine sonuç doğurabilecek indirimlerin yapılmasını arzu etmediği anlaşılmaktadır. Fakat yapılan bu düzenlemenin zararın hesaplanmasına ilişkin esaslarla paralellik arzettiğini söylemek güçtür. Zira hükümde belirtilen kalemlerin indirilmemesi, bazen, gerçekleşmediği hâlde destek görenlerin zararların hesaplanmasına yol açacak niteliktedir. Diğer taraftan hükümde belirtilen kalemlerin sınırlı olup olmadığı da tartışmaya açıktır. Her ne kadar hükmün lafzında rücu edilemeyen sosyal güvenlik alacaklı ve ifa amacını

taşımayan ödemelerden söz ediliyorsa da, gerekçede zarar verenin ödüllendirilmesi sonucunu doğacak indirimlerin yapılmaması amacıyla söz edilmesi, sınırlı bir sayımın arzu edilmediği düşüncesini uyandırmaktadır.

*Destekten yoksun kalma zararının hesaplanmasında en çok tartışılan hususların başında, hangi kalemlerin zararın hesabında indirim tâbi tutulacağı, hangilerinin indirilmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Destekten yoksun kalma zararının maddî tazminat olması, destek görenlerin malvarlıklarında meydana gelen eksilme ölçüsünde zararın ortaya çıkmasına yol açar. Destek görenlerin sosyo – ekonomik durumlarında ne miktarda bir azalma meydana gelirse, zarar da buna göre belirlenir. Fakat bazen malvarlığında bir eksilme meydana gelmemesi (ya da çok düşük miktarda eksilme meydana gelmesi) ihtimali de mevcuttur. Bu gibi hâllerde, hangi kalemlerin zarardan indirilip indirilmeyeceğini tartışmak yerine, destek görenler lehine manevî tazminata hükmetmek daha isabetlidir. TBK 56/II hükmü, hâkime bu konuda esneklik tanımaktadır.*

## V. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATININ HESAPLANMASI

(1) Destekten yoksun kalma zararı, genellikle desteğin ölümüyle birlikte başlar ve zaman içinde tedricen oluşmaya devam eder. Farazî destek ilişkisinde ise zarar desteğin bakım gücüne sahip olduğu, destek görenin ise bakım ihtiyacı içinde olacağı zamandan itibaren doğmaya başlar. İleride meydana gelmesi muhtemel değişiklikler de dikkate alınarak desteğin bakım gücü kural olarak ölüm tarihine göre belirlenmelidir. Destek gören bakımından ise gerek ölüm anına gerekse hüküm tarihine göre değerlendirme yapılmalıdır. Zira ölüm tarihiyle hüküm tarihi arasında destek gören açısından tazminatın şartları hakkında değişiklik olabilir, durum daha belirgin hâle gelebilir.

(2) Zararın tespitinden sonra tazminat belirlenebilir. Tazminat miktarının üst sınırı zarar kadardır. Fakat tazminattan indirim sebeplerinin varlığı, zarar miktarından daha düşük bir meblağa tazminat olarak hükmedilmesi sonucunu doğurabilir. Zarar doğuran olayın meydana gelmesine, genellikle birden çok faktör etki eder. Tazminatın hesaplanmasında bütün bu faktörlerin birlikte değerlendirmesi gerekir.

(3) Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında, genel olarak tazminatın hesaplanmasında göz önünde tutulması gereken hükümler değerlendirilir. Türk Borçlar Kanununun tazminatın belirlenmesi ve indirilmesine ilişkin 51. ve 52. maddeler bu konuda yol gösterici niteliktedir. Kusurun ağırlığı, zarar görenin (desteğin) zararın doğumunda etkisinin bulunup bulunmaması, zarar görenin kusurlu sayılabileceği özel hâller (zarar görenin rızası, zararın doğmasına

veya artmasına sebep olma, tehlikeye atılma), destek görenlerin kusuru, üçüncü kişinin kusuru gibi sebepler tazminat miktarının hesaplanmasında (özellikle de indirilmesinde) göz önünde tutulur. Buna karşılık hakkaniyet düşüncesi ile tazminat miktarının indirilmesi imkânı TBK 55/I, c. son hükmüyle engellenmiştir.

*Türk Borçlar Kanunu 55/I, c. son hükmünde aynen “Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz” denilmektedir. Hüküm destekten yoksun kalma zararı ile bedensel zararları kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Fakat tazminat hukuku sisteminde hakkaniyet düşüncesiyle tazminatın artırılması imkânı bulunmamaktadır. Tazminatın takdirinde hâkimin elini kolunu bağlamak uygun bir yöntem de değildir.*

(4) Tazminatın hesaplanmasına ilişkin hükümler (TBK 51, 52, 55), gerek kusur sorumluluğu gerekse kusursuz sorumluluk hâllerinde uygulanabilir.

(5) Birden çok kişi de destekten yoksun kalma tazminatından sorumlu olabilir. Bu, zarara birlikte sebep olmaktan ya da bir kişinin zarara sebep olduğu hâlde diğerinin sebebiyet sermediği bir zarardan sorumlu olmasından kaynaklanabilir. Örneğin bir sürücü, desteğin ölümüne yol açarsa, haksız fiilden sorumlu olur. Fakat işleten sürücüden farklı bir kişi ise, kanun gereği (KTK. 85) işleten de sorumlu olur. Bunlara ek olarak, sigortacı da sorumlu tutulur. Bu kişilere destek görene karşı müteselsilen sorumludur.

(6) Zarar, ya aynen ya da nakden tazmin edilir. Destekten yoksun kalma tazminatının aynen tazmini genellikle güçtür ve uygulamada örneğine de rastlanmamaktadır. Destekten yoksun kalma tazminatına da, diğer tazminatlarda olduğu gibi, sermaye veya irat şeklinde hükmedilir (TBK 51). Prensip olarak, tazminata irat şeklinde hükmedilmesi, destek görenlerin ihtiyaçlarını daha iyi karşılar; ancak irat şeklinde tazminata hükmedilmesinin olumsuz yanlarının da bulunması, sermaye şeklinde tazminata hükmedilmesini daha uygun kılmaktadır. Medenî Kanun’un 176/III hükmü, tarafların mali durumunun değişmesi ve hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde, hâkime, iradın artırılması veya azaltılması imkânını tanımaktadır. Benzer bir hükmün, Türk Borçlar Kanunu’nun haksız fiile ilişkin hükümleri arasında da düzenlenmesinde yarar vardır. Bakım ihtiyacının kısa süre devam edeceği hâllerde de, tazminata, irat şeklinde hükmedilmesi daha isabetli olur.

Sermaye şeklinde tazminata hükmedildiğinde, iratlar sermayeye çevrilirken, sırasıyla, periyodik iratların her birinin miktarı, tazminat alacaklısının muhtemelen ne kadar süre irat alacağı, iratların karşılığının peşin ve toptan verilmesi

sebebiyle alacaklının elde ettiği faiz menfaatlerinin hesaplanarak indirim yapılmalıdır. Farazî desteğin ölümünde, tazminat sermayeye çevrilirken, muhtemel yaşama süresinin destek görenin hangi andaki yaşına göre belirleneceği sorunu ortaya çıkar. Bu durumda, destek görenin, desteğin ölümü anındaki yaşı dikkate alınmalıdır. Genel olarak, iratların sermayeye çevrilmesinde, ölüm tarihi dikkate alınmalıdır.

Destek görenin, toptan aldığı tazminatı, iyi bir şekilde değerlendirme imkânının bulunduğu hâllerde bakım ihtiyacı azalacağından, peşin ödemedi dolaylı faiz menfaatlerinin ardından ikinci bir indirim yapılabilir. Ancak, Türk hukuk uygulamasında genellikle, destekten yoksun kalma tazminatını çalışmayan dul eş ve küçük çocuklar talep ettikleri için, bu ihtimal genellikle gündeme gelmez.

Faiz, ölümle birlikte işlemeye başlar. Aynı esas, farazî desteğin ölümünde de geçerlidir. Destekten yoksun kalma tazminatına uygulanacak faiz, gecikme faizidir. Sorumlu, genel ilkeden ayrı olarak, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer. Faizin miktarı konusunda, 3095 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.

Destekten yoksun kalma tazminatı iki devrede hesaplanabilir. Birinci devre ölüm tarihiyle hüküm tarihi arasındaki zamanı kapsar. Bu zaman dilimindeki zararın tespiti daha kolaydır. İkinci devre ise, hüküm tarihinden sonraki zamanı içerir. Bu devre de, aktif ve pasif dönem olarak ikiye ayrılabilir. Aktif dönem, desteğin çalışarak gelir elde edebildiği dönemi, pasif dönem ise, desteğin emekli olup gelirin azalacağı süreyi ifade eder.

(7) Destekten yoksun kalma tazminatı genellikle haksız fiil biçiminde ortaya çıkar ve TBK 72 hükmünde düzenlenen zamanaşımına tâbi olur. Buna göre destekten yoksun kalma tazminatı talebi destek görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlenmesinden başlayarak on yıllık sürenin geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Görüldüğü gibi, zamanaşımı bakımından, diğer zararlar hakkında geçerli olan esaslar, destekten yoksun kalma tazminatı bakımından da geçerlidir. Ancak, özellikle farazî destek olan çocuğun ölümünde tazminat talebinin tâbi olduğu zamanaşımı özellik gösterir. Ana ve baba, çocuğun ölümünden bir süre sonra bakım ihtiyacına düşerlerse, zarar, ölüm anında değil, ihtiyaca düşüldüğü anda meydana gelmeye başlar. Bu yüzden, zamanaşımının üst sınırı olan on yıllık süre geçmeden ana ve baba bakım ihtiyacı içine düşerlerse, yine de tazminat talep edebilirler.

*Gerek zararın gerek tazminatın hesabında pek çok kriterin, tablonun ve faraziyenin göz önünde tutulması bazı tereddütlerin uyanmasına sebep olabilir: Acaba bu kadar kriter, tablo ve faraziyenin değerlendirilmesi suretiyle hesaplamak yerine tazminatı maktu bir bedel olarak tayin etmek mümkün olabilir mi? Türk – İsviçre hukuk sisteminde zararın hesaplanması gerektiği için maktu bir tazminata hükmedilmesi imkânı yoktur. Fakat örneğin İngiliz hukukunda bazı hâllerde, özellikle de farazî desteğin ölümünde maktu bir tazminata hükmedilmesi kabul edilmektedir (bkz. 1846 tarihli Fatal Accidents Act).*

# § 25 MANEVİ TAZMİNAT DAVALARINDA YARGITAYIN GELİŞTİRDİĞİ KRİTERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Av. Başar YALTI\*

Sevgili arkadaşlar, herkesi sevgiyle, saygıyla selamlıyorum. Bana 15 dakika süre verilmiş, yetebilir de, fazla da gelebilir, nasıl baktığımıza bağlı. Konunun başlığı çok geniş, hem de tumturaklı: “*Manevi Tazminat Davalarında Yargıtayın Geliştirdiği Kriterlerin Değerlendirilmesi*”. Ben konuyu biraz daha sınırlandırmak istiyorum. Konuyu, yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı çerçevesinde değerlendireceğim. Yayın yoluyla yapılan, görsel olsun, yazılı olsun, hatta internet yoluyla yapılan yayınlarda kişilik haklarına saldırı ortaya çıktığı zaman istenebilecek manevi tazminatlardaki Yargıtay’ın geliştirdiği kriterlerden tespit ettiklerimi burada sizlere arz edeceğim.

Benim burada dayanacağım yasal dayanaklar Türk Medeni Kanununun 24 ve 25. maddesi, bir de Borçlar Kanununun 49. , yeni Borçlar Kanununun da 58. maddesidir. Bu maddelere baktığımız zaman, öncelikle Medeni Kanunun 24 ve 25 nci maddelerinin kişilik haklarına saldırı bakımından çok geniş koruma imkânı getirdiğini görüyoruz. Bir kere bunu saptamamız gerekiyor. 24. madde hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir, diyor ve ondan sonra da kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızasının daha üstün nitelikli özel bir kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğunu belirterek, bunu vurgulamış oluyor. 25. Madde de ise bu saldırıların önlenmesinin, son verilmesinin hakimden istenebileceğini ve hukuka aykırılığın tespitinin istenebileceğini belirtiyor. Daha sonra da maddi ve manevi tazminat istenebileceği açıklanıyor.

Oradan Borçlar Kanununa geçiyoruz. Orada 49. madde malum şahsi menfaatlerin haleldar olması başlıklı, bunun yeni kanundaki karşılığı 58. Madde. İçerik olarak hiç değişiklik yok, sadece Türkçeleştirilmiş, ama ortadaki bir fıkra çıkarılmış. Onda da bence hiçbir sakınca yok, çünkü zaten eski 43, yeni 51’e göre o ilkeler zaten var.

1 Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyesi

Bu genel çerçeveden baktığımızda benim Yargıtay tarafından geliştirilen ilkelere yönünden şu tespitlerim var: Zaten hepinizin bildiği şeyler, birincisi manevi tazminatın bölünemeyeceği ilkesi. Manevi tazminatla ilgili bu ilke, Yargıtay'ın en eski kararlarından bugüne kadar istikrarlı bir biçimde sürdürdüğü, kabul ettiği bir ilkedir. Bazen, hani uyanık davranan avukat arkadaşların da önünü kesecek şekilde kararları var. Örneğin, bir dava açıp, onu müracaata bırakıp, açılmamış sayılmasına karar verildikten sonra tekrar yeni bir davayla, zamanaşımı süresi içinde tabii ki, manevi tazminatı yükseltmek isterseniz Yargıtay bunu dürüstlük kuralına aykırı bularak kabul etmiyor. Demek ki, birinci ilke bu, sıralamayı tabii herkes kendine göre değiştirebilir.

İkincisi, takdir edilecek tazminat miktarının zenginleşmeye yol açmaması ilkesi. Zaten biliyorsunuz bizim hâkimlerimiz -hâkim bey duymasın-cimridir. Tazminat istenirken vatandaşlar, Amerika'daki veya Batı hukukundaki yüksek miktarlı tazminatları basından duyup, bizde de öyle olabileceğini zannediyorlar. Avukatları bu anlamda sıkıştırıyorlar. Zor durumda kalıyoruz. Gerçi bu son zamanlarda özellikle aile hukuku konusunda, boşanmalarla ilgili tazminatlarda kısmen yükselme var, ama diğer konularda mahkemelerin son derece cimri olduğunu hepimiz biliyoruz. İşte bu ilke gözetiliyor, zenginliğe yol açmama ilkesi. Hükmedilecek para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek, tazminata benzer bir fonksiyon olan özgün bir niteliktir, filan gibi bir sürü karar var elimde. Yani tazminat zenginleşmeye yol açmamalıdır. Bizim takip ettiğimiz bir davada, açıklamasını en sona bırakacağım, Yargıtay'ın hem cimriliğini, hem de bu konudaki bence gereksiz bir tutumunu gösteren örnek nitelikte, yeni sonuçlanmış bir davada size canlı olarak anlatacağım.

Bir başka ilke ise, tazminatın belirlenmesinde kişilik hakkına saldırı oluşturan eylem ve olayın özelliği tazminat belirlenirken dikkate alınması ilkesidir. Bu ilke kriter olarak şunları koyuyor: Kusur oranı, tarafların sıfatı, işgal ettikleri makamla diğer sosyal ve ekonomik durumların dikkate alınarak tazminatın belirlenmesi gerektiği. Bu ilke de istikrarlı biçimde sürüp gidiyor. Hâkime, yasanın takdir hakkı tanıdığı durumlarda Medeni Kanun 4. maddesini uygula deniliyor, yani karar verilirken hakkaniyet ilkesi uygulanacak. İşte hakime tanınan takdir hakkıyla yorum bazen birbirine karışıyor. Cimrilik de buradan mı başlıyor veya yargıcın yaşam tarzına göre mi değerlendiriliyor, onu zaman olsa da uzun uzun tartışsak.

Manevi tazminat davalarında verilecek tazminat belirlenirken veya kişilik haklarına saldırı bakımından, uzun yıllardan beri değişmeyen bir ilke de şu: Kamuyuna mal olmuş kişilerin sert eleştirilere katlanma yükümlülüğü, bunu hepimiz biliyoruz. Yani özellikle siyasi kişilikler bakımından örneğin, Başbakan veya bir

siyasi partinin lideri veya belediye başkanı, hatta hatta şimdi tanınmış sanatçılar filan gibi kamuoyunda geniş şekilde tanınan kimselerin eleştiriye katlanma yükümlülüğünü, sert eleştirilere katlanma yükümlülüğünü Yargıtay hep gözetmiş, bugün de uygulama aynı şekilde devam ediyor, ama bunun nasıl değişebileceğini söyleyeceğim.

Kamu yararıyla kişilik haklarının çatıştığı noktada bir başka ilke, kamu yararının öncelik taşıyacağı anlayışı, Yargıtay'da hâkim. Kamu yararıyla kişilik haklarının çatıştığı noktada, Yargıtay basın yayın hakkını daha öncelikli tutuyor, ama böyle bir ilkeyi, yani basın özgürlüğünü kamu yararı açısından daha önde tutuyor, ama basın özgürlüğünün de sınırlarını belirliyor. Yargıtay, bir başka ilke olarak, basın haber verme görevini yerine getirirken birtakım ölçütlere uymak zorundadır, diyor. Bunlar nedir? Gerçeklik, güncellik, kamu yararı, toplumsal ilgi, konuyla ifade arasında düşünsel bağlılık bulunmalıdır, diyor. Bu kriterleri de istikrarlı biçimde Yargıtay arıyor.

Bir başka ilke de şu: Özellikle tazminattaki para miktarı belirlenirken her olayı kendine özgü koşullar içerisinde değerlendirerek çözüme bağlanması gerekir, diyerek geniş bir takdir hakkı yaratıyor.

Yargıtay'ın başka bir ilkesi de hukuk hâkiminin kural olarak ceza mahkemesinin beraat kararıyla bağlı olmadığı yolundaki ilkesidir. Bundan önceki toplantıda bu konu biraz tartışıldı, ama ceza mahkemesinin hükmüyle bağlıdır konusunda da geliştirdiği bir kriter var. Yani ceza mahkemesinin mahkûmiyet hükmüyle bağlı, fakat beraat hükmüyle bağlı değildir, ama buna aykırı, yani mahkûmiyete aykırı şekilde karar verdiğini biz bizzat yaşadık. Yani bizim mahkûm ettirdiğimiz, ceza hukuku bakımından mahkûm ettirdiğimiz bir dosyada mahkeme tabii ki tazminat kararı verdi, Yargıtay bozdu bu kararı, sonra Dairenden bir üyeyle bunu bir şekilde konuştuğumuzda nasıl oldu filan dedi. İşte oluyor demek ki...

Bir başka ilke daha söyleyeyim. Tahrik ilke olarak Borçlar Kanunu 49. maddesindeki kusurun ağırlık vasfını değiştirmez diye bir ilke benimsemiş durumda Yargıtay.

Bir de dava ehliyetinin geniş olarak değerlendirilmesi ilkesi, bu da belki de en son ilke onu söyleyeceğim, politik tutumla bağlantılı... Orhan Pamuk davasında hatırlarsanız öyle bir ilke geliştirildi. Yargıtay, kişilik haklarına doğrudan saldırı olmasa bile matufiyeti daha geniş yorumlayacak şekilde o davayı kabul etti. Buna benzer başka davalar da var.

Şimdi son bir ilke söyleyeceğim arkadaşlar, hâkimlerin politik tutum ve görüş-

lerine göre yorum ilkesi, bir de tabii toplumdaki siyasi eğilimlere göre yorum ilkesi... Maalesef zaten hukuku politikadan ayırarak düşünmemiz bizi yanıltır. Hukuk galiba politikanın uzantısıdır. Politik tutumun en kolay saklandığı yer hukuktur. Bugün de uzun tutukluluk sürelerini hep tartışıyoruz, hep hukuk çerçevesinde tartışıyoruz. Hiç öyle değil, şöyle bir örnek var: Biliyorsunuz Türkiye’de iki tane 12 Eylül oldu. Birisi 12 Eylül 1980, birisi de tam 30 yıl sonra 12 Eylül 2010, 12 Eylül 2010 yılı Anayasa referandumunda temel amaç hukuka müdahaledir. Ne oldu? Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulunun yapısı değiştirildi, Anayasa Mahkemesinin yapısı değiştirildi. Daha sonra çıkartılan yasalarla Yargıtay’ın ve Danıştay’ın yapısı değiştirildi, hâkimler değiştirildi. Şimdi ondan sonra bakın, iki – üç karar burada okuyacağım. Benim tespit ettiğim şimdi üç tane karar var. Basın yoluyla kişilik haklarına saldırıdan dolayı uğranılan manevi tazminatta, maganda sözcüğüyle bağlantılı olarak Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bunun hukuka aykırı olmadığına karar veriyor ve kararı onaylıyor. Ama karar düzeltme aşamasında, demin bütün söylediğim bu ilkeler aynen korunarak ve yazılarak bu anlama gelmeyeceği, tam tersine dava konusu yazının başlığındaki maganda sözcüğüyle içeriğinde yer verilen sözler ve anlatım eleştiri sınırlarını aştığından davanın kişilik haklarına saldırı olgusunun gerçekleştiği sonucuna varılıyor. Yani, demin o söylediğim ilkelere aynen uyuyor, ama tersi yorum yapıyor. Karar düzeltme aşamasında eski kararını kaldırıyor ve kararı bozuyor. Çünkü Yargıtay’daki dairedeki hâkimler değişti.

Başka bir karar yine hâkimler değiştikten sonra, Yargıtay görüşünün değiştiği karar Abdullah Gül davası. Musa’nın Gülü davası. Onları da çok belirtmek istemiyorum, ama sonuç olarak yine uzun uzun 24. madde, 25. madde, Medeni Kanun oralarda tamam, ama davanın konusu ne? Daha önce durmak yok, yola devam hakkındaki genel girişten sonra evet diyor, durmak yok bu slogandan sonra, ama işte şuna, şuna da durmak yok, yola devam şeklinde bir eleştiri yazısı var. Onu normal olarak önceki kararda eleştiri sınırları içerisinde gören Yargıtay daha sonra bu nedenle davacılar yararına uygun miktarlarda manevi tazminata hükümlenmek gerekirken davanın reddini onaylayan kararı kaldırıyor, bozuyor. Bu Yargıtay kararının altında da iki tane yine karşı oy var.

Bir başka örnek daha vereyim. Yine yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı. Karar düzeltme aşamasında eski kararını kaldırıyor ve aynı gerekçelerle bu sefer tersine bir yorumla diyor ki: *“Efendim, bu kişilik haklarına saldırı oluşturur, eleştiri hakkını aşmıştır”* diyor.

Şimdi bizim canlı olarak yaşadığımız ve yeni sonuçlanan bir davadan söz edeceğim. Cimrilik konusunu özellikle belirtmek için bu dosyayı yanımda da getirdim. Tabii isim yine vermeyeceğim, ama olayın konusu şu: Bir internet sitesin-

de bir kişi bir tanınmış yazara, Ermeni bir yazara destek için düzenlenen imza kampanyasında imzası olduğu için saldırmıştır. O imza kampanyasında imzası bulunan bizim Müvekkil için kendi internet sitesinde (o da aslında az çok tanınan birisidir), işte diyor ki: *“Paris’in Pigalle’inde, Londra’nın Soho’sunda, Amsterdam’ın Kırmızı Fenerli Sokağında iletişim kurmak için yabancı dil bilmeye gerek yok, bunlar hep parayla satılan insanlardır. Parayla burayı imzalamıştır, Avrupa Birliğinden para almıştır”* filan diyor. Biz de bunu dava ettik, söylenenler kişilik haklarına saldırıdır diye. Mahkeme burada 5 000 lira manevi tazminata hükmetti. Yargıtay bozdu. Yargıtay’ın bozma gerekçesi kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminat ödetilmesini isteyebilir, yargıç manevi tazminatın tutarını belirlerken saldırı oluşturan olayın, eylem olayın özellikleri, kusur oranı, sıfatı filan dedikten sonra bu 5 000 lira çoktur dedi. Ondan sonra tabii mahkeme Yargıtayın bozma kararına uydu. Bu kez, 4 000 liraya karar verdi. Karar temyiz edildi. Pat onaylandı, geldi. Yani aylarca bu mahkemeler uğraştı, biz uğraştık, kendileri uğraştı, hepsi 1 000 lira için. Orada, artık tetkik hâkimleri midir, fazla meşgul oldukları için, sayın üyelerimiz midir, olup bitenin farkında olamıyorlar anlayamıyorum. Yani 1 000 lira için aylarca yine tekrar uğraştık. Davanın hâkimi uğraşiyor, bizler uğraşıyoruz, karşı taraf uğraşiyor, Yargıtay uğraşiyor... Aslında kriterler değişmiyor, hakimlerin bakış açıları değişiyor. Hakimlerin bakış açısının nasıl ve niçin değiştiğini ise yukarıda anlatmaya çalıştım. Bu tür durumların uygulamada en çok sıkıntısını ise avukatlar çekiyor.

# § 26 TEHLİKE SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN<sup>1</sup>

## I. TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ

### 1. Toplumsal Yaşamdaki Gelişmeler

1. Erken dönem sanayi toplumlarındaki toplumsal, ekonomik ve teknik farklılaşma beraberinde zarar tehlikesi yaratan faaliyetler giderek çoğalmış ve tehlikeler artmıştı. Bunlara paralel olarak kentsel yerleşim yerleri artmaya, bu yerlerde yaşayan nüfusun yoğunlaşmaya başlamış; üretim tarzı –küçük zanaatçılıktan sanayi tipi üretime– dönüşmüştü<sup>2</sup>.

2. Bu gelişmeler sonucunda artan ulaşım gereksinimi için önce buhar sonra petrol gücü ile çalışan motorlu araçlar (lokomotifler, otomobiller), hava taşıt araçları; enerji gereksinimi için elektrik ve gaz üretim ve dağıtım şebekeleri hizmete alınmıştı. Gelişmeler bunlarla bitmiyordu. Günümüze değin gözlemlenebilen radyoaktif maddelerin barışçıl –enerji üretimi, tıbbî– amaçlarla kullanımının yaygınlaşması, gen teknolojisinin geliştirilmesi, genetik olarak değiştirilmiş organizmaların gündelik yaşama sokulması, artık sıradan bilgilerdir.

### 2. Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler

3. İlk sorumluluk hukukuna “kusur ilkesi” egemendi<sup>3</sup>. O dönemde de hukuk dünyası kusurdan bağımsız sorumluluk olgularının varlığından haberdardı. Bunlar kusur çağrışımı yapan “haksız fiil benzerleri” (Quasi Deliktum) olarak adlandırılmaktaydı<sup>4</sup>. Zamanla gelişen kanunlaştırma hareketinin sorumluluk anlayışının temeli de kusur ilkesine dayandırılmıştır<sup>5</sup>.

1 Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

2 **Oftinger**, K.: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Zürich 1975; 11; **Widmer**, P.: “Gefahren des Gefahrensatzes, zur Problematik einer Allgemeinen Gefährdungshaftung im Italienischen und Schweizerischen Recht”, ZBJV (1970), Bd. 106/8, sh. 289 vd. (ZBJV 1970), 292; **Koçhisarlıoğlu**, C.: “Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi”, Dicle Ü. HFD, 1984/2, sh. 175 vd. [objektif] 188.

3 Artık kusurlu sorumluluk bir başına egemen değildir. von Bar’a göre, tehlike sorumluluğu, kusur sorumluluğunun yetersiz kalarak boşalttığı yapay bir zeminde, ikincil düzeyde ve kusur sorumluluğunun ikamesi olarak yapılanmamıştır. Aksine, o, tamamen bağımsız, kusur sorumluluğu ile eşdeğerde ikinci bir sorumluluk alanıdır (1992, 386).

4 Bkz. **Erişgin**, Ö. : Roma Hukuku’nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), Ankara 2002, 1 vd. Keza bkz. ve krş. **Ogorek**, R.: Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert, Schriften zur neueren Privatrechtsgeschichte, Bd. 22, Köln/Wien 1975 48 vd.

5 Krş. Ogorek, 48. Gerçi bunların ya “kamu emniyeti bakımından hukuk sistemine ithal edilmiş düzen hükümleri” ya da çözümü kusur karinesine bırakılan sorunlar olduğu belirtilmektedir. Bkz. Ogorek, 49 ve aynı sayfada dn. 5 ve 6’da anılan yazarlar. Fakat, bu erken dönem kusurdan bağımsız sorumluluk olguları, ender olarak

4. Bu anlatılanlardan, tehlike sorumluluğunun hiç fark edilmediği sonucu çıkartılmamalıdır. Gerçekten, daha o sıralarda tehlike sorumluluğuna ilişkin görüşler belirtilmekte ve geliştirilmekte<sup>6</sup>, hattâ tehlike sorumluluğu düzenleyen öncü kanunlar ve mahkeme kararları bulunmaktadır<sup>7</sup>.

5. Hattâ o dönem tehlike sorumluluğunun öncüsü sayılabilecek *tehlike ilkesi*-nin de doğum dönemidir. Bu ilkeye göre, bir tehlikeye sebep olanın ortaya çıkan zararı da karşılaması gerekir<sup>8</sup>. Günümüzde de tehlike sorumluluğunun kabulünün temelinde, ağırlıklı olarak tehlike ilkesinin yattığını söylemek yanlış olmaz<sup>9</sup>. Ama, tehlike ilkesinin erken dönemde anlaşıldığı saf halinden –ve bugün kusur ya da objektif özen yükümlülüğünün ihlâline dayanan olağan sebep sorumluluğunda ayrıştırılarak çeşitli anlaşılma biçimlerinden– biraz daha farklı ve şiddetli olan “özel ağırlıktaki tehlike” olarak...

## II. TEHLİKE SORUMLULUĞUNUN TEMEL ÖZELLİKLERİ

6. Açık bir gerçek var ki, tehlike sorumluluğu, en ağır sorumluluk türüdür. Gerçi tehlike sorumluluğunda sorumluluk, kusura ya da objektif özen ödevinin ihlâline bağlanmış değildir ve de bağlanamaz. Çünkü tehlike sorumluluğu olgularında; sorumlu, her türlü özeni gösterse, gereken önlemleri almış olsa bile çoğu zaman zarardan kaçınmak mümkün olmaz<sup>10</sup>. Fakat, o, sırf bu yüzden “sonuç sorumluluğu” ya da “mutlak sebep sorumluluğu” olarak da nitelendirilmez<sup>11</sup>.

gerçekleştiği düşünülen, olağanüstü, istisnai olaylar olarak nitelenerek, ilk kanunlaştırma örnekleri olan büyük kanunlarda düzenlemekten kaçınılmıştır (bkz. ve krş. Ogorek, 49). Keza Erişgin, Quasi Delicta, 1 vd.

- 6 Bkz. **Bienenfeld**, R.: Die Haftung ohne Verschulden, Berlin u. Wien 1933; 13 vd. Ogorek, 48 vd. , 61 vd. ; **Strickler**, H.: Die Entwicklung der Gefährdungshaftung: Auf dem Weg zur Generalklausel?, St. Gallen, Bern 1983 17 vd.
- 7 Nitekim ilk kez 1838’de Prusya’da yürürlüğe konan Demiryolu Kanunu ile tehlike sorumluluğu yasal çerçeveye kavuşturulmuştur. İzleyen –bugüne dek uzanan– dönemde tehlike sorumluluğunu konu alan kanunlaştırmaların giderek arttığı gözlemlenebilmektedir. 1838 tarihli Prusya Demiryolu Kanunu ve diğer hususlarda bkz. Bienenfeld, 13 vd. Ogorek, 48 vd. , 61 vd. ; Strickler, 17 vd.
- 8 Larenz, VersR 1963, 597; **Larenz**, K./C. W. **Canaris**: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2: Besonderer Teil, 13. Aufl., München 1994, 605; **Kötz**, H.: “Haftung für besondere Gefahr –Generalklausel für die Gefährdungshaftung–”, (AcP 1970), 20 vd.; **Fikentscher**, W.: Schuldrecht, 7. Aufl., Berlin/Newyork 1985, 783; Bienenfeld, 29 vd.
- 9 **Esser**, J.: Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. Aufl., München 1969. (Gefährdungshaftung), 110 vd.; **Larenz**, K.: “Die Prinzipien der Schadenszurechnung”, JuS 1965, 373 vd. (JuS 1965), 374; Larenz/Canaris, 605; **Tandoğan**, H.: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981 (kusura dayanmayan), 5; **Stark**, E. W.: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (n. ...), n. 953; **Deutsch**, E.: Haftungsrecht, Bd. I, Köln/Berlin/Bonn/München 1976, 29; **Deutsch**, E.: “Das Recht der Gefährdungshaftung”, Jura 1983/12, 617 vd. (Jura 1983), 617.
- 10 Esser, Gefährdungshaftung, 50 vd. , 90 vd. ; Deutsch, 29-30; von Caemmerer, Reform, 14; Larenz/Canaris, 606; **Stark**, E. W.: “Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts”, ZSR (1967), NF Bd. 86/II , 1 vd. (ZSR 86), 109; Tandoğan, kusura dayanmayan, 41; **Eren**, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 12. B., Ankara 2010 (2010), 454, 455.
- 11 Tehlike sorumluluğunun saf sebep sorumluluğu olduğu yönünde örnek olarak bkz. **Kloepfer**, M.: Umweltschutzrecht, 3. Aufl., München 2004, § 6 n. 83.

7. Hukuk siyaseti açısından bakıldığında, her tür sorumlulukta olduğu gibi, burada da meydana gelen bir kaybın, zarar görenden başka bir kişiye (fail ya da tehlike yaratana) taşınmasını haklı gösterecek “değer (yargısı)” açıklanmalıdır. Yarar ve yüklerde (külfetlerde) denklik / orantılılık, hukuka aykırılık, illiyet bağı, egemenlik alanı, anormallik ve garanti gibi düşünceler, kusura dayanmayan sorumlulukların tümünde olduğu gibi tehlike sorumluluğunda da sorumluluk esası olarak ileri sürüle gelmiştir<sup>12</sup>.

8. Hukuk siyaseti açısından tehlike sorumluluğuna dair düşüncelerin etrafında toplandığı iki ön kabulden söz edilebilir: (1) Sosyal zorunluluk: Sorumluluk olgusuyla (tehlikeli madde, tesis ya da işletmeyle) sosyal temasın kaçınılmazlığı ve vazgeçilmezliği anlamında tehlikenin kabulü için sosyal zorunluluk<sup>13</sup> ve de (2) Egemenlik ve yarar sağlama: Sorumlunun sorumluluk konusuna (olgusuna: maddeye, tesis ya da işletmeye) müdahale olanağı<sup>14</sup>.

9. Tehlikeliliği belirlemek için, olay öncesinde ve ne de sonrasında, somut olarak belirlenen bir tehlike kavramına başvurulmaz. Bunun yerine, kendisine sorumluluğun bağlandığı olgunun yer aldığı çevrede önceden soyut olarak belirlenebilir bir tehlike kavramından hareket edilir<sup>15</sup>. Bu kavram iki yönlü bir değerlendirilmenin ürünüdür. Buna göre, her tehlikenin bir nitel ve/veya bir de nicel yönü vardır<sup>16</sup>. Nicel yönüyle tehlike kavramı, zararın gerçekleşme olasılığındaki sıklık ve yüksekliği ifade eder. Bu anlamda tehlike sayılara dökülen yansımaları sahiptir. Buna karşılık, nitel yönüyle, zararın şiddetini, yoğunluğunu, büyüklüğünü ve ağırlığını gösterir<sup>17</sup>.

12 Bu konudaki ayrıntılı bilgiler için bkz. Bienenfeld, 49 vd. ; Tandoğan, kusura dayanmayan, 5-6; Koçisarlıoğlu, objektif, 243 vd.

13 “Teknik gelişmelerle kaçınılmaz olarak etkilenen günümüzdeki sosyal yaşam koşullarında belirli faaliyet ve tesisler, gereken tüm özen gösterilse bile doğurdıkları tehlikelere tam olarak egemen olunamaz ve üçüncü kişilerin zarara uğramaları hemen daima kaçınılmaz ise de, bunlar gerçik vazgeçilmez ve bu yüzden bunlara izin vermek zorunludur.” (Brüggemeier, G.: Deliktsrecht, Baden-Baden 1986, n. 28).

14 “Ama bu riskleri bilerek (bilinçli olarak) böyle bir tehlike kaynağını (kamuya) açan kişi de, somut olayda kusurunun ispat edilip edilememesine bakmaksızın (önem verilmeksizin) bundan doğan zararları tazmin etmeye hazır olmalıdır. Böyle bir işletmenin müteşebbisinden, riskleri değerlendirme ve muhtemel zarar verici olaylar için – özellikle sigortalama yoluyla-tedbir alma durumunda olması rahatlıkla (haklı olarak) beklenilir.” (Brüggemeier, Deliktsrecht, 1986, n. 28).

15 Larenz/Canaris, 605; Deutsch, 366; Bienenfeld, 135 vd. ; Tandoğan, kusura dayanmayan, 27, 41 vd. ; Deutsch, Jura 1983, 618; Hübnner, U.: “Die Bestimmung des Ersatzpflichtigen in der Gefährdungshaftung nach dem Kriterium der abstrakten Gefahrbeherrschbarkeit”, Beim Karlsruher Forum 25., VersR 1983/34 (A), 125 vd., 129.

16 Oysa, Ulusan’a göre, “sadece... tehlike yaratma yoğunluğu veya olağanüstü niteliği gözönünde tutulmayarak oluşan tehlikenin onu yaratan etkene yani tesise, girişime, faaliyete özgü bir nitelik taşıması tehlike sorumluluğunun kurulması için yeterli sayılmak gerekir.” (Ulusan, İ.: “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, MHAD [1970], Yeni Seri, Y. 4/6, sh. 23 vd. [tehlike], 38).

17 Deutsch, 189; Oftinger, 20 vd. ; Larenz/Canaris, 607; Keller, M./S. Gabi-Bolliger: Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. II: Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1988 [Keller/Gabi], 206; Tandoğan, tehlike, 7; ayy. , kusura dayanmayan, 26; Stark, n. 956; Deschenaux, H./P. Tercier: Responsabilité

10. Sıklıkla gözlemlenmektedir ki, tehlike sorumluluğu öngören yasalarda, sorumluluk için tutar itibarıyla en yüksek (azamî) sınır belirlenmektedir. Belirlenen sınıra kadar tehlike sorumluluğu kuralları geçerli tutulurken, sınırın üzerindeki zararlarda kusur sorumluluğuna dayanarak tazminat istenmesi yolu açık tutulur. Bu, mantıklı sebeplere dayanılarak açıklanabilmektedir. İlk olarak tehlike sorumluluğu ile sorumluluğun ağırlaştırılmasını telafi etme için uygun bir yöntem olarak görünür. Sonra, sorumluluk öznesi için, sorumluluğun malî olarak taşınabilirliği açısından elverişli bir yöntem olarak gereklidir. Çünkü sorumluluğu gündeme gelebilecek her hukuk öznesi gibi onun da malî gücünü katlanılmaz ağırlıkta aşan bir sorumluluk rizikosuna karşı korunmaya gereksinimi bulunduğu düşünülmelidir. Başka bir açıdan da, sorumluluğun en yüksek sınırı, dağıtıcı adalet fikrini somut olay bağlamında güncelleştirme işleviyle zarar verici olayın yarattığı malî yükün topluma yayılmasının (sosyalizasyonun) bir göstergesidir. Son olarak, sigortalanabilirliği sağlama işlevi gördüğü belirtilmelidir. Gerçekten, sorumluluk sınırı konulmakla, sorumluluk rizikosunu sigortalanabilir hale getirmek, sigorta tekniğine uyumlaştırmak amaçlanır. Yoksa miktar itibarıyla sınırsız bir riski üstlenmeye hazır bir sigorta ortaklığı bulunamaz<sup>18</sup>.

11. Türk hukukunda, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 85. maddesiyle motorlu araç işletenin sorumluluğu; 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununun 133 vd. maddelerinde sivil hava aracı işletenin sorumluluğu; 3634 sayılı Millî Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu m. 62-63'de askerî manevralar ve atışlardan doğan zararlardan dolayı devletin sorumluluğu; 6326 sayılı Petrol Kanununun 86. maddesine 1702 sayılı Petrol Reformu Kanunu ile eklenen ikinci fıkrasında petrol hakkı sahibinin petrol ameliyelerinden doğan zararlardan dolayı sorumluluğu tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmiştir. Ayrıca 2872 sayılı Çevre Kanunu 28 nci maddesiyle, 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu 14 ncü maddesiyle daha yakın tarihlerde tehlike sorumluluğu olgularını düzenlemişlerdir<sup>19</sup>.

---

civile, 2. éd., Berne 1982; § 2 n. 38; **Tiftik**, M.: Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, B. 2, Ankara 2005, 31-32.

18 Bu konularda bkz. Stark, n. 400.

19 Daha 1980'li yıllarda Türk hukukunda ihtiyaç duyulduğu ifade edilen tehlike sorumluluğu halleri için bkz. Tandoğan, kusura dayanmayan, 14 vd. ; ayy. , tehlike, 311. Keza Eren, 2010, 458. Ulsan, daha o tarihlerde ihtiyaçların giderilmesi için özel kanunlar ya da hükümler değil, tehlike sorumluluğuna ilişkin genel hüküm önermektedir (tehlike, 57).

### III. YENİ BK 71'İN UYGULAMA ALANI

#### 1. Genel Olarak

12. Bu madde yasalaştırılırken<sup>20</sup>, öğretide karşıt konumlarda savunulan tehlike sorumluluğu “özel hükümler” mi, “genel hükümler” mi düzenleme gerektirir tartışmasını gündemden düşürebilecek bir karma bir düzenlemeye karar verildiği gözlenmektedir<sup>21</sup>.

13. Madde özel tehlikeli işletmelere özgü tehlike sorumluluğu düzenleyen bir genel hüküm (fık. I)<sup>22</sup> ve aynı nitelikteki işletmelere özgü fedakârlığın denkleştirilmesi için tali bir genel hüküm (fık. IV)<sup>23</sup> içermektedir. Ayrıca, özel yasalarda düzenlenmiş olan mevcut özel tehlike sorumluluğu olgularına ilişkin hükümleri saklı tutan bir gönderme yapılmaktadır (fık. III).

14. Ayrıca madde her iki genel hüküm için de ortak öge oluşturur biçimde düzenlenen “önemli ölçüde tehlike” kavramını belirleyici unsurlar içermektedir (fık. II). Son olarak, artık doğal sayılabilecek diğer bir düzenleme ile de yeni tehlike sorumluluğu olguları için kıyas yasağını kaldıran bir hüküm (fık. II, cüm. 2) öngörülmüştür.

#### 2. Tehlike Sorumluluğu İçin Genel Hüküm: YBK 71/I

##### a) Sorumlu kişi: Malik ve İşleten

15. Sorumluluk kaynağı olarak “bir işletme faaliyeti”ni esas alan YBK 71, ilk başta “işleten”i sorumluluk öznesi kabul ettiği izlenimi vermektedir. Ancak, dikkat edildiğinde, asıl sorumlu olarak “malik”in ve varsa “işleten”in de malikle müteselsil

20 YBK 71, İsviçre’de sonuçsuz kalmış İBK Ön Tasarısı 50’den büyük ölçüde etkilenilerek hazırlanmıştır. Esasında İBK-ÖT 50 de, İtalyan MK 2050 emsal alınarak tasarlanmıştır. Bu konuda bkz. **Widmer**, P./P. **Wessner**: Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts - Erläuternder Bericht, Bern 2000, 139; **Oertel**, C.: Objektive Haftung in Europa: Rechtsvergleichende Untersuchung zur Weiterentwicklung der verschuldensunabhängigen Haftung im europäischen Privatrecht, Tübingen 2010, 307. Tehlike sorumluluğuna genel hükümlerle düzenleme getirdiği kabul edilen İtalya MK (Ccitt) 2050’ye göre “Doğası gereği ya da kullanılan araçlar nedeniyle tehlikeli olan bir faaliyet yürütülürken başkasına zarar veren kişi, zararı engellemeye elverişli tüm önlemleri almış olduğunu kanıtlamadıkça, bu zararı tazminle yükümlüdür.”

21 Aynı görüşte **Helvacı**, İ.: “Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğa İlişkin Hükümler”, HPD 2005, S. 4, 101-108, 106. Hatemi/Gökayla, TBK 71 ile “gerçek tehlike sorumlulukları için özel düzenlemelere atf yapmakla yetinen ve tehlike sorumluluğu adı altında bu hâller için yetersiz kalan bir hakkaniyet sorumluluğu getir”ildiği görüşündedirler. Bu yazarlar, aynı yerde, tehlike sorumluluğunun düzenlenmesi için özel düzenleme yönteminin yeğlenmesi gerektiği görüşü açıklamaktadırlar (**Hatemi/Gökayla**: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 146.)

22 Bkz. BK Tasarısı m. 70’in gerekçesi. Keza bkz. örnek olarak **Antalya**, G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, 643.

23 **Korkusuz**, R.: “Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2010, 204.

sorumlu kabul edildiği görülmektedir. Böylelikle yasa koyucumuzun, zarar görenleri tazminatsız bırakmamaya yönelik güncel anlayışa yöneldiği söylenebilir<sup>24</sup>.

16. Sorumlu sıfatını “malik”e verme, öteden beri sorumluluk hukuku öğretisinde *şekli ölçüt* olarak nitelendirilmektedir. Böyle bir ölçüt, sorumlunun belirlenmesinde göreceli olarak kolaylık sağlar. Gerçekten, işletme hemen çoğu zaman bir taşınmaza bağlı olacağından maliki tapu sicilinden belirlemek kolay olacaktır. Diğer hallerde de, mülkiyetin aidiyetini eşya hukuku ölçütleriyle belirleme göreceli bir kolaylık sağlayabilecektir.

17. Bu ölçüt, işletmenin üçüncü bir kişi tarafından işletildiği hallerde dahi aynı kolaylıkla iş görebilecekti. Ne var ki, işletmeyi üçüncü bir kişinin işletmesi halinde yalnız maliki sorumlu tutmak, birçok durumda somut olay adaletine hizmet etmeyecektir. Bunun sebebini egemenlik ve yararları elde edenin külfetlere katlanması düşüncesinden hareketle açıklamak mümkündür. Bu anlamda, sorumlu her durumda malik olsaydı, hem işletmenin tehlikelerine egemen konumda bulunan hem de tehlike gerçekleştiğinde işletmenin –ihtimâl ki, malikten çok daha fazla– yararlarını toplayan işleten, sorumluluğun malî yükünü –kısmen de olsa– taşımaktan kurtulabilecekti. Bundan daha önemlisi, bu durumun zarar gören tarafta yaratacağı olası sonuçtur: Zarar gören(ler), zararı karşılamaya yetebilecek ekonomik güçten yoksun malike karşı göstermelik kalacak hukuksal koruma olanağı kullanacak; belki davayı kazanacak, ama aldığı karar sonuç vermeyebilecekti.

18. Bir de tersten bakalım ve diyelim ki, düzenleme yapılırken tek sorumluluk öznesi olarak işleten seçilmiş olsaydı. Bu kez, malike sorumluluğun mali yükünden sıyrılmak için hareket alanı bırakılmış olacaktır. Açıkça malik malî gücünü, sorumluluğun yaratacağı yüklerle ayırmak istemeyecek; bu yüzden, maliki olduğu işletmeyi sınırlı bir ekonomik gücü olan üçüncü bir kişiye işletmeye verebilecektir. Böylelikle, malik, tazminat ödeme –ve diğer maliyetlere katlanma– riskini kendi üzerinden sorumluluğun malî yükünü taşımak için yeterli imkânları bulunmayan işletenin sırtına aktarabilecektir. Dahası, malik, kanuna karşı hile yoluyla, aynı sonuca ulaşabilmek için malvarlığıyla sınırlı sorumlu bir sermaye ortaklığı kurabilecektir. Anlaşılan o ki, üçüncü kişiye işletmeye verme halinde, tek sorumlu seçimi, her olasılıkta aynı –sorunlu– kapıya çıkmaktadır: Zarar göreni malî açıdan zayıf bir sorumlu ile karşı karşıya bırakma.

24 Bu eğilimi gösterir açık ya da örtülü görüşleri için bkz. ve krş. örnek olarak Esser, J.: “Grundfragen der Reform des Schadensrechts”, AcP (1943), Bd. 148, 121 vd. [AcP 1943], 122; Esser, J.: “Die Zweispurigkeit unserer Haftpflichtrechts”, JZ 1953/5, 129 vd. (JZ 1953), 129; Oftinger, K.: “L'évolution de la responsabilité civile et de son assurance dans la législation suisse la plus récente”, Mélanges offerts à R. Savatier, Paris 1965, 723 vd. [l'évolution] 736; Zweigert, K./ Kötz, H.: Die Haftung für gefährliche Anlagen in den EWG-Ländern sowie in England und den Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen 1966 (gefährAnl.), 60 vd. ; Koçhisarlıoğlu, objektif, sh. 188. Keza bkz. ve krş. Tiftik, 14-15.

19. Bu noktada TBK 71'deki sorumluluk düzenlemesinin dayandırıldığı yarar – yük (nimet – külfet) denkliği düşüncesinin isabetli görüldüğü söylenmelidir. Öyle ya, mademki, kendisinin yararlarını topladığı, fakat başkaları için özel tehlikeye arz eden bir faaliyette bulunmakta izinli sayılmaktadır, bu ayrıcalığın karşılığı (bedeli/külfeti) olarak sorumluluğa katlandırılarak durum dengelenmelidir<sup>25, 26</sup>. Yalnız sorumluluk öznesi için daha titiz bir seçim yaparak “işleten” kavramının benimsenmesinin yerinde olacağı eklenmelidir.

## b) Sorumluluk Olgusu (Kaynağı): Önemli Tehlike Arzeden Bir İşletmenin Faaliyeti

### aa) Bir İşletme Faaliyeti

20. Bu “sorumluluk olgusu” ögesi, sorumluluğun uygulama alanının sınırlandırılması ve böylelikle belirlenmesi işlevi görmektedir. Daha tasarı aşamasında YBK'nda sorumluluk olgusu olarak “*önemli ölçüde tehlike arzeden bir faaliyet*” gösterilmekteydi. Bu metin eleştirilirken, sorumluluğun sınırlarını hemen hiç belirlenemeyecek hale getiren bir düzenleme olduğu ileri sürülmekteydi<sup>27</sup>. Eleştirileri dikkate alan yasa koyucu tasarı metnini gözden geçirmiş ve “*önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyeti*” ifadesine yer verilen metin yasalaştırılmıştır. Bu suretle, yasa koyucu, o tarihte tasarladığı genel hükümle yargıca bırakmak üzere olduğu alanı, hukuksal güvenlik kaygısıyla daraltmak istemiştir<sup>28</sup>.

25 Bkz. ve krş. Widmer/Wessner, 19, 146; **Şen Doğramacı**, H.: “*Tehlike Sorumluluğu*”, Eskişehir BD 2007, S. 14, 69. Keza bkz. karşılaştırmalı hukuktan çeşitli örneklere atıflarla **v. Bar**, C.: Gemeineuropäisches Delikt-rechts, Bd. 2: Schaden und Schadenersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe, München 1999. (v. Bar, 1999), n. 325 vd.; **Schwarz**, A. B.: Borçlar Hukuku Dersleri, C. 1, (Çev.: B. Davran), İstanbul 1948, 102. Ayrıca bkz. ve krş. AvustMK-ÖT § 1302: “(1). ...Tutucu, tehlike kaynağında özel bir yarara sahip olan, onun masraflarını taşıyan ve onun üzerinde fiili egemenlik kullanan kimsedir.”

26 von Caemmerer'e göre, zarar gören, kendisi için tamamen rastlantısal, öngörülemez ve hesaplanamaz, bu yüzden de kaçınılmaz bir riskten kurtarılmalıdır. Çünkü, böyle bir risk, O'nun için teknik dünyanın yarattığı bir risk olup, genel kaza sigortası yoluyla ortadan kaldırılamaz. Hem böylece, işletenin bu yolla (genel kaza sigortası yoluyla) sübvans edilmesine gerek kalmaz. İşleten, tehlike kaynağına egemen olup, ondan yarar sağlayan kişi olarak masrafları da üstlenmelidir (von Caemmerer, Reform, 15-16). Ne var ki, günümüzdeki piyasa koşulları ve fiyat belirleme tekniği gereği, işletenin tazminat ödeme risklerini de dahil ederek yaptığı maliyet hesabıyla, tazminat ödeme yoluyla oluşan masraflarını, nihai olarak potansiyel zarar görenler üzerine yansıtacağı da bir gerçektir. Bkz. Tandoğan, Tartışmalar, Sorumluluk ile Sigorta Hukuku ve Uygulama Açısından Türkiye'de Deniz Kazaları Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar, 13-15 Ekim 1982, İstanbul), Ankara 1983, 98-99; **Sanlı**, K. C.: “*Kusursuz Sorumluluk Halleri*”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu - Makaleler - Tebliğler (Der.: M. M. Inceoğlu), İstanbul 2012, 78.

27 Çavuşoğlu Işintan: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, madde 66 (Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu Morali/ Çavuşoğlu Işintan/İpek/Yaşar/Koç), İstanbul 2005, 47; **Büyüksağış**, E.: “*Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler*”, Dokuz Eylül Ü. HFD C. 8 (2006), S. 1, 10.

28 **Atamer**, Y. M.: “*Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler*”, HPD 2006, S. 6, 22; **Üçışık**, G.: “*Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural İle Düzenlenmesi*”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2010, 143.

21. Genel dil kullanımında “faaliyet” kavramı, “işletme” ya da “işletme faaliyeti” kavramlarına göre daha kapsayıcı ise de, YBK 71 bağlamında sınırlayıcı işlev görmektedir. Burada “*faaliyet*” kavramının işlevi, sorumluluğun “bir fiil”e dayandırılmayacağını anlatmaktır. Bu bakımdan, bir fiilin değil, esas itibarıyla belirli bir amaca yönelik, böylelikle bütün görüntüsü veren filler dizisi olarak “faaliyet”in esas alınmış olduğu gösterilmektedir. Ayrıca “*Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutul*”masını da bir gereklilik olarak anan TBK 71/II de bu anlayışı desteklemektedir.

22. Genel dil kullanımındaki geniş anlamıyla faaliyet kavramının kaplama alanını sınırlama düşüncesinin ürünü olarak eklenen “*işletme*” kavramıyla, yasa koyucu her faaliyetin sorumluluk kaynağı oluşturamayacağını ifade etmiştir. Böylelikle denmektedir ki, “işletme kavramıyla bağdaşmayan faaliyetler sorumluluğa yol açamaz”. Bu anlamda, hekimin, muhasebecinin, avukatın basit teknik araçlar kullandığı faaliyetlerine YBK 71 uygulanamaz<sup>29</sup>.

23. “*İşletme*”, örgütlü bir ekonomik faaliyette bulunulduğunu anlatan bir kavramdır. Hukuk dünyasında ticaret hukukunun tanınmış “*ticarî işletme*” kavramını anımsatır. Ne var ki, güncel yasa koyucunun kavramı ticaret hukukundaki anlamıyla algıladığı düşünülemez; böyle olsaydı, YBK 71 düzenlemesi, amaçlanandan daha dar bir uygulama alanına sıkıştırılmış olurdu. “*İşletme*”nin “*ticarî*” olmasını aramayan YBK 71 metninden yasa koyucunun, kavrama böyle bir anlam yüklememiş –böyle bir anlam için ilham kaynağı oluşturacak işaret vermemiş– olduğu sonucu çıkartılmaktadır. Kavramın kaplama alanının daha geniş olduğu ve böyle belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

24. Bu söylenenlerden sonra sorumluluk hukukunun amaçlarına uygun genel bir işletme kavramı üretilmek istenirse, “*ekonomik yarar sağlayan örgütlenmiş (organize) bir yapı ve bu yapı içerisinde bulunan çeşitli öğelerin bileşkesi*” önerilmeye değer görünmektedir. Bu temel üzerine inşa edilecek YBK 71 anlamındaki işletme kavramıyla, “*önemli tehlike arzeden ekonomik bir faaliyete –sevk ve idare için– yön verebilecek bir egemenlik alanı ve bu alanda önemli ölçüde tehlikeliliğe esas alınabilecek çeşitli öğelerin organize edilmesi (örgütlenmesi)*”nin anlatılmak istendiği söylenebilir.

25. YBK 66/III’de adam çalıştırmanın sorumluluğunu ağırlaştıran bir düzenlemeye yer verilmiş bulunmaktadır. “Organizasyon sorumluluğu” olarak da adlandırılan bu düzenlemede bir işletmede adam çalıştırmanın belirli bir organizas-

29 Büyüksağış, 10; Korkusuz, 201.

30 Kılıçoğlu, 353; Sanlı, 77.

yona muhtaç olduğu, böyle bir organizasyonun yokluğu ya da eksikliği halinde adam çalıştırmanın sorumluluğu sonucu doğacağı öngörülmüş bulunmaktadır. Bu düzenlemeyle, sözleşme dışı sorumluluk bakımından işletme, zarar tehlikelerini önleyici tedbirlerle yapılandırılmış bir örgüt yapısı (organizasyonu) olarak tanımlanmaktadır<sup>31</sup>. Fakat YBK 71’de düzenlenen işletme, –YBK 66/III anlamındaki işletmeden farklı olarak– önleyici tedbir almanın yüksek özenle donanmış bir uzman için bile mümkün olmadığı kabul edilerek tehlike sorumluluğuna tâbi tutulmaktadır.

26. Bu cümleden olarak “işletme faaliyeti”nden, yalnız sermaye ve insan gücü (emek) ile değil, bunların yanı sıra işletme denilen ortama dahil edilen malzeme, araç ve gereçler, kullanılan teknikler (yöntemler) ile bir ekonomik amaç uğruna düzenli olarak yürütülen ve devam etmekte olan faaliyette bulunma anlaşılmalıdır. Bu anlatıların çerçevesinden bakıldığında, el sanatları ya da basit araçlarla gerçekleştirilen ekonomik faaliyetlerin YBK 71’in uygulama alanı dışında kalacağı açıklığa kavuşmaktadır. Keza, yukarıda da belirtildiği gibi, bir hekimin bireysel olarak yürüttüğü tıbbî tedavi faaliyeti tehlike sorumluluğu kaynağı olarak yorumlanamayacaktır. Buna karşılık, özel tehlike arz eden teknolojik aygıtların, söz gelişi nükleer tıp araçlarının kullanımını gerektiren bir işletme organizasyonu içerisinde faaliyette bulunuyorsa, hekimlik faaliyeti için de YBK 71 uygulanabilecektir<sup>32</sup>.

27. YBK 71 için bir sınırlayıcı açı da “işletme faaliyeti” deyişinin özünden çıkartılabilmektedir. Gerçekten bu deyiş, özü itibarıyla, henüz faaliyette bulunmayan (faal olmayan) veya faaliyetleri askıya alınmış, artık yasaklanmış ya da terk edilmiş durumda olan bir işletmeden sorumluluk doğmayacağı şeklinde anlam vermeye müsait oluşudur. Bu açıdan, YBK 71, *durum sorumluluğu* değil, kaynağında faal (işletilmekte) olan bir işletme faaliyeti bulunan zararlardan tehlike sorumluluğu niteliğinde *işletme sorumluluğunu* düzenlemektedir<sup>33</sup>.

28. O halde, yeni Türk hukukuna göre, özel tehlike arz etse de içerisinde faa-

31 Bu bakışla YBK 66/III, tehlikeleri önleyici tedbirler almanın mümkün olduğu; işletenin, işletmedeki zarar tehlikesini önleyici organizasyonu kurduğunu ve bunun mükemmel işlediğini ispat etmekle sorumluluktan kurtulabileceği varsayımına dayanmaktadır. Gerçi, kuramsal olarak işletenden böyle bir kanıtlanma beklemek kavramın mantığı gereğidir. Fakat pratikte bunun gerçekleşmesi olayların çoğunda imkânsızdır. Gerçekte, somut olayda özenle davranarak tüm tedbirleri aldığı kanıtlanma yükü, işleten için, çoğu zaman sonuçsuz kalacak, göstermelik bir şans halini alacaktır. TBK 71 benzeri İtalya MK 2050 bağlamında da işletmenin “zararın önlenmesi için alınabilecek teknik ve insani bütün tedbirlerin organizasyonu” olduğu yönünde açıklama ve bu bağlamda benzeri yorum için bkz. Will, M.: Quellen erhöhter Gefahr, München 1980, 188.

32 Krş. Büyüksağış, 10; Korkusuz, 201.

33 Bu anlam da, karşılaştırmalı hukukta, özellikle Alman hukukundaki tehlike sorumluluğu öğretisine yabancı değildir. Bu, Türk/İsviçre hukukundaki olağan sebep sorumluluğunu tanımayan Alman hukuk öğretisinin baş vurduğu “durum sorumluluğu” – “işletme sorumluluğu” ayırımından kaynaklanmaktadır. Orada, bizde olağan sebep sorumluluğu sayılan hallerin çoğu “durum sorumluluğu” olarak tehlike sorumluluğu sayılmaktadır.

liyet bulunmayan belirli bir durumdan, bir faaliyet içerisinde kullanılmayan nesneden veya tesisten ya da salt faaliyetten veyahut duran (faaliyette bulunmayan) işletmeden değil, özel tehlike arz eden bir işletme faaliyetinden ya da faaliyetteki işletmeden kaynaklanan zararlardan dolayı sorumluluk düzenlenmektedir<sup>34</sup>.

## bb) Sorumluluğun Esası: Önemli Ölçüde Tehlike

### aaa) Genel Belirlemeler

29. Toplumsal ilişkiler içerisinde sıradanlaşmış olan, bu ilişkiye katılan herkes için eş ağırlıkta karşılaşılan, katılımcıların birbirine karşı yönelttiklerinde farklı yoğunluk ve ağırlıkla ortaya çıkmayan tehlikelere olağan, genel ya da normal tehlike denir<sup>35</sup>. Tehlike sorumluluğuna bu niteliği veren, adının parçası olan “tehlike”nin gündelik yaşamda olağan (normal), alışılmış ya da sıradanlaşmış sayılabilecek düzeyi aşmasıdır. Bu noktanın vurgusu, “olağan dışı/üstü”, “özel”, “ağır” ya da “yüksek” gibi nitelendiriciler kullanılarak yapılmaktadır<sup>36</sup>.

30. Bu yüzdendir ki, tehlike sorumluluğu anlamında tehlike, genel bir tehlike (genel yaşam riski<sup>37</sup> ya da gelişim riski<sup>38</sup>) olarak değil, sorumluluk olgusuna özgü,

34 Yalnız dikkat edilsin ki, her durumda bir işletme faaliyeti çerçevesinde ortaya çıkmasa da ateşli silahlarla avcılık da tehlike sorumluluğuna tâbi tutulması gereken bir faaliyet niteliğinde görülmelidir. Bunun İsviçre’deki yasal örneği olan Av Yasası (Jagdgesetz) için bkz. A. Keller: Hafpflicht im Privatrecht, Bd. I, Bern 1993, 319 vd. Keza, TBK 71’e benzer düzenleme biçimiyle İtalya hukukunda da bu faaliyet, tehlike sorumluluğunun genel hükmünü öngördüğü belirtilen İtMK 2050’nin uygulama alanına dahil edilmektedir. Bkz. Oertel, 229.

35 Benzeri yönde bkz. ve krş. Oertel, 307.

36 Öğretilerde bu noktadaki önerilerde zengin bir çeşitlilik bulunmaktadır. Örnek anmak gerekirse: “yüksek tehlike kaynakları” (Will, 1981); “belirli nitelikteki tehlike” (Widmer); “olağan dışı (anormal) tehlike” (Fransız MK’da değişiklik için çalışma yapan ve bunu bir rapor halinde yayınlayan P. Catala’nın adıyla anılan Catala Ön Tasarısı (2006) (Catala ÖT) m. 1362); “yüksek tehlike” (Avusturya MK Değişiklik Ön Tasarısı (2005) § 1302); “alışılmışın ötesinde tehlike” (Avrupa Sorumluluk Hukuku İlkeleri (EGTL) için çalışma grubu (Tilburg Grubu) Önerisi m. 5. 101); “özel tehlike” (İsviçre BK Sorumluluk Hükümlerinin Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Kanun Değişikliği Ön Tasarısı m. 50) gibi. Görülmektedir ki, TBK 71’de de bu sonucuna benzeyen “önemli tehlike” terimi kullanılmıştır.

37 Sıfır risk (kayıp), imkânsızdır! Gerçekten de riski tamamen ortadan kaldırmak mümkün değildir. Bu yüzdendir ki, her olayda yaşamın her alanında az ya da çok kayba uğrama riski bulunur. Genel yaşam riskleri herkes için, genele yönelik ama gündelik yaşamın sıradan tehlikeleri / riskleri olarak nitelenebilir. Bunlara “yaşamın içindeki olağan riskler” de demek mümkündür. Yani toplumsal yaşama katılımın gerçekleşmesiyle birlikte karşılaşılabilecek olan zarar ya da kayıplara uğrama olasılıklarıdır. Bunlar bakımından riskin geliştiği ve gerçekleştiği somut olayın koşullarına göre, ya hiç sorumluluktan söz edilemez (evinde ayağı kayarak düşme sonucu yaralanma) ya da isteğe bağlı (ihtiyari) sigorta ödencesi –veya belki, olsa olsa kusur sorumluluğu– gündeme gelebilir. Genel yaşam riskleri hakkında bkz. Mädrich, M.: *Das allgemeine Lebensrisiko: Ein Beitrag zur Lehre von der Haftungsbegrenzung im Schadensersatzrecht*, Berlin 1980; Deutsch, E.: “Das ‘allgemeine Lebensrisiko’ als negativer Zurechnungsgrund”, FS Jahr, Tübingen 1993, 251-265. Larenz/Canaris (sh. 353)’e göre de, hukuksal sorumluluk “genel bir tehlikenin değil, özel bir ihlâl tehlikesinin gerçekleşmiş olması halinde ortaya çıkar; yoksa, “her zarar verici olay aslında az çok bir kaza niteliği taşır.”

38 Gelişim riskleri –veya medenî riskler ya da medeniyet riskleri– ise belirlenemezliğin, bilinemezliğin alanındaki risklerdir. Bilim ve teknolojinin gelişim düzeyine göre olayın meydana geldiği anda kendisi ve de önleme

tipik veya karakteristik tehlike olarak adlandırılmaktadır.

31. Yeni düzenlemede önemli ölçüde tehlikeyi tanımlamaktan özellikle kaçınılmıştır. Bunun mantıklı bir sebebi de vardır: Genel hüküm niteliğindeki bir kuralda tanım yapmak; o düzenlemeyi dondurmak anlamı taşır; oysa böyle bir düzenlemeyle amaçlanan, mahkemelere, güncel gelişmelere ve öğretilerdeki görüşlere bakarak her somut olaya göre uygulama yapabilme esnekliği ve genişliği bırakmaktır. Ne var ki, yargıca bırakılan bu alan, kaçınılmaz olarak, “özel tehlikelik” de denilen bu nitelikli tehlikenin belirlenmesi sorunu yaratacaktır. Bu sorun, uygulamacıya ışık tutacak ölçütler konularak aşılmaya çalışılmaktadır.

### bbb) Önemli Ölçüde Tehlikeyi Belirleyici Ölçütler

32. Güncel yasa koyucu da, TBK 71’de, yargıcın işini kolaylaştıracak iki ölçütü “önemli ölçüde tehlike”nin belirlenmesi sorununu çözüme bağlamaktadır. Bu ölçüt ikilisi için, öğretici, objektif ve sübjektif nitelendirmesi yapmaktadır. Bunların yanında diğer bir ölçüt olarak “kıyasî tehlike”den söz edilebilir. Biz bunu aşağıda ayrı bir başlıkta incelemekteyiz (bkz. 3).

33. *Objektif (normatif) ölçüt* ile bir işletmenin “sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli”liği (YBK 71/II, cüm. 1, birinci yarı) kastedilmektedir<sup>39</sup>. Bu “elverişlilik” belirlenmesinde, bu “işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler” de değerlendirmede dikkate alınmalıdır. Anlaşıldığı gibi, objektif (normatif) ölçüt ortaya çıkan sonuçtan bakışla tehlikenin “önemli”liğini belirleme işlevi görmektedir. O halde, mahiyeti gereği bir işletmenin, bir başına da

---

tekniki henüz bilinmeyen tehlikelerdir. Bunların hukukî sonucu –sorumluluğa yol açıp açmayacağı– tartışmalıdır. Bir görüşe göre, gelişim riskleri sorumluluk yaratmaz. Çünkü, bilinemeyende, belirsizlikte öngörülemezlik vardır. Öngörülemezlik ise, uygun nedensellik bağının kurulmasına engel olur –öngörülemezlik halinde, sorumluluktan da söz edilemez (Bkz. örnek olarak Büyüksağış, 15). İkinci görüşe göre ise, gelişim riskleri de sorumluluk kaynağı sayılmalıdır. Modern endüstri toplumunda risklerin kaçınılmaz olduğu ve fakat, risk-çıkarm (nimet -kulfet) ölçütü çerçevesinde, yaratmış olduğu riskten yarar sağlayan kişinin sosyal sorumluluğu bulunduğu düşüncesi, gelişim risklerinden sorumluluğun haklılık sebebini göstermektedir. Bunun anlamı, yeni teknolojilerin bulunması ve uygulanması sonucunda risk kaynağı oluşturması muhtemel olguların seçilmesi/belirlenmesi ve her olgunun (bir davranışın, faaliyetin vs.) gelecekte ortaya çıkaracağı risklerin, yani zarar doğurma ve bunun kadar kazanç şansı yaratma olasılığının dikkatle değerlendirmeye alınması zorunluluğudur. Pek çok faaliyete, özellikle büyük endüstriyel faaliyetlere girilirken risk değerlendirmesi yapılır. Bunun sonucu olarak değerlendirme hatası bulunsun (ihmal – özensizlik – dikkatsizlik ya da ihtiyatsızlık) ya da bulunmasın (gelişim riskleri – medeni(yet) riskler(i) / kusursuz sorumluluk ihtiyat ilkesi), risk bilinçli olarak üstlenilmiş olsun ya da olmasın, kişi giriştiği faaliyetin sonucunda başkalarına verdiği zararın sorumluluğunu taşımaktadır. Bkz. örnek olarak Korkusuz, 202; Erişgin N. : Çevre Kirletenin Hukuksal Sorumluluğunda İliyet Bağı, Ankara 2005, 94 vd. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Schrupkowski, R. : Die Haftung für Entwicklungsrisiken in Wissenschaft und Technik, Basel u. Frankfurt a. M. 1995

39 Tiftik, 31. Keza bkz. **Kurzkomentar** Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (Bundesamt für Justiz) [Kurzkomentar], 14. Keza Fransadaki Catala ÖT 1362’ye göre de “Aynı olayda çok sayıda kişiyi etkileyebilen ağır zarar verme tehlikesi (riski) yaratan bir faaliyet olağan dışı tehlikeli sayılır.”

tehlikeli olması mümkündür. Bunun için nükleer tesislerin örnek olarak gösterilmesi mümkündür. Fakat kimi işletmelerin tehlike sorumluluğu anlamında yüksek düzeyde bir tehlike arz eden faaliyet niteliği, çoğu beşerî faaliyette rastlanabileceği gibi, o faaliyette bu gibi “malzeme, araçlar ya da güçler”in kullanılmasından kaynaklanır<sup>40</sup>. Söz gelişi, girdi olarak zehirli etki yaratan bir kimyasal maddenin ya da yüksek gerilimli elektrik enerjisinin kullanılması bir faaliyeti tehlikeli hale getirebilecektir.

34. *Sübjektif ölçüt* ise, bir işletmenin faaliyetinden “... bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile...”, (YBK 71/II, cüm. 1, ikinci yarı) sıkça veya ağır zarar doğabilmesi demektir<sup>41, 42</sup>. Bu ölçütle sorumluluk, yüksek özen standardıyla donanmış bir uzmanın da önleyici tedbir almasının mümkün olmaması durumuna dayandırılmaktadır. Bunun olumlu ve olumsuz olmak üzere iki anlamı vardır.

35. a) Olumlu anlamıyla sorumluluğu kurucu işlev görmektedir. Bu açıdan, o işletme faaliyetinin, bilim ve tekniğin uzman bir kişi tarafından bilinebilir güncel kurallarına uyulmuş olması halinde dahi zarar doğurmaya elverişliliği demektir. Bilim ve tekniğin güncel kuralları, bilim ve teknikteki gelişmelerin geldiği düzeydeki tüm mevcut kurallar anlamına gelmektedir. Yalnız, bunların hangi andaki “mevcut kurallar” olacağı sorusuna, herhalde zararın meydana geldiği andaki mevcut kurallar yanıtını vermek gerekmektedir. Bu yanıt, tehlike sorumluluğunun mahiyetine uygundur.

36. b) Olumsuz anlamı ise, uzman bir kişi tarafından dahi bilinebilir olmayan zararı önlemeye elverişli (önleyici) tedbirlerin alınmamış olmasının işletene sorumluluk olarak yüklenebilir olmamasıdır. Bu sınırlayıcı anlam, sorumluluğu dışlama işlevi görmektedir. Bu hükmün diğer bir işlevi, girişimciyi ve seçeceği uzman kişileri yüksek bir özen için standart yükseltmeye zorlayacak olmasıdır. Daha açıkça, girişimci, önemli tehlike arzeden işletme faaliyetine girerken gerek kendisinden gerekse onun adam seçiminden beklenecek özen standardı yükseltilmiş bulunmaktadır. O, alanında uzman olan kişilerle çalışmak zorundadır. Elbette başlangıçtaki bu yüksek standart gereği ile yetinilemez. Aynı gereklilik faaliyet

40 v. Bar, 1996, n. 127 (s. 138).

41 Kurzkomentar, 14.

42 Bu açıdan tehlike sorumluluğuna, bir yandan, merkezinde özen yükümlülüğü kavramının yer aldığı tehlike kuralının sınırlandırılması işlevi yüklenmektedir. Bkz. Deutsch, 394; ayy. “Grundmechanismen der Haftung nach Deutschem Recht”, JZ 1968, 724; Kötz, H. : “Ziele des Haftungsrechts”, FS für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin/New York 1990, 661; **Petitpierre**, M.: “La responsabilité causale”, ZSR (1930), N.F. Bd. 49, 65a vd. [ZSR 1930], 80a; **Homberger**, A.: “Haftpflicht ohne Verschulden”, ZSR (1930), N.F. Bd. 49/3, sh. 1a vd. [ZSR 1930], 33a-34a. Öte yandan, böyle bir hükmün kabulüyle bugüne dek uğradığı zarara kendisi katlanmak zorunda kalan birçok mağdura tazminat yolu açılmaktadır. Bkz. ve krş. Tiftik, 14-15.

sürdürülürken de vardır. Bu yüzden, artık girişimci, ama asıl –ve daha önemli– olarak girişimcinin seçtiği uzman kişiler, o alana özgü tehlikeleri önleyici tüm tedbirlerle ilgili bilimsel ve teknolojik gelişmeleri takip etmekle zorunludurlar. Bu zorunlulukla gelen yüklerin ekonomik olarak taşınabilirliği, sorunun –burada ayırntılarına girilemeyecek– diğer bir kesitidir.

37. Öyleyse, denilmelidir ki, mahiyeti veya faaliyetlerinde kullanılan malzeme, araçlar ya da güçlerle birlikte değerlendirildiğinde bir işletmeden beklenen zararlar, kaçınılmaz, olağanüstü ve zor egemen olunabilir öyle büyük veya öyle yüksek ya da öyle sık gerçekleşmektedir ki, bu yüzden kendisine tehlike sorumluluğunun hükümlerini bağlamaktan başka çare bulunmamalıdır.

38. Son tahlilde **Gürsoy**<sup>43</sup>’un şu söylediklerine katılmamak mümkün müdür?: “Genel olarak makine, motor, elektrik ceryanının kullanıldığı teknik koşullar içerisinde çalışan fabrikalarda genellikle böyle bir tehlike vardır. Keza yakıcı, yanıcı, patlayıcı, madde imali veya bunların nakil veya muhafazasında, elde bulundurulmasında böyle bir tehlike mevcuttur. Motorlu taşıtların, uçakların, motorlu ve yelkenli her türlü deniz taşıt araçlarının her ne surette olursa kullanılmaları hatta bazan sadece elde bulundurulmaları böyle bir tehlikeyi tazammun eder.” Başka bir örnek de Avusturya MK Değişiklik Öntasarısı: “Özellikle nükleer tesisler, barajlar, petrol, gaz ve yüksek gerilim hatları, patlayıcı fabrikaları ve depoları, ayrıca hava taşıt araçları, demiryolu ve teleferik, motorlu kara taşıt araçları, motorlu deniz botları, madenler ve patlayıcılar yüksek tehlike kaynaklarıdır.” (AvMK-ÖT § 1302/2, cüm. 2).

39. Bu bağlamda vurgulanması gereken birkaç şey: YBK 71’e göre, bir atış poligonu işleten işletmenin veya bir av organizasyonu yapan işletmenin faaliyeti tehlike sorumluluğuna tâbi olacaktır. Fakat, unutulmamalıdır ki, avcılık faaliyeti –işletme faaliyeti sayılmasa da– bir başına tehlikeli bir faaliyettir. Yeni Yasa bu haliyle yürürlüğe girecek olursa, avcılık faaliyeti için YBK 71 uygulanmayacaktır. Oysa avcılık faaliyeti için de bir tehlike sorumluluğu tasarlanmalıdır. Hattâ, her ne amaçla olursa olsun –savunma hizmetleri dışında– bir silahı kullanma halinde bunun tutucusu ve/ya kullanıcısı için tehlike sorumluluğu tasarlanmalıdır.

### c) Hukuka Aykırılık

40. Her ne kadar tehlike sorumluluğunun incelendiği genel eserlerde, bu konu haksız fiiller çerçevesinde açıklansa da, gerçekte tehlike sorumluluğu olgularında “haksız”lıktan söz edilemez<sup>44</sup>. Çünkü haksız fiil kavramındaki “haksız”lık “fiil”e yönelik bir değerlendirmedir<sup>45</sup>. Oysa tehlike sorumluluklarında –İsviçre’deki Av

43 Gürsoy, K. T.: “İşverenin Sorumluluğu (BK. 332, İş K. 73)”, AÜHFED, C. 31 (1974), S. 1-4, 196.

44 Bkz. örnek olarak Şen Doğramacı, 76.

45 Bkz. örnek olarak Şen Doğramacı, 76.

Yasası düzenlemesi bir yana bırakılacak olursa<sup>46</sup>– sorumluluk kaynağı, esas itibarıyla bir “fiil” olmaz. İkinci olarak, tehlike sorumluluğuna tâbi tutulan sorumluluk kaynağı işletme, tesis, faaliyet ya da nesnenin ruhsata bağlı olgular olması, bunları hukuka aykırı saymayı engeller<sup>47</sup>.

41. Kaldı ki, kendisine tehlike sorumluluğu bağlanan olgularda tehlike, belirli bir yer ve zamanda meydana gelen, doğrudan tehlike kaynağına bağımlı ve ansızın ortaya çıkan (beliriveren) kazalar (*işletme kazaları*), diğer bir deyişle umulmayan haller görünümündedir<sup>48</sup>. Zaten bu yüzdendir ki, bunlara, “haksız” değil, “tehlikeli” nitelenmesi yapılmaktadır<sup>49</sup>.

42. Ne var ki, sorumluluk hukuku öğretisinde egemen görüş, hukuka aykırılığa ilişkin bağdaştırıcı anlayışı izleyerek, sonuca hukuken izin verilmemiş olmasından hareketle tehlike sorumluluğu hallerinde de hukuka aykırılık koşuluna yer verilmesini kabul etmektedir<sup>50</sup>. Bu görüş açısından gerçi tehlike sorumluluğu olgularının hemen tamamında işletmeye başlamak için izin (ruhsat) gerekmektedir. Bundan dolayı, haksız fiildeki davranışa tekabül eden sorumluluk kaynağı – olgusu– hukuka aykırı olamayacaktır<sup>51</sup>. Fakat faaliyete başlamak için alınan bu izin, sonradan, faaliyet yürütülürken zarar vermeye peşinen verilmiş genel bir izin sayılamaz. Nitekim motorlu araçlar da ruhsatla trafiğe çıkarılmaktadır, ama karıştığı trafik kazasından dolayı işleten sorumlu tutulmaktadır<sup>52</sup>.

43. Yeni düzenlemenin –tartışmasız– isabetsiz bulunan YBK 71/son fıkrasından hareketle işletme faaliyetlerinin izinli ve izinsiz olmak üzere bir ayırımı yapılabilir. Eğer hüküm bu haliyle kalacak olursa, , güncel yasa koyucunun tehlike sorumluluğuna ilişkin bu genel hükmünde hukuka aykırılığı bir koşul olarak aramış olduğu söylenebilir.

46 Bu Yasada bile, sorumluluk kaynağı “bir” fiil değil, esas itibarıyla fiiller dizisi olarak anlaşılacak “faaliyet”tir. Bkz. örnek olarak A. Keller: *Haftpflicht im Privatrecht*, Bd. I, Bern 1993, 319 vd.

47 Eren, 2010, 457.

48 Bkz. örneğin Esser, *Gefährdungshaftung*, 105 vd. ; Kötz, *Ziele*, 660; Esser/Weyers, *Schuldrecht*, Bd. II: *Besonderer Teil*, 7. Aufl. , Heidelberg, 1991, 642-643.

49 Esser/Weyers, 1991, 642-643. Haksızlık ya da hukuka aykırılık değil, talihsizliktir (Esser, *Gefährdungshaftung*, 105 vd. ; Kötz, *Ziele*, 660). Bu, tehlike sorumluluğu hallerini giderek genişletmektedir (Kötz, H.: “*Haftung für besondere Gefahr –Generalklausel für die Gefährdungshaftung–*”, AcP 1970, Bd. 170, 1 vd. [AcP 1970]).

50 Bu konularda bkz. Eren, 2010, 545-546. Yasa koyucunun da bu son görüşten hareket ettiğini gerekçedeki şu cümleden çıkartmak mümkündür: “...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.” Bkz. BK Tasarısı m. 70’in gerekçesi.

51 Widmer/Wessner, 19.

52 Atamer, 22-23.

#### d) Tipik Tehlikenin Gerçekleşmesi Olarak Zarar

44. Yeni genel hükümde kişiye veya şeye ilişkin, maddî ya da manevî zarar ayırımı yapılmaksızın her tür zararın tazmini istemi gündeme gelebilecektir<sup>53</sup>.

45. Yalnız saf malvarlığı zararlarının tazmin edilebilirliği her durumda güçlkle saptanmaktadır. Genelde bu kategori zararların tazmini tereddütle karşılanmaktadır. Yeni hüküm bağlamında tehlike sorumluluğu hallerinde saf malvarlığı zararlarının tazmin edilmeyeceğinde tereddüt etmemek gerekir<sup>54</sup>.

#### e) Tehlike Bağı<sup>55</sup>

46. Bir zararın tehlike sorumluluğu düzenleyen bir kuralın uygulama alanına girmesine *tipik (karakteristik) tehlike* denmektedir. Tipik tehlike, “her tehlike sorumluluğu olgusu (işletme, tesis ya da faaliyet) bir tehlike alanıdır” tasarımına dayanmaktadır. Diğer bir deyişle, tipik tehlike, hem “tehlikenin gerçekleşmesiyle meydana gelen zararlar”dan hangisinin “tazmin edileceğine” hem de zararın oluşum biçimine, daha açıkçası gerçekleşen tehlikenin, işletme faaliyeti ile yer ve zaman bakımından bağımlılığına işaret etmektedir<sup>56</sup>.

47. Tehlikenin *gerçekleşme (zararın oluşum) biçimi*, tehlike bağıını gösterecektir. Bu nokta, özellikle faaliyetin odağı olan, dolayısıyla organizasyon için karar merkezi niteliğindeki işletmenin teknik özelliklerinin, yani organizasyon merkezinin egemenlik altında tuttuğu ve yönetimini sağladığı teknik araç, aygıt, malzeme ya da güçleri dikkate almak demektir. TBK 71/II, cüm. 1’in de bu hususa işaret eden ifadesiyle “*işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutul*”acaktır. Bu duruma göre, yüksek gerilim enerjisi (elektirik) üretilen bir santralde çevrede dağılmış, birbirine dolanmış vaziyette durmakta olan kablolarla takılarak düşmekle uğranan zarar, tehlike sorumluluğuna tâbi sayılmayacaktır<sup>57</sup>.

48. İşletme faaliyetinin teknik cephesinin değerlendirmeye katılması, zararın oluşum biçimi hakkında bilgi edinilmesini sağlayacaktır. Zararın oluşum biçimi bilgisi, bilirkişiye –dolayısıyla yargıca–, “*bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli*”liği (TBK 71/II, cüm. 1) belirleme fırsatı verecektir.

53 Aynı yönde bkz. örnek olarak Kılıçoğlu, 355; Şen Doğramacı, 74-75.

54 Aynı görüşte Sanlı, 76.

55 Bu konudaki ayrıntılar için bkz. Erişgin, N.: “*Tehlike Bağı*”, AÜHFD, C. 49 (2000), S. 1-4, 137-154 [tehlike bağı]; tehlike bağı, 144 vd.

56 Bu ve diğer alıntılar ile diğer ayrıntılar için bkz. Erişgin, tehlike bağı, 148.

57 Benzer bir örnek için bkz. Sanlı, 76.

49. *Yersel bağıllık*, doğan zararın, sorumluluğun kaynağındaki olgu “çevresine giren yerlerde” oluşan etkenlerin sonucu meydana gelmiş olmasını olarak anlaşılmalıdır. Bu anlamda, tipik tehlike, bütün olarak o işletmede veya o işletmenin bir ya da daha fazla kesitinde yürütülen faaliyete özgü (karakteristik) bir tehlikenin gerçekleşmesi demektir. O halde, yüksek gerilim üretilen, kullanılan ya da dağıtılan bir enerji santrali; yüksek ısı ile çalıştırılan bir ergitme ocağı kullanılan demir çelik işletmesi; serbest kaldığında (sızdığında ya da çevreye bırakıldığında) önemli tahribatlara yol açabilecek kimyasallar üretilen petro-kimya tesisi; patlayıcı, parlayıcı ya da aşındırıcı özellikteki maddeleri üretme, depolama, dağıtma tesisleri bütünü ya da kesitleri itibariyle önemli tehlike arzeden işletme faaliyetleri olarak nitelendirilebilir.

50. Tehlike kaynağı oluşturan olguyla *zamansal bağıllık* ile, işletme faaliyetinin başladığı andan sona erdiği ana kadar geçen *zaman aralığında* böyle bir kaynaktan gelerek hukuken korunan varlık ve değerler üzerinde gerçekleşen olumsuz etkiler olarak meydana gelen zararların normun tehlike alanına girdiği kabul edilmektedir. Öyleyse, yüksek gerilim santrali üretim ve dağıtım sırasında yüksek gerilimin etkisiyle bir zarara yol açmışsa tehlike sorumluluğu hükmü uygulanacaktır. Fakat santral bakım, onarım ya da ömrünü doldurması gibi bir sebeple hizmet dışı iken bir zarara kaynaklık etmiş ise, artık TBK 71 uygulama alanı bulamayacaktır.

### 3. Kıyasî Tehlike: TBK 71/II, cüm. 2<sup>58</sup> (Tehlike Sorumluluğunda Yasal Kıyas)

51. Yeni TBK 71/II, cüm. 2 de kıyas yoluyla tehlike sorumluluğu uygulanmasını kabul etmektedir<sup>59</sup>. Böylelikle olması gereken gerçekleşmiş, eşit türlerin eşit

58 Bu konudaki ayrıntılar için bkz. Erişgin, 2000, 83 vd. ; Erişgin 1996, 275 vd.

59 Yürürlükteki sorumluluk hukuku çerçevesinde öteden beri öğretilen bir görüş taraftarlarınca, kusur ilkesine dayanan sorumluluk kuralı, tehlike sorumluluğu istisna; kusur sorumluluğunu düzenleyen BK 41 genel hüküm, tehlike sorumlulukları özel hükümdür Diğer bir ifadeyle, sorumluluk hukukunun boşluksuz olduğu ve bundan dolayı, tehlike sorumluluğunda kıyas olmayacağı kabul edilmektedir (Bkz. ve krş. örnek olarak **Oğuzman**, M. K./M. T. *Öz: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 1995, 466; *Enneccerus/Lehmann*, 928; *Strickler*, 100 vd. ; *Weimar, VersPraxis* 1972/1, 18). İstisnai bir düzenleme yargıç tarafından değil, yalnız yasa koyucu tarafından yapılmalıdır (Strickler, 102-103; **Bauer**, M.: “*Erweiterung der Gefährdungshaftung durch Gesetzesanalogie*”, FS für Ballerstedt, Berlin 1975, 311; **Koç**, N.: “*Genel Hükümler; Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri; Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri; Borçların İfası ve İfa Edilmemesinin Sonuçları; Zaman Aşımı; Teselsül*”, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri 20-21 Eylül 2011 İstanbul (TİSK Yay. Nu.: 318) Ankara 2012, **Koç**, N.: “*Genel Hükümler; Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri; Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri; Borçların İfası ve İfa Edilmemesinin Sonuçları; Zaman Aşımı; Teselsül*”, Çalışma Hayatı Açısından Yeni Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu Semineri 20-21 Eylül 2011 İstanbul (TİSK Yay. Nu.: 318) Ankara 2012, 73). Aksi halde, hukuki güvenlik zedelenebilecektir (Stark, *Schlussvotum*, 142). Kusur yoluyla kınamadan vazgeçerek, başka bir yol öngörmek sadece kanun koyucunun görev ve yetki alanındadır (Ofinger/Stark, II/2, §24 n. 23; *Larenz/Canaris*, 607; *Canaris, C. -W.*: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin 1964, 96, 361; *Oğuzman/Öz*, 1995, 636). Diğer bir deyişle, «kanunsuz kusursuz sorumluluk olmaz» (Koç, 73. Krş. Heck, P.: *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen 1929, 466).

Bununla birlikte bu konudaki aksi görüşe göre, eğer tehlike, özellikle çok sık ve çok ağır zarar doğurma

işlem görmesi sağlanmış olmaktadır<sup>60</sup>.

52. Burada amaçlanan, somut olayda belirlenen önemli tehlike arzeden bir işletme faaliyetinin, kendisine benzediği tehlike sorumluluğu olgusunu düzenleyen özel hükme altlanması, tâbi tutulması değildir. Yapılacak olan, yalnızca, somut olayla hakkında özel tehlike sorumluluğu hükmü bulunan olgu arasında kurulabilecek bir benzerlik ilişkisinin varlığını saptamaktır. Öyleyse yargıçtan beklenen, soyut bir kuralda özel olarak düzenlenen olgu ile somut olay arasındaki benzerliği belirleyince TBK 71/I hükmünü uygulamasıdır<sup>61</sup>.

53. Benzerlik nasıl belirlenecektir? Özel kanunlarla düzenleme, sorumluluğun uygulama alanının yasama yetkisi kullanılarak –ve yasayla– belirli kılınması anlamını taşırken, genel hükümle düzenleme, zaten hükmün uygulama alanını belirleme görevini yargıca verir<sup>62</sup>. Dolayısıyla, yargıç takdir yetkisini (MK 4) kullanılarak zarara yol açan bir olgunun tehlike kaynağı, böylelikle de tehlikeli bir olgu olup olmadığını belirleyecektir. Önüne gelen her olayda gerektiğinde bilirkişiye başvurma yetki ve görevi verilen yargıçtan, bizzat niteliğini tam olarak belirleye-

---

ihtimali olarak anlaşılıyorsa, bir olguya bu niteliği vermek için kanun koyucunun inisiyatif göstermesini beklemeye gerek yoktur. Bunun yerine, tehlike sorumluluğunun kusurdan bağımsız ve onun yanında bir sorumluluk temeli olarak düzenlenmesinin yargıca kıyas yoluyla tehlike sorumluluğu yaratma imkânı verebileceği kabul edilmelidir (BERICHT der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts, Zürich/Bern 1991, 27; Zweigert/Kötz, gefährAnl. , 49; Widmer, ZbJV 1974, 294; Will, 104; Ulsan, tehlike, 55; Helvacı, HPD 2005/4, 106. Krş. Koziol, 1975, 184-185; Deutsch, VersR 1971, 3; Böhmer, VersR 1971, 504. Ayrıca, istisnalara kıyasın mümkün olmadığı kuralı giderek aşılmaktadır (Deutsch, 1981, 325; bkz. ve krş. Medicus, 363; Hübner, VersR 1983/34 (A), 126). Tandoğan ise, Türk hukukunda henüz düzenlenmemiş olan sorumluluklara, hukuk sisteminin benzerliği nedeniyle, İsviçre hukukunda düzenlenmiş hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini kabul etmektedir (risque, 31). Keza bkz. Şen Doğramacı, 86). Bu çerçeveye alınabilecek, fakat biraz farklı diğer bir görüşe göre ise, en azından tehlike sorumluluğuna egemen olması gereken bir genel hüküm tasarlanıncaya değin, kanun koyucu böyle bir hüküm vaz etmediği sürece yargıcın kıyas yoluyla tehlike sorumluluğu yaratması imkânı bulunduğu kabul edilmelidir. Örneğin, Eren, genel hüküm biçiminde bir düzenleme yapılmıncaya kadar kıyası kabul etmektedir (2010, 458; ayy. , işkazası, 90 vd. , 93-94); Keza bkz. Gürsoy, 185-198, 196; Strickler, 114; örtülü olarak bu yönde Şen Doğramacı, 86-87. Karşılaştırmalı hukukta da tehlike sorumluluğunda kıyas için AvMK 7 dayanak tutularak geliştirilen uygulamasıyla Avusturya hukuku örnek sunmaktadır. Bkz. Koziol, H. : "Umfassende Gefährdungshaftung durch Analogie?", FS für W. Willburg zum 70. Geburtstag, Graz 1975.

Türk hukukunda Yargıtay da iş kazasına uğrayan bir işçinin manevî tazminat talebine ilişkin olarak verdiği bir kararında, yargıç tarafından MK m. 1'e dayanılarak tehlike sorumluluğu yaratılabileceği görüşündedir. Yargıtay'a göre, sanayi gelişmesi ve yaygınlaşması sonucunda teknik ve motorlu araç kullanımının her geçen gün daha fazla artması ve her türlü önlem alınsa dahi önüne geçilmesi olanaksızlaşan tehlikelerin varlığı yüzünden artık kusur sorumluluğunun elverişsiz, yetersiz sonuçlara yol açtığı; kusur ilkesinin modern toplum hayatının gereksinimlerini karşılayamadığı görüşündedir. Yüksek Mahkeme, bu nedenle, yargıcın, önüne gelen olaya, kıyas yoluyla tehlike sorumluluğu hükmünü uygulayabileceği sonucuna varmaktadır. (HGK 18. 3. 1987 t. , E. 9-722 K. 203: Bkz. YKD 1988, C. 14, S. 6, s. 598-603).

60 İsviçre'deki Öntasarımın benzeri hükmünün (m. 50) gerekçesi niteliğindeki açıklamalarında Widmer/Wessner, 137-138'de ve bu Öntasarımın İsviçre Federal Adalet Dairesi (Bakanlığı) tarafından yayınlanan resmi yorumunda (Bkz. Kurzkomentar, 5-6) da hukuksal eşitlik gerekçe sayılmaktadır.

61 Kılıçoğlu, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 14, Ankara 2011, 355.

62 Chappuis/Werro: "La responsabilité civile : à la croisée des chemins", ZSR 2003, 345.

mediği bir olay karşısında da aynı usulü izlemesi beklenecektir<sup>63</sup>.

54. Bu, MK 4'ün genel olarak yargıca tanıdığı yetki karşısında güçler ayrılığı ilkesini sarsacak ya da zedeleyecek bir uygulama sayılmaz<sup>64</sup>. Üstelik, burada kıyas, “kazuistik” düzenleme yönteminin kaçınılmaz sakıncası olan eşit durumda olanlara farklı muamele yapılmasını önleyecektir<sup>65</sup>.

#### 4. Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi İçin Genel Hüküm: TBK 71/IV

55. Bu ilkeye göre<sup>66</sup>, hukuka uygun bir faaliyetten ortaya çıkan sonucun (zararın) öngörülebilmesine karşın, bu *sonuçtan kaçınma ya da bu sonucu önleme zorunluluğu yoktur*<sup>67</sup>. Tam tersine, *sonucun zorunluluğu* söz konusudur. Başka bir ifadeyle, zararlı sonuç, bu faaliyetin ya da daha doğrusu bir hukukî değere bu faaliyetle yöneltilen müdahalenin özünde yer alır<sup>68</sup>. Bu itibarla, zarar gören —değil müdahalenin önlenmesini istemek— bu müdahaleye katlanmak zorunda kalır. Yeter ki müdahale hukuka uygun bir faaliyetin sonucu olsun! . . . Öyleyse, fedakârlığın denkleştirilmesi için öncelikle hukuken izin verilmiş bir faaliyet ve dolayısıyla müdahale olmalıdır. Müdahale ile hukukî varlıkları ihlale uğrayandan fedakârlık beklenmekte; yani uğradığı zarara katlanması istenmektedir. Buna karşılık olarak zararın denkleştirilmesi borcu doğmaktadır<sup>69</sup>.

56. Yeni TBK 71/IV'ün de temelinin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi olduğu belirtilmektedir<sup>70</sup>. Bu fıkranın metni şöyledir: “*Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler,*

63 Bkz. ve krş. Sanlı, 78-79; Büyüksağış, 11-12.

64 Widmer/Wessner, 137-138; Chappuis/Werro, 2003, 388.

65 BERICHT, 35; Tiftik, 115.

66 Her hukukî varlık, bir müdahaleyle (saldırıyla) karşılaştığında, ilke olarak, korunur. Ancak öyle bazı durumlar vardır ki, gerçekte hem müdahalenin kaynaklandığı faaliyet hem de müdahaleyle karşılaşan varlık hukuken korunmaya değer bulunur. Krş. Larenz/Canaris, 670. Böyle durumlarda değer çatışmasında söz edilir. Sorumluluk hukukunda da yansımaları bulan hukukun toplumsal düzeni sağlama işlevi gereğince, çatışmayla bozulan toplumsal düzen fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi uygulanarak daha üstün tutulan değer tercih edilerek yeniden kurulur (Ulusan, 8; Eren, 2010, 459). Gerçekte hukuk karşısında, ilke olarak, hiçbir değer diğerine üstünlüğü yoktur. Başka bir deyişle, hukuk önceden (a priori), soyut ve objektif olarak bir değerler sıralaması yapmaz. Ancak sonradan, somut ve sübjektif olarak yapılan bir değerlendirmeye; somut olayda ilişkili hale gelmiş olan değerler arasında görelî (verhältnismäßig) bir üstünlükten söz edilebilir. Yoksa bir hukukî değer diğerinden daha çok ve/veya yalnız onun hukuk tarafından korunduğundan söz edilemez. Böyle bir ilişki, çoğunlukla çatışma halindeki değerler arasında kurulur (Larenz/Canaris, 669-670).

Türk hukukunda, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan haller çeşitli sınıflandırmalara tâbi tutulur. Bunlar; zorunluluk durumları (BK m. 52/II, MK m. 677), komşuluk ilişkisinden doğan durumlar (MK m. 661, 668, 671, 683), takip hakları (MK m. 676) ve yaratılan değerlerin korunmasından (MK m. 650, 651) ibarettir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Ulusan, 9-10, özellikle 99 vd.

67 Krş. Rehberg, J. : Zur Lehre vom “Erlaubten Risiko”, Zürich 1962, 43.

68 Ulusan, 16; Korkusuz, 202, 204.

69 Tandoğan, kusura dayanmayan, 48; Ulusan, 8; Eren, 2010, 459; Deutsch, 387; Larenz/Canaris, 669.

70 Koç, 73.

*bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.* ” Buna göre (1) Önemli ölçüde tehlike arzeden, (2) İşletme faaliyeti, (3) Zarar, (4) Hukuka uygunluk –bu hem faaliyete, hem de zarara izinlilik olarak kendini gösterir. – (5) Tehlike bağı koşulları gerçekleşmiş olmalıdır. Bu sonuncu koşul, burada da, işletmenin faaliyeti sonucunda doğan ve fakat katlanılması zorunlu bir kaybın doğmuş olması demektir.

57. Ne var ki, bu metin ışığında ilk fıkra yeniden okunduğunda, tehlike sorumluluğuna dayanak oluşturacak olgulara (işletmelere) hukuk düzenince izin verilmediği, fakat fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine tâbi olguların izinli oldukları anlamı çıkmaktadır<sup>71</sup>. Oysa fedakârlığın denkleştirilmesine tâbi olanlardaki gibi tehlike sorumluluğu olgularında da işletmeler izin (ruhsat) alarak faaliyetlerine başlarlar<sup>72</sup>. Değişik bir anlatımla, bir işletmeden beklenen zararlar, kaçınılmaz, olağanüstü ve zor egemen olunabilir öyle büyük veya öyle yüksek ya da öyle sık gerçekleşmektedir ki, bu yüzden tehlike kaynağına ancak ortak yaşamı zarara sokmama kaydıyla izin verilmiştir.

58. Öğretide bir görüş, bununla “denkleştirme”den söz edilse de aslında tazminattan indirim sebebi kabul edildiği yorumunu yapmaktadır<sup>73</sup>. Diğer bir görüş ise, bu fıkra ile fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi düzenlenmek istendiği, fakat bunun başarılmadığı sonucuna varmaktadır<sup>74</sup>. Bize göre, aynı anda yürürlüğe giren ve birbiriyle çatışan çözümler öngören aynı nitelikteki iki genel –ya da iki özel– hüküm karşısında yargıç, bunların hiçbirine dayanmaksızın MK 1 ışığında yeni bir kural yaratabilecektir. Bu mantığa TBK 71’in fıkra I ve IV’ü arasındaki ilişkiyi anlamak için de başvurulmalıdır.

#### IV. SONUÇ

59. Yeni düzende, tehlike sorumluluklarının, kusur sorumluluğu karşısında sınırlandırılmasından vazgeçilmesi zorunlu olacaktır. Çünkü, artık tehlike sorumluluğu kendine özgü bir sorumluluk nedeni olarak kusur sorumluluğunun yanında ve ondan farklı olarak tehlike yaratılmasına bağlanarak düzenlenmiştir.

60. Nasıl ki, rızasıyla bir tehlike altına giren (Handeln auf eigene Gefahr) kimse, bu davranışının sonuçlarına katlanmaktadır; öyleyse, önemli ölçüde tehlikeli bir faaliyete girişen kimse de, bu faaliyetinin sonucunda (faaliyeti sırasında) doğabilecek zararları tazmin etme yükünü de taşımalıdır. Bu, sorumluyu, anılana

71 Kılıçoğlu, 355; Sanlı, 80; Atamer, 22.

72 Sanlı, 80; Atamer, 22.

73 Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 9, İstanbul 2012, 188.

74 **Koçhisarlıoğlu, C./Ö. Erişgin:** “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında «Haksız Filler»”, Prof.Dr. R. Serozan’a Armağan, C. II, İstanbul 2010, 1265; Kılıçoğlu, 352; Hatemi/Gökyayla, 146; Atamer, 22-23.

benzer bir faaliyetten doğabilecek olandan ne daha hafif ne de daha ağır bir yükün altına sokmalıdır.

61. Yeni düzenlemede açıkça izin verildiği için, yargıca verilen bu görev ve yetki gereği olarak artık kıyas yoluyla tehlike sorumluluklarının genişletilmesi de mümkündür.

62. Hükmün uygulama alanının belirlenmesi işi yargıca bırakılınca, yargıç, elbette uygulama sırasında bilirkişilerden de yardım alabilecektir. Bu çoğu durumda zorunlu da görünmektedir.

63. Yargıç uygulamasında

(a) Yargıç, önüne gelen olayda gerçekleşen türden zararın tazminini amaçlayan bir *özel hüküm* bulunup bulunmadığına bakacaktır.

(b) Yargıç, özel hüküm bulamazsa, zararın “önemli ölçüde tehlike arzeden” bir işletme faaliyetinden kaynaklandığını belirlerse, TBK 71 uyarınca sorumluluğa hükmedecektir. Bu olasılıkta da

(aa) Hukuka aykırılık varsa tehlike sorumluluğuna göre (TBK 71/I-III)

(bb) Hukuka aykırılık yoksa denkleştirme ilkesine göre (TBK 71/IV) uygulama

(c) Bu da söz konusu değilse, kusura dayanan sorumluluk hükümlerine göre uygulama yapılacaktır.

(d) Aynı olayda sorumluluğun hem kusur sorumluluğuna hem detehlike sorumluluğuna hem de denkleştirme ilkesinedayandırılması mümkün ise, yargıç, bunlardan zarar gören içindaha elverişli olan hükmü esas alacaktır (TBK 60).

64. TBK 71’in son fıkrasının tamamen metinden çıkartılmasında ısrar etmek en uygun yol olarak görünmektedir. Fakat bu öneri benimsenmezse, hiç olmazsa, metinde “Yargıç, önemli ölçüde tehlike arzeden bir nesne, işletme veya tesis hukuken katlanmayı gerektiriyorsa, bunların tutulmasından ya da işletilmesinden doğan zararların tam veya kısmî olarak denkleştirilmesine karar verebilir.” şeklinde bir düzeltme yapılması önerilmeye değer görünmektedir.

65. Son olarak gözden geçirilmesi zorunlu görünen TBK 71 için –birçok özel düzenlemeyi gereksiz bırakabilecek– şöyle bir öneride bulunulmalıdır:

TBK 71

- “Önemli ölçüde tehlike arzeden bir nesnenin tutulmasından veya işletme ya da tesisin işletilmesinden doğan zarardan tutucu ya da işleyen sorumludur.
- Özellikle ateşli silah, patlayıcı, parlayıcı, yanıcı ve aşındırıcı maddeler ile

radioaktif maddeler; yüksek gerilim hatları, boru hatları tesisleri ile gen teknolojisini uygulanan tesisler ve barajlar, nükleer santraller, motor gücüyle çalışan kara, demiryolu, hava ve deniz taşıma araçları, madenler önemli ölçüde tehlike arzeden nesne, tesis veya işletme sayılır. ”

#### KISALTMALAR

BATİDER: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Dergisi

FS: Festschrift

JuS: Juristische Schulung

VEnergR: Veröffentlichungen der Energirecht

NJW: Neue Juristische Wochenschrift

MHAD: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

AJCL: American Journal of Comparative Law

JZ: Juristen Zeitung

VersR: Versicherungsrecht

RIDC: revue internationale de droit civil

SJZ: Schweizerische Juristen-Zeitung

AcP: Archiv für civilistische Praxis

ASHİ-Tilburg: Avrupa Sorumluluk Hukuku İlkeleri [EGTL (TILBURGGRUBU) Önerisi] («<http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/299/PETLTurkish.doc>» [E. T. : 02. 05. 2006]=have 2005, 263-274)

ASHİ-von Bar: Avrupa Sorumluluk Hukuku İlkeleri [PEL (von BAR GRUBU) Önerisi](v. Bar, C. : Principles of european law study group on a European civil code: Non-contractually liability arising out of damage caused to another (PEL Liab. Dam.), München 2009. ]

AvustMK-ÖT: Avusturya MK Değişiklik Ön Tasarısı 2005 (have 2005, 315-319)

ayy. : Aynı yazar

Catala ÖT: Catala Ön Tasarısı (Fransız MK Değişiklik Kanunu Ön Tasarısı 2005)

FrMK-ÖT: Fransız MK Değişiklik Kanunu Ön Tasarısı 2005 (Catala ÖT) («<http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf>» [E. T. : 01. 9. 2010])

İBK-ÖT: İsviçre BK Sorumluluk Hükümlerinin

Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Kanun Değişikliği Ön Tasarısı («<http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht.html>» [E. T. : 02. 01. 2003])

İtMK: İtalya Medeni Kanunu

CLR : California Law Review

HPD: Hukuki Perspektifler Dergisi

ZBJV: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

ZSR: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

## VIII. OTURUM TARTIŞMALAR

**Prof. Dr. Rona SEROZAN:** Çok teşekkür ederiz. İzleyiciler adına da teşekkür ediyorum bu doyurucu tebliğ için. Söz vermeden önce yalnız değindiğim noktayı biraz açayım da izleyiciler de zevkine varsınlar. Yani şu yasayı bir öğrenci kaleme alsaydı eğer hiç duraksamadan çaktırdık öğrenciyi. Bakın, buradaki vahamet şurada: Bu aynı zamanda bizde yalnız Borçlar Kanunu değil, Ceza Kanununda da oldu, yasama etkinliğindeki gelişigüzel, başıbozuk, savruk, yüzeysel tutumumuzun tipik bir göstergesi, burada iki ayrı sorumluluk kaynağı aynı kuralda bir araya getirilmiş ve birbiriyle çelişiyor. Vahamet şurada: Yalnız teorik açıdan bir çelişki yaratmıyor, aynı zamanda Nuri arkadaşımın da değindiği gibi beraberinde ciddi uygulama sorunları da getiriyor. Şimdi sorumluluğun bir tanesi Nuri Erişgin enine-boyuna anlattı, tehlike ilkesine dayanan sorumluluk son fıkraya kadar, son fıkrada değinilen sorumluluk fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayanan apayrı bir sorumluluk. Nereden kaynaklanıyor fedakârlığın denkleştirilmesi? Şuradan kaynaklanıyor: Komşuluk ilişkilerinde, irtifak haklarında ısrar halinde bir başkası uğruna bir özveride katlanmak zorunluluğu -fedakârlık deyimi oradan geliyor-bir fedakârlıkta bulunma zorunda olan, işte köpekten kaçarken kulübesinin kırılmasına katlanmak zorunda kalan ıstırar halinde bir kişinin o zararı ıstırar halinde veren kişiden bir fedakârlık bedeli, bir özveri bedeli istemesi, işte bu hakkaniyet deyimi de oradan geliyor. Bu tazminat değil, asla tazminatla yakından uzaktan ilgisi yok, bambaşka bir temele dayanıyor. Bunun burada hiç yeri yok bir kere, şimdi sakıncası ne bunu buraya getirmekle? Bakınız, iki sakınca birden doğuyor: Birincisi, 1. fıkradaki tehlike zaten izinli, nükleer santral de, Tuzla Tersanesi de, bizim kullandığımız taşıt aracı, uçak, demiryolu, bunlar zaten izinli, tehlike sorumluluğu hukuka aykırılığa veya kusura dayanan bir sorumluluk değil, salt tehlike ilkesine dayanan bir sorumluluk.

Şimdi 2. fıkra sanki bu fedakârlığın denkleştirilmesine ilişkin yanlış yere eklenmiş olan, son dakikada eklenmiş olan fıkra sanki tehlike sorumluluğunda tazminat ödenmesi için izinsizlik koşulu öngörülmüş izlenimini uyandırıyor en azından, bu konuları bilmeyen bir hukukçu bir an duraksayabilir ne yaparım diye ya da daha kötüsü bu sefer tazminata hükmetmeyebilir, sadece uygun bir bedelle denkleştirmeye karar verebilir. Yani bir zarar giderim değil de, biraz önce o ıstırrarda söylemiş olduğum o fedakârlık bedelini ödemekle yetinebilir. Yani böyle adım atsanız bir felaket, şöyle adım atsanız, sağa dönseniz bir başka felaket, tez elden

yapılması gerekli olan biz bir rapor ilettik Ankara'ya, bu fıkranın buradan çıkarılması gerekir bu son fıkranın, en kestirmesi o, Turgut Öz'ün Oğuzman kitabına eklediği öneri de bir çıkış değil, tek çare bunu buradan çıkarmak. Buna benzer çok yanlışlar var Türk Borçlar Kanununda, ama bu bence en tipik, en vahim yanlışlardan bir tanesi yasa koyucunun savrukluğunu ve başı bozukluğunu göstermesi bakımından. Çok konuştum, sizin de söyleyeceğiniz çok şey vardır. Konular da o kadar duyarlı konular ki, destekten yoksun kalma tazminatında mahsup konusundan mı tutsak, manevi tazminat Orhan Pamuk davası, neler var, neler yok ki. Evet, şimdi söz sizin. Bir ricada bulunacağım. Herkese mikrofon dolaştırılacak, çünkü bunlar kayıt ediliyor, sonra yayınlanacak. Lütfen adını-soyadını ve avukat mı, yargıç mı, öğretim üyesi mi, o özelliğini, niteliğini de eklesin lütfen kimliğine, bekliyorum. Buradan hiç göremiyorum ben, arkadaştan rica edeceğim, siz lütfen dolaştırın. Sıraya alalım, kimsenin hakkı yenilmesin.

**Av. Soner BÜYÜKHİKMEN:** İstanbul Barosu avukatıyım. Benim sorum Sayın Hocamız Erişgin'e, bu tehlike sorumluluğunda bahsedilen işletme ve işletme sahibinden kasıt kimlerdir? Bir şirkette işleten şirketin ortakları, yetkileri midir, bunu bu şekilde mi anlamak gerekir? İkinci sorum da Sayın Gökyayla Hocamıza: Farazi zarardan bahsetti. Farazi zararı biraz açabilir mi? Ben anlayamadım, farazi zarar nedir? Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Rona SEROZAN:** İsterseniz soruları topluca alalım mı? Nasıl tercih edersiniz? Topluca alalım, belki çakışanlar da vardır, sonra konuşmacılar kendi sistematiklerine göre derleyip toparlarlar. Başkaca sorular?

**Av. Özgür TÜRKDOĞAN:** Sayın Nuri Erişgin Hocama tehlike sorumluluğu kapsamında bir soru yöneltmek istiyorum. İstanbul'da özellikle trafik kazalarında motorlu kuryelerin karıştığı kaza sayısı çok fazla, şimdi bu kazaların da bir kısmında kazaya yol açan faili meçhul kişiler söz konusu oluyor. Bu durumlarda tehlike sorumluluğu kapsamında meseleyi ele almak mümkün mü?

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU:** Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Ulusal Başkanı. Tebliğ sunan arkadaşlarımızın nitelikli, doyurucu tebliğleri için kendilerine teşekkür ediyorum öncelikle, ben ufak bir katkı ve daha sonra soruya geçeceğim. Şimdi bu bedensel zararlarla ilgili tazminat hesabına ilişkin 1998-1999 olacak, Avrupa Birliği ülkeleri İtalya'da zannediyorum toplandılar ve bu işi bilen avukat tarafından her ülkeden 2'şer kişi geldi ve bunlar tek bir olay verdiler. Bu tek olaya göre bu değerlendirme etmenleri, yani geliri, baki ömrü filan her şeyi de tek bir örnek altında topladılar ve tazminatın hesaplanmasını istediler. Görüldü ki, her ülke ayrı ayrı tazminatı buldu miktar olarak, bunu bırakalım, aynı ülkenin iki avukatının

biri farklı buldu, diğeri farklı buldu. Böyle bir, yani yalnız ülkemizde değil, Avrupa Birliği ülkelerinde de böyle bir sıkıntının varlığını size ifade etmek istiyorum. Tabii üzerinde çalışmak gerekir, yeterli de çalışılıyor bu konuda diye düşünüyorum.

Asıl üzerinde durduğum ikinci nokta bu tehlike sorumluluğu. Sizlerin de çok iyi bildiği gibi tehlike sorumluluğunun kazuistik olarak düzenlenmesi Sayın Hocamızın da ifade ettiği gibi başka büyük eleştiriler aldı. Ancak o tehlike sorumluluğu yasadaki düzenlenmeyişi ve içtihat yoluyla getirilmesi ve doktrinde de çok sık tartışılması problemlerini herhalde giderir diye düşündük. Ancak böyle hazırlanma değil tabii biraz önce Sayın Hocamın ifade ettiği gibi. Benim kafama takılan nokta şu: Şimdi Türk Borçlar Kanununun 417. maddesinin son fıkrasında işverenin yukarıdaki hükümler dahil kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir diyerek akdi sorumluluğu burada belirledi.

Şimdi bir işletme düşünelim. Bu işletmenin işletilişindeki unsurlar tamamen 71. maddenin unsurlarını taşıyorsa, burada akdi sorumluluğa gidilebilir mi? Kanunda da özellikle gerekçede bunu belirtiyor, 417. maddenin gerekçesinde diyor ki: *“Artık bu konudaki tartışmaları biz kaldırdık, akdi sorumluluk diyoruz”* Şimdi bir işçinin tersanede çalışması durumunda burada sorumluluk tipi hangi tip olacaktır sorunuyla karşılaşırız. Ben kişisel düşüncemi ifade etmek istiyorum. Tehlike sorumluluğundan uzaklaştırıcı bir Türkiye’de çalışma koşulları özellikle inşaat, tersanede gemicilik, yeraltı çalışmalarında yok diye düşünüyorum. Dünyada en fazla iş kazaları ve ölüm olayları bizde oluyor. Eğer bu sorumluluk tipini biz hafifletici yönde bir adım atarsak bu kazaları önlemekten vazgeçelim, arttırmaya yönelik bir şey olur. Şunu da söyleyeyim, önemli olan zararın olmadan önlenmesi, beklenen bu. Bunun için örneğin 4857 sayılı Yasanın 77. maddesinde çok ayrıntılı düzenlemeler var ki, Borçlar Kanununda da var. Ancak en azından bu sorumluluk tipi açısından rahatlatmak gerekir diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Rona SEROZAN:** Biz teşekkür ederiz. Burada da galiba katkıda bulunmak isteyen arkadaş.

**Av. Özge ÖZTÜRK:** Merhaba. Ben Mustafa Hocama da sordum, ama Avukat Başar Yaltı meslektaşına da sormak isterim. Manevi tazminatla ilgili yaptığınız Yargıtay araştırmalarında manevi tazminatın bölünemezliğinden bahsettiniz. Peki, hiç istisnai durumlar ya da Mustafa Bey gibi istisnai kararlara rastladınız mı? Mesela, bir işçi iş kazası geçirmiş, iş kazasından 20 gün sonra avukat bir meslektaşımız 9 500 liralık bir manevi tazminat davası açmış. Halbuki 5 sene sonra

müvekkilin yüzde 85 omurilik felci olduğu konusunda kesinleşmiş bir SGK'nın maliyet raporu var. Şu anda biliyorsunuz ki, 29 yaşında iş kazası geçirmiş bir işçi var ve 9 500 lira ve omurilik felci olmuş bir insanın alt kısmı hiçbir şekilde tutmuyor ve bekar ve bundan sonra da evlenebilecek bir durumu da söz konusu değil. Bu durumda 9 500 lira manevi tazminatın bölünemezliği hususu dikkate alınarak, yani buna mı mahkûm olmalı ya da ek bir davayla karşılaştığınız herhangi bir karar mevcut mu? Ek bir dava açılıp diğer davayla birleştirilebilip yükseltilebilir mi? Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Rona SEROZAN:** Teşekkür ederiz. Var mı başka soru? O zaman bir-iki söz, daha doğrusu katkıda ben bulunayım. Önce şu manevi tazminattan başlayayım. Bakın, manevi tazminatla ilgili tüm sorunlar manevi tazminatın bölünebilirliği, manevi tazminata irat şeklinde hükmedilip edilemeyeceği, tüzelkişilerin tazminat isteyip isteyemeyeceği, hem ayırt etme gücünden yoksun kalanların manevi tazminat isteyip istemeyeceği, bütün bu sorunlar son aşamada sabah değinilen şu konseptte bağlanıyor. Eğer siz Sayın Kılıçoğlu'yla benim paylaştığım görüşe gelerseniz, yani dersiniz ki manevi tazminat aslında maddi tazminattan başka bir şey değil, bu ayrım yapaydır. Manevi tazminat maddi tazminatın bütünlüleyici parçasıdır. O zaman bunun mirasçılara intikal edip etmeyeceği yapboz tahtasına çevirdiler. Önce 88'de mirasçılara geçebileceğini öngördüler, sonra yeniden bozdular, geçemeyeceğini öngördüler. Maddi tazminat hangi hukuki rejime tabiye, bölünebiliyorsa manevi tazminatı da bölebilir, irat olarak hükmedilebiliyorsa irat şeklinde hükmedilebilmeli. Yaklaşım bu olunca bütün sorunlar kendiliğinden ve tutarlı bir biçimde çözülür ve gerçekçi olalım, manevi tazminat artık eskisi gibi gönül yaralarının pansumanı manevi tatmin olarak filan işlemiyor. ... (100. 21) olarak, yani cezalandırıcı bir etki ... olmamalı ya da sabah açığa vurulduğu gibi bir acil yardım servisi, bir cankurtaran simidi, bir normatif zarar kalemi, yani fatura edilemeyen bir zararın tazminine yardımcı olan bir kavram olarak, o zaman bakın bütün bu tartışmalar hepsi başa döner. Bunu söylemek istedim, bu manevi tazminatla ilgili ekleyeceğim şey.

Bir de destekten yoksun kalma tazminatıyla ilgili olarak eklemek istediğim, bir de manevi tazminatla ilgili şu noktayı eklemek istiyorum: Geçtiirdiği önemli Yargıtayın çok talihsiz Orhan Pamuk'la ilgili bir manevi tazminat kararı var. 75 milyon manevi tazminat isteyebilecekmış kişilik hakkına saldırıdan, olur mu hiç böyle bir şey, böyle bir şey olabilir mi? Burada şimdi hemen Emre Gökyayla'ya referans vermek istiyorum. Bizim hukukumuzda bir yansıma zararının üçüncü kişinin dolaylı olarak uğradığı bir zararın tazmin edilebilmesi için destekten yoksun kalma tazminatı ya da şok zararı -yeni eklendi şimdi, orada da var o-gibi

özel sarıh bir yasa hükmü olması lazım. Yoksa böyle götürü bir biçimde efendim, yansıma yoluyla 75 milyon da alınmıştır. O zaman efendim, polislerle ilgili, askerlerle ilgili topluca yapılan eleştiriler, hatta hakaretlerin hepsinde bütün polisler rüşvetçidir diye bir söz söylene, bütün polisler manevi tazminat isteyebilirler mi? Bunun bir ölçüsü var, yabancı hukuklarda bir sınırlanabilirlik ölçüsü var. Siz somut olarak bir trafik ceza belgesi dolduran polisler için rüşvetçiler diye hitap ederseniz o tamam, o manevi tazminatı hak eder, ama şikeci Fenerbahçe diye yazarsanız bütün Fenerbahçeliler sizin aleyhinize manevi tazminat davası açamaz, böyle bir şey olamaz. Olacak şey değil. Evet, bunu eklemek istedim ve destekten yoksun kalma tazminatında sana göndermede bulunarak.

Şimdi destekten yoksun kalma tazminatında ilginç bir noktaya parmak bastı. Ben kendisine biraz yardımcı olmak istiyorum. Gerçekten hiç düşünmemiştim, destekten yoksun kalma tazminatı sadece ölümden veriliyor. Peki, bedensel zarara uğramada, ağır zarar, felç olmuş, ödenmiyor mu? Belki yeni yasaya şimdi 56. maddenin 2. fıkrasında hani şu şok zararlarına sabahleyin değinildi. Dolayısıyla bir manevi tazminat verilecek ya, belki o belirli ölçülerde kompanse edebilir, ama yerini tutmaz. Onda hemfikiriz, ama belki oradaki boşluğu doldurmada biraz yardımcı olabilir. Hiç olmazsa sıfır tazminat vermeyiz de, şok zararına bağlı bir manevi tazminat veririz.

Şimdi en son olarak şu mahsup sorununa gelmek istiyorum. Bu mahsup sorununda bizim öğrenciliğimizden beri öğrendiğimiz iki temel ilke vardı: Niye Yargıtay içtihatlarının da etkisi altında sabah da eleştirildi, bu 55. maddeyi kaleme alma gereksinimini duydular? Birakin yargıçlar bunu bugüne kadar olduğu gibi ne zaman mahsup yapılır, ne zaman mahsup yapılmaz, şimdi iki tane büyük ilke var. Yargıtay da bunu tutarlı bir biçimde uyguluyordu zaten, bu böyle yasaya gelmez, arttırılmaz, eksiltilemez. Yargıca nasıl hesaplayacağını emrini veriyor, olacak şey değil, yargıç bu işi bilir, Yargıtay daha iyi bilir. Şimdi ilkemiz şuydu: Eğer bir kere halefiyet varsa, yani sigortacı rücu edebilecekse zarar verene, zarar görene halef olabiliyorsa, zaten mahsup sorunu diye bir sorun hiç gündeme gelmez. Tazminatı zarar görene ödedikten sonra eğer zarar görenin tazminat alacağı eğer ... yapacaksa sigorta şirketi, o zaman zaten mahsuba filan gerek kalmaz, zarar görenin tazminat alacağı kalmaz çünkü ortada.

Şimdi daha duyarlı bir konuya geliyoruz. Bu teknik daha duyarlı bir konu bugüne kadar Yargıtayın yaptığı ve burada da 55. maddede dökümü yapılan olgular, olasılıklar. Şimdi mahsubun yapıp yapılamayacağı normatif bir değerlendirmeyle belirleniyor. Buna biz normatif zarar kavramı diyoruz. Normatif değerlendirme bugüne kadar hep böyle geldi. Eğer bir kişi kendisi primlerini yatırmışsa veya

bir eşi, dostu, sabah verilen örnekte olduğu gibi özverili bir kişi ya da ne olur ne olmaz diye bir başkası bir özel yardımda bulunmuşsa, bundan zarar veren yarar sağlamamalı. Bakın, bu bir normatif değer yargısı. Bakın, gerekçede de zaten dile geliyor. Zarar vereni yararlandırmamak, neden yararlandırmamak? Kendi prim fedakârlığından kendisi yapmışsa büyük bir kazaya karşı ya da başkaları ona yardım etmişse, bundan zarar veren yararlanmamalı. O zaman mahsup filan olmaz, bu normatif zarar kavramı bağlamında zaten oldum olası kabul edilen Yargıtayın da benimsediği bir çözümdür.

Şimdi bizi burada kısıktırak bağladı. Yani bize şeyleri veriyor, ölçütleri veriyor. Efendim, işte tamamen rücu edilebilen, edilemeyen, kısmen veya tamamen yitirilmesi gibi içinden çıkılmaz kaypak birtakım ölçütler veriyor ve bizi bu şekilde bağlıyor. Sabrınıza teşekkür, biraz galiba taşım sınırdan, ama çok önemseydiğim bu noktayı da eklemeyen dayanamadım. Şimdi bu benim katkılarımı da özellikle dikkate alarak söz sırasını şöyle yapalım: Bu sefer tersinden başlayalım, Nuri Erişgin'den başlayalım.

**Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN:** Teşekkür ederim Hocam. İşleten kim, şirket mi dedi bir meslektaşımız. Şirket tereddütsüz, şirketin yöneticisi olmaz. Yönetici, personel, müdür olmaz, ama yine Oğuzman Öz'den bir şeyi hatırlıyorum, kayyım olur diyor. Hakikaten de öyle, şirket kayyım eliyle yönetiliyorsa, kayyım, kayyımı işleten gibi muhatap alacağız. Tabii işleten de kayyım cebinden bir şey ödemiyor ya, sonuçta o şirketin sorumluluğu çerçevesinde şirketi temsil eden kimse, yani işleten sıfatını alabilecek kimse olacaktır. Sanıyorum yanıtlanabilen bir şey oldu.

İkincisi, faili meçhul motorlu dağıtıcılar sorusuydu Av. Özgür Beyin. Karayolları Trafik Yasası bir ölçü getiriyor biliyorsunuz, motorlu bisikletler, motosikletler bağlamında, siz herhalde Karayolları Trafik Yasasına tabi olmayanlar için bu soruyu soruyor olmalısınız. Doğru, öyle bir durumda bu Türk Borçlar Kanununun 71. maddenin 1. fıkrasına işletme faaliyeti olarak sokabilirsiniz, yoksa motorlu araç olarak değil, tehlikeli, önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyeti olarak. Koşulları varsa, yani pizzacıdan diyorsunuz değil mi? Pizzacının elemanları sürekli dolaştırıyor motosikletlerle, üstelik ortadan, refüjden atlatıyor motosikletini değil mi? Onlar gerçekten de tehlikeli, bana kalırsa şahsi olarak, ama teknik olarak öyle mi? O tek başına yasaya göre sorumluluk olgusu sayılmadığı için, motorlu araç sayılmadığı için mecburen bu sefer ne yapacağız? Pizza önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetidir, ama motorize dağıtıcılar eliyle pizza dağıtımını önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetidir diyeceğiz, yerine göre diyebiliriz. Zannediyorum ki, sonuçlandırdık sorunuzu.

Tehlike sorumluluğu 417 Sayın Kılıçoğlu, 417 meşhur mobing kuralı derler ya, mobing olduğunda da tehlike sorumluluğunu uygular mısınız gibi anladım ben de. Bu 417'nin son fıkrasını diyorsunuz, ben anladım. Dediğinizi şöyle anlıyorum Sayın Kılıçoğlu: Mobing olarak şakalaşyorum sizinle güya, ama sonuç itibariyle tehlike sorumluluğuna ilişkin Türk hukukunda Yargıtayın çok ciddi bir tehlike sorumluluğu katkısıydı bu yasaklanan yol, Yargıtay tarafından kıyas yoluyla tehlike sorumluluğu yaratılması gerçeği var Türkiye'de. Şimdi bu hükümle bunu kapatıyor. İşin gerçeği o tehlike sorumluluğunun özel yasalarla düzenlenmesinin zorunlu olduğu mantığını savunanların bakış açısıyla o dönemlerde yanlış yapıyordu Yargıtay, bana kalırsa çok da yanlış değil, yanlış olsa bile adaletsiz değil. En azından bir çözüm bekleyen sorunu hallediyordu, ama şimdi çözüm var bana kalırsa. Gerçi yorumuma göre çözüm yok saydım orayı, ama 71 üzerinden tehlike sorumluluğu, genel tehlike sorumluluğu hükmü uygulanmasının mümkün olduğu bir çağa giriyoruz. Artık Yargıtayın kıyas yoluyla tehlike sorumluluğu yaratması koşullarını yasaklayan bu hükmü uygulamak zorunda, yani tehlike sorumluluğunun önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyeti koşulları gerçekleştiğinde zannediyorum ki işçisiyle arasındaki ilişkiye hangi hükümleri uyguluyorsak sözleşme, sözleşme hükümlerine tabi bir sorumluluk sorunuyla karşılaştığımızı düşünebiliriz gibi geliyor bana. Tersane işini Sayın Hocam da söz ediyordu. Tersane işini ben mi anlamıyorum ne bilmiyorum, ama sonuçta bir iş ilişkisi var galiba.

**Prof. Dr. Rona SEROZAN:** Sayın Kılıçoğlu'nun sorduğu şuydu: Acaba tehlike sorumluluğu işçiyile işveren arasındaki tersanede sözleşmesel ilişkide de acaba uygulanabilir mi?

**Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN:** Ben anladım o soruyu Sayın Hocam, ama bu yasakladığı şey kıyas yoluyla tehlike sorumluluğu saydığımız çekim uygulamalarınız vardı ya, biz en azından öyle kabul ediyorduk, kıyas yoluyla tehlike sorumluluğu uyguluyor diyorduk. O uygulamayı yasaklayan bir hüküm, dolayısıyla böyle bir durumda akdi sorumluluk hükümlerinin uygulanabileceği bir sorun ya da sorunsalla karşılaşılmıştır ki, bu durumda 71 uygulanmaz, cevabım o. Yine de yanlış anlamış olabilirim.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU:** Evet, izin verir misiniz Sayın Başkanım? Hayır, doğru anladınız da, şimdi bakın şöyle bir sorun çıkıyor ortaya: Şimdi 417. maddede işçiyile işveren arasındaki ilişkide bir ölüm olayının olması durumunda faaliyetten dolayı tersane örneğini veriyorum, tersanede işçiyile tersane işletmecisi arasında bir iş ilişkisi var. Ancak tersane işletmesinin tehlikeli bir işletme olduğu 71. maddede açıkça belli, çok sık kaza oluyor, uzman bir kişi dahi bunu şey yapmıyor. Yani ortada bir, şimdi biz bu düzenlemeyle diyoruz ki, sen burada 417'yi

uygulayabilirsin. Çünkü işçiyle işveren arasındaki hizmet ilişkisi var, 417. madde var, tehlike sorumluluğunu uygulayamazsın. Şimdi böyle bir sonuca gittiğinde o zaman çok büyük bir adaletsizlik oluyor. Tehlike sorumluluğunun sorumluluktan kurtulma nedenleri, akdi sorumluluğu sorumluluktan kurtarma nedenleri arasındaki fark vardır. Dolayısıyla tehlike sorumluluğuna uğrayan işçi o tersanede çalıştığını varsayalım, akdi sorumluluk ilkelerine göre işverenin sorumlu olması nedeniyle belki de tazminat konusunda sıkıntılar yaşayacaktır.

**Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN:** Doğru, yaşayacak.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU:** Şimdi genel bir ilkesiydi bu tehlike sorumluluğu 71. madde, bu 417'yi belirlerken en azından şunu dese, özel kanunlar hariç veya tehlike sorumluluğu hariç gibi bir şey yapmaları lazım. Ben uygulamadan gelen bir kişi olarak, bu işlere emek veren bir hukukçu olarak şunu şey yapıyorum: Türkiye'de iş güvenliğine yeterince uyulmuyor. Biz yasalarımızı daha çok uyulması yönünden düzenlememiz gerekir. Şimdi Borçlar Kanunu bu düzenlemesine göre biraz önce vardığınız sonuca ben bir şey demiyorum, ama burada tehlike sorumluluğuyla sanki bir yarışma halinde varmış veya tehlike sorumluluğunu yok sayacak bir düzenlemeyi nasıl yaparlar diye düşünüyorum ve aksine tabii ben düşünüyorum. Yani benim çözümüm bu tabii, görüşünüze büyük saygı göstererek, belki de Yargıtay bunu bu şekilde kabul edecek ve dediğinizi şey yapacak, ama ben içime sindiremiyorum. Sıkıntısı şu: Tehlike sorumluluğunun unsurları eğer varsa orada uygulamak gerekir, bir başka hükümle onu engelleyemezsin diye düşünüyorum, arz ediyorum. Teşekkürler.

**Prof. Dr. Nuri ERİŞGİN:** Şimdi tehlike sorumluluğunun gelişim tarihçesi aslında işçilerin hareketiyle başlatılır. İşçiler o kusur sorumluluğundaki kusur illa ki kusur dediğimiz kusur ilkesi sonuçta kusur bulunamadığı için işverenin sorumsuz kalmasına yol açıyordu. O yüzden kusursuz sorumluluklar deniliyordu. Dolayısıyla bu işin daha tarihsel ilk başlangıç noktalarındaki yaklaşımıyla baktığımızda burada sizin dediğiniz düşünülmeli, ama ben o görüşte değilim onu açıklıyorum. Çünkü burada tehlike sorumluluğu genel hüküm olmakla birlikte akit dışı sorumluluk halidir. Akdi sorumluluk değil, birazcık şekilci bakayım, değil mi? Akdi sorumluluk değil, dolayısıyla akit dışı ilişkilerle ilintili. Öyle olunca üçüncü kişilere karşı verilen zararlarla ilintilidir işletenin sorumluluğu, işletenin işletme içi sorunları, işletme içindeki o önemli ölçüde tehlike arz eden işletme niteliğindeki işletme içindeki personeliyle arasındaki sorunlarıysa 417'nin bu son fıkrasıyla 71'in uygulama alanından çıkartılmış. Zaten yoktu da, ben öyle düşünüyorum.

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU:** Veya şöyle söyleyeyim ben, çok da uzatmak istemiyorum aslında da, hocamın ... söyledim. Ben aslında şöyle söylemek istiyorum, şimdi diyelim ki bir araç, yani trafiğe çıkan bir araç, bizatihi bu aracın kendinde tehlike var. Bu tehlike olduğuna göre ister bir sözleşme olsun, ister sözleşme olmasın her halükarda tehlike sorumluluğu uygulanması gerekmiyor mu? Gerekıyor diye ben düşünüyorum. Tabii bu çok önemli bir şey oluşu nedeniyle hocam ben bu konuyu açtım, yani bu tartışılacaktır Yargıtayda, belki doktrinde de tartışılacaktır. O nedenle parmak bastım bu olaya, teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Rona SEROZAN:** Peki, şimdi tersinden başlamıştık, değil mi?

**Av. Başar YALTI:** Bana mı geliyor Hocam? Aslında siz açıkladınız, şimdi manevi tazminatın dönülemeyeceği ilkesi arkadaşlar bir mantığa dayanıyor ve mantıklı geliyor. Çünkü bir haksız fiille karşılaşıyorsunuz, onun acısını, sizdeki etkisini sığağı sığağına duyarsınız, hissedersiniz. Ruhsal dengeniz bozulacaksa veya o toplumda tabii ben konumu biliyorsunuz yayın yoluyla kişilik hakları bakımından anlattığımı özellikle vurgulamıştım. Dolayısıyla hakkınızda bir yayın yapılıyor ister gazete olsun, ister televizyon olsun, ister internet olsun, o topluma yayılıyor, onun etkisi hemen o anda o yayının ilk dönemlerinde sığağı sığağınayken sizin kişilik haklarınız bakımından etkili olur. Aynı şey bu cismani zararlar bakımından da vücuda verilebilecek zararlar bakımından da düşünülebilir. Dolayısıyla mantıksal olarak acıyı en çok hissettiğiniz zaman manevi tazminat isteğinizi de en yüksek tuttuğunuz andır diye düşünmek gerekiyor. Fakat sizin sorunuzdaki örnek ancak nedensellik bağının kesildiği bir durum bakımından söz konusu olabilir diye düşünüyorum. Benim taradığım Yargıtay kararlarında aksine bir şeye rastlamadım, üstelik o verdiğim örnek de 9. Hukuk Dairesinin kararıdır birkaç tane, ama Hukuk Genel Kurulu kararı olduğunu da biliyorum. Aksi varsa burada değerli üstadımız bize onu söyler, ama hani öyle kazalar oluyor ki, başlangıçta onun maddi etkisinin sınırlı olduğunu biliyorsunuz. Fakat ondan sonra daha ağır bir sonuçla karşı karşıya kalıyorsunuz. Orada tabii teknik hukuk açısından şunu söylemek lazım: Diyelim ki, davanızı hemen ertesi günü açarsanız onun sonucunu daha beklemeden almış olursunuz veya ona göre değerlendirme eksikliği yapmış olursunuz. Sonradan daha ağır sonuçlar ortaya çıktığı zaman da yükseltiyim dersiniz, işte burada birtakım dengeler, hukuk da böyle bir şey, dürüstlük kuralı, başka şeyler girer. Bilmiyorum, kısacası ilkenin doğru olduğunu düşünüyorum ben, ama eğer nedensellik bağı kesilmişse, orada yeniden istenebileceğini, arttırılabileceğini, ama asıl bakış açısının da değerli büyüğümüz, hocamız Rona Hocanın söylediği şekilde belki değerlendirmenin en doğru olacağı mümkün diye düşünüyorum.

**SALONDAN:** Daha sonradan yüzde 5, işte yüzde 15 olarak kesinleşmiş. Bu aradaki yüzde 10'luk fark için yeni bir tazminat davası açıp, onu talep edebiliyorsunuz. İlk sizin söylediğinizde de şu var, siz dediniz ki, işte hani siz yayını baz alarak söylediniz. İşte ilk onu gördüğünüz anda, ama buradaki olay adam ameliyat oluyor ve zaten sakat olacağından haberi dahi yok ve bu yüzde 85 omurilik felci olduğunu da 6 sene sonra kesinleşmiş raporla öğreniyor. Onu bırakın, 20 gün sonra dava açılıyor. Dolayısıyla her ne kadar iki ya da bir on senelik maddi-manevi tazminat davası açmak için süre olmasına rağmen avukat arkadaşlar işte kaçmasın ya da bir an önce açalım falan gibi işte tedbirsiz davranışlar sebebiyle böyle bir şey ne yazık ki olmuş, ama bu da bu yüzden hayatı kaymış, yani yüzde 85 maluliyet çok ciddi bir maluliyet oranı.

**Av. Başar YALTI:** İşte demek ki, buradan şu sonuç çıkacak: Manevi tazminat isterken yüksek isteyeceksiniz. Zaten hâkimlerimizin cimri olduğunu söylemiştik. Onu bazen dengeliyorlar. Hocamın söylediği çok doğru bir örnek, özellikle bazı cismani zararlarda maddi zarar çok karşılayıcı nitelikte bir bilirkişi raporu gelmiyor, onu hâkimler manevi zararla dengeliyor. Onun için bizim hukuk tekniği bakımından veya bir taktik olarak manevi zarar tabii orada da harç durumunu filan dengelememiz gerekiyor, yüksek tutmakta yarar var. Acele etmemek lazım.

**Av. İsmail ALTAY:** Sayın Başkanım, müsaade ederseniz söz alabilir miyim? Şimdi üstadım, yalnız şöyle bir sıkıntı var: Harcın dışında kaybedilen, reddedilen kısmın vekaleti ücreti var.

**Av. Başar YALTI:** Ama orada yine de Yargıtay kararı var.

**Av. İsmail ALTAY:** Bu da tabii müvekkilimize yansiyacaktır. O bir sıkıntı, bir de artık eskisi gibi zararlar çıkmıyor. GDO'lar var, şu an biz yiyoruz onları, zararı sonra çıkacak. Belki gıda zehirlenmesi yaşayacağız ilk başta, ama daha sonra kanser olacağız. Nükleer ya da her tarafta cep telefonu kullanıyoruz, bilgisayar kullanıyoruz, bunların acılarını daha sonra görmeye başlayacağız. İlk etapta çok düşük acılar çekeceğiz belki, ama daha sonra yaşayacağımız şeyleri hepimiz tahmin edebiliyoruz. Şimdi böyle olunca da manevi zararın da bölünebilmesi gerekir, zamana uyması gerekir yargının diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

**Av. Başar YALTI:** Belki hocam, burada bir çözüm olarak manevi zararın talep edilme süresini sınırlayan o zamanın ya başlatılmasını ki, aslında ona engel bir durum yok diye düşünüyorum. Zararın ve failin öğrenildiği andan itibaren başlar diyor. Verdiği örnek çok doğru İsmail, yani GDO'lu veya Ukrayna'daki Çernobil faciasının yıllar sonra yansımalarını görmüşsün, o konuda manevi tazminatı da talep etme hakkın o zararın doğduğu andan itibaren isteme, yani

süresi oradan başlar diye değerlendirilebilir. Hukuk da böyle bir şey arkadaşlar, ne yapalım?

**Prof. Dr. Rona SEROZAN:** Teşekkür ediyorum. Zamanımız adamakıllı daraldı, Emre Gökyayla'da söz. Daha sonra organizatörlerden birisini kürsüye rica edeceğim. Çünkü yaklaşık 1, 5 saatlik bir sarkma var, toparlama açısından bundan sonraki programda çay için ne kadar bir süre ayrılacak, bundan sonraki oturum ne zaman başlayacak, lütfen bitince Emre Gökyayla'nın sunumu bir organizatör arkadaşı buraya çağıracağım. Söz senin Emre.

**Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA:** Teşekkür ederim Hocam. Farazi zararlar ilgili bir soru soruldu. Konuşmada ben farazi destekten ve zararın farazi bazı verilere göre hesaplanmasından söz ettim. Farazi destek küçük bir çocuğun ileride anne-babasına bakma ihtimalinin bulunması dolayısıyla kendisine destek sıfatının tanınması olarak ifade edilebilir, tipik örneği budur. Zararın farazi olarak veya zararın bazı farazi verilere göre hesaplanmasıysa, ölmeseydi kişinin ne kadar yaşayacağı, muhtemel bakım süresinin ne olacağı, iş görebilme süresinin ne olacağı gibi birtakım verilerdir, kastedilen husus bunlarla ilgili.

Sayın Kılıçoğlu hesaplamada çok farklı rakamların çıkabileceğini söyledi. Gerçekten yabancı ülkelerde değil, Türk hukukuna göre de aynı verileri on ayrı aktüele verseniz çok büyük ihtimalle on ayrı hesap çıkacaktır. Bu yüzden bazı ülkeler cismani zararlarda, özellikle de destek kayıplarında bazı hallerde maktu tazminatı tercih etmektedirler. Özellikle İngiliz sisteminde, özellikle de farazi desteğin kaybında durum böyledir ve farazi birtakım verilere göre hesaplama yapılmasının güçlükleri böylece bertaraf edilmiş olur. Sadece bu güçlükler de değil, bu konuda en büyük tartışmanın kaynağı mahsup meselesidir, mahsup meselesine ilişkin tartışmalar da kendiliğinden ortadan kalkar. İngiliz sisteminde maktu olarak şu kadar -zaman içerisinde değiştiği için bir rakam telaffuz etmek istemiyorum-pound tazminat ödenir diye bir hüküm vardır ve bu tazminatın âdeta bir miras paylaşım sistemi, kanuni mirasçılar gibi kanunda belirlenmiş kişilere verilmesi, biri yoksa diğerine verilmesi gibi bir sistem mevcuttur. Belki zaman içerisinde bunun da tartışılması gerekebilir. Çok teşekkür ediyorum.

**Prof. Dr. Rona SEROZAN:** Ben de teşekkür ediyorum. İzleyicilerimize de özellikle ilgileri ve sabırları için teşekkür ediyorum ve bu oturumu bitirirken hocamız İsmet Sungurbey'in anısı önünde en derin saygıyla bir kez daha eğiliyoruz. Zaten her şey İsmet Sungurbey içindi, nur içinde yatsın diyoruz. (Alkışlar)



## IX. OTURUM

### Oturum Başkanı

**Av. Aydın GÜNAYDIN\***

IX. Oturumu açıyoruz. Konferansımızı izleyen sayın hocalarımıza, meslektaşlarımıza katılımcılar adına teşekkürlerimizi bildiriyoruz ve hoş geldiniz diyorum. Sayın meslektaşımız Av. Hafize Kır “6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu’nun 65. Maddesinde Düzenlenmiş Hakkaniyet Sorumluluğu, 66. maddesinde Düzenlenmiş Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, 69 ve 70. maddelerinde Düzenlenmiş Yapı Malikinin Sorumluluğu” başlıkları altında 27. tebliği sunacaklardır. Sözü ben kendilerine bırakıyorum, buyurun.

---

\* Sakarya Barosu



## § 27 HAKKANİYET - ADAM ÇALIŞTIRANIN - YAPI MALİKİNİN SORUMLULUĞU

Av. Hafize KIR\*

Ben hepimize tekrar hoş geldiniz diyorum. Sevgili Hocamızın anısına bu konferans dizisini düzenleyen, emeği geçen herkese de çok teşekkür ediyorum. Kanunların durumunu biraz önceki ve bugüne kadarki tüm oturumlarda ele alınış şekliyle gördüğümüz üzere ne kadar baştan savma, ne kadar düzensiz ve tutarsız olduğunu gördüğümüz bugünlerde hakkaniyet adına, olması gereken adına, hocamız gibi üstatların yad edilmesi ve anılması bence çok önemli. Ben düzenleyicilere, hocamız gibi üstatların bilgilerinin ışığı altında, olması gerekenleri bir kere daha zikredebilme şansı verdikleri için hepimiz adına teşekkür ediyorum.

Daha önce Borçlar Kanununda 55. maddede “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu” başlığı altında düzenlenmiş olan konu yeni Medeni Kanunun sıralama itibarıyla 65. maddesine denk gelmiştir. Ben sizlere ana hatlarıyla bu düzenlemeler neler getirmiş, ne tür değişiklikler olmuş, onlardan kısaca bahsetmek istiyordum. Ama konuşmacıların da eksilmesi nedeniyle oluşan zaman dilimi içinde belki biraz daha detaylı bilgi paylaşma şansımız olacak, tabii sizin sabrınızın yettiği ölçüde ya da arzunuzun gerektirdiği ölçüde.

Ne farkı var eski Borçlar Kanunu 55’ten, 55/2’de yer alan hükmün tekrar eden 65’te diye bakarsak; daha önce düzenlenen hüküm burada bağımsız bir maddeyle hakkaniyet sorumluluğu olarak (daha önce 54. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen hüküm) bu sefer bağımsız bir madde olarak düzenlenmiş; dili sadeleştirilmiş; içeriği sadeleştirilmiştir. Nasıl bir ifadeye kavuşmuş diye bakarsak: Deniliyor ki, hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim ayırt ettirme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın tamamen veya kısmen giderilmesine karar verebilir. Burada dil gayet anlaşılır, açık, içerik sade ve eski hukuk düzenlerinde de soyluluğun getirdiği sorumluluk ilkesi burada zenginlikle bağdaştırılmış. Genel olarak yorumlarına ve uygulamasına baktığımızda burada ölçütün sadece zenginlik olmadığını, olayın oluş şekli ve diğer koşullarını da hâkimin mutlaka dikkate alması gerektiğini görüyoruz.

Şimdi daha sistematik açıdan bakarsak vaktimizin genişliğini de dikkate alarak, Medeni Kanunun 15. maddesi sorumluluğu ve kişiliği, diğer koşulların yanı

---

\* İstanbul Barosu

sıra ayırt etme gücünün de varlığına bağlıyor ve bunun istisnaları olduğundan bahsediyor. İşte bu istisnalardan birisi de önümüzdeki yeni Borçlar Kanununun 65. maddesidir. Normalde, ayırt etme gücü olmayan kişinin hukuki sorumluluğu bulunmaması gerekir, ama eğer hakkaniyet gerektiriyorsa, burada uğranılan zararların tamamen ya da kısmen tazmininde ayırt etme gücünün yoksunluğu göz ardı edilebilecektir. Burada, ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişinin kusurundan bahsetmek mümkün olmadığı için aslen sorumsuzluğu söz konusudur. Temel haksız fiil sorumluluğundaki prensibimiz nedir? Kusur yoksa sorumluluk da yoktur. Ama burada o prensipten ayrılarak ,ayırt etme gücü olmayan kişinin kusuru olmaması gerekmesine rağmen sorumluluğu söz konusudur. Tabii bundan da evvel yine biraz sonra da daha detaylı olarak değineceğimiz üzere temel olan haksız fiil sorumluluğundan yola çıkmaksa eğer, somut olayda kusur, yani ayırt etme gücü hariç haksız fiilin diğer unsurlarının gerçekleşmiş olması lazımdır.

Ayırt etme gücünü geçici olarak yitirmiş olanların durumu ise daha önceki bir maddede, yanılmıyorsam 55. maddede -rakamlarla aram iyi değildir, yanılıyorsam siz düzeltin- ele alınmış olduğu için artık burada tekrar zikredilmemiştir. Kıyasen zaten burada ayırt etme gücünün kendi kusuruyla kaybedilmiş olmasının yine kişinin kusurlu olması anlamına geldiği kabul edilerek, haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde geçici olarak kendi iradesiyle temyiz kudretini kaybedenlerin hakkaniyet gereği bundan sorumlu olacağına hükmedilmek gerekir. Burada kendi iradesiyle kaybetmeyenler de tabii yine hakkaniyet gereği kusursuz olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Ne vardır 65. maddenin içeriğinde bu hakkaniyet gereği tazminat söz konusu olan hallerde? Bir kere somut olaydan doğan bütün zarar kavramına maddi zarar ve manevi zararlar girer. Ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişinin sorumlu tutulabilmesi için örneğin, zengin bir akıl hastasının kendisine bakan kişiyi yaralaması ya da öldürmesi örneğinde somut olayın hakkaniyet gereği sorumlu tutulmayı gerektirir nitelikte olması gerekir. Yoksa hakkaniyetin gerektirmediği sorumluluk tazminat gerektirmeyen bir durumda salt ayırt etme gücünün yoksunluğuna bağlı olarak böyle bir sonuca varmak adil olmayacaktır. Bu konuda izninizle vaktimizin genişliğini de bir parça aslında diğer oturum sarktığı için pek genişlikten söz etmeye de olanak yok, ama diğer iki konuşmacının yokluğundan istifade daha önce değinmeyi düşünmediğim, ama madem böyle bir fırsat oldu, değineceğim bir teorik tartışma var. Öğretide Tekinay Hocamızın savunduğu kusurun bulunmadığı durumlara, yani sadece haksız fiil söz konusu olan hallerde değil de, sözleşmesel sorumluluk vs.de de kusur aramaya gerek bulunmadığı, her yere bu hakkaniyet sorumluluğunu yaymak gerektiği gibi bir fikir vardı ki, bu tasarıya 1. fıkra olarak geçmişti, ancak Adalet Komisyonunda tasarıdan çıkarıldı.

Bu görüşe karşın öğretide çoğunluktaki yazarlar derlerdi ki “temyiz kudretinin yokluğunda her halükarda hakkaniyet gerektiğinde sözleşmesel sorumlulukta ve diğer sorumluluklarda da temyiz kudreti yokluğu söz konusu olmasına rağmen hakkaniyet gerektiriyorsa mutlaka bu maddeyi oraya da uyarlayalım ve zararların tazminine karar verelim” dediğinizde hukuk güvenliğini sarsıcı, kontrolsüz ve ne-reye uygulandığı izlenemeyecek bir sonuca yol açar deniliyordu. Kanun koyucu tasarıda başlangıçta Tekinay’ın bu görüşüne ağırlık verilerek tasarıya alınmasına rağmen daha sonra hukuk güvenliği ilkesi daha ağır basmış ve tasarıdan bu hüküm çıkarılmıştır. Şahsen ben de bu düzenlemeyi yerinde buluyorum. Çünkü hukuk güvenliği salt şekil olarak kazuistik olarak maddelerin uygulanması evet adaletten çok uzaklaşmayı gerektirebilir, ama hukuk güvenliğinin olmadığı bir yerde her şeyin keyfi olarak işimize geldiği, hoşumuza gittiği gibi uygulandığı bir yerde de hepimizin adalet problemi olacağı kesindir. O yüzden bu düzenlemenin gayet yerinde olduğunu düşünüyorum ben şahsen.

Bu anlamda genel olarak bakarsak haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırı fiil, zarar, nedensellik bağı koşullarının olduğu, ama ayırt etme gücü, yani kusurun olmadığı, ayırt etme gücünün olmadığı için kusurun olmadığı yerlerde hakkaniyetin gerektiği durumlarda bu maddeye dayanarak hâkim doğan zararların, maddi ve manevi zararların tazminine kadar verebilecektir. Şimdi yine uygulamada sadece hakkaniyetten bahsedip, maddi ve manevi zararların giderilmesi koşullarından neden istisnadır? Hakkaniyet gerekiyorsa ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın tamamen veya kısmen giderilmesine karar verilir denilirken, burada ilk dikkate alınan hakkaniyetin gerekliliği konusundaki ölçüt ne? Ekonomik durum, yani kişinin zenginliği, ama ayırt etme gücünün olmamasına rağmen o zenginliğin zarar verdiği kişinin zararın uhdesinde kalmasının hakkaniyetle bağdaşmayacak olması, bu nedenle de hakkaniyet gereği tazminata hükmetmek. Burada ölçütün sadece zenginlik olarak alınması, yani ekonomik ölçütün alınması yeterli değildir. Kanun hükmü bu konuda hiçbir açıklık vermemiştir, ama hâkime çok geniş bir takdir yetkisi vermiştir. İşte doktrindeki tartışmalarda da burada hâkimin bu takdir yetkisinin çerçevesinde somut olayın bütün özelliklerinin göz önüne alınmasıyla bu boşluğun doldurulabileceği söylenmektedir. İnşallah uygulamada böyle olur.

Neleri dikkate alması gerekir hâkim diye bakarsak, hakkaniyet çerçevesinde temyiz kudreti yerinde olmayan, ayırtım gücü yerinde olmayan bir kişinin kusursuz eyleminden sorumlu tutulabilmesi için tabii ki her şeyden önce bir mücbir sebebin meşru müdafaa halinin karşı tarafa kendini koruması ya da karşı tarafın üstün nitelikteki bir hakkının veya kamusal bir hakkının kullanılması niteliğinde olmamalı her şeyden önce bu eylem. Dolayısıyla haksız fiilin bütün unsurları var,

sadece ayırt etme gücü yok, yani kusur yok, ama ekonomik durum da müsait diye hâkim hakkaniyet gereği tazminata hükmedememelidir. Bu eylemin kişinin temyiz kudreti var olsaydı, yani kusur var olsaydı sorumluluğu kaldıracak olan diğer hallerin var olup olmadığı çerçevesinde de olayı irdelemeli, eğer temyiz kudreti var olsaydı bile bahsettiğim nedenlerle tazminat sorumluluğuna gidilemeyecek ise de, yani hukuka uygunluk nedenleri var ise, burada da ayırtım gücü olmayan kişinin de aynı şekilde bu hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanması ve tazminata hükmedilmemesi gerekir. Bu hâkimin takdir yetkisinin içinde değerlendirilmesi gereken en önemli unsurlardan birisi olarak gözümüze çarpıyor. Maddenin lafzında dikkate alınmamış, ama uygulamada yargıçlarımızın bunu dikkate alacağını biliyoruz.

Bir diğer husus müterafik kusur hususunun da aynı şekilde irdelenmesi gerekir. Evet, ekonomik durumu uygun, temyiz kudreti olmayan ve haksız fiil sorumluluğunun diğer bütün unsurlarını gerçekleştirmiş olan failimizin karşı tarafa, yani mağdurun-zarar görenin de burada müterafik kusuru varsa bu husus da dikkate alınmalıdır. Bunu niçin söylüyorum? Geçmiş maddenin düzenlenişi, kaleme alınışı şekli ve uygulamadaki Yargıtay kararlarına yansıyan haliyle, zarar verenin ekonomik durumunun yüksekliği halinde karşı tarafın müterafik kusurunun dikkate alınmadığı, zararın tamamının karşılandığı uygulama örnekleri görüyorduk. Halbuki adil bir yargılama düzeni içinde, bu kişinin sırf ekonomik durumunun iyi olması bütün zararlardan sorumlu olmasını gerektirmemelidir. İşte hakkaniyet kavramının içinde hâkim bu unsuru da değerlendirmeli, müterafik kusur varsa karşı tarafın müterafik kusurunu da aynı ölçüde değerlendirmelidir. Hatta zarar verenin müterafik kusuru önleyebilme ya da biraz önce bahsettiğim hukuka uygunluk sebeplerinin var olması halinin de tazminatın ölçüsünün değerlendirilmesinde karşılıklı ilave kusur ya da kusursuzluk haline yaklaşan bir durum olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yine burada dikkate alınması gereken diğer husus nedir? Olayın oluş şekli. Olayın oluş şekli itibarıyla somut bir örnek üzerinden gidersek ayırt etme gücü olmayan bir kişinin karşı tarafa zarar vermesi; diyelim ki elindeki bir aleti, bir ağırlığı düşürmesi ve karşı tarafın örneğin aracına zarar vermesi hali; bir trafik kazası yapıp, aracını çarpması hali söz konusu olduğunda, hakkaniyet gereği sorumluluk söz konusu olacak, ama yine ayırt etme gücü olmayan fakat ekonomik gücü de yüksek olan kişinin ekonomik olarak daha alt seviyedeki ya da mağdur olan, zarar gören kişiye verdiği bu zararın eylemin oluş şekli bakımından örneğin, o sırada bir sara krizi geçirmesi ya da bir başka nedenle elindeki aleti eklenen illiyeti kesen yeni eylemler nedeniyle bu zararın oluşması hali söz konusu olduğunda

yine hakkaniyet kavramının içinde hâkim salt temyiz kudretinin yokluğu, ama ekonomik durumun yüksekliği ölçütlerine bakmayıp, olayın gerçekleşme şekli nedeniyle burada sorumluluğun var olup olmadığını da yine hakkaniyetle takdir etmek durumundadır.

Ayırt etme gücü olmayanların verdiği zarar yönünden 65. maddesinin son cümlesini irdelersek, bu Medeni Kanunun “kanunda gösterilen durumlar ayırık kalmak üzere ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz” ilkesinin istisnası olan bu düzenlemenin başka kanuna tabii düzenlemeleri vardır. Yaşın küçüklüğü, akıl zayıflığı, akıl hastalığı, sarhoşluk gibi bunlara bağlı olarak temyiz kudretinden yoksun olan kişiler de aynı durumda değerlendirildiler. Bilimsel öğretilerde çoğunlukla kabul edildiği üzere temyiz kudretine sahip olmayanların bu düzenleme uyarınca hakkaniyet çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için her şeyden önce haksız fiil sorumluluğunun diğer unsurlarının bulunması gerektiğini söylemiştik. Bundan ayrı olarak temyiz kudretinden yoksun olan failin temyiz kudretine sahip olsaydı, bu davranışından dolayı kusurlu tutulup ve sorumlu tutulup tutulmayacağını değerlendirilmesi gerektiğini de söyledik. Failin kendi kusuruyla temyiz kudretini yitirmiş olması halinin ayrı bir maddede düzenlendiğini de söylemiştik.

Son olarak da somut olayda temyiz kudretinden yoksun olan kişinin haksız eyleminin neden olduğu zarardan sorumlu tutulmasının somut koşullara göre gerekli olduğunu söyledik. Bu haliyle maddenin düzenlemesi dilinin arılığı ve sadeleştirilmesinin dışında, bu unsurları tam olarak içermediği için biraz eksik olarak değerlendirilebilir. Ama hâkimin takdir yetkisi geniş bir kavramdır, uygulamada hâkimlerimizin takdir yetkisini bu çerçeveler içinde kullanacağını ümit ediyoruz.

Önemli bir maddemiz “özen sorumluluğu” başlığı altında adam çalıştırmanın sorumluluğu maddesi, eski 55. maddenin ikinci fıkra hükmü iken yeni 66. maddenin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Maddenin 3. fıkrası yeni bir fıkra, kurtuluş kanıtını ifade ediyor ve diğer fıkraları da tek tek ele alacağız. Ama genel olarak maddenin 1. fıkrasında “adam çalıştırmanın çalışanın kendisine verilen işi yapması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür” ifadesine baktığımızda; eskiden istihdam edilen, istihdam olunan ya da amele olarak ifade edilen terimin burada “çalışan” ifadesiyle karşılandığı hemen gözümüze takılıyor. Gayet güzel, yerinde bir değişiklik olmuş terminolojik olarak. “Kendisine verilen işin yapılması sırasında” ifadesi de yine eskiden “hizmetin ifası” olarak ifade edilen işin yerine getirilmesi teriminin yerine “kendisine verilen işin yapılması” ifadesi de yine yerinde amaca uygun bir ifade olarak gözümüze çarpıyor. Özellikle kendisine verilen işin yapılması ifadesi için kişisel notlarında Herdem Hocam “kendi

üzerine vazife olmayan işleri üstlenen kişilerin oluşturduğu zararlardan adam çalıştırmanın korunduğu” notunu düşmüş. Ben de çok beğendim, gene kendisine atf yaparak sizinle paylaşmak istiyorum. Biz Türk milleti yardımsever bir milletizdir, iyiyizdir de hoş bu anlamda, ama bu yardımseverliğin ölçüsü bazen kaçar. İşimiz olmayan, bize verilmemiş olan işleri işgüzarlık edip üstümüze alırız. Ama maalesef bu üstümüze almayı yaparken o işin ehli olup olmadığımızı da pek bakmayız. Bir yardımseverlik duygusuyla canhıraş atlarız. İşte bu gibi atlamalar sonucunda bize verilemeyen işi yaparken oluşturduğumuz zararlardan da adam çalıştırmanın hakkaniyet gereği zararın oluşması nedeniyle yine vicdani nedenlerle uygulamada adam çalıştırana yüklendiği örnekleri görmekteydik. Bu ifade artık bu yanlış uygulamanın yolunu tamamen kesmiş oldu. Adam çalıştırmanı işgüzar, ama işin ehli olmayan arkadaşlarımızın vereceği zararlardan korumuş oldu diyelim.

2. fıkranın kurtuluş kanıtı getirdiği, 3. fıkranın yeni ve genel olarak sorumluluk çerçevesini düzenlediğini söyledikten sonra yine Herdem hocamın bir çekincesi var. Ben de eski feministlerden olarak bu konuya dokunmadan geçemeyeceğim. Medeni Kanununun “karı, koca” ifadelerine takıldığımız gibi burada da başlık “adam çalıştırmanın sorumluluğu” olduğu için öteden beri gelen şekliyle hep adam, adam diye gitmiş. Halbuki iş hayatında bizler hep varız; hatta çok varız; artık daha da çok olalım lütfen. “Peki, bu çalışan kadın olunca ne olacak” diye hocam not düşmüş Herdem hocam. Ben de yine kendisine atıfla sizlerle paylaşıyorum ve takdirlerinize sunuyorum.

Şimdi adam çalıştırmanın sorumluluğunun genel çerçevesine baktığımızda adam çalıştırmanın sorumluluğundan bahsedebilmek için her şeyden önce ne gerekiyor? Bir çalıştırma ilişkisi gerekiyor. Bu çalıştırma ilişkisi mevcutsa çalıştırma ilişkisini iş hukukundaki iş sözleşmesiyle sınırlı kılacak mıyız? Doktrindeki görüş burada emir ve talimatı altında olması, sevk ve idaresi altında olmasıydı. Eski Borçlar Kanunu 55. maddesinde de bu ifade açıkça yazmıyordu, ama Yargıtay kararlarına da böyle yansımıştı, doktrinde de bu konuda fikir birliği vardı. Şimdi yeni Borçlar Kanunu bunu 66. maddesinde açıkça ifade etmiş, biraz sonra da göreceğiz, gayet iyi yapmış. Adam çalıştırmanın tabii biraz önceki oturumda da söylendiği gibi gerçek kişi olabileceği gibi işletmeci düzel kişi de olabilir. Burada da aynı ilke geçerli, önemli olan onun istihdamında bulunan kişi, yani çalışma ilişkisinde bulunan kişi. Adam çalıştırman gerçek ya da tüzelkişinin çalıştırdığı kişinin bu işi görmesi sırasında verdiği haksız fiil, oluşturduğu haksız fiil eylemlerinden doğan kusursuz sorumluluk, özen sorumluluğu ilkesi karşımızda. Biz derslerimizde anlatırken madde 55 ile madde 100’ü hep bir arada anlatırız. Sistematikte maddeler arasında bayağı bir ayırım vardır ve sorumluluk türleri farklıdır. Biri sözleşmesel sorum-

luluktur; biri özen sorumluluğudur, tehlike sorumluluğudur. Ama çok daha iyi anlaşılır diye ben yine burada o klasik ders örneğimizi kullanmak istiyorum. Hani bir inşaatı yaparken ustanın tuğlayı elinden düşürüp de, yoldan geçen birine ya da onun aracına ya da eşyasına zarar vermesi örneği ya da o ustanın yine o işi yaparken içeride elinden tuğlayı düşürüp de ya da aletini düşürüp de bir antikayı ya da evin camını kırması ya da duvarına, kapısına, yerdeki karosuna zarar vermesi örneği bu iki maddeyi anlatmanın en güzel yoludur diye düşünüyorum. Sözleşmesel ilişkisi varsa 55. madde uygulanamaz mı? Hayır, haksız fiil sorumluluğuyla sözleşmesel sorumluluk yarışır, ama orada tabii ki somut olayın özellikleri farklılık arz etmiyorsa, elimizdeki argümanlarda zarar gören açısından baktığımızda kusurun ispatı, zamanaşımı süreleri vs. bakımından sözleşmesel sorumluluğa gitmek çok daha avantajlı olacağı için, tabii ki orada haksız fiil sorumluluğundan pek de söz etmiyoruz. O yüzden haksız fiil sorumluluğundan söz edildiği, yani sözleşmenin dışındaki üçüncü kişiye, ama iş ilişkisi içindeyken zarar verildiği hallerde neyi uyguluyormuşuz? Borçlar Kanununun 66. maddesini. Burada hizmet kusuru-şahsi kusur ayrımı ya da kamusal alanda özellikle tazminat, yani tam yargı davasını gerektiren hallerde mesleki kusur kavramının gündeme geldiği haller var. O detaylara girmiyorum, ama sonuç olarak kusurun varlığı esas.

İkinci kusur olarak da zararın işte bu çalışma ilişkisi içindeki işin yapılması sırasında o işle ilgili olarak meydana gelmiş olması asıl. Bu nedenle somut olay üstünden konuşacak olursak, ofisten çıkıp patronu almak için bulunduğu yere giden bir şoförün gidiş sırasında yolda kaza yapması 66. maddenin uygulanması koşullarını doğuracak bir çalışma ilişkisi içinde ve onun illiyetinde gerçekleşen bir zararı doğuracakken; aynı eylemi yapan kişinin örneğin yolda dha önceden kızgınlığı olan bir arkadaşıyla karşılaşmış, arabayı sağa çekip inip onunla bir kavgaya tutuşması ve o sırada onu yaralaması ya da benzin istasyonunda bir söz tartışması nedeniyle çıkan kavgada birilerine zarar vermesi ya da istasyona zarar vermesi sırasında, hâlâ kişi işin ifası sırasında o zaman diliminde bu zararı oluşturmuş olmasına rağmen, neden-sonuç ilişkisi bakımından, illiyet bakımından baktığımızda artık işin ifasıyla ilgili olmayan bir haksız fiil söz konusudur. Dolayısıyla burada 66. maddenin uygulanmasına yer yoktur. O yüzden sadece çalışan ilişkisinin bulunması ve çalışma süresinin içinde bu zararın meydana gelmiş olmasına bakmakla yetinmiyoruz, işin ifası nedeniyle bu zararın oluşup oluşmadığına da özellikle bakıyoruz.

Çalışanın eğiliminden doğan bu zararın uygun illiyet bağıyla bağlı olduğunu da böylece izah ettikten sonra kurtuluş kanıtını irdelemek gerekirse 2. fıkra diyor ki: “Adam çalıştıran çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim

ve denetiminde bulunurken zararın doğmasını engellemek için gereken özelliği gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz.” Demek ki, burada hem seçimde, hem talimatta, hem gözetimde, hem denetimde gerekli dikkat ve özeni adam çalıştırmanın göstermesi gerekir. Burada seçimi bir başkasının yapmış olduğu ya da talimatı bir başka ekibin vermiş olduğu alt ekibiye eğer ileri sürmek kurtuluş kanıtından yararlanmak için yeterli değil. Özellikle hizmet istihdamı hallerinde uygulamada bunun ciddi sıkıntılarını görüyoruz. Mesela, siteler güvenlik elemanını bizzat kendisi istihdam etmeyip, bir güvenlik firmasından hizmet alabiliyorlar ya da bütün site yönetimini bir hizmet şirketinden alabiliyorlar. Şimdi o hizmet şirketinin istihdam ettiği, çalıştırdığı işçinin sitede ya da o şirkette görevini ifa etmesi sırasında burada adam çalıştırın kim olacak? O kişinin verdiği hizmet kusurundan, hizmet sırasında verdiği zarardan kim sorumlu olacak gibi bir kavram gündeme geliyor. Eğer bu böyle yapılabileceği tabii uygulamadaki diğer maddelerden getirdiğimiz sonuç, sözleşmeyle bu konuda sorumluluğu diğer birebir istihdam eden firmada bırakmazsanız emir ve talimatı nereden aldığına ya da hizmeti nereye ifa ettiğini baktığınızda burada müteselsil sorumlulukla bile karşı karşıya kalabiliriz. Tabii ki de en son istihdam eden kişi talimatı kimin verdiği bakmaksızın, kimin yararına, kim adına verdiği ilkesinden yola çıkarak adam çalıştırın sıfatını taşıyacak ve burada o kişinin verdiği zararlardan sorumlu olacaktır.

Biz uygulamada bu gibi durumlarda sözleşmeye hüküm koyarak tüm bu zararlardan asıl istihdam eden firmanın, yani hizmet alınan firmanın sorumlu olduğu koşulunu koyuyoruz, ama nerede işe yarar bu? İç ilişkide. Zarar görene karşı işe yarar mı? Bence yaramaz, yaramasın da zaten, çünkü zaten mağdur olmuş, zaten zarar görmüş, bir de kimin adam çalıştırın olduğu, kimin sorumlu olduğuyula uğraşmasına gerek yok. Zarar görenin, biri kusurlu diğeri kusursuz sorumlu olan iki muhabı var bu durumda. İşte kurtuluş kanıtında tüm bunları ileri sürmeye imkân yok, kendisi bizzat seçimle, talimatla, işin işleyişiyle, zararın oluşmasına engel olacak, her türlü önlemi almış olmalı ki, buradaki sorumluluktan kurtulsun. Eski Borçlar Kanunu 55. maddemizde ne vardı bir de? Halin icabı gereği tüm bu önlemleri almış olsaydı bile yine de bu zararın oluşmasına engel olamayacak idiyse kurtulabiliyordu, artık bu hüküm yok. Siz nasıl değerlendiriyorsunuz bilmiyorum, ama bence iyi ki de yok. Gayet güzel olmuş. Çünkü siz işletmenizle ilgili ya da yaptığınız işle ilgili gerekli bütün önlemleri almamışsınız; gerekli talimatları seçimdeki dikkati, özeni vs. göstermemişsiniz, ama salt bir somut olayın özelliği bakımından ben bunları yapsaydım bile bu zaten böyle olacaktı diyerek sorumluluktan kurtulacaksınız. Bilmiyorum bu konuda Yargıtay kararlarında uygun örneklere ve hakkaniyetin bunu gerektirdiği örneklere rastlayanınız var mı, ama ben bunu derslerde anlatırken hep düşünürüm nasıl olur? Yani hem hiçbir

koşulu sağlamamış olacaksınız, hem de öyle bir somut olay olacak ki, ben bunları yapsaydım bile bu olacaktı diyeceksiniz. Mücbir sebep olur, meşru müdafaa olur ya da olağanüstü hal olur ama onlar zaten kusur sorumluluğunun dışında, onlardan zaten kimseyi sorumlu tutmuyoruz. Dolayısıyla bence maddenin bu şekilde düzenlenmesi özellikle zarar gören açısından bakıldığında daha hakkaniyetli ve daha güçlü bir zararın tazmini açısından düzenleme getirmiş gibi gözüküyor.

Yine 66. maddenin 3. fıkrasında bu amacı daha da genişlettiren bir hüküm var. Diyor ki: “Bir işletmede adam çalıştıran işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.” Yani burada spesifik bir iş ilişkisi değil, bir işletme ilişkisi var, işletmenin çalışanı söz konusuysa, adam çalıştıranın yükümlülüğü kurtuluş beyyinesi açısından daha da bir artıyor. İşletmeni bu tür zararları tamamen önleyecek seviyede donattıysan tamam, kurtuluş beyyinesinden yararlanabilirsin; ama aksi takdirde somut olayın özelliklerine bakmam, sorumlusun. Biraz ağır gibi gözüküyor adam çalıştıran bakımından, ama öte yandan biraz önce söylediğim gibi, burada amaç zarar görenin zararının tazmin edilmesi açısından buradaki özen sorumluluğu zaten kusurun var olup olmadığına, diğer koşullara bakmaksızın zarar görene sağlam bir güvence sağlamaksa, bu bakımdan düzenleme yerinde gibi. Ama belki biraz denkleştirme, hakkaniyet gereği orada biraz esnemeyi gerektirebilir. İfade çok ağır da bulunabilir.

Rücu hakkına baktığımızda yine bir farklılık var. Haksız fiil nedeniyle zarar gören kimse davasını ister, adam çalıştıran ister, haksız fiilden sorumlu olana birebir açabileceği gibi her ikisine birlikte açıp müteselsil sorumluluğun yoluna da gidebilir. Bu eskiden de böyleydi, şimdi de böyle. Fark adam çalıştıran kimse mahkeme kararıyla ya da rızaen ödediği takdirde zarar miktarını eskiden kusur olup olmadığına bakılmaksızın rücu edebiliyordu zarar verene. Şimdi ise diyor ki madde; zarara sebep olan çalışanına başvurabilir ödediği miktarda, ama onun kusuru ölçüsünde, yani bizzat kendisinin sorumlu tutulabileceği ölçüde. Dolayısıyla burada haksız fiil sorumluluğunda zarar veren kişinin kusuru ve o kusurda yapılacak olan indirimler rücuda dikkate alınacak hakkaniyet gereği.

Burada genel olarak gözden geçirirsek 55. maddede eski Borçlar Kanununun 55. maddesinde olmayan seçme talimat verme, gözetim ve denetiminde çalışırken gerekli özeni gösterme ibarelerinin yeni maddeye alınmış olması yerinde bir düzenleme, hükme daha açıklık kazandıran, tartışmaları ortadan kaldıran bir düzenleme. Yine organizasyon sorumluluğu zarar gören açısından sağlam bir güvence getiren durum diye değerlendiriyorum.

Yapı malikinin sorumluluğuna, 69. maddeye bakarsak; 69. madde diyor ki: “Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki bunları yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. İntifa ve oturma hakkı sahipleri de binanın bakımından ve eksikliklerinden doğan zararlardan malikle birlikte ve müteselsilen sorumludur. Sorumluların bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan kişilere rücu hakkı da saklıdır”

Madde 2. fıkrasında yeni bir hüküm içeriyor. Bu hüküm eski hükmün sadece malik sıfatıyla sınırlandırıldığı sorumluluğu intifa hakkı, sükna hakkı sahiplerini de genişletiyor ve onların birlikte sorumluluğunu getiriyor. Bu sorumluları zarar görene karşı sorumlu olanları genişleten ve zararın tazmin edilmesi seçeneklerini arttıran bence yerinde bir düzenleme olmuş. Burada da yine düzenleme yerine baktığımızda özen sorumluluğu başlığı altında düzenlenen bu maddenin bir kuresuz sorumluluk, bir özen sorumluluğu söz konusu olduğunu görüyoruz. Burada ifade bakımından binanın ne olduğuna bakarsak bina ve diğer şeyler kavramına, barınmak veya diğer ihtiyaçlar için yapılmış temel ve çatıyla en azından etrafi kapatılmış ve inşa eseri olarak tarif edilmesi mümkün. Apartman, ev, garaj, kapalı otoparklar, samanlık, depo, spor salonu ve benzeri kavramlar bina kavramının içine sokulabilir uygulama alanı olarak, bunun dışındaki köprüdür, yoldur, duvardır, özellikle istinat duvarları, onlar kayıyor ve diğer arazilere ya da oradaki kişilerin eşyalarına zarar verebiliyor. Uygulamada çok karşılaşıyoruz. Bunlar diğer yapı eserleri kavramı içine giriyor ki, işte bu diğer yapı eserleri de yine aynı şekilde sorumluluk doğuran bina malikinin sorumluluğunu diğer yapı eserlerinin sahibinin sorumluluğu altında doğuran bir husus. İnsan tarafından yapılmayan, inşa eseri olmayan kayalar, mağaralar, oyuklar girmiyor. Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin intifa ve sükna hakkı sahibi olduğu binalar ya da maliki olduğu binalar da bu madde kapsamı dışında olduğuna duraksama yok. Kamusal zorunluluk söz konusu olduğunda, ama sadece binanın örneğin çatısının uçması, kiremidinin düşmesi, vesaire halinde artık eskiden her şey idare mahkemesine gidiyordu, ama şimdi görev bakımından hangi yerde düzenlendiğine bakıyoruz ki, o zaman bir özel hukuk problemi olarak adli mahkemelerde kamu kurumlarında davalı olarak karşımıza gelebileceği bir uygulama örneği olarak görüyoruz.

Bina malikinin ya da diğer eser malikinin sorumluluğunun şartlarına baktığımızda bir kere bina malikinin dışında üçüncü bir kişinin zarar görmüş olması gerekir ve bu zararın doğduğunu mağdurun ispatlaması gerekir. Buradaki zarar kavramına maddi ve manevi her türlü zarar girer. Zarar bir binanın veya diğer yapı eserinin yapılışındaki bozukluk veya bakımındaki noksandan ya da her ikisinden birden meydana gelmiş olabilir. Eskiden sadece iyi durumda tutulması,

bakımının yapılmaması gibi bir ifade vardı, bu tereddüt doğuruyordu. Sanki bir bakım sorumluluğu söz konusuydu. Halbuki imalinden doğan sorumlulukları da uygulamada buraya sokuyorduk. Şu anda madde kaleme alınış şekliyle imalinden doğan sorumlulukları da maddenin kapsamının içeriğine sokmuş durumda. Sorumluluğuna yol açan bina, yapı sorumlu tutulmak istenen kişinin mülkiyetinde ya da intifasında ya da oturma hakkı kapsamında olmalıdır. Bu hususu ispatlamak da yine davacıya düşen bir husus. İşte burada özellikle 2. fıkra ile intifa ve sükna hakkı sahibi, oturma hakkı sahiplerinin de artık binanın iyi durumda tutulmasından ya da imalatındaki kusurlardan doğan zararlardan sorumlu tutulması yeni bir düzenleme ve yerinde bir düzenleme. Düşünün, 30 yıllığına intifa hakkı vermişsiniz, ne görüyorsunuz, ne biliyorsunuz binanızı, ne kullanıyorsunuz, ne içine girme hakkınız var, ne bir çivi çakma hakkınız var; her türlü kullanma yararlanma hakkı başka birisinde, orada bir hasar söz konusu olacak ve tapu maliki olduğunuz için bundan siz sorumlu olacaksınız. Yine sorumlusunuz, değişen bir şey yok, ama hakkaniyet gereği; hani nimet-külfet dengesinin sağlanması açısından o binanın, o yapının nimetlerinden yararlananı da sorumlu tutulmasını gerektiriyordu. Nitekim uygulamada da buna ilişkin Yargıtay kararları vardı, biz de doktrinde bunun böylece olması gerektiğini savunuyorduk. Madde bu düzenlemesiyle gayet yerinde olmuştur diye düşünüyorum.

Ne olur? Bina maliki ya da intifa ya da sükna hakkı sahibi; bu arada siz” oturma hakkı” diye çevirin, benim dilim eskidir ve Herdem Hocamla farklılaştığımız yerlerden birisi bazı mesleklerin dilinin sadeleştirilmesi, Türkçeleştirilmesini ben tehlikeli bulurum. Çünkü içeriğini doldurmak o kadar kolay değil. “Maddeyi okuyalım, anlayalım” isteniyor, güzel de okuyup anlarsanız kanun maddesini, Vecdi Hocamın ifadesiyle kanun uygulayıcıları olursunuz. Halbuki bizim amacımız kanun uygulayıcıları olmak ya da kanun uygulayıcıları yetiştirmek değil, hukukçu yetiştirmek, hukukçu gibi düşünen insanlar yetiştirmek. Bazı kavramlar tam olarak karşılanamıyor. İşte “intifa” teriminin karşılanamadığı gibi. O yüzden ben “sükna” demeye devam edeceğim gibi gözüküyor. Çok da provasını yaptım oturma demek için, ama olmuyor. Siz onları istiyorsanız eğer otomatik olarak çevirebilirsiniz. Konumuza dönersek, intifa ve sükna hakkı sahipleri veya bina maliki söz konusu zararı ödedi; sorumlu tutuldular, ödediler. Eğer bu bina malikinin kusurundan ya da onun sorumlu olduğu bir alandan doğuyorsa intifa ya da sükna hakkı sahibi olan değil, müteahhitten ya da başka bir araya giren illiyeti kesen kusur söz konusu var ve o kişiden kaynaklanıyorsa, zarara neden olan kişiye rücu edebilirler. Örneğin, sizin binanızın yapılması sırasında deniz kumu kullanılmış da ya da kötü kalitede çelik kullanılmış da bunlar korozyona uğramış, bu yüzden binanız yıkılmış ve birilerine zarar vermişse, bu durumda bina malikinin de bunda herhangi bir dahli yoktur ve binayı yapan müteahhide rücu edebilecektir.

Evet, 69. maddenin getirdiği yeniliklere baktığımızda binanın imal olunan maliki ibaresinin yanı sıra binanın ve diğer yapı eserlerinin maliki ibaresinin de yerinde olduğu, bunun sadece muhafazasından değil, imalinden ve muhafazasından, her ikisinden ya da ayrı ayrı sorumluluk olduğu hususlarının açılması intifa ve sükna hakkı sahiplerinin de sorumlu kavramlarının içine dahil edilmesi genişletici ve yerinde düzenleme olmuştur. Burada aynı zamanda başlık itibariyle baktığımızda da bunun bir tehlike sorumluluğu mu, özen sorumluluğu mu olduğu tartışması vardı doktrinde. Artık binanın bakımı, onarımı gibi hususlarda sorumluluk kavramı içinde ele alındığı için, burada tehlike sorumluluğu olduğu da artık netleşmiştir. Doktrindeki bu dayanak nedenin üzerindeki tartışma da gündemden düşmüştür.

Benim inceleme konularımdan sonuncusu da zarar tehlikesinin önlenmesi, yani 70. madde bu eski düzenlemeyle aynı içerikte, yeni ifadeli bir hüküm. Hükümün ifadesi değişmiş, malik dışında yeni sorumluların, intifa ve sükna hakkı sahiplerinin eklenmesi nedeniyle de artık eski ifadesinde "malik" denilirken burada "hak sahipleri"nden gereken önlemlerin alınmasının istenebileceği söylenmiş. Hemen maddeyi okuyalım, kısa ve net bir madde zaten. Madde diyor ki: "Bir başkasına ait bina veya diğer yapı eserlerinden zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını hak sahiplerinden isteyebilir." Eskiden "maliklerden isteyebilir" diyordu; şimdi malik, intifa hakkı, sükna hakkı sahipleri olduğuna göre "hak sahiplerinden isteyebilir" diyor. Devamında da kişilerin ve malların korunması hakkındaki kamu hukuku kuralını saklı tutuyor. Yine eski ifadesindeki eski düzenlemedeki fıkranın; yerinde, bir paralel düzenleme olmuş kanaatindeyim.

Günün en sonunda bana sabır gösterdiğiniz için teşekkür ederim. Devamını sorularınıza bırakıyorum.

# § 28 HAYVAN BULUNDURANIN SORUMLULUĞU ve HAYVAN HAKLARI

Av. Deniz TAVŞANCIL KALAFATOĞLU<sup>1</sup>

## I. HAYVAN BULUNDURANIN SORUMLULUĞU

Çok değerli hocamız Prof. Dr. İsmet Sungurbey anısına düzenlenen işbu Borçlar Kanunu çalışması içinde yer almaktan duyduğum mutluluğu ve hocamızın hayvan hakları konusunda açtığı bu yolda onun izinden yürüyor olmaktan duyduğum gururu ifade etmek istiyorum.

Hocamız adına düzenlenen bu çalışmada Borçlar Kanununun, Hayvan sahibinin sorumluluğunu düzenleyen 67. ve 68. Maddelerinin çalışması benden istenildiğinde, konunun hayvan haklarına gelmesi kaçınılmazdı.

Ben de sizlere bugün; eski Borçlar Kanunu madde 56-57, yeni Borçlar Kanunu madde 67-68'de yer alan hayvan sahibinin sorumluluğu ve devamı maddesini, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun perspektifinden anlatmaya çalışacağım.

Sungurbey hocamız için hayvanların ve hayvan haklarının ne kadar değerli olduğu herkes tarafından bilinen bir gerçek. Bugün hayvan hakkında ve çok fazla eksiği olsa da hayvan haklarına ilişkin bir kanundan bahsedebilmek onun verdiği mücadele sayesinde mümkün olmuştur. Hatta hocamızın hayvan hakları ile ilgili bir başyapıt olan 925 sayfalık kitabının ön kapağında yer alan “*Bir insanlık kitabı*” ve “*ÖLDÜRÜTTÜĞÜMÜZ HAYVAN DOSTLARIMIZ BİZ İNSANLARI BAĞIŞLAYINIZ*” ifadeleri, hayvan ve hayvan haklarının, hocamız için ne ifade ettiğinin kesin birer kanıtı mahiyetindedir.

2004 yılında yürürlüğe giren 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun ilk şekli de, yine hocamızın 1993 yılında basılan kitabında, “Hayvanları Koruma Yasası Ön Tasarısı” olarak yerini almıştır. Şu aşamada, Hayvanları Koruma Kanununda değişiklik yapılması gündemdedir. Bu konudaki en büyük temennimiz ve mücadelemiz, yeni yasanın, değerli Sungurbey hocamızın kemiklerini sızlatmayacak şekilde, hayvanların yaşam haklarını üstün tutan, adına yakışır lafzı ve ruhuyla gerçekten hayvanları koruyan bir yasal düzenleme olarak son şeklini almasıdır.

<sup>1</sup> İstanbul Barosu Hayvan Hakları Komisyonu Başkan Yardımcısı

## 1. Genel Olarak

Borçlar Kanununda düzenlenen Sorumluluk müessesesinde; temel prensip kusur sorumluluğudur. Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Genel kural, “**kusura dayanan sorumluluktur**” ve kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunda, zarar verici bir eylem bulunması, eylemin hukuka aykırı olması, eylemi yapanın kusurlu bulunması, bir zararın söz konusu olması, eylem ile zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir.

Kusursuz sorumluluk ise özel bir sorumluluktur. Bu çerçevede kusursuz sorumluluk, 1-Hakkaniyet sorumluluğu, 2-Özen sorumluluğu, 3-Tehlike sorumluluğu (ve denkleştirme) olarak üçe ayrılır. Kusursuz sorumlulukta, kusurun varlığı aranmaz, fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının gösterilmesi yeterli kabul edilir. (“**her türlü özen gösterilse dahi bu zarar engellenemezdi**” tek savunma aracıdır). **Hukuka aykırı eylem ise**, öğretinin çoğunluğunun benimsediği gibi hukukun koruduğu değerlerin çiğnenmesi neticesinde hukuk düzeninin bir kuralını ihlal eden eylemdir<sup>2</sup>.

Borçlar Kanunumuzda, yukarıda belirtilen genel kuralın dışında kusur aranmaksızın hatta bazen hukuka aykırılık söz konusu olmaksızın sorumluluğun düzenlendiği haller mevcuttur.

1-Hakkaniyet sorumluluğunda (BK Madde 65 –eski BK m. 54-) 2-Adam çalıştırmanın sorumluluğunda (BK Madde 66 –eski BK m. 55-), 3-Hayvan bulunduranın sorumluluğunda (BK Madde 67 –eski BK m. 56-) 4-Yapı Malikinin sorumluluğunda (BK Madde 69 –eski BK m. 58-); Hakkaniyet sorumluluğu dışındaki hallerde özen sorumluluğu esas olup kişi, kusurlu olmasa dahi olayın sebep olduğu zarardan sorumlu tutulur. Bu nedenle kusursuz sorumluluğa, Objektif sorumluluk ya da sebep sorumluluğu da denilmektedir<sup>3</sup>.

Kusursuz sorumluluk için eylem veya olayla zarar arasında bir nedensellik bağının varlığı yeterli olup ayrıca kusurun varlığı aranmaz. Gerekli tedbir alınmadan insan ve hayvanlar için zarar oluşturacak tarzda bir eylem, tazminat sorumluluğunu doğurur. Burada ihlal edilen yapma ödevine aykırılıktır. Yapma ödevinin çiğnenmesinden ötürü zarara uğrayan kimsenin, bu ödevin varlığını kanıtlaması gerekir. Bu ödevine aykırı davrandığı ileri sürülen kişi de, gerekli tedbirleri aldığını kanıtlarsa, sorumluluktan kurtulur. Bir eylemin hukuka aykırı olarak kabul edilebilmesi için aynı zamanda bir hukuka uygunluk nedeninin de mevcut olması gerekir. Kusur, hukuk düzeni tarafından kınanan bir davranışın bilerek ve

2 Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s. 470 vd.

3 Oğuzman/Öz, s. 561.

isteyerek yapılmasıdır. Ki, burada önemli olan husus da, kusurun aranmamasıdır. Yapma ödevini yerine getirmeyerek gerekli tedbirleri almayarak zarara yol açmak yeterlidir. İşte hayvan bulunduranın sorumluluğu da bu bağlamda ele alınır<sup>4</sup>.

## 2. Kanuni Düzenleme

### a) Madde Kapsamı

Eski Borçlar Kanununda, bu sorumluluk 56. Maddenin altında “Zarar ve Ziyar” başlığı altında düzenlenmiştir.

“... Bir hayvan tarafından yapılan zararı o hayvan kimin idaresinde ise o kimse hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinayı yaptığını yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını 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...”

Aynı sorumluluk müessesesi yeni Borçlar Kanununda 67. Maddesinin altında “GİDERİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ” başlığı altında;

“... 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...” şeklinde düzenlenmiştir.

### b) Eski ve Yeni Kanun Maddelerinin Karşılaştırması

Eski ve yeni Borçlar Kanununda, “Hayvan Sahibinin Sorumluluğu” nu ihtiva eden maddeler karşılaştırıldığında;

Kanun dilinin sadeleşmesi dışında, bir değişiklik yapılmadığı görülecektir. Ancak aynı hususu, eski kanunda 57. Madde ile “Hayvan Üzerinde Hapis Hakkı” başlığı altında, yeni kanunda da 68. Madde ile “Alıkoyma Hakkı” başlığı altında düzenlenen *sahipli hayvanın başka bir gayrimenkule girmesi halinde, gayrimenkul maliki tarafından alıkonulmasına* ilişkin madde için söylemek ne mutlu ki mümkün değildir.

4 Haluk Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, Ankara 1981, s. 125-128; Fikret Eren, Borçlar Hukuku, C. II, Ankara 1991, s. 120 vd.; Turgut Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Cilt 3, Ankara 2003, s. 2670

Çünkü; eski Borçlar Kanunu 57. Madde ile;

“... Bir kimsenin hayvanı değerinin gayrimenkulü üzerinde bir zarar yaptığı takdirde gayrimenkulün zilyedi o hayvanı zapt ve kendisine ita olunabilecek tazminat mukabilinde teminat olmak üzere yedinde hapsedmeğe hakkı vardır. Eğer hal ve maslahat icap ederse, gayrimenkul zilyedi o hayvanı öldürebilir. Şu kadar ki gayrimenkulün zilyedi hemen keyfiyetten hayvanların sahibini haberdar etmeğe ve eğer onu bilmiyorsa kendisini bulmak için lazım gelen tedbirleri ittihaz eylemeğe mecburdur...” şeklindeki düzenlemede gayrimenkul zilyedine, hayvanı öldürme yetkisi tanınmışken,

yeni Borçlar Kanunu 68. Madde ile ;

“... 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...” şeklinde düzenlemede;

Yasa koyucu, hayvan lehine bir düzenleme yaparak; yeni Borçlar Kanununda, eski Borçlar Kanununda gayrimenkul zilyedine tanınan öldürme yetkisi ortadan kaldırmıştır. Yeni kanun maddesi, Hayvanı diğer yollarla etkisiz hale getirmekten bahseder. Etkisiz hale getirmek ile de hayvanın zarar vermeyecek hale getirilmesi anlaşılır ki, ÖLÜM artık söz konusu bile değildir. Yeni kanun; “diğer yollarla etkisiz hale getirebilir” şeklindeki düzenleme ile hayvan canını korumaktadır. <sup>5</sup>

Yine, bir hayvanın alı konulması, hukuken suç teşkil ederken, yukarıda her iki maddede de düzenlendiği üzere; *sahipli hayvanın (1) başka bir gayrimenkule girmesi ve (2) taşınmaz üzerinde zarar vermesi halinde, gayrimenkul maliki tarafından alıkonulması*, suç teşkil etmemektedir. Nitekim; Taşınmaz zilyedine tanınan bu alıkoyma hakkına ilişkin Yargıtay; “... Bir kişinin bahçesine zarar veren hayvanı, tazminat almak için hapseden, daha sonra da muhtara teslim eden kişinin eyleminde hırsızlık kastı yoktur...” demektedir. (Ceza Genel Kurulu, 16. 5. 1977 tarih, Esas 1977/190, Karar 1977/214.)

<sup>5</sup> Kaldı ki eski kanun maddesi ile öldürme yetkisi tanıdığı halde, o yetki, hukukumuzda düzenlenen meşru müdafaadan pek de farksız olarak düzenlenmemiştir. Öldürebilmek için gerekli koşulların varlığı aranmaktadır. Kişinin, taşınmazına giren ve zarar veren hayvanları, Borçlar Kanununun 57. maddesinde öngörülen diğer hakları kullanması olanaklı iken, o yola gitmeyerek hakkın kötüye kullanılması sayılacak bir şekilde hayvanları zehirleyerek öldürmesi, kişiyi hukuksal sorumluluktan kurtaramaz. (Yargıtay 3. HD, 25. 01. 1990 tarih, Esas 3645, Karar 360)

### 3. Hayvan Bulunduranın Sorumluluğunun Niteliği

Borçlar Kanununun 67. Maddesinde düzenlenen sorumluluk; özel bir sorumluluktur; KUSURSUZ SORUMLULUKTUR, SEBEP SORUMLULUĞUDUR. Hayvana dikkat, özen ve gözetim görevini üzerine alan ve ondan sürekli bir şekilde faydalanan kişi, hayvanı yöneten sıfatı ile bu hayvanın verdiği bütün zararları ödemekle yükümlüdür<sup>6</sup>. Bu kusursuz sorumluluktan sorumlu kişi; hayvan sahibi değildir. Olay vuku bulduğunda sürekli veya geçici, hayvan, kimin yönetimi altında ise o kişi sorumlu olarak muhatap alınır. Hayvanı yönetimi altında bulunduran kimse denilmekle; hayvan üzerinde hukuki veya fiili egemenliğe sahip olarak onun zarar vermesini önleyecek tedbirleri alabilecek olan kimse kastedilmiştir<sup>7</sup>.

### 4. Hayvan Bulunduranın Sorumluluğunun Şartları

Bu giderim yükümlülüğünde, iki şart aranır:

**Olumlu şart;** Hayvanın kendi bağımsız hareketiyle, içgüdüleriyle yaptığı bir hareket neticesinde, zarara sebep olması gerekir. Ortaya çıkan zarar, eğer hayvanı yönetimi altında bulunduranın yanlış hareketinden meydana gelmişse, bu madde artık uygulanmaz<sup>8</sup>.

**Olumsuz şart;** Sorumluluk için kusur aranmaz. Burada önemli olan unsur **özen sorumluluğu gereği;** "özen ve gözetim ödevinin" layıkıyla yerine getirilip getirilmediğidir. Bir başka deyişle; özen ve gözetim ödevi ile zararın doğmasına engel olmak için alınması gereken önlemlerin alınması kastedilmektedir. Bu önlemlerin alınmamasında, hayvanı yönetiminde bulunduran kişinin kusurunun bulunmaması, durumu değiştirmez<sup>9</sup>.

Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz. Buna kurtuluş kanıtı da denir<sup>10</sup>. Bir başka deyişle, hayvanı yönetimi altında bulunduran kişinin sorumluluktan kurtulabilmesi, özen sorumluluğu gereği; hayvanı hal ve şartlara göre gerekli bulunan özenle gözetmiş olduğunu ya da bu özen gösterilmiş olsaydı bile zararın önlenemeyeceğini ispat etmesi gerekir. Özenle gözetim, hayvanın cinsine, özellikle huyuna göre takdir edilir. Her olayın kendi şartları içinde gösterilmesi gereken özen dikkate alınacaktır. <sup>11</sup>.

6 Oğuzman/Öz, s. 576.; Uygur, s. 2671

7 Tandoğan, s. 120 vd.; Uygur s. 2671

8 Uygur, s. 2671.

9 Uygur, s. 2671.

10 Oğuzman/Öz, s. 581, 582

11 Oğuzman/Öz, s. 582; Tandoğan, s. 132.; Eren, s. 191

## 5. Hayvan Bulunduranın Sorumluluğunun Sonuçları

### a) İlliyet Bağı

Bir hayvan, hareketi ile bir şahsa zarar vermişse, hayvan tutucusu (hayvanı idare eden) hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinayı, yani hayvanın başkasına zarar vermesini önleyecek tedbirleri almada gerekli özeni göstermemiş demektir. Zarar, gerekli özenin gösterilmemesinden ileri gelmiştir; bu husus, illiyet bağıni oluşturur. Hayvan kendi bağımsız hareketi ile içgüdüsüne uygun olarak yaptığı hareket sonucu zarara sebebiyet verirse, zararı giderme yükümlüsü de, hayvan tutucusudur. Ancak hayvan bir dış kuvvetin etkisi altında zarara neden olmuş ise bu dış etken, hayvanın içgüdüsüne uyarak bir hareket yapması sonucunu doğurmadıkça hayvan tutucusu bu zarardan BK 67. Maddesi uyarınca sorumlu tutulamaz. Burada hayvanı içgüdüsel davranışlarından ayıran ve etki altında tutup yönlendiren kişi BK uyarınca haksız eylem faili olarak sorumlu olur<sup>12</sup>.

### b) Sorumlu Kişi

Borçlar Kanunu Madde 67’de hayvan tutucusundan (*hayvanı idare edenden*) *maksat vasıtasız zilyedliktir*. Vasıtasız zilyed, hayvanın maliki olabileceği gibi kiracı veya hayvanı çalmış hırsız da olabilir. Başkası için zilyed durumunda olan ve hayvan üzerinde kendisi için hiç bir ayni veya şahsi hak ileri sürmeksizin başkasının bir hakkı sebebiyle hayvan üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse, BK 67’nin uygulanması bakımından hayvanı idare eden durumundadır. Atın eğitimi ile meşgul seyis, köpeği dolaştırmaya çıkaran hizmetçi, hayvanı güden çoban böyledir. Zilyed yardımcısı adı verilen ve hayvan üzerinde doğrudan fiili hakimiyetleri bulunmaksızın hizmet sebebiyle hayvanla ilgilenenler, zilyed olmadıkları cihetle hayvanı idare eden kavramına girmezler. Atın yemini veren seyis, evde kedi köpeğin yemeğini veren hizmetli. Özen borcu; zararın gerçekleşmesini önlemeye elverişli ve hayvanı yönetimi altında bulunduranın almak zorunda olduğu tedbirlerin tümünü kapsar. Gerekli özenle gözetim gösterilmez ya da gösterilmiş olsa idi zararın önlenemeyeceği kanıtlanamaz ise hayvanı yönetimi altında bulunduran sorumlu olur<sup>13</sup>.

### c) Zarar Görenin Hak ve Sorumluluğu

Borçlar Kanunu madde 67, “*üzerinde hakimiyet bulunan hayvanların*” verdikleri zararlarda uygulanabilir. Üzerinde hakimiyet söz konusu olmayan hayvanların mesela ayının, kenenin, evdeki farenin verdiği zararlar için BK madde 67

12 Oğuzman/Öz, s. 581. Yargıtay 4. HD, 1. 4. 1985 tarih, Esas 1308, Karar 3036.

13 Oğuzman/Öz, s. 579-580. Yargıtay 4. HD, 25. 11. 1993 tarih, Esas 1993/1081, Karar 1993/13614.

uygulanmaz. Hayvan bulunduran bir başka deyişle hayvan üzerinde hakimiyeti bulunan kişi, kanundan doğan, kusursuz sorumluluğa dayalı özen borcunu yerine getirmedeği müddetçe, zarar görene karşı sorumludur. Ancak zarar gören açısından da, meydana gelen zarara katkısı bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. Yargıtay; MÜTERAFİK kusurdan bahseder. Yani; zarar görenin, zararın doğumuna ve çoğalmasına birlikte sebep olması halinde; hayvan idare edenin sorumluluk derecesi zarar görenin kusurunun şekil ve derecesine göre ya azaltılır ya da tamamen ortadan kaldırılır<sup>14</sup>.

#### d) Kurtuluş Kanıtı

**Hayvan tutucusu, gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.** Bir hayvanın üçüncü kişiye vermiş olduğu zararı, onun tutucusu, durumun gerekli kıldığı her türlü özeni göstermiş olduğunu veya böyle bir özeni göstermiş olsa bile zararın gerçekleşmesine engel olamayacağını kanıtlamadıkça, ödemek zorundadır. Sorumluluğun doğması için hayvan tutucusunun kusurlu olması şart değildir. Durumun gerekli kıldığı her türlü özeni göstermiş olduğunu veya böyle bir özeni göstermiş olsaydı bile zararın gerçekleşmesine engel olamayacağını ispat etmedikçe, tazmin etmek zorundadır<sup>15</sup>.

#### e) Rücu İlişkisi

Meydana gelen zarar, **hayvanın kendi bağımsız hareketiyle, içgüdüleriyle yaptığı bir hareket neticesinde değil de başka şahıs veya başka şahsa ait hayvan tarafından ürkütülmesi neticesinde** meydana gelmiş ise zararı tazminle yükümlü hayvan bulunduran, karşılamış olduğu zararı daha sonra hayvanının zarar vermesine neden olan şahsa rücu edebilir.

Eski Borçlar Kanunu Madde 56;

“... Bu surette eğer hayvan diğer bir şahıs yahut diğer bir şahsa ait olan hayvan tarafından ürkütülmüş olur ise bu kimse onlara rücu edebilir...” şeklinde,

Yeni Borçlar Kanunu madde 67;

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

Yeni kanun maddesi, eski kanun maddesi ile aynı şekilde düzenlenmiştir.

14 Oğuzman/Öz, s. 577. Yargıtay 4. HD, 21. 5. 2003 tarih, Esas 2003/2154, Karar 2003/6572.

15 Oğuzman/Öz, s. 581-582. Yargıtay 11. HD, 10. 02. 2005 tarih, Esas 2004/4365, Karar 2005/1034.

Zarar veren hayvanı ürküten şahsın veya ürküten hayvanı idare edenin sorumluluğu, ürkütme olgusuna dayandığı için durum özellik arz eder. Ürken hayvanın verdiği zarardan, ürküten şahsın sorumlu tutulması için o şahsın davranışının hayvanı ürkütmeye yönelik olması gerekir. Ancak bu şahsın fiili, hayvanı ürkütmeye yönelik ise bu fiille zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı kabul edilebilir. Şayet ürkütmeye yönelik olmayan bir davranıştan hayvan ürkümüş ise bu davranışta bulunanın zarardan sorumluluğu ve kendisine rücu edilmesi düşünülemez. Yine aynı şekilde ürken hayvan, diğer hayvanın kendisine yönelik olmayan bir hareketinden ürküp başkasına zarar vermişse, ürküten hayvanın hareketi ile zarar arasında uygun illiyet bağı yoktur. Ürküten hayvanın ürken hayvana yönelik bir hareketi söz konusu ise zararlar ürkütme hareketi arasında uygun illiyet bağı vardır. Ve ancak o zaman rücu imkanı doğar.<sup>16</sup>

## II. TÜRK CEZA KANUNUNDA HAYVANLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Ceza kanunumuzda yer alan hayvanlar ile ilgili düzenlemeler hakkında, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu çatısında, bilgi verilecektir.

### 1. Kanuni Düzenleme

Türk Ceza Kanununda hayvanlarla ilgili düzenlenmiş iki önemli madde yer almaktadır; bu maddelerden bir tanesi "*Mala Zarar Verme*" başlığı altında 151/2 ile diğeri "*Hayvanın Tehlike Yaratacak Şekilde Serbest Kılması*" başlığı altında 177. Madde ile düzenlenmiştir

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

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

16 Oğuzman/Öz, s. 584-585.

TCK'nun 518 ve 519. Maddeleri hükümlerine göre, bir kimse, haksız yere başkasının arazisine veya bağ ve bahçesine hayvan sokarak veya orada bırakarak bir zarar ika ederse yahut yalnız otlatmak maksadıyla hayvan sokar veya girmesine göz yumarsa, bu fiillerden doğan zarar, hayvanı sokan veya girmesine sebep olan kişiye RÜCU HAKKI SAKLI KALMAK ÜZERE, hayvan sahibine tazmin ettirilir. (Yargıtay 4. HD, 4. 2. 1992 tarih, Esas 12730, Karar 863.)

## 2. Kanuni Düzenlemenin Değerlendirilmesi

Türk Ceza Kanunda yer alan 151/2 maddesi ile; önce sahipli sahipsiz hayvan ayrımı yapılmış;

Sahipli hayvan, mal olarak değerlendirilmiş, zarar görmesi halinde de sahibinin uğradığı ekonomik kayıp nedeniyle “mala zarar verme” suçuna konu olmuş,

Sahipsiz hayvan ise mal olarak dahi değer görmemiştir. Sahipsiz hayvan, kaba-hat kanunu kapsamında yer alan 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu uyarınca idari para cezasına konu olacaktır.

## III. TÜRK HUKUKUNDA HAYVAN HAKKI KAVRAMI

### 1. Genel Değerlendirme – Uluslararası Yasalar

Üzülerek ifade etmek isterim ki; yasal düzenlemelerimiz, hayvanlara, *hak sü-jesi* olarak değil, *hak objesi* (hak konusu) olarak bakmakta; onları bir nesne, bir eşya, bir mal olarak kabul etmektedir. Yani burada savunulan hak, bir hayvanın hakkı değil, hayvan sahibinin hakkı olmaktadır. Tabii ki talebimiz, hayvanların, gerçek kişilerin sahip oldukları hak ve fiil ehliyetine sahip olmaları değildir. Ancak hayvanlara da, birer canlı oldukları kabul edilerek hukuken özel bir statü verilmeli, bu çerçevede hak tanınmalıdır.

Birçok medeni ülke, kanunlarında, hayvanları eşya ya da mal olarak kabul etmemiştir:

**Almanya**, 20 Ağustos 1990 tarihli “Federal Almanya’nın Medeni Hukukta Hayvanların Hukuksal Durumunun İyileştirilmesi Yasası” ile **hayvanları nesne – eşya kavramı dışına çıkarmıştır**<sup>17</sup>.

**Avusturya**, ilk Hayvanları Koruma Yasasını 1951 yılında yasalaştırmış olsa da Avusturya Medeni Yasasına, Hayvanların Hukuksal Durumunun İyileştirilmesi için 10 Mart 1988 tarihli yasa ile eklemeler yapmış ve hayvanları bir eşya -mal olmaktan çıkarmıştır<sup>18</sup>.

**İsviçre**’de de, 2003 yılında, mülkiyet hakkını düzenleyen kanunun 641. Maddesine “Hayvan eşya değildir.” şeklinde bir ekleme yapılmıştır.

Değerli Sungurbey hocamız, yasalarımız çerçevesinde hayvanlara tanınacak hakka ilişkin;

17 Sungurbey, İsmet, Hayvan Hakları, İstanbul 1993, s. 100

18 Sungurbey, s. 101

“... *Cenine nasıl bağımsız yaşama hakkı ve sınırlı hak ehliyeti tanınıyorsa, hayvanlara da bağımsız yaşama hakkı ve dolayısıyla sınırlı hak ehliyeti tanınmalıdır...*” ifadesini kullanmıştır<sup>19</sup>.

Alman filozof Arthur Schopenhauer; “*hayvanlara karşı, acımadan önce adaletle yükümlü olduğumuzu*” söylemiştir<sup>20</sup>.

Hayvanların korunması, devletin amaçları içinde yer alması gereken bir husustur. Yaratılış ortağı olarak hayvanlara karşı, insanların sorumluluğundan dolayı, hayvanların yaşamı ve sağlığı korunmalıdır<sup>21</sup>.

*Medeni Kanunumuzun kaynağının İsviçre Medeni Kanunu olduğu ve İsviçre’de de 2003 yılında hayvanların mal olmadığına dair düzenleme yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda; bizim yasal düzenlemelerimize de en kısa zamanda hayvanların, bir eşya ya da mal olmadıkları yönünde bir tanıma yapılması, beklenen bir gelişmedir. Bu sayede; kişilerin haklarının ve kişilerin sahip oldukları eşya ve/veya mallarının korunmasının yanı sıra, hayvanların zarar görmesi halinde, hukuken zedelenen bir hakkın varlığı kabul edilecek ve o hakkın korunması gereği duyularak, hayvan, hayvan sıfatı için korunabilecektir.*

## 2. Hayvan Hakkı Kavramına Farklı Bakış Açısı

Hayvan; hissetme yetisine sahiptir. İnsan gibi sevinir, üzülür, üşür, acıkır, susar, korkar, sinirlenir, psikolojik ya da fiziksel olarak acı çeker. Bu şekilde hissetme yetisine sahip bir canlıya da, eşya ya da mal muamelesi yapmak, eşya ya da mal olarak hukuki himaye görmesini sağlamak ne hakka ne hukuka sığar.

“Hayvan hakkı” kavramına farklı bir açıdan bakabilmeniz için çarpıcı bir örneklendirme yapmak istiyorum: Bir ev düşünelim, kocaman bir bahçe içinde, meyve ağaçları ve özel bitkilerle donatılmış. Bu bahçeye önce yan evin köpeği girmiş olsun ve bahçeye zarar vermiş olsun. Bu durumda; kanun metni açık; Borçlar Kanunu Madde 68 uyarınca, zararın tazminini sağlamak için bahçe sahibinin o köpeği alıkoyma hakkı bulunmaktadır. Bu sefer, bu evin bahçesine giren köpek değil de yan evin küçük oğlu olsun ve aynı şekilde bahçeye zarar vermiş olsun. Şimdi ne olur? Bu durumda, büyük bahçeli evin sahibi açısından zararının tazmini daha zor olacaktır. Bahçe sahibinin, zararını tazmin etmek için yan evin sahibinin oğlunu alı koymasını, tahayyül bile edemiyoruz. Halbuki mal muamelesi yapılan ancak insanlar gibi hisseden bir canlı olan köpek için de aynı şekilde

19 Sungurbey, s. 136

20 Sungurbey, s. 137

21 Sungurbey, s. 138

hissetmemiz gerekirdi. Kaldı ki yandaki evin sahibine göre, köpeği de, oğlu da çok kıymetlidir. Her ikisi de, ailenin birer parçasıdır.

### 3. Pitbull Saldırılarının Değerlendirilmesi

#### a) Genel Olarak

Konumuz “Hayvan bulunduranın sorumluluğu” olduğu için günümüzün en güncel ve medyatik konusu pitbull saldırılarından da bahsetmek gerekir. Ancak pitbull saldırılarını, objektif açıdan değerlendirebilmeniz için pitbull ırkına ilişkin kısaca bilgi vermenin yararlı olacağı inancındayım.

Gazetelerde yazılan, görsel basında yer alan pitbull haberlerinde; canavar bir hayvan, bir insanı parçalamaktadır. Ortada yaşanan bir vahşet vardır; bir tarafı canavar bir hayvan, diğer tarafı mağdur bir insan... Haberlerde genellikle canavar hayvanın sahibinden pek de bahsedilmez.

Hâlbuki günümüzde yaşanan pitbull vahşetlerini irdelediğimizde, her bir vahşetin, saldırının altında, ruh hastası bir hayvan sahibi olduğunu görürüz. Veteriner Hekimler ve uzman kişiler tarafından da defalarca söylendiği üzere; Pitbullar, genetik olarak güçlü hayvan olmakla birlikte, genetik olarak saldırgan hayvanlar değillerdir. “Isırdığı zaman çenesinin kilitlenmesi veya çenesinin bir tonluk sıkma kapasitesine sahip olması” gibi haberlerin de bilimsel hiçbir yönü yoktur.

Pitbullar da diğer hayvanlar gibi sevgi ile büyütüldüğünde, çocuklarla arkadaşlık yapabilirler. Ancak yavruyken ruh hastası insanın eline düşen bu ırk üyeleri, açlıkla, dayakla, aşırı gürültüye maruz bırakılarak, insan eli değmeden karanlık bodrum katlarında büyütülerek köpek dövüşlerinde ölüme hazır hale getirilmektedir.

Bilimsel gerçek; **tehlikeli ırk yoktur, insan eli ile tehlikeli hale dönüştürülen hayvan vardır**. Kaldı ki herkes tarafından aile köpeği olarak bilinen sevgi yumağı bir **golden retriever** cinsi köpek dahi, aynı hastalıklı ruha sahip kişinin elinde saldırgan ve vahşi bir köpeğe kolaylıkla dönüşebilir.

#### b) Hukuki Düzenleme

Bu bilgiler ışığında bir pitbullun birine saldırması ve ısırması halinde; olay dikkatlice incelenmelidir.

1. senaryo; Özel mülke konu bahçede zincirsiz barındırılan bir pitbullun, bahçeye giren kişiye saldırarak ısırması halinde;

Hayvan sahibinin zincirsiz hayvan barındırması göz önünde bulundurulmalı,

hayvan sahibi gerekli tedbirleri alsa idi saldırının engellenip engellenemeyeceği incelenmeli ve ısırılan ancak özel mülke giren mağdurun bu mülke girmesinde kusuru olup olmadığı hesaba katılmalıdır.

Bütün bu hususlar değerlendirilerek; **Borçlar Kanununun 67. Maddesi** uyarınca pitbull sahibi kişiye hükmedilecek tazminatta, hayvan idare edenin sorumluluk derecesi, zarar görenin kusurunun şekil ve derecesine göre azaltılmalı ya da arttırılmalıdır.

2. senaryo; Hayvanını dövüş için barındıran ve müsabaka kazanabilmesi için vahşileştiren bir kişinin, pitbullunu sokakta tasmaşız gezdirirken önüne çıkan bir çocuğa saldırarak bacağına ciddi olarak zarar vermesi halinde:

Öncelikle bu olayda Borçlar Kanunu madde 67'nin uygulanıp uygulanmayacağına bakmak gerekir. Ki bu olayda madde 67 uygulama imkanı bulmaz. Çünkü daha önce belirttiğim üzere hayvan sahibinin sorumluluğunda aranan olumlu şart doğrultusunda *hayvanın kendi bağımsız hareketiyle, içgüdüleriyle yaptığı bir hareket neticesinde zarara sebep olması gerekir. Ortaya çıkan zarar, eğer hayvanı yönetimi altında bulunduranın yanlış hareketinden meydana gelmişse bu madde artık uygulanmaz.* Olayımızda da olduğu gibi hayvanını saldırma güdüsüyle büyütmüş ve eğitmiş birinin, hayvanını kamuya açık alanda tasmaşız bırakmış olması, tamamen kendi yanlış hareketidir.

Bu durumda hayvan sahibi kişi, ***Türk Ceza Kanununun, 177. Maddesi uyarınca***; cezalandırılmalıdır. Ayrıca, kusurlu hareketi ile neden olduğu zarar nedeniyle de ***haksız fiil hükümlerine uygun olarak*** Borçlar Kanunu uyarınca tazminata hükmolünmalıdır.

Görüldüğü üzere, pitbull saldırılarında, mağdur açısından yasal bir boşluk bulunmamaktadır. İşbu hukuki düzenlemelerin cevaz verdiği ceza ve tazminat hükümlerine rağmen ***Çevre ve Orman Bakanlığı Doğa Koruma ve Milli Parklar Genel Müdürlüğü'nün 28. 05. 2010 tarihinde, 18. 0. DMP. 0. 03. 05/445. 01. 01 165 sayılı, "Tehlikeli Köpekler" konu başlıklı Genelgesi çıkararak, genelgede sayılan sahipli pitbull ve diğer ırk hayvanlara el koyarak barınaklara toplamak ve fiili imkansızlıklar neticesinde de günün sonunda hayvanları uyutmak zorunda kalacak olmakta, hiç bir hukuki bir menfaat/ yarar kesinlikle bulunmamaktadır.***

Tehlikeli ırk yokken, tehlikeli olabilecek şekilde eğitilen, tehlikeli şekilde serbest bırakılan ve saldırtılan hayvan varken, kısaca tehlikeli ve suça yatkın olan insanken, kolayca kaçılarak hayvanların ortadan kaldırılmaya çalışılması hakka, hukuka, adalet duygusuna sığmamıştır.

Bu konuda bahsi geçen genelgenin iptali için İstanbul Barosu Hayvan Hakları Komisyonu adına 15. 07. 2010 tarihinde açmış olduğum yürütmeyi durdurma istemli genelgenin iptal davası, Danıştay'ın 10. Dairesinin 2011/2938 Esas sayılı dosya ile halen görülmeye devam etmektedir.

Netice olarak, İslamiyet'in, Osmanlı padişahlarının, Türklerin, eserlere konu olmuş hayvanlara karşı olan duyarlı tutumları, gözetim ve korumaları ele alındığında, geldiğimiz 21. Yüzyılda, hayvan haklarının hak ettiği yere hala ulaşamamış olduğunu görmek üzüntü vericidir.

Yazımı Fransız fizikçi Kastler'in bir sözüyle bitirmek istiyorum;

***“Bir toplum, hayvanlara saygı göstermiyor, acılarına aldırılmıyorsa, uygar bir toplum olduğunu da toplumsal açıdan geliştirmiş olduğunu da iddia edemez.”***

# § 29 UYGULAMADA KUSURSUZ SORUMLULUK

Hakim Turan ATEŞ\*

## GİRİŞ

Yeni Borçlar Kanunu Kusursuz Sorumluluklar müessesesini yeniden ele almış, daha açık bir şekilde düzenlemektedir. YBK'nın Kusursuz Sorumluluk düzenlemesi şematik şöyledir :

### I. Hakkaniyet sorumluluğu

### II. Özen sorumluluğu

#### 1. Adam çalıştırmanın sorumluluğu

#### 2. Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu

##### a) Giderim Yükümlülüğü

##### b) Alıkoyma Hakkı

#### 3. Yapı Malikinin Sorumluluğu

##### a) Giderim Yükümlülüğü,

##### b) Zarar Tehlikesini Önleme

### III. Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme

## I. HAKKANİYET SORUMLULUĞU

Hukuka aykırı ve kusurlu bir eylemle bir zarar verilirse, giderim borcu doğmuş olur. Kusur için eylemi yapanda temyiz gücü aranır. Bu güçte kusur yeteneğidir. Eylemi yapana zarann yükletilmesi hakkaniyet düşüncesi ile uygun görülmüş ve BK'nın 54/1 . maddesi bu sorumluluk kurumunu düzenleyerek; KUSURA DAYANMAYAN BİR SORUMLULUK DURUMU öngörülmüştür. Burada kusura dayanmayan bir sorumluluk durumu öngörülmüştür. Böylece temyiz kudretinden yoksun olan kişilerin eylemlerinden doğan zararların giderilmesinin kaynağı HAKKANİYET olmaktadır. Böylece hakkaniyet düşüncesine dayanan bir sorumluluk söz konusudur. Önceki BK'nın 54/II. maddesi de KUSURSUZ SORUMLULUĞU düzenlemiştir.

\* Ümraniye 1. Asliye Hukuk Mahkemesi

BK'nın 54/1. maddesine göre, TEMYİZ gücünden yoksun olanları sorumlu tutabilmemiz için:

-Eylemi yapanın temyiz gücünün olmaması gerekir.

-Eylemin BK'nın 41. maddesi anlamında tüm öğelerinin gerçekleştirilebilecek nitelikte olması gerekir.

-Hakkaniyetin tazminat ödenmesini gerektirmesi gerekir.

BK'nın 54/II. maddesi, temyiz gücünü geçici olarak kaybedenlerin sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu kişiler, bu gibi durumlarda kusurları bulunmaksızın bu duruma düştüklerini kanıtlamadıkları zaman sorumludurlar. Sarhoşluk, uyuşturucu maddeler ve hipnoz gibi durumlar kişilerin temyiz kudretini belirli bir süre kaybettirirler. Bu tür durumlar geçicidir.

'Bu gibi durumlara kendi kusuru ile geçici olarak düşenler verdikleri zararı gidermek zorundadırlar. Sarhoşluk durumları kendi kusurları ile olmaktadır. Kişinin, zarar verdiği eyleminde kusursuz olduğunu ispat etmesi gerekir. Bu durum ispatı oldukça da zordur.

Yeni yasanın 65. maddesi getirdiği düzenleme ile önceki yasanın 54. maddesinde var olan düzenlemeyi biraz sadeleştirmiştir. Madde metni aynen:

"Hakkaniyet gerekiyorsa; hakim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararının, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir. "şeklindedir.

Hakkaniyet gerektiriyorsa; Hakim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararının, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir. Önceki **yasanın 54/2. maddesindeki düzenlemeyi yürürlükten kaldırmıştır**. Önceki yasanın 54. maddesindeki "Temyiz kudretine haiz olmayanların mesuliyeti-sezgin olmayanların sorumluluğu madde başlığı yeni yasa ile "**Hakkaniyet sorumluluğu**" olarak değiştirildi. Önceki yasanın 41. ve devamı maddelerindeki kusura dayanan "**Haksız fiil sorumluluğu**" yanında kusursuz sorumluluk düzenlenmiş olmasına rağmen; "**Kusursuz sorumluluk**" kenar başlığı altında düzenleme yoktu. Böylece yeni yasa 65. Madde kenar başlığı ile "**Kusursuz sorumluluk**" müessesesini getirmiştir. Maddenin ilk fıkrası tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda, hakkaniyet gerektiriyorsa, hakimin zarar veren kişinin kusuru olmasa bile sebep olduğu zararın uygun şekilde giderilmesine karar verilebileceğini öngörmüştür. Ayırt etme gücüne sahip olmakla beraber, kusuru olmaksızın başka kişilere zarar verenlerin de, hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu olmaları gerekli görülmektedir.

Önceki yasanın 54/2 maddesindeki düzenleme, yeni yasanın 59. maddesiyeniden ve ayrı olarak düzenlenmiştir. Bu madde "ayırt etme gücünün geçici

kaybı” başlığı ile düzenlenmiştir. Biz uygulayıcılar, pratik yaşamda alkol ve uyuşturucu alarak temyiz kudretini kısmen veya tamamen kaybederek üçüncü kişiye verilen zararın, zarar veren tarafından giderilmesi gerektiği görüşünü öne çıkarmaktayız.

## II. ÖZEN SORUMLULUĞU

Yeni yasa kusursuz sorumluluk olarak “özen sorumluluğu” başlığı altında sorumluluk müessesesi getirmiştir.

Yeni Borçlar Kanunu Özen sorumluluğu başlığı altında alt başlık olarak “Adam Çalıştıranın Sorumluluğu – Hayvan bulunduranın Sorumluluğu – Yapı Malikinin Sorumluluğu” düzenlemesini 66. 67. 68. 69 ve 70. maddeleriyle getirmiştir.

### 1. Adam Çalıştıranın Sorumluluğu

Madde 66-Adam çalıştıran, çalışanın kendisine verilen işin yapılması sonrasında 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 zararını 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.

Yeni yasanın 66. maddesindeki bu düzenleme 4 fıkradan oluşmaktadır. Önceki yasadaki düzenlemede “istihdam eden” ibaresi yerine “adam çalıştıran” ve “mahiyetinde istihdam ettiği kimseler ve amele” şeklindeki ibare yerine de; “çalışan” ibaresi yer almıştır.

Bu müessese önceki yasanın 55. maddesinde iki fıkra halindeyken, yeni yasanın 66. maddesi 4 fıkra halinde düzenlenmiştir.

Önceki yasanın 55/1 fıkrasının 2. cümlesindeki “yahut bu dikkat ve itina bu bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz” şeklindeki düzenleme nedensellik bağının kesilmesiyle ilgili olduğu göz önünde tutularak yeni düzenlemede madde metnine alınmamıştır.

Yeni yasanın 66/3 fıkrasında ise sahibi olduğu işletmede adam çalıştıranın işletmenin çalışma düzeninin zarar doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat edemezse o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zarar gidermekle de yükümlü olduğu, düzenlemesi getirilmiştir.

Bu düzenlemeye göre işletmesinde zarar doğmasını önlemek için uygun bir çalışma düzeninin kurulması gerekmektedir. Bu düzeni kurduğunu ispat edemeyen adam çalıştıran kişi, 66/2 maddedeki düzenlemeden yararlanmayacaktır.

Bu düzenleme de uygulamada çok savunulan bir görüştür. Yeni düzenlemenin son fıkrası ise; adam çalıştıran kişinin, zararın oluşumuna neden olan çalıştırdığı kişiye rücu hakkını düzenlemiştir.

Bu düzenleme, başkalarını işyerinde çalıştıran kimse, emrinde çalıştırdığı kimselerin, işçisinin görevlerini yerine getirdiği sırada; çalıştırılan kişilerin verdiği zararlardan çalıştıran kişiyi sorumlu tutmaktadır.

-Adam çalıştıran kişi, böyle bir zararının doğmaması için, özellik ve niteliğin gerektirdiği dikkat ve özende bulunduğunu ispat etmesi gerekir, Aksi bir durumda sorumludur.

-Bu düzenleme, bir haksız fiil sorumluluğuna yakın olan bir sorumluluktur. Bu düzenleme; başkasının eyleminden dolayı sorumluluk için bir HUKUKSAL NORM'dur.

-İş sahibi görülen işi, kendi çıkan için yaptırmaktadır. İşin yapımı . sırasında oluşacak zararında kendisine ait olması gerekir.

-İş sahiplerinin sorumluluğu müessesesi; çalıştıran kişinin kusurunu aramaz. Bu durumda zararın oluşmasında çalıştırmanın kusuru olmasa bile iş sahibi sorumlu olmaktadır.

-Yargıtay İBK, konu ile ilgili 27. 03. 1957 tarihinde 1/3 sayılı çok eski bir kararında;

“İş sahibinin tazminat için sorumlu tutulabilmesi için, kendisinin kusurunun koşul olarak aranmadığı gibi çalıştırdığı kişinin kusurunun da yasal bir kusur olmadığını belirlemektedir. Bunu bir sebep-objektif-kusursuz SORUMLULUK TİPİ olarak görebiliriz.

-Aynı şekilde İsviçre Federal Mahkemesi de sorumluluk türünde iş sahibi ve yardımcısının kusurunun aranmayacağını ve sorumlu olacaklarını görüşünü benimsemiştir. Bizdeki uygulama; bugüne kadar bu görüşlerle aynı doğrultudadır.

YDHGK'nın 04. 05. 2000 günlü 2000/2062-4389 sayılı kararı bu doğrultudadır. Karar eklidir. Burada Yargıtay örnek karar vardır.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan iş sahibi, her zaman sorumludur. Yasaların kusur sorumluluğundan ayrılışının asıl ve temel nedeni HAKANİYET DÜŞÜNCESİDİR.

-İş sahiplerinin emrinde çalışan kimseler, çalışırken zararlara yol açıp zarar, kişilere zarar verebilirler.

-Yapılan işlerde çıkar her zaman çalıştırana aittir. Zararında aynı şekilde çalıştırana ait olması gerekir. Böylece çalıştıranda sonuca katlanması gerekir.

-Çalıştırana ekonomik açıdan güçlüdür; çalışan ise bu yönden zayıftır.

Bu sorumluluğun koşulları vardır:

(1) İş sahibi ile yardımcı kişi-çalışan-arasında bağımlılık gerekir. Yani iş sahibi-işveren-kişi arasındaki ilişki, iş yapanın emirlerine uyan ve işverenin işi yapımını sırasında gözetim altında olması gerekir. Yani astlık ve üstlük ilişkisi gerekir. Gözetim görevi devredilebilir ama, sorumluluk devredilemez.

Y. 4 HD'nin 18. 12. 2003 günlü 2003/856-14996 sayılı kararı örnektir.

#### **Olay:**

Davacı (A) inşaat sahibidir. Diğer davalı (B) ye inşaat hafriyat işini sözleşme ile vermiştir. Hafriyat işinde kullanılan ve hafriyat işini yüklenen yüklenici (B) ye ait kamyon, inşaat alanına yaklaşmak için geri manevrasında, inşaat alanı dışında kaza yapmıştır. Üçüncü kişi olan (C)ye zarar vermiştir.

Aradaki sözleşme bir istisna sözleşmesidir. Eser hafriyatıdır; hafriyatı yüklenen (B), iş sahibinden bağımsızdır. Asıl iş sahibi (A) sorumlu olmaz. Verilen karar bu yönü ile bozulmuştur. Asıl iş sahibi (A) sorumlu olmaz. Verilen karar bu yönü ile bozulmuştur.

(2) Zararın işi gördüğü sırada meydana gelmiş olması gerekir.

-İşin yapılması ile zararı doğuran olay arasında doğrudan ve fonksiyonel bir ilişki gerekir. Zarar hizmet ile ilgili olmalıdır. Zarara kasten neden olma durumunda, iş sahibi sorumlu olmaz. Yani iş sahibi, işe ait faaliyetlerle esas olarak uygun illiyet bağı bulunmayan zararlar için sorumlu değildir.

YHGK'nın 26. 03-2003 günlü, 2003/4-182-1999 nolu kararın:

Olay yük boşaltma sırasında balyaların davacının üzerine düşerek; davacı yaralanır. Mahkeme maddi-manevi tazminat isteğini yerinde bulur. Davacı kusursuz görülür. Yargıtay'ın özel dairesi; davacının güvenlik sahası içinde olmaması ve kusur durumunun uzman bilirkişiye belirlenmesi gerektiğinden karar bozar. Mahkemede kararında direnir.

YHGK, iş; davacının kendisine ait kamyonla yükleri davalının iş yerine getirdiğini; boşaltma işinin ise ilkel usullerle yapıldığını, balyaların ağır olduğunu ve olayda kamyon sahibinin güvenlik sahasına önlemsiz girdiğinden az da olsa kusurlu olduğunu ve özel daire kararına uyulması gerektiğinden karar bozar.

(3) Eylemin haksız olması gerekir.

İş sahibi, çalıştırdığı yardımcı kişinin yasal olmayan eylemlerinden doğan zararı doğrudan giderecektir. Haklı neden olmasından objektif bir normun ihlali gerekir.

Örneğin yardımcı kişinin meşru savunması, zaruret hali ve zarar görenin rızası gibi burumlarda iş sahibi sorumlu değildir.

Kurtuluş Kanıtı:

**Özenin İspatı:** Bu düzenleme özen eksikliği nedeni ile sorumluluğu gerektirir. Özen ölçüsü objektiftir. Durum ve koşulların gerektirdiği bir özen gerekir. Hastalık, ayırt etme gücünün yokluğu iş sahibini sorumluluktan kurtarmaz.

**-Seçimde Özen:** İş sahibi işi yapacak yardımcı kişiyi seçerken, ona yaptığı iş için gerekli bilgi, yeteneğe ve deneyime sahip olması gerekir. Güvenilir olmalıdır. Gerekirse yazılı araştırmalar yapılmalıdır.

Örneğin sahte ehliyetli otobüs şoförü, istihdam eden ve sigorta şirketi arasındaki itilaf.

İş sahibi istihdam ettiği kişiyi deneme sürecinde geçirmelidir. Polis araştırmaları yeterli değildir.

Örneğin taksi şoförünün, aracına aldığı yolcuya sarkıntılık etmesi; taksi sahibinin sorumluluğunu gerektirir.

**-Talimatta Özen:** İş sahibi yardımcısına formasyonu ve iş güçlüklerini anlatması gerekir. Gerekli olan araç ve gereçleri de sağlamalıdır. Görülecek iş de etraflıca anlatılmalıdır.

Örneğin iş sahibi olan mimar, tehlikeli yerlere konacak mamalar için ustabaşını uyarması gerekir.

**-Gözetimde Özen:** İş sahibi iş verdiği yardımcısını her zaman gözetmelidir. Denetim her zaman yapılmalıdır. işçi niteliklide olsa, gözetlenmediğini anladığı anda işi savsaklatır ve olunma bırakır. Özellikle talimatları yerine getirip getirmediği iyi denetlenmelidir.

**-İspat Yükü:** İş sahibi seçmede, talimatta ve gözetimde gerekli özeni gösterdiğinde sorumluluktan kurtulur. Bunu ispat etmesi gerekir. Buradaki ölçü durum ve işin niteliğidir. Bu düzenleme ile mutad yani beklenir alışılmış bir model ile derecelendirme yaparak tehlike sorumluluğundan uzaklaşmıştır.

Y. 4. Hukuk Dairesinin 30. 05. 1994 günlü 1994/1503-4833 nolu karar:

İki yaşları civarında iki kardeş çocuklar, DDY'larının yolunu geçerken trenin çarpması ve ölümleri sonucu tazminat istenir. Bilirkişiler, treni kullananların bir kusuru olmadığından bahisle hazırladıkları rapor doğrultusunda mahkemeye talepleri reddeder.

Y. 4. HD ise, baba işinden çalıştığı, anne işi için sağlık ocağına gittiğinden, iki çocuğun kapının iyi kapanmamasından yararlandıklarından, tren yoluna geldiklerinde bu olayın olduğunu;

Olayda babanın bir kusurunun olmadığını, Anne kusurludur ama ağır kusurlu değildir. Dikkatli kişilerin gösterebileceği özeni göstermemiştir. Bu nedenle kusurludur ama ağır kusurlu değildir. Davacının sosyal durumu-egitimi ve yaşadıkları çevre birer etkindir. Daha fazla özen göstermeleri de beklenemez.

Bu nedenle DDY KUSURSUZ SORUMLUDUR. Tren personeli de iyi eğitilmemiştir.

Özen Yükümlülüğünün İhlali ile Oluşan Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağının Olmadığının İspatı:

-Buradaki uygun illiyet iş sahibi ile zarar arasındadır. İspat yükü, iş sahibine düşer.

-İş sahibi ile zarar arasındaki uygun illiyet bağını kesen nedenler, zarar görenin kendi kusuru, mücbir sebep ve üçüncü kişinin kusurudur. Yeni Yasa bu düzenlemeyi kaldırdı.

#### (4) İş Sahibinin Yardımcı Kişiye Rücu Etmesi

Önceki yasanın 55/II. maddesindeki düzenlemeye göre, iş sahibi kefil olduğu şey ile zararı meydana getiren şahsa karşı rücu etme hakkını ödediği zarar doğrultusunda kullanabilir. Yardımcı kişi, kusuru olmadığı ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Yalnız, iş sahibi yardımcısının kusurlu olduğunu ispat etmek zorundadır.

Uygulamada; iş sahibi aleyhine açılan ve hüküm verilen karara dayanılarak, yardımcı kişi hakkında rücu davaları açılmaktadır. Burada verilen karar, yardımcı kişi yönünden kesin bir hüküm değildir. Böyle bir davanın da bir içinde açılması gerekir

Yeni yasanın 66/son maddesi; bu sorumluluğu zararı yaratan yardımcı kişi yönünden; yapılması için kendisine verilen işte SORUMLU OLDUĞU ÖLÇÜDE kendisine işveren rücu edebileceğini düzenlemektedir.

Önceki BK'nın 55. ve 100. maddeler Arasındaki İlişki:

Başka kişilerin eylemlerinden doğan sorumluluk, BK'nın 55, ve 100. maddelerinde düzenlenmiştir . Her iki maddedeki düzenlemeye göre, eylemi yapan ile eylem sonucundan sorumlu olan kişiler başkadır. Her iki düzenlemede; sorumlu kişinin gerçek kusurunu aramayan bir sebep sorumluluğu düzenlenmiştir. Zarar üçüncü kişiye verilmektedir. BK'nın 55. maddesine göre, zarar gören kişi ile iş sahibi kişi arasında zarar tarihi itibari ile de bir sözleşme ilişkisi mevcut değildir. BK'nın 100. maddesinde ise, bunun aksine bir sözleşme ilişkisi vardır.

Örneğin banka personelinin taşınma işini, (A)şirketine sözleşme ile verir. Şirket aracının frenlerinin patlaması sonucu meydana gelen kazada banka personeli (B)ölür. Banka ve taşıma işini yüklenen (A) şirketi aleyhine maddi-manevi tazminat davasını ölen personelin mirasçıları açarlar. Mahkeme, banka hakkındaki davayı; ölenin araçta yolcu olduğunu bankanın kusuru olmadığını, banka ve taşıma şirketi arasındaki sözleşmeye göre de sorumluluğun şirkete ait olduğundan banka hakkındaki davanın reddine karar verir.

Y. 11. H. D. 19. 06. 2000 günlü ve 2000/1672-5679 sayılı kararında;

Mahkemece öncelikle bankanın personeli olan ve ölen kişiyi taşıma yükümlülüğü olup olmadığı araştırması gerekir. Bankanın bu konudaki yasal düzenlemelerinin irdelenmesi gerekir. Ayrıca bankanın sözleşme konusu taşıma işini denetleme yetkisi araştırılmalı ve denetim yetkisi de araştırılmalıdır. Bu hakkın varlığının tespiti halinde, sözleşmedeki davalı bankanın sorumsuzluğuna ilişkin düzenlemelerin zarar üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceğinin düşünülmesi gerektiğinde inceleme yapılması gerekir. düşüncesi ile karar bozulur, YBK'nın 116. maddesinin getirdiği düzenleme aynen:

“Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk

Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler yada yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdürler.

Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

Motorlu Taşıt İşletenin Sorumluluğu:

Bu sorumluluk, bir tehlike sorumluluğudur. Objektif, kusursuz ve ağırlaştırıl-

mış sebep sorumluluğudur. Burada kusur aranmaz. Zararın, aracın kullanılması ve işletilmesi sonucu oluşması yeterlidir.

Tehlike aracın ağırlığı, hızı nedeni ile aracı kullanan için olduğu gibi yolu kullanan öteki kişiler içinde söz konusudur. Bu nedenle aracın kullanılması-işletilmesi sorumluluk için yeterlidir. Karayolları Trafik Kanununun 65. maddesinin düzenlemesi bu doğrultudadır.

KTK'nın 86. maddesi uyarınca işleyen, sorumluluktan kurtulabilmek için oluşan zararın; zarar görenin ve kazaya karışan üçüncü kişinin tam ve ağır kusurlu olması veya mücbir bir sebebin olması gerekir.

Eşyaya veya kişiye ilişkin bir zarar olmalıdır. Eşya hasarlanır veya kullanılamaya hale gelir. Kişi yaralanır veya ölür. Burada BK hükümleri uygulanır.

Zararın motorlu taşıtın işletilmesinden kaynaklanması gerekir. İşleten araç malikidir. Malik bir tüzel kişi veya gerçek kişide olabilir. Aracı kullanan malik veya görevlendirdiği çalı-bir kişide olabilir. Yalnız, kamu kurumlarının olağan dışı durumlarda bazı araçları, bazı için görevlendirebilirler. Buradaki araç sorumluluğu tahsisi yapan kamu birimine aittir, satış belgeleri, araç malikliği için yeterlidir.

Bir motorlu aracı çalan veya gasp eden kimse; aracı işleten gibi sorumludur.

Zarar gören, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde sigortacıya karşı talepte bulunabileceği gibi doğrudan doğruya da dava açabilirler.

Bu olaylar sonrası açılacak tazminat davalar; olay tarihinden itibaren iki yıl içinde açılması gerekir. Yalnız açılan ceza davasına müdahil olarak katılan ve olay nedeni ile zarar gören kişi; bu davayı beş yıl içinde açabilir. Ceza davasına müdahil olmak, zaman aşımı süresini uzatmaktadır.

## **2. Hayvan Bulduranın Sorumluluğu**

### **a) Giderim Yükümlülüğü**

Önceki Borçlar Kanununun 56, maddesinde var olan bu müessese: Yeni yasanın 67. maddesi ile daha geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Madde metni aynen:

Madde-67; Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli ve geçici olarak üstlenen kişi hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

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

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

Bu maddedeki düzenleme; önceki yasanın 54. maddesindeki düzenlemede, “Hayvanlar tarafından yapılan zarardan mesuliyet, zarar ve ziyan” şeklindedir. Bu ibareler yeni yasadaki düzenlemede “Hayvan bulunduranın sorumluluğu ve giderim yükümlülüğü” olarak değiştirilmiştir.

Yeni yasanın 66. maddesinin ilk fıkrası, bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişinin; kural olarak, hayvanın verdiği zararı gidermekle de yükümlü olduğudur.

Maddenin ikinci fıkrası ise; bir olgunun sebep sorumluluğuna tabi olan hayvanı bulunduranın, objektif kurallara göre de özen borcunu yerine getirdiğini ispat etmesi halinde sorumlu tutulamayacağıdır.

Önceki yasanın 54. maddesinde var olan ve ayrı bir kurtuluş karinesi olan; “yahut bu dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağım ispat etmedikçe tazminine mecburdur” hükmü yeni düzenlemeyle kaldırılmıştır. Çünkü nedensellik bağının verilmesi ile ilgilidir.

Maddenin son fıkrası ise hayvanın bir başkası tarafından veya başka kişilere ait hayvan tarafından ürkütülerek; hayvanın verdiği zarardan hayvan bulunduranın bu hayvan sahiplerine rücu hakkı vardır.

Hayvan tutucusunun sorumluluğu olağan bir neden yani kusursuz sorumluluktur. Objektif bir özen ödevinin yerine getirilmemesi esasına dayanır. Buradaki temel düşünce; hayvanları kullanan ve yararlanan kişinin sebep olduğu zarara katlanmasının gereğidir. Yani hakkaniyet düşüncesidir. Hayvanın oluşturduğu tehlikeye dayalı gözetim eksikliğidir. Bu nedenle de bir sebep sorumluluğudur. Hayvan tutucusu, gözetim görevini objektif olarak ihmal ettiği için sorumludur ve kusurun her derecesinde de sorumlu olur. Hayvanın verdiği zarardan dolayı kişi, gözetim yükümlülüğünün ölçülerine göre sorumlu olur. t, Hayvan sahiplerinin yardımcı kişileri olan çobanlar, seyisler, gezdirici ve bakıcılar hayvanın verdiği zararlardan sorumlu olamazlar. Hayvan bir başkasına ait hayvan veya ürküten kişiye karşı rücu hakkı vardır.

-Her şeyden önce, hayvan üzerinde hukuken veya eylemli bir egemenliğe sahip kişinin hayvanın verebileceği zararın önlenmesi için tüm önlemleri alması gerekir. Burada hayvan tutucusu malik veya zilyet olabilir. Bir süre atı kiralayan kişi sorumlu olur. Hayvan satılabilir. Teslim edilmemiş ise, satan yinede sorumlu olur. Çoban ve seyis gibi kişilerin eylemi haksız fiildir. YBK'nın 49. maddesi kapsamında kalmaktadır.

Yasadaki hayvan deyimi; evcil hayvanlar, balık, kuş ve arı olabilir. Tutulmuş av hayvanları veya vahşi hayvanlarda bu kapsamda kalmaktadır. Hayvan içgüdesel bir hareketle zarar vermelidir.

Örneğin faytoncu yolcu taşıyor. yanlış sevk sonucu payton devrilir ve yolcu yaralanır. faytoncu burada YBK'nın 49. maddesine göre sorumludur. Faytoncunun eylemi yanlış tutum sonucu oluşmuştur. Faytonun önüne araç çıkar, atlar ürkerek araç devrilir kişi zarar görürse, hayvanın hareketi içgüdüselidir. Faytoncu YBK'nın 67. maddesine göre sorumludur.

Hayvanın varlığı rahatsız edici ise; MK'nın 730. ve 737. maddeleri hükümleri uygulanır. Köpeğin ani havlaması ile, bisikletle giden kişi düşüp yaralanmış ise; hayvan sahibinin YBK'nın 67. maddeye göre sorumluluğu vardır.

-Hayvanın sorumlusu, koşulların gerektirdiği tüm dikkat ve itinaı göstermişse; bunu da kanıtlarsa sorumluluktan kurtulur. Bunun objektif olarak değerlendirilmesi gerekir. Yani hayvan tutan kişi, hayvanın zarar vermesini önleyici tüm önlemleri de alması gerekir. Gözetim görevi tehlikeyi önleyici nitelikte olmalıdır. Hayvan sahibinin her türlü özen görevi, muhafaza, gözetme ve bakım ödevlerini kapsar.

-Hayvan sahibi, gereken özen ve dikkati göstermiş olsa bile zararın doğmasına engel olamayacağını ispat ederse sorumluluktan kurtulur. Hayvan ile zarar arasındaki illiyet değil hayvan tutucusu ile zarar arasında illiyet konu edilmektedir. Hayvan tutucusunun özen göstermesi sonucu etkilememektedir.

Örneğin hayvanın bastığı yerin çökmesi, çıkarken üçüncü kişiye zarar vermesi.

### **b) Alıkoyma Hakkı**

Önceki yasadaki kenar başlık; "hayvan üzerinde hapis hakkı" şeklindedir. Yeni yasanın 68. maddesi ise maddenin kenar başlığım bu şekilde düzenlemiştir. Madde metni aynen:

Madde 68: Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi o hayvanı yakalayabilir, zarar giderilinceye kadar alıkoyma hakkına sahiptir; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hale getirebilir.

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

Maddenin birinci fıkrasında MK'nın 4. maddesi uyarınca, uyuşmazlık halinde hakim takdir yetkisine dayanarak değerlendirmesi gereken somut olaydaki durum ve koşullar haklı gösteriyorsa, taşınmazın zilyedinin zarar veren hayvanı öldürme hakkına da sahip olduğu kabul edilmektedir. Taşınmazdaki zararı hayvanın taşınmaz üzerindeki bitkilere, otlara diğer hayvanlar, ürünler, yapılar ve insanlar olabilir. Taşınmaza giren hayvanlar buralara zarar verebilirken önceki yasa da "hayvan üzerindeki hapis hakkı" yeni yasa da "Alıkoyma hakkı" olarak değişti.

Maddenin İkinci fıkrasına göre, bu zararların oluşması halinde taşınmayın zilyedi, hayvan sahibine haber vermek zorundadır. Sahibini veya yerini bilmiyorsa, zabıtaya haber vermek zorundadır.

### 3. Yapı Malikinin Sorumluluğu

Önceki yasanın 58. maddesinin getirdiği bir düzenlemedir. Maddenin kenar başlığı ‘Bina ve diğer şeylerde mesuliyet’ şeklindeydi.

#### a) Giderim Yükümlülüğü

Madde 69: Bir binanın veya 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.

Önceki yasanın 58. maddesindeki düzenleme oldukça sınırlıdır. Yeni yasanın 69. maddesinin getirdiği düzenleme önce yapı malikinin, sonra intifa ve oturma hakkı sahiplerinin sorumluluklarını düzenlemektedir. Ayrıca bu sorumluluğun yaptırımını olan gider yükümlülüklerini düzenlemektedir. 58. maddenin kenar başlığı: “Bina ve diğer şeylerde mesuliyet” şeklindeydi. Yeni yasayı getirdiği düzenlemeyle, “Yapı malikinin sorumluluğu” olarak kaleme alınıp, kabul görmüştür. Alt başlık olarak da: “Giderim yükümlülüğü” şeklindedir.

Binanın yapı malikinin belirlenmesinde bir tereddüt yoktur. Binayı yapan -Kişi müteahhittir. Yasadaki “intifa ve oturma hakkı sahipleri” terimlerinin bir açıklaması yoktur. Bu kişilerin belirlenmesini MK’nın 794 ve 823. maddelerine göre belirlenecektir. MK’nın 794. maddesi “intifa hakkı, taşınır, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilir. Aksine düzenleme olmadıkça bu hak sahibine, konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi verir.” MK 823. maddesi ise “oturma hakkı, bir binadan veya onun bir bölümünden konut olarak yararlanma yetkisi verir. Oturma hakkı başkasına devredilemez ve mirasçılara geçmez. Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça intifa hakkına ilişkin hükümler oturma hakkına da uygulanır.” Şeklindedir.

Önceki yasanın 58. maddesindeki; “ bir bina veya imal olunan herhangi bir şeyin maliki” şeklinde olan düzenleme; yeni yasanın 69. maddesinde: “Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki” şeklini almıştır.

Düzenlenen maddenin ilk fıkrasında bir binanın veya taşınmazla bağlantılı olan yapı eserlerinin malikinin, bunların yapı bozukluğundan veya bakım eksikliğinde zararı gidermekle yükümlü oldukları açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasının getirdiği düzenleme ise; önceki yasada olmayan düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre; intifa ve oturma hakkı sahiplerinin, sadece bakımını nedeniyle eksikliklerden doğan zararlardan sorumlu olacaklarını düzenlemiştir.

Maddenin ikinci fıkrasının getirdiği düzenleme ise; önceki yasada olmayan düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre; intifa ve oturma hakkı sahiplerinin, sadece bakımını nedeniyle eksikliklerden doğan zararlardan sorumlu olacaklarını düzenlemiştir.

Oturma ve intifa hakkı sahiplerinin de, geniş yetkilere dayanarak binayı fiilen ellerinde bulundurmaktadırlar. Bu nedenle de, binanın bakım eksikliğinden doğan zararlardan malikle birlikte müteselsilen sorumlu tutulmaları uygun görülmüştür. Yalnız, binanın yapımından kaynaklanan bozukluklardan malikle birlikte müteselsilen sorumlu değildir. Maddedeki düzenlemenin 3. fıkrası ise önceki yasadaki “bu cihetten dolayı” düzenlenmesini değiştirmiştir. “sorumluların, bu sebeple” şeklinde düzenlenmiştir. Kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkını saklı tutmuştur.

Bu düzenlemenin dayandığı esas, hakkaniyet düşüncesidir. Bir şeyden yararlanan kişi; külfetlerine de katlanmalıdır. Burada karşı kusur bir indirim nedenidir.

-Sorumluluğun süjesi bina sahibidir. Mülkiyet, yani bina ikinci bir kavramdır. Zararın kaynağı, binadaki yapı bozukluğudur.

-Binayı hukuk sistemleri şöyle tanımlamışlardır. “Bina, zemine bağlı az veya çok kapalı ve insanın oturmasına veya ekonomik ihtiyaçlarına özgülenmiş bir mahaldir.”

Bina veya inşai eser kavramı içine; binalar, balkonlar, asansör, çatı, yollar, merdivenler, baraj, kanal, çukurlar, ağaçlar, elektrik direkleri girmektedir.

-Eserdeki ayıp-bozukluk: Hataları hakim değerlendirebilir. Değerlendirmede binanın yapıldığı zamandaki teknoloji ve kurallar göz önüne alınır. Hatalı inşaa kavramı, son derece geniştir. Binanın tümünü kapsar. Parçalar binayı bütünler. İnşaatın dayanıklı olmaması, malzemenin bozukluğu ve eksik malzeme hatalı binanın yapılmasına neden olur. Belediyenin hatalı inşaaata izin vermesi sorumluluğu kaldırmaz. Deprem ve doğal afetlerde yıkılan binalara yerel yönetimlerin inşaat izni vermesi; müteahhidin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

-Binanın yapılıp tamamlanmasından sonra, binanın bakımsızlık ve korumadaki eksiklik nedeni ile de bazı tehlikeli durumlar oluşabilir. Eksik bakım zaman içinde hava koşulları ve teknolojideki gelişmenin izlenememesi de bina için bir risk oluşturur. Binalarda bakımların da periyodik olarak yapılması gerekir. Tehlike arz eden binaların koruma altına alınması gerekir.

-Eserin bozuk olarak değerlendirilmesi; Eserin tahsis yönünden hizmet ede-

ceği amacın “gereği teknik ve normatif kurallara uyulmalıdır. Amaca da uygun olarak kullanılması gerekir.

-Alınması gereken önlemler malikten beklenir. Yapının maliki, tehlikeyi önleyecek önlemleri ekonomik olanakları ölçüsünde almalıdır. yapılacak masraf ile elde edilecek yarar dengeli bir oran oluşturmalıdır.

-RÜCU: Yasanın 69/son fıkrası “Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır. ”şeklindedir. Bu düzenlemeye göre, bina ve eser sahibi kendisine sorumlu olan kişilere rücu hakkı vardır. Mimar mühendis veya müteahhide iş sahibinin rücu hakkı esasında eser kavramı içindedir. Müteahhit, yaptığı işin sonucundan ayıba karşı ve işin gerekli bir şekilde özen gösterilmemesinden sorumludur.

Binanın eksik bakımından dolayı oluşan zararı malik, kiracı, kapıcı, bekçi ve diğer yardımcı kişilere rücu edebilir.

Bir haksız fiil sonucu bina zarar görmüşse, zarar veren üçüncü kişi haksız fiil hükümlerine göre BK'nın 49. maddesine göre sorumludur.

#### **b) Zarar Tehlikesini Önleme**

Önceki yasanın 59. maddesinin kenar başlığı “ II. Tedbirler” şeklindeydi. Yeni yasanın 70. maddesi ise; kenar başlığım; “Zarar tehlikesini önleme” olarak değişik bir şekli ele düzenledi. Yeni yasanın 70. maddesindeki düzenleme önceki yasanın 59. maddesindeki düzenlemeyi karşılamaktadır.

Yetki düzenlenen madde iki fıkradan oluşmaktadır. 70. madde metni aynen:

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. ”

Başkasına ait olan bir bina veya diğer yapı eserlerinden, kendisine karşı bir tehlike ile” karşılaşılma durumu olabilir. Kişi, bu tehlikenin önlenmesini isteyebilir. Yeni düzenlemeye göre zararın doğmuş olması şart değildir. Çünkü yasa; zarar görme tehlikesi ile karşılaşan kişi, ibaresini kullanmaktadır. Önceki yasanın düzenlemesindeki, “Zuhura gelecek bir zarara maruz olan kimsenin tehlikeyi bertaraf etmek için” ibaresi, yerini “Zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kişi” olarak düzeltilerek kabul edilmiştir. Bu madde bu düzenlemesiyle önlemlerin alınmasının istenebilmesi için zararın doğmasının beklenmesine gerek olmadığı savını

güçlendirmektedir.

Maddenin son fıkrasına göre; bu konuda kamu hukukunun getirdiği kuralları da saklı tutmuştur.

Şehir merkezlerindeki iş yerlerinin tabela ve reklam panolarının denetimsizliği, rüzgar ve doğal olayların etkisi ile yerlerinden düşerek insanlara verdikleri zararlar ve bunların gide ölmesindeki sorumluluklar birer kusursuz sorumluluktur.

Yerleşim alanlarındaki-özellikle yazlık sitelerinde; binaların çatılarına konan ve güneşi enerjisi ile ısınan gün ışılan çevredeki kişiler ve yapılar için birer tehlike ortaya koymaktadır.

Bu tesislerin büyük çoğunluğu da kaçaktır. Bu tesislerin uzun süre denetimleri ve bakımları sahiplerince de yapılmaz. Su kaçırıp, alt kattaki sakinleri rahatsız ederler.

Madde-71: Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.

Bir işletmenin, maliyeti 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 arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır.

Belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

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

Bu maddedeki düzenleme; Kusursuz sorumluluk türlerinden birisi olan "Tehlike sorumluluğunun" genel ilkesini düzenlemiştir. MK ve TBK'nın kaynağı İsviçre Hukuku'dur. İsviçre Hukuku'nda tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü bazı yasal düzenlemeler vardır. Bizim hukukumuzda ise böyle bir düzenleme yoktur. Maddedeki bu düzenleme ile de, tehlike sorumluluğunun genel ilkesi belirlenmiştir.

Düzenlemenin ilk fıkrası, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğabilir. İşletmenin bu faaliyetini yöneten kişiler gerekli izinleri almış da olabilirler. Faaliyetleri de bu izinlere göre yürütebilirken, Tipik bir tehlike olgusu oluşup, zarar da doğabilir. Bu zarardan işletme sahipleri sorumludurlar.

Maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesi de, bir işletmenin hangi durum ve koşullarda “Önemli ölçüde tehlike arz ettiğinin” kabul görmesi gerektiğim düzenlemiştir. Bu duruma göre de; “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 bunu önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilebilir.”

Bu düzenlemeyi göz önüne aldığımızda önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin beklenmedik hal sonucunda, sık olarak ya da zaman zaman ağır zararlar doğurmaya uygun ise söz konusu işletmeyi işleten kişiler hakkında, maddenin ilk fıkra hükümleri uygulanabilecektir.

Aynı fıkradaki son cümleye göre de, özellikle herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğunun ön görülmesi durumunda, bu işletmelerin de önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme sayılacağı belirlenmektedir. Maddenin 3. fıkrasında düzenleme ise tehlike sorumluluğu öngören özel yasa hükümlerinin saklı olduğunu belirlemiştir.

Maddenin 4. fıkrası ise; hukuk düzenince, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetine izin verilmiş olsa bile, zarar görenlerin, bu işletmenin faaliyetlerinden doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebileceklerini düzenlemektedir. BK’nın 66 (55), 116 (100). madde ilişkisi:

Önceki yasa yüzüncü maddesinin kenar başlığı; “muavin şahısların mesuliyeti” şeklinde iken yeni yasanın 116. maddesinin kenar başlığı “yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk” olarak değiştirilmiştir.

Yeni yasanın madde metni aynen:

“Madde-116: Borçlu borcun ifasını ve bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafta verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.

Yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

Önceki yasanın 100. maddesinin saydıklarında, sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada alacaklı kişinin borçlunun hizmetinde olması veya sorumluluğunun hükümetçe imtiyaz sureti ile verilen bir meslek veya sanatın yürütülmesinden

doğması durumunda sorumsuzluk anlaşması ile borçlunun yardımcı kişilerden sadece hafif kusurlarından sorumlu olmayacağını düzenlenebileceğini öngörmüştür.

Yeni yasanın ikinci fıkrasının ikinci cümlesine göre; “uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”

Bu durumda uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat ancak yasa veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebildiği takdirde borçlunun ifa yardımcılarının hafif kusurları bile sorumluluktan kurtulmasının yolu kapanmıştır. Burada borçlu değil alacaklı korunmuştur. Bu düzenlemeye rağmen yapılan bir anlaşma geçersizdir.

Maddenin son fıkrasında, sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada alacaklı borçlunun hizmetindeyse; borçlunun sadece hafif kusuru için gerekli olan bir sorumluluk anlaşması yapılabilmektedir.

Söz konusu madde, bu değişiklikleri içermektedir. Her iki maddeye göre, eylemi yapan ile sorumlu olan başka kişilerdir.

## § 30 HAKSIZ REKABET

Av. Sinan NAİPOĞLU<sup>1</sup>

### I. GİRİŞ

Borç ilişkisi, iki taraftan birini (borçlu) diğerine (alacaklı) karşı belli bir davranış biçiminde (edim) bulunmakla yükümlü kılan, hukuki bir bağlıdır.

“Borç İlişkisinin Kaynakları”; gerek yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar seksen yılı aşkın süre uygulanan 818 sayılı Borçlar Kanunu, gerekse bu kanunu yürürlükten kaldıran 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda “Genel Hükümler” i içeren Birinci Kısım Birinci Bölümde; sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme olmak üzere üç ayırımında düzenlenmiştir.

Sözleşme; iki tarafın, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla meydana gelen bir hukuksal ilişkidir. Taraflar sözleşme ile yükledikleri edimleri yerine getirmekle sorumludur. Aksi takdirde karşı taraf, sözleşmeden kaynaklanan haklarını borçlunun mal varlığından karşılama hakkını kazanır.

Sebepsiz Zenginleşme; bir başkasının malvarlığından veya emeğinden haklı bir sebep olmaksızın zenginleşmedir. Yani haklı bir sebep olmaksızın bir tarafın malvarlığı artmış, buna karşılık diğer tarafın malvarlığı eksilmiştir. Haksız zenginleşen bu zenginleşmeyi geri vermekle sorumludur.

Haksız fiilin borç doğurmasının sebebi ise, kişinin iradesi dışında, kendisine yönelik hukuka aykırı eylemlerdir. Kişiler kendi kusurları ile karşı tarafa verdiği zararı karşılamak borcu altındadır. “Haksız Rekabet” haksız fiilin bir türüdür.

Anayasamıza göre; toplumdaki herkes kendisini serbestçe geliştirebilme, bu doğrultuda iktisadi faaliyette bulunabilme özgürlüğüne sahiptir. Anayasa teminatı altındaki bu özgürlük, kaçınılmaz olarak karşı tarafın “malvarlığı menfaatleri” ile çatışma halindedir. İşte bu menfaatler çatışmasını en uygun şekilde çözümlenmesi ve iki menfaat arasındaki dengenin sağlanması amacıyla haksız rekabet kurumu düzenlemiştir.

Yürürlükten kalkan 818 sayılı Borçlar Kanunu haksız rekabeti aşağıdaki şekilde tanımlamıştır (m. 48);

“Yanlış ilânlar yahut hüsünüyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müş-

<sup>1</sup> İstanbul Barosu SEM Yürütme Kurulu Sekreteri

terileri 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.

Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur.”

Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek Türk Borçlar Kanunu ile bu maddede önemli bir değişiklik yapılmamış, sadece iletişim teknolojisinde meydana gelen gelişmeler göz önünde tutularak, “yanlış ilânlar” şeklindeki ibare “gerçek olmayan haberlerin yapılması veya yayılması” şekline dönüştürülerek hükmün çerçevesi genişletilmiştir (m. 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.”

Haksız rekabet sorumluluğunun objektif unsuru hukuka aykırılıktır. Rekabetin hukuka aykırı sayılması için bir davranış kuralını ihlal etmiş olması gerekir. Hukuka aykırılığa vücut veren, rekabet düzenini bozucu filler Borçlar Kanunumuzda tahdidi bir şekilde sayılmamış, karşı tarafın müşterilerin azalması veya onları kaybetme tehlikesi doğurabilecek dürüstlük kuralına aykırı her türlü rekabetin “haksız” olduğu kabul edilmiştir.

Zarar; haksız rekabet nedeniyle müşterilerin azalması veya onları kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalınmasıdır.

Ayrıca zararla haksız rekabet eylemi arasındaki sebep -sonuç ilişkisi yani illiyet bağı bulunmalıdır. Hayat tecrübelerine göre, olayların olağan akışı içinde; haksız olduğu iddia edilen rekabet eyleminin haksız fiile maruz kalan kişinin müşterilerinin azalması veya onları kaybetme tehlikesi oluşturabileceği kabul edilebiliyorsa; illiyet bağı vardır.

Haksız rekabetle karşılaşan taraf, diğer taraftan bu davranışlara son vermesini isteyebilir. Fakat zararının giderilmesini istemek için kusurun varlığı şarttır.

Kusur, haksız rekabet sorumluluğunun subjektif unsurudur. Failin kusurlu kabul edilmesi için, davranışı ile karşı tarafın müşterilerinin azalmasını veya kay-

betmesini amaçlaması (kast) yahut bu sonucun gerçekleşebileceğini bilebilecek durumda olmasına rağmen gerekli özeni göstermemiş olması gerekir (ihmal). Tazminatın kapsamı ve miktarı, hal ve durumun gerekleri, özellikle de kusurun ağırlığına göre belirlenir.

## II. ADİ (TİCARİ OLMAYAN) İŞLERDE HAKSIZ REKABET

### 1. Haksız Rekabette Borçlar Kanununun Uygulama Alanı

Haksız rekabete ilişkin kuralların amacı; emeği, işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı dürüstlük ilkesine aykırı yönetim ve uygulamalardan korumaktır. Doktrinde; rekabet mücadelesinde başkalarının fikirlerini, emeğini, zahmet ve masraflarla elde etmiş olduğu iş mahsulünü kendine mal edememenin şahsiyet fikrine dayandığı kabul edilmektedir.

Türk Ticaret Kanunu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunlarla haksız rekabet konusunda özel hükümler bulunmaktadır.

Ticari sayılmayan ve hakkında özel düzenleme bulunmayan haksız rekabet hallerinde ise Borçlar kanununun haksız rekabeti düzenleyen 57. maddesi uygulanacaktır. (818 sayılı Borçlar Kanunu m. 48)

Bu konu Yargıtay'ın 4. HD 1. 7. 1977 tarih 1976/5913 E. 1977/7617 K. sayılı kararında aşağıdaki şekilde açıklanmaktadır;

“... Özetlemek gerekirse davacı, kendisinin maddi yükünü de yüklenerek yaptığı kazılarda çıkan eserler hakkında yayın yapma hakkının münhasıran kendisine ait olduğu halde davalının, haksız bir davranışla, bir kısım eserlerin resim ve krokilerini yayınlamak suretiyle kendisinin hakkına tecavüz ettiğini ileri sürmektedir.

Davalı savunmasında, bu araştırmaların davacının tekelinde olmadığını, bir konunun araştırılması ve değerlendirilmesinin serbest olduğunu, davacının bahsettiği eserlerin yapıldıkları günden itibaren ortada duran ve herkesçe bilinen eserler olduğunu, davacı tarafından sadece etraflarının temizlendiğini, kaldı ki kitabında davacı ismine atıfta bulunduğunu, referans verdiğini bildirerek bir tecavüzün bulunmadığından bahisle davanın reddini istemiştir. ...

Olaya 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Yasası hükümlerinin uygulanma olanağı yoktur. Zira, yasanın isminden de anlaşıldığı veçhile bu yasanın uygulanabilmesi için ortada kişinin yarattığı bir eserin mevcut olması gerekir.

O halde davacının korunmaya değer bir hakkı olup olmadığına dayanağını başka yerlerde aramak gerekmektedir. Davacı 1967 ve 1968 yıllarında aldığı kazı ruhsatnamelerini ibraz etmiştir. İşbu ruhsatnamelerin alındığı ve davalının kitabını yayınladığı tarihlerde Asarı Atika Nizamnamesi yürürlüktedir. 6. 7. 1973 tarihine kadar yayın hakkı davacıya aittir. Oysa davalının kitabı 1972 yılında yayınlanmış olmakla davacının yayın hakkı süresi içinde yayınlandığı anlaşılmaktadır.

Davalının bu davranışı, davacıya karşı haksız bir rekabet teşkil etmektedir. ....

Görülüyor ki davacı çok büyük bir maddi külfet altına girmiş bulunmaktadır. Bu kadar büyük maddi bir yükün altına girmenin, buna bir de kişisel ve bilimsel emek, çalışma ve bilgilerini de katmanın bir tek amacı olabilir: O da, bir bilimsel buluş yapmak, bilime katkıda bulunmak ve unu kendi adına yayınlatabilirdir. A. A. N. ve ruhsatname ile davacıya verilen tek hak budur. Davalının, tekel halinde davacıya ait bu hakka tecavüz ettiği kendi ikrarı ile ve yayınladığı kitap ile de sabittir. Bu durumda, bulunan eserlerin tamamının veya bir bölümünün yayınlanmış olması sonuca etkili değildir. Bazen bir tek fotoğrafın yayınlanması veya bir krokinin çizilmesi yayınlanacak bir bilimsel eserin bütün önemini ve orijinalitesini kaybettirebilir. Referans vermiş olmak da bu durumu düzeltecek nitelikte bir işlem değildir.

Gerek ekonomik, gerekse bilimsel alanda eserde rekabet, kişisel ve toplumsal gelişmeye yardımcı olduğu için serbesttir ve korunması gerekir. Fakat rekabet, ancak yasa, ahlak ve iyi niyet ölçüleri içinde kaldığı sürece korunur. Hakkın kötüye kullanılması derecesine varıldığı takdirde haksız bir nitelik kazanır.

Yukarıdan beri açıklanan durum ve gerekçeler karşısında ortada haksız bir rekabetin var olduğunu kabul zorunludur. Ticari haksız rekabete ait hükümler TTK'nın 56-65. maddelerinde düzenlenmiştir. TTK'nın Meriyet ve Tatbik Şekli Hakkındaki 6763 sayılı Yasa'nın 41/II-a maddesi ile BK'nın 48. maddesine eklenen ikinci fıkra ile "Ticari işlere ait olan haksız rekabet hükümleri mahfuzdur" hükmü karşısında olaya, haksız rekabete ilişkin BK'nın 48. maddesinin uygulanması gerekmektedir. Ancak, BK'nın 48. maddesinin olayda uygulanması, TTK'nın 56-65. maddelerinde düzenlenmiş bulunan haksız rekabete ilişkin ve istisnai nitelik taşımayan genel hükümlerin benzetme yoluyla uygulanması olanağını engellemez."

Bir işin ne zaman ticari iş sayılacağı Temmuz 2012 de yürürlüğe girecek olan Türk Ticaret Kanunumuzda tanımlanmıştır. Bu konudaki düzenleme 1956 tarihli eski Türk Ticaret Kanunundan farklı hükümler taşımamaktadır. Yeni Türk Ticaret Kanunumuz 12. maddesine göre; bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir. Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sı-

nırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir (TTK m. 11). Bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır(TTK m.19). Tacirler arasındaki Haksız Rekabet fiillerinin neler olduğu ve hükümleri Ticaret Kanunu 54-61nci maddelerinde düzenlenmiştir.

Adi işlere uygulanacak Haksız Rekabet hükmü ise; yukarıda da açıkladığımız gibi Türk Borçlar Kanununun Haksız Fiil başlığı altındaki “Özel Durumlar” arasında yer almaktadır.

## 2. Hukuka Aykırılık

Her hal ve şartta; haksız rekabetin söz konusu olabilmesi için öncelikle fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Yoksa, dürüstlük kurallarına aykırı davranmamak koşulu ile, herkes başkasının emeğinin sonuçlarından yararlanarak daha iyisini gerçekleştirmek ve rekabete katılmak hakkına sahiptir. Hukuki koruma, dürüstlük kurallarının ihlal edildiği noktada başlar.

Anayasa Mahkememizin 22. 06. 2001 gün ve 2-2 sayılı kararında hukuka aykırılık

“... en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnemelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır.” Şeklinde tanımlanmıştır.

## 3. Haller

Temmuz 2012 de yürürlüğe girecek Türk Borçlar Kanunu 51. maddesinde adi işlerde hukuka aykırı sayılan rekabet halleri;

- (a) Gerçek olmayan haberlerin yayılması,
- (b) Gerçek olmayan ilanların yapılması,
- (c) Dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlar, olarak sayılmıştır.

Dürüstlük ilkesine aykırı davranışlar konusunda Türk Ticaret Kanunu Borçlar Kanununa kıyasen daha ayrıntılı hükümler taşımaktadır. Uzun süredir benimlenen Yargıtay uygulamaları ışığında düzenlenen “Yeni Türk Ticaret Kanununun 55 nci maddesi “kıyasen” adi işlere de uygulanacaktır.

1956 tarihli Türk Ticaret Kanununda, haksız rekabet, ” Genel olarak aldatıcı hareket ve iyi niyet kurallarına aykırı diğer şekillerle ekonomik rekabetin her türlü kötüye kullanılması “ olarak tanımlanmış, (TTK m. 56) müteakip 57. maddede de iyiniyet kurallarına aykırı hareketler, sınırlayıcı olmamak kaydıyla, on bent halinde sayılmıştı

Temmuz 2012 de yürürlüğe girecek TTK 54. Maddesi ise, haksız rekabet konusunun kanunla düzenlenmiş olmasındaki amacı “dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması” şeklinde açıkladıktan sonra, haksız ve hukuka aykırılık halini “Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar “ şeklinde tanımlamıştır.

Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek TTK 55. maddesine göre, dürüstlük kuralına aykırı kabul edilen başlıca rekabet halleri şunlardır;

**(aa)** Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek,

**(bb)** Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,

**(cc)** Paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak,

**(dd)** Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak,

**(ee)** Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek,

**(ff)** Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması

hâlinde yanıtmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur,

(gg) Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak,

(hh) Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak,

(ii) Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak,

(jj) İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek,

(kk) Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak

### III. BORÇLAR KANUNUNDAN KAYNAKLANAN HAKSIZ REKABET DAVALARI

#### 1. Haksız Rekabetin Önlenmesi İstemi

Gerek 818 sayılı Borçlar Kanunu gerekse Temmuz 2012 de yürürlüğe girecek Türk Borçlar Kanununa göre, haksız rekabetle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini isteyebilir.

Önleme davası, var olan veya yenilenme tehlikesi bulunan bir haksız fiilin engellenmesi amacıyla açılan bir davadır. Haksız fiil sona erdiği andan itibaren artık bu dava açılmaz.

Davanın davacısı haksız rekabetten doğrudan zarar görendir. Haksız rekabet birden fazla kişiyi hedeflemekte ise, muhataplardan her biri, önleme davası açabilir. Bu dava müspet sonuçlanırsa hükümden diğerleri de yararlanır.

Davada, haksız rekabette bulunan rakip, rakibe yardımcı olan 3. şahıslar, fiil basın yolu ile gerçekleşmişse yazı sahibi veya ilan veren, bu kişiler belli değilse yazı işleri müdürü veya ilan servisi şefi bunlar da yoksa yayıncı, bu da belli değilse matbaacı, internet kanalıyla yapılmışsa, servis sağlayıcıları, siteyi yaratan ve yayınlayan kişiler davalı olabilir.

Bu davanın açılabilmesi için, davranışların haksız olması yeterlidir. Ayrıca karşı tarafın kusurlu olması veya bir zararın doğması gerekmez. Zarar doğmuş olması tazminat isteminin koşuludur

## 2. Zararın Giderilmesi İstemi -Tazminat Davası

### a) Sorumluluk

#### aa) Genel olarak

Tazminat davası ikame edebilmek için ortada bir zarar olması gerekir.

Temmuz 2012 de yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanununa göre, 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.

Bu madde eski kanununun 41. maddesini karşılamaktadır. Sadece, maddeye “Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile” ibaresi eklenmiştir.

Maddi giderim davasında söz konusu olabilecek zararlara örnek olarak, sözleşmelerin iptali nedeniyle uğranılan parasal kayıplar, mesleki kötülenme sebebiyle müşterilerin, ürünün kötülenmesi sebebiyle satışın azalması gösterilebilir

#### bb) Zararın ve kusurun ispatı

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.

#### cc) Maddi tazminat

Genel olarak; Tazminat davalarında uğranılan maddi zararın, fiili zarar ve mahrum kalınan kar olmak üzere iki türü bulunur. Fiili zarar; kişinin mal ve para varlığının aktifinde olan azalma veya pasifindeki çoğalmadır. Zararın miktarı ise, kişinin malvarlığının, zarar veren olaydan önceki ve sonraki durumu arasındaki “kıymet farkı”dır.

Bazı zarar türünde ise, , mamelekin zarar verici olaydan önceki durumu ile sonraki durumu arasında bir fark yoktur. Ancak zarar verici olay meydana gelmeseydi mamelekte bir çoğalma olacağı da kuşkusuzdur. Zarar miktarı, haksız fiille karşılaşılmasa idi mamelekin ulaşacağı farazi değer ile başlangıçtaki değeri arasındaki farktır. Yani kar yoksunluğu hesabı bir faraziyeye dayalıdır.

“Yoksun kalınan kar” şeklindeki zararlarda, zarar miktarının ispatı çoğu zaman oldukça zordur. Borçlar Kanunu 50. maddesine göre “Zararın gerçek miktarını belirlemek mümkün değilse, hakim olayların olağan akışını ve zarara uğrayan tarafın aldığı tedbirleri dikkate alarak, adalete uygun tazminat miktarını kararlaştırır.”

Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan TTK'nın 56. maddesinde, mahrum kalınan kar hesabında hakimin davalının elde etmesini mümkün gördüğü menfaat karşılığına da hükmedebileceğine ayrıca yer verilmiştir. (1956 T. TTK m. 58) Şüphesiz ki adi işlerde de zararın gerçek miktarının belirlenmesinin mümkün olmadığı hallerde, kıyasen davalının elde etmesi mümkün görülen yarar kriteri uygulanabilecektir.

Yargıtay 11. HD 16. 6. 1997 tarihli 1997/4268 E. 1997/4712 K. sayılı kararı haksız rekabette maddi tazminat hesabının ne şekilde yapılması gerektiğine örnektir: "TTK'nın 58/1. maddesi uyarınca haksız rekabet nedeniyle davacının uğradığı zarar, davalının elde ettiği kar miktarı olmayıp, elde etmekten yoksun kaldığı kar miktarıdır. Bu zarar miktarı tarafların ticari defterleri ve diğer kanıtlar birlikte değerlendirilmek suretiyle bilirkişilerce saptanmalıdır. Yasa koyucu, zararın bu şekilde saptanmasındaki güçlüğünü de göz önüne alarak haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen yararın karşılığına da hükmedebileceğini açıklamıştır. Amaç, davacının haksız rekabet sonucunda satamadığı mal miktarı üzerinden karşı tarafın bu tutarda malı satmasından dolayı elde edebileceği yararın saptanmasıdır. O halde yapılacak iş; öncelikle davacının söz konusu dönemde haksız rekabet nedeniyle uğradığı zararın ticari defterleri üzerinde inceleme yapılarak saptanması, mümkün olmadığı takdirde TTK'nın 58/e maddesi dikkate alınarak maddi tazminat miktarına hükmedilmesi gerekir."

Türk Borçlar Kanunu 51. maddesine göre; Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

Eski 44. maddeyi karşılayan Türk Borçlar Kanunu 52. maddesine göre; 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 ödendiğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.

#### **dd) Kişilik hakkının zedelenmesi - manevi tazminat**

Türk Borçlar Kanunu 58. maddesine göre; kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Pek çok Yargıtay kararında manevi tazminatın; eylemin haksızlığı, süresi ve niteliğine göre taraflardan birini özendirici nitelikte olmamak koşuluyla ılımlı bir miktar olması gereğine işaret edilmiştir.

Hâkim, tazminat olarak bir miktarın topluca ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.

Bu madde eski 49. maddeyi karşılamaktadır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 1971/12331-1080 sayı ve 11. 2. 1972 günlü kararında eser sahibinin haksız rekabet hükümlerine dayanarak manevi tazminat isteyebileceğini benimsemişken, daha sonra 1979/2485-10994 sayı ve 8. 10. 1979 günlü kararında, Fikir ve Sanat Eseri Kanunu'nun bu konudaki özel düzenleme olduğu, yasanın sadece alıntı yapılan eser sahibinin ve eserin adının belirtilmemesi halinde manevi tazminat öngördüğü, bu şartlar yoksa haksız rekabet hükümlerine dayanılarak manevi tazminat istenemeyeceği şeklinde görüş değiştirmiştir.

Bu iki değişik karar sebebiyle içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmiş ve 18. 2. 1981 tarihinde 1980/1 E. 1981/2 K. sayılı İBK kararıyla, "bir eserden diğer bir esere Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda gösterilen haller dışında iktibas yapılması halinde, iktibas sırasında kullanılan eserin sahibinin ve eserinin adı belirtilse bile, Borçlar Kanununun 49. maddesindeki koşullar mevcutsa; eser sahibinin haksız rekabet hükümlerine göre manevi tazminat isteyebileceği" sonucuna varılmıştır.

## **b) Sorumluluk Sebeplerinin Çokluğu**

### **aa) Sebeplerin yarışması**

Türk Ticaret Kanunu 60. maddesine göre; 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. (Eski 51)

### **bb) Müteselsil sorumluluk**

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

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 rucu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur. (m 62)

### c) Hukuka Aykırılığı Kaldıran Haller

Türk Borçlar Kanunu'nun 818 sayılı Eski Borçlar kanununun 52. maddesini karşılayan 63. maddesi hükmünce; kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir rekabet fiili, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. Çünkü, hukukta hakkını zor kullanarak almak yani ihkak-ı hak yasak olmakla birlikte, kişinin orantılı güç kullanmak suretiyle hakkını koruması hali hukuka aykırılığı ortadan kaldırır .

Haksız rekabette de isim, ürün, onur, saygınlık ve özel yaşamı ihlal eden saldırılara karşı meşru müdafaa söz konusu olabilir. Mesela, gerçek olmayan haberler taşıyan ilanlar verilmesi suretiyle haksız rekabetle karşılaşan kişi, aynı tarz ilanlarla karşı tarafın “yalancı, iftiracı, sorumsuz vs. ” olduğunu açıklayabilir. Burada, karşı taraf için kullanılan ibareler onunkinden daha ağır olmamak şartı ile, meşru müdafaa hakkının kullanılması söz konusu olduğundan hukuka aykırılık söz konusu olmaz.

### d) Kusursuz Sorumluluk

Türk Borçlar Kanununun eski 55. maddeyi karşılayan 66. maddesine göre; adam çalıştıran, kendisine verilen işi yaparken haksız rekabet fiilini işleyen çalışanının verdiği zarardan sorumludur.

### e) Zamanaşımı

818 sayılı eski Borçlar Kanunu 60. maddesine göre tazminat davası ; mutazarrır olan tarafın zarara ve failine ittila tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı vukuundan itibaren on sene sonra dinlenmez.

Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek Türk Borçlar Kanunu 72. maddesi ile, eski kanundaki bir yıllık zamanaşımı süresi iki yıla çıkarılmıştır.

Yeni düzenlemeye göre haksız fiilde 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.

Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa; kendi tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile bu borcu ifadan kaçınabilir.

Haksız rekabet devam ettiği sürece zamanaşımının dolması söz konusu olmaz.

Eğer haksız rekabet sebebiyle tazminat konusunda birden fazla kişinin sorumluluğu söz konusu ise, 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.

Ancak haksız rekabet sebebiyle tazminat davasına muhatap olan Tazminatın kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar. (madde 73).

Rücu istemi başlıklı bu hüküm 818 sayılı eski Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir maddedir.

#### **f) Faiz**

Haksız fiil tazminatlarında, tazminatın haksız fiil tarihinde derhal ödenmesi gerektiği, yani alacağın o tarihte muaccel hale geldiği kabul edilir. (HGK 28. 11. 1990 T. 1990/11-88 E. 1990/591K.)

Tacirler arasında haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, TC. Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı avans faizi oranına hükmedilir. (11. HD5. 6. 2003, E. 2002/13411 -K. 2003/6005)

Eylemden zarar gören tacir olmasa bile, haksız fiil bir tacir tarafından ticari işletmesiyle ilgili olarak meydana getirilmiş ise, bu tacirden Reeskont/Avans oranında temerrüt-faizi isteyebileceği kabul edilmektedir. (HGK 3. 4. 2002 tarih 2002/4-174 E. 2002/259 K.)

### **3. Ceza Davaları**

Yeni Türk Ticaret Kanunu 62 ve 63. maddeleri ile (6762 sayılı Türk Ticaret kanunu mad 63 ve 64) haksız rekabet fiiline, özel bir cezai sonuç bağlanmıştır.

Borçlar Kanununda bu şekilde cezai bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ancak; haksız rekabet bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat edilerek gerçekleşmiş veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırılmışsa, rekabet fiili Türk Ceza Kanununa göre suç oluşturur.

Ceza Kanunumuzdaki düzenlemeye göre; hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçirilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğu duraksanmayacak bir durum varsa, hem isim belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış sayılır.

## IX. OTURUM TARTIŞMALAR

**Av. Rüştü GERMİYAN:** Efendim, Hâkim Beye çok teşekkür ediyorum öncelikle renkli anlatımı dolayısıyla, ancak iki noktaya değinmek istiyorum. Birincisi tazminat davalarında özellikle trafik kazalarında doğan tazminat davalarında bizim tazminat davasını hemen açmamızın bir nedeni de ihtiyati tedbir talep ederek dava sonundaki alacağımız hükmün bir kâğıt parçasına dönüşmemesini sağlamak içindi. Dolayısıyla gecikme bu şekilde bir sakınca doğuracağı için acil hareket etmek zorundayız. Bunu belirtmek istedim.

**Hakim Turan ATEŞ:** Efendim, o ceza mahkemelerinde...

**Av. Rüştü GERMİYAN:** Efendim, savcılı da var, ama maalesef o tatbikatta işlemiyor.

**Turan ATEŞ:** Onu vermiyorlar herhalde.

**Av. Rüştü GERMİYAN:** O bakımdan biz mecbur kalıyoruz. İkinci bir husus da üzüldüğüm bir husus aslında, Sayın Hâkim Beyin burada saat 10. 00'dan beri beklemiş olmasından dolayı yaşadığı strese ben şahsen hakikaten üzüldüm. Gerçi saat de verilmiş Hâkim Beyin konuşma saati için, ama demek ki sabahtan gelmişler, ona üzüldüm. Fakat şunu da söylemeden geçemeyeceğim, biz avukatlar maalesef çok zaman özellikle icra mahkemelerinde saat 09.00 duruşması veriliyor, 60, 70, 80 tane duruşma bekliyorsunuz iki saat, üç saat, beş saat, üstelik böyle uygun şartlarda da değil, çok zaman oturacak yer bile yok, ayakta aç, susuz bekliyoruz. Bunu da hatırlatmadan geçmek istemedim.

**Hakim Turan ATEŞ:** Tamam, ben oraya hemen cevap vereyim. Ben anlıyorum. Bu Türkiye'nin kaderi, yargının o sorunlarının biz de üstesinden gelemiyoruz. Bizim odalar, bizim salonları görüyorsunuz, ancak ben 35-40 dosyayla çıkarım, sabah 09.30'da başlarım, 12.00 dedikten sonra ben salondan inerim. 12. 00'den sonra benim sarkan duruşmam olmaz, bilmiyorum, 12. 00'den sonra benden duruşmaya gelen arkadaş var mı içinizde? Varsa samimi söylesin.

**Av. Rüştü GERMİYAN:** Efendim, sizi tenzih ederek söylüyorum, sizin zaten çalışma şeklinizi bilmiyorum, ama 09.00 verileceğine.

**Hakim Turan ATEŞ:** Bu ülkede önce hâkimi yetiştireceksin.

**Av. Rüştü GERMİYAN:** Efendim, 10 dakika arayla verse, 5 dakika arayla verirse ne kaybeder? Biz de daha az beklemiş oluruz, ama 60 tane duruşmanın saat 09. 00'a veya 10. 00'a konulmasının gerekçesini biz hiçbir zaman anlayamadık.

**Hakim Turan ATEŞ:** İş çokluğu, hele hele ben bugüne kadar meslek hayatımdan iki yerde sıkıldım. Bir Adapazarı Hendek ilçesinde 3.000 civarında kadastro, o civarda sulh ceza ve sulh cezayı bir yıl sonra 240'a indirdim, elimden çıktı, bir yıl sonra kadastroyu 117'ye indirdim, elimden çıktı, 800 küsurla asliye hukuka verdiler, 1,5 yıl sonra asliye hukuktan ayrıldım, 149 dosya devrettim. Derdest o şekil Adapazarı'na döndüm. Hatta Nevzat Ercan Hâkim Bey, dosya kalmamış dedi. Vallahi Nevzat Bey, senin ortağını bir senin zamanında açılan 5-6 dava var, onları bitiremedim, çünkü dilekçeler sağlıklı değil, sağlıklı bir dilekçe davayı seri bir şekilde, iyi bir savcının iddianamesi istisnaların dışında beraatla sonuçlanmaz. Çünkü soruşturmayı yapar, delilleri iyi toplar, hâkimin önüne sağlıklı iddianameyle gelirse, o iddianame kısa bir sürede sonuçlanır. İşte arkadaşlar, geçen bir arkadaşımızın dava dilekçesini gördüm, dört dörtlük bir trafik kazasına dair tazminat. Baktım, cüppeyle ayağa kalktım, Avukat Bey, seni tebrik ediyorum bu arkadaşların huzurunda, böyle bir dilekçeyi daha ilk defa görüyorum. Bu dilekçeden bir örneğini kendi arşivime alacağım, belki ileride avukatlık yaparım, bana da yarayacak. Biz onların önünde Hâkim Bey, biz de sizden kitaplarınızdan çok şey öğrendik, o da bize onu öğretmeye kalktı, ama dört dörtlüktü. Sonra araştırdım. Dediler o avukat arkadaş Üsküdar yöresindeydi bir bey, bütün çalışmaları onun öyledir. Demek ki, bu biraz da özen borcu var ya, özen, işte oradan gelir.

**Av. İsmail ALTAY:** Teşekkürler, Sayın Başkan, müsaadenizle bitirelim, çünkü çok serzeniş de oldu, ama şunu gönül rahatlığıyla söyleyebiliyorum, tek dakikası boşa geçmeyen dolu dolu bir gün oldu. Bu saate kadar da bizimle birlikte çalıştınız, çok teşekkürler. Bu fedakârlıktır, ama kendi mesleğinize karşı duymuş olduğunuz da saygıdır. Kimse burada kalmak zorunda değildi, hiçbirimiz bunları yapmak zorunda da değiliz biz baro haricinde hiçbirimiz, ama biz sorumluluklarımızı biliyoruz, kendimize karşı ve müvekkillerimize karşı sorumlulukları biliyoruz. Bu sebeple de bu saate kadar kaldık. Yarın da sabah tekrar başlayacağız. Nefesimiz yettiğince çalışmaya devam edeceğiz. Katkılarınız için çok teşekkür ediyorum. Müsaade ederseniz konuşmacılara bir küçük armağan takdim etmek istiyorum, sonra oturumu kapatalım, yarın görüşmek üzere.

PROF. DR. İSMET SUNGURBEY'E ARMAĞAN

BORÇLAR KANUNU  
GENEL HÜKÜMLER  
KONFERANSLARI

II

BORÇ İLİŞKİLERİNİN  
ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ-  
BORÇLARIN VE BORÇ  
İLİŞKİLERİNİN SONA  
ERMESİ-  
ZAMANAŞIMI

29 Nisan 2012



# X. OTURUM

## Oturum Başkanı

### Prof. Dr. Algun ÇİFTER\*

Değerli hukukçular, hoş geldiniz. Toplantıyı açıyorum. Bu oturuma başkanlık etmek gibi onurlu bir görevi bana tevdi ettikleri için tertip heyetine teşekkür ediyorum. Ayrıca bu konferansları Değerli Hocam Prof. Dr. İsmet Gülümser Sungurbey'e armağan ettikleri için de kendilerini kutluyorum. Bu güzel bir kadirşinaslık örneğidir. Hocamız çok yönlü bir araştırmacıydı. Bundan önceki toplantılarda kendisinin hukukçu kimliğine değinildi. Ben bunun dışındaki alanlardaki çalışmalarına kısaca değinmek istiyorum.

Bu çalışmalar başlıca üç tanedir. Huzur Dersleri, Simavna Kadısı Oğlu Şeyh Bedrettin ve Menakıbı ve Ebül'ula Mardin'dir. Huzur dersleri Sultan 3. Mustafa'dan itibaren sarayda padişahın huzurunda din âlimlerince yapılan Kur-an tefsirlerinin derlenmesidir. Ordinaryüs Prof. Dr. Ebül'ula Mardin bu derlemeleri hazırlamış, sağlığında birinci cildini yayınlamıştır. Ancak ikinci ve üçüncü ciltlerini yayınlamaya ömrü vefa etmemiştir. Bunları tamamlayan ve yayınlayan Hocamız olmuştur. Simavna Kadısı Oğlu Şeyh Bedrettin ve Menakıbı, yani hayat hikâyesi Değerli Bilim Adamı Abdülbaki Gölpınarlı'nın önemli bir eseridir. Bedrettin bir Batiniydi. Yani bir dini akımdır ve Mutezildi. Yani heretikti, sapkındı. Yaşadığı devir 1. Mehmet devridir. Devlet düzeninin yeniden tesis edilmeye çalışıldığı bir devirdir. Kendisinin aynı zamanda tabii siyasi görüşleri de vardı ve bunları da açıklıyordu. Derebeyliğe de karşıydı. Osmanlının diğer inançlara hoşgörüsü bu inançlar kendileri için siyasi tehlike teşkil etmediği sürecedir. Nitekim herhalde bir tehlike oluştu ki kendisi Serez meydanında çıplak olarak asılmıştır. Hocamızın bu esere katkısı bir kere elindeki bütün belgeleri rahmetli Gölpınarlı'ya vererek yayınlanmasını temin etmiştir. Ayrıca ikinci baskısının gerçekleşmesine de metinleri okuyarak büyük katkısı olmuştur. Son eseri olan Ebül'ula Mardin'se binlerce hukukçu yetiştirmiş olan unutulmaz Hocası Ebül'ula Mardin'in hayatını, şahsiyetini ve eserlerini tanıtan biyografik bir çalışmadır. Ben bu vesileyle Muhterem Hocamı rahmet ve minnetle anıyorum ve aziz hatırası önünde sevgi, saygı ve şükranla eğiliyorum.

\* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı

Bu oturumda sırasıyla Prof. Dr. Gülçin Elçin Grassinger borç ilişkilerinin üçüncü kişilere etkisi, alacaklıya halef olma, üçüncü kişinin fiilini üstlenme, üçüncü kişi yararına sözleşme, sayın Av. Dr. Ceyda Öcal banka teminat mektupları, sayın Doç. Dr. Mustafa Aksu asıl borca bağlı hak ve borçların sona ermesi, ibra, yenileme, birleşme başlıklı tebliğlerini sunacaklar. Tebliğlerin süresi programda belirtilmiştir. Şimdi söz sayın Elçin Grassinger'indir.

# § 31 BORÇ İLİŞKİLERİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ (ALACAKLIYA HALEF OLMA -ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME -ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME)

**Prof. Dr. Gülçin ELÇİN GRASSINGER<sup>1</sup>**

**Kaynakça:** AKYOL, Şener: Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, 2008; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Aralık 2006; OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, İstanbul 2012; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993; BİLGİN YÜCE, Melek: Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul 2007.

## I. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN FİİLİNİ ÜSTLENME

Bir sözleşmede borçlunun alacaklıya karşı üçüncü kişinin belli bir davranışta bulunulacağını taahhüt etmesine, üçüncü kişinin fiilini (edimini) taahhüt denilmektedir. TBK m. 128'de düzenlenmiş olan bir kurumdur. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte taahhüt eden, taahhüt edilene, üçüncü bir kişinin bir edimde bulunacağını, üçüncü kişinin bu edimi yerine getirmemesi halinde ise bundan doğan zararı kendisinin tazmin edeceğini taahhüt eder. Bu sözleşmenin tarafları taahhüt eden ve taahhüt edilendir.

Üçüncü kişi diğer ifade ile lehdar, davranışı taahhüde konu olan taraftır. Edimi taahhüt edilen kişi, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin tarafı olmadığından, taahhüt edilen edim yerine getirilmediğinde tazminat davası üçüncü kişi aleyhine değil, taahhüt eden aleyhine açılır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinde üçüncü kişinin fiili farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Bunlar verme, yapma, yapmama, katlanma, kaçınma fiilleridir.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, bazen karşı tarafın bir iş yapması, teşebbüste bulunması için yapılır örneğin bir yerde dükkan açmasını teşvik için, karşı tarafa dükkanın ay başına ... TL ciro yapacağını, yapmazsa bu miktarı bizzat karşılayacağını taahhüt etmesi olabilir.

<sup>1</sup> İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt bazen teminat vermek maksadıyla yapılır, borçlunun borcunu ödememesi ihtimalinde alacaklının uğrayacağı müspet zararın tazmin edileceği taahhüt edilebilir.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, garanti sözleşmesi ile olan bağlantısı sebebiyle banka teminat mektupları bakımından önem taşır. Banka teminat mektuplarının bir kefalet mi, yoksa garanti sözleşmesi ya da üçüncü kişinin edimini taahhüt niteliğinde mi olduğu tartışmalıdır. Üçüncü kişinin fiilini üstlenmede bir garanti etmenin söz konusudur. Ancak garanti sözleşmesi sadece üçüncü kişinin edimini taahhütten oluşmaz. Üçüncü kişinin ediminin taahhüt edilmediği garanti sözleşmeleri söz konusu olabilmektedir.

Daha açık anlatımla üçüncü kişinin fiilini taahhütte eğer taahhütte bulunan, sözleşmenin karşı tarafına, alacaklı asıl borçlu ilişkisinde, asıl borçlu durumunda olan tarafın edimini yerine getirileceğini, getirmemesi durumunda bundan doğan zararı tazmin edeceğini taahhüt etmişse üçüncü kişinin fiilini taahhüt, garanti sözleşmesi anlamındadır. Oysa bir kişinin ediminin taahhüt edilmediği, sadece teşvik amacıyla yapılan taahhütlerde ise, üçüncü kişinin fiilinin taahhüt edilmediği garanti sözleşmesi söz konusu olacaktır.

### 1. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Kefalet Sözleşmesinden Farkları

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdü, fer'i nitelikteki kefaletten farklıdır. Şöyle ki, kefalet fer'idir, varlığı asıl borcun varlığına bağlıdır. Oysa üçüncü kişinin fiilini taahhüt asli, bağımsız niteliktedir. Kefil, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki savunma imkanlarını alacaklıya karşı ileri sürebilir. Oysa 3. kişinin fiilini taahhütte, taahhüt eden, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiye ait bir savunmada bulunamaz. Taahhütte bulunan tarafın sadece 3. kişinin fiilini yerine getirmiş olduğunu, kendisinin teminat fonksiyonunun artık kalmadığını ileri sürme imkanı vardır. Alacaklıya ödemede bulunan kefilin kanundan doğan halefiyeti ve asıl borçluya rücu imkanı vardır. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise kanundan doğan bir halefiyet ya da rücu söz konusu değildir.

Kefalet sözleşmesi özel şekil şartına bağlıdır TBK m. 583. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ilişkin TBK m. 128 hükmünde ise herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olmakla birlikte, TBK m. 603 gereği şekil, ehliyet ve eşin rızası bakımından kefalete ilişkin hükümler gerçek kişilerin üçüncü kişinin fiilini taahhütte de uygulanacaktır.

Tüzel kişiler adına 3. kişinin fiilini üstlenme sözleşmeleri ise TBK m. 603 gereği tüzel kişi lehine kefalet altına girmeden farklı olarak, şekil şartı ve eşin rızası

gibi sınırlamalara tabi olmaksızın yapılabilecektir. Zira şekil, ehliyet, eşin rızası şartı sadece gerçek kişi üçüncü kişinin fiilini taahhüt ediyorsa söz konusudur. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte bulunan gerçek kişi ise, TBK m. 583 gereği sorumlu olacağı en üst tutarın, sözleşme tarihinin, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ettiğinin el ile diğer esaslı unsurların ise adi yazılı şekilde yapılması gerekli olacak, eşin rızası aranacaktır.

El ile yazılacak esaslı unsurlar dışında kalan diğer esaslı unsurlar, örneğin üçüncü kişinin fiilinin taahhüt edildiğine dair iradesinin varlığı, taahhüt altına alınmış olan borç ilişkisinde alacaklı ve asıl borçlunun kim olduğu, taahhüt edilen borcun ne olduğu, 3. kişinin fiilini taahhüt eden tarafın borcunun kapsamını arttıracak değişiklikler adi yazılı şekilde yapılacaktır. Benzer şekilde üçüncü kişinin fiilini taahhüt işleminin temsilci vasıtasıyla yapılması, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün vaadi de TBK m. 583'deki şekil şartına tabidir.

Eşin rızası bakımından

Bir hukuki ilişkide, üçüncü kişi, mevcut borç ilişkisindeki borçlunun edim borcunu gereği gibi yerine getireceğini alacaklıya taahhüt etmişse, taahhütte bulunan üçüncü kişinin eşinin, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi kurulmadan veya kurulması esasında bu "teminat maksatlı" üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden eşinin yaptığı sözleşmeyi yazılı surette onaylaması şarttır. Eşin rızasının aranmayacağı haller ise TBK m. 584'de sayılmışlardır.

Kefaletin sona erme sebepleri, 3. kişinin fiilini taahhütte uygulanmayacaktır.

## **2. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüdün Kefalet Dışında Diğer Kurumlardan Farkları**

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, temsilden farklıdır. Zira temsilde mümessil, hukuki işlemi temsil edilen adına yapar, kendisi sözleşmenin tarafı değildir. Oysa üçüncü kişinin fiilini taahhütte taahhüt eden, üçüncü kişi adına değil kendi adına hareket eder ve sözleşmenin tarafıdır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile havale arasındaki fark ise, üçüncü kişinin fiilini taahhütte taahhüt eden taahhüt edilene üçüncü kişinin ediminin ifasını garanti ederken, havalede herhangi bir garanti verilmeksizin sadece yetki verilir.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile borcun yüklenilmesi arasındaki fark ise şu şekilde açıklanabilir; Borcun yüklenilmesinde, yani borcun naklinde borcu yüklenen, borçlunun bir borç ilişkisinden doğan edim borcunun ifasını, alacaklı ile yapmış olduğu bir sözleşmeyle üzerine alarak borçluyu borcundan kurtarır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise borçlu borçtan kurtarılmamakta, borç ilişkisi dışında bulunan üçüncü bir kişinin bir borcu yerine getireceği taahhüt edilmektedir. Ayrıca borcun yüklenilmesinde borcu yüklenen, borçlanılan edimin aynen ifasını üzerine alırken, üçüncü kişinin edimini taahhütte taahhüt eden, üçüncü kişi söz konusu edimi yerine getirmediginde bundan doğan zararın tazminini üstlenmektedir.

### 3. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Kurumunun Hükümleri

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, taahhüt ettiği borç ilişkisinden bağımsız ayrı bir borç ilişkisidir. Üçüncü kişinin hiçbir borcu bulunmasa hatta edimi geçersiz bir borç ilişkisinden doğsa da, edimin ifa edilemeyecek olması, üçüncü kişinin ediminin imkansız olması üçüncü kişinin taahhüdünü geçersiz kılmaz. Zira üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi ayrı bir sözleşme olduğundan, taahhüt edilen asıl borç ilişkisi geçersiz, ifasının imkansız olması, taahhüdün geçersizliğine sebep olmaz. Sadece üçüncü kişinin hukuka veya ahlaka aykırı bir davranışı taahhüt edilmişse, hukuka veya ahlaka aykırılık üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesini de TBK m. 27 gereği hükümsüz kılacaktır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhütte, üçüncü kişinin fiili taahhüt edilen taraf (teminat alan alacaklı taraf) riziko gerçekleşinceye kadar bir talep hakkı olmayacaksa da, ileride bir alacak hakkı elde etmeye yönelik beklenen hakkı vardır. O, bu beklenen hakkı üzerinde alacağın temlik gibi tasarruf işlemlerini yapabilir. Riziko gerçekleştiğinde ise artık alacaklı açısından alacağı muacceliyet kazanacaktır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden tarafın gerçek kişi olması durumunda, TBK m. 583 gereği, sorumlu olacağı müspet zarar bakımından, en üst meblağı yazmasının gerekliliği ortadadır. Ama bu meblağ, sözleşmedeki taraf iradelerine bakılarak yorumlanacaksa da, sözleşmede sadece bir meblağ yazılı ise, bunun mutlaka ödenmesi gereken meblağ anlamında değil, sorumlu olabileceği en üst meblağ olduğu şeklinde yorum TBK m. 583'e uygun olacaktır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhütte bulunan taraf, alacaklı tarafa uğradığı müspet zararını tazmin ettikten sonra eğer lehine taahhütte bulunulan ve üçüncü kişinin fiilini taahhütün tarafı olmayan asıl borç ilişkisindeki borçlu durumundaki (üçüncü kişinin fiilini taahhüt ilişkisindeki) lehdardan kontrgaranti almışsa, lehdar= asıl borçluya rücu edebilecektir

Taahhüt edilen edim sözleşmede öngörülen zamanda üçüncü kişi tarafından yerine getirilmediği takdirde, taahhüt edenin tazminat borcu kendiliğinden doğar. Borç doğduğu anda muaccel olur. Taahhüt eden, üçüncü kişinin (lehdarın) edi-

mini borçlanmadığından, bunun yerine getirilmesi için ona ihtarda bulunmaya veya ek bir süre vermesine gerek yoktur. Ayrıca taahhüt eden, taahhüt edilenden, önce üçüncü kişiye başvurmasını isteyemez. Yine burada halefiyet söz konusu olmadığından taahhüt eden, tazminatı ödedikten sonra üçüncü kişiye rücu edemez.

Taahhüt edenin tazminat borcu, edimin yerine getirilmemesi nedeniyle taahhütte bulunulmanın uğramış olduğu müspet zararıdır. Bu zarar ifa menfaatinin gerçekleşmemesinden doğan müspet zarardır. Taahhüt eden, üçüncü kişinin edimi ifa etmesi için gerekli tüm çabayı gösterdiğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu m. 128 hükmü emredici bir hukuk kuralı olmadığından sözleşmenin tarafları bunun aksini kararlaştırabilirler. Örneğin üçüncü kişi tarafından ifa edilmeyen edimin taahhüt eden tarafından aynen tazmininin mümkün olması halinde taraflar, üçüncü kişinin taahhüt edilen edimi ifa etmemesi halinde nakdi tazminat yerine aynı tazminat öngörebilirler.

Türk Borçlar Kanunu m. 128/II'de üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesinin belirli bir süre için yapılması durumunda, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması halinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceğinin kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Maddenin bu hükmü banka teminat mektuplarını esas almaktadır.

Riziko süresi belirsiz olup risk ortaya çıktıktan sonra kendisine taahhütte bulunulan taraf= üçüncü kişinin fiilini taahhütteki alacaklı taraf (A), 3. kişinin fiilini taahhüt etmiş olan tarafa örneğin 2 yıl içinde yazılı talepte başvuracaktır denilebilir. TBK m. 128/ II, bu anlamdadır. Bu takdirde A, üçüncü kişinin fiilini A'ya taahhüt etmiş olan tarafa (B'ye) 2 yıl içinde başvurmazsa B, borcundan kurtulacaktır.

Eğer rizikonun ortaya çıkması süresi ve keza riziko ortaya çıktıktan sonra A'nın B'ye başvuracağı süre de belirsiz ise, o zaman riskin/rizikonun gerçekleşmesinden itibaren 10 yıllık genel zamanaşımı süresi içinde üçüncü kişinin fiilini taahhütten doğan alacak hakkı talep edilebilecektir.

Şayet üçüncü kişinin fiilini taahhütte süre belirlenmişse örneğin 2 yıl denilmiş ve bu süre hem rizikonun çıkması, hem de taahhüt edene başvuru süresi olarak kararlaştırılmış ise, o zaman 2 yıl içinde risk gerçekleşmediği takdirde taahhütte bulunan sorumluluktan kurtulur.

Ancak bu iki yıllık süre sadece 3. kişinin fiilini taahhüt edenin taahhüdü ile bağlı kalacağı süre ise, bu süre içinde risk doğmuş olması durumunda, risk doğduktan itibaren 10 yıl içinde taahhütte bulunan taraf takip edilebilecektir.

## II. ÜÇÜNCÜ KİŞİ YARARINA SÖZLEŞME

Bir sözleşme ilişkisinde, bu ilişkiye taraf olmayan üçüncü kişinin sözleşme ilişkisinin hükümlerine tabi olması, kural olarak sözleşmenin kurulduğu anda değil, sonradan yapılan bir hukuki işlem ya da hukuki olayla gerçekleşmektedir.

Hukukumuzda sadece sözleşmeden doğan borç ilişkilerine özgü üçüncü kişiyi etkileyen borç ilişkisi vardır ki, sözleşme kurulduğu anda sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiyi kapsamına almaktadır. Bu kuruma “üçüncü kişi yararına sözleşme” denmektedir.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede sözleşmenin taraflarından biri, borçlu, diğer tarafa, yani alacaklıya, üçüncü kişi yararına bir edimde bulunmayı taahhüt etmektedir. Üçüncü kişi yararına sözleşme ilişkisinde üç kişi vardır ki bunlar: vadedtiren, vadeden ve üçüncü kişi, yani yararlanandır. Sözleşme vadedtiren ile vadeden arasında kurulmaktadır. Vaadettiren (A), vaat edene (B), üçüncü kişi yararına edimde bulunmayı kabul ettiren kişi olup sözleşmede alacaklı konumundadır. Vadeden ise vadedtirene karşı, üçüncü kişi lehine borç altına girmeyi kabul eden kimse olup, sözleşmede borçlu konumundadır.

Her türlü edim üçüncü kişi yararına sözleşmenin konusunu oluşturabilir. Verme, yapma ve yapmama edimleri böyle bir sözleşmenin konusunu oluşturabilir.

Üçüncü kişi yararına sözleşme bağımsız bir sözleşme değildir. Mutlaka bir sözleşme içerisinde yer alması gerekmektedir. Ekleyelim ki, üçüncü kişi yararına sözleşme yapılabilir ama hukuken üçüncü kişiye borç yükleyen veya 3. kişinin borcunun kapsamını ağırlaştıran anlaşmalar üçüncü kişinin onayı olmadıkça kendisini bağlamayacaktır. Üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişi, sözleşmenin tarafı olmadığı için, bu sözleşmeden onun aleyhine hiçbir borç doğmayacağı gibi, herhangi bir mükellefiyet de doğmaz.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede borçlu kişi, borcu lehdara ifa edecektir. Vaadettiren ise alacaklı olup, alacaklıya yapılacak ifanın lehdara yapılmasını belirten taraftır. Lehdarın ifa zamanında belirlenebilir olması gerekli ve yeterlidir. Belirlenememiş ise ve A ile B arasındaki sözleşmeye göre vadedtiren alacaklının ya da onun haleflerinin lehdar olacağı kararlaştırılmış ise bu kişiler olacaktır. Böyle bir anlaşma mevcut değilse eğer lehdar zaten başlangıçtan beri mevcut olmayan biri ise ya da belirlenmesi baştan imkansız ise sözleşme başlangıçtaki imkansızlık sebebiyle geçersizdir. Belirleme baştan mümkün ama sonradan gerçekleşmezse, A ile B'nin A'nın doğacak torunu lehine yapılan sözleşmede, geciktirici şarta bağlı bir Üçüncü kişi yararına sözleşme mevcuttur denir ve şart gerçekleşmeyince sözleşme hükümsüz olur.

Üçüncü kişi yararına sözleşme, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme olmak üzere ikiye ayrılır.

Üçüncü kişi yararına sözleşmede eğer üçüncü kişi bir alacak hakkı kazanmayı, sadece kendisine yapılacak ifayı kabul etme yetkisini haiz ise eksik üçüncü kişi yararına sözleşme vardır. Bu halde B'den borcunu ifa etmesini talep hakkı A'ya aittir. Bu tür sözleşmeden yalnız vaadettiren lehine bir alacak hakkı doğar, üçüncü kişi yararına doğrudan doğruya bir alacak hakkı doğmaz. Üçüncü kişi sadece vaadeden tarafından teklif edilen ifayı kabul yetkisine sahip olup, ondan borcun ifasını isteme hakkına sahip değildir.

Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede de borçlunun borçtan kurtulması, üçüncü kişiye ifada bulunmasına bağlıdır. Zira ifanın muhatabı üçüncü kişidir. Ayrıca eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede sadece alacaklı, yani vaadettiren alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahiptir. Bu nedenle o isterse alacak hakkını başkasına temlik edebilir. Fakat bu halde alacağı devralan kişi, vaat edenden alacağı üçüncü kişiye ifa etmesini istemelidir. Ancak hemen eklemek gerekir ki, lehine işlem yapılan üçüncü kişi alacak hakkını kullanacağını vadeden borçluya bildirinceye kadar, vaat ettiren taraf, bu alacak üzerinde tasarruf imkanına sahiptir. (TBK m. 129.)

Sadece vaat ettiren A'nın yapacağı tasarruf işlemi, lehine işlem yapılan Ü'nün alacak hakkını bertaraf etmemelidir aksi takdirde A, borca aykırı davrandığı için Ü'ye tazminat ödeyecektir.

Lehdarın hakkını kullanacağını beyan etmesiyle birlikte A'nın tasarruf yetkisi ortadan kalkar. Bu andan itibaren A'nın yapacağı tasarruf işlemleri Ü'nün haklarını etkilediği oranda geçersiz olur, yine bu andan itibaren Ü, alacak hakkı üzerinde tasarruf sahibi olur.

Ü, bu andan itibaren ifayı, borcun ifa edilmemesi halinde tazminat talebini B'den vaat edenden ister. Kusurlu imkansızlık, kötü ifa tazminat, temerrütte temerrüt faizi veya müspet zararı talep edebilir.

Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede B, 'Üye olan borcunu kötü ifa, geç ifa suretiyle yapması halinde, A, B'den, Ü için tazminat talep edebilir. B, tazminatı Ü'ye ödeyecektir.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşme ise üçüncü kişinin, vaat edilen edimin ifasını talep yetkisine sahip olduğu sözleşmedir.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, Ü bir alacak hakkı kazanmaktadır. TBK

m. 129/II gereği vaat ettiren A'nın da alacak hakkı kazandığı ancak A'nın bu alacak hakkının ifasını Ü'ye yapılmasını talep edebilir. B, ifayı, ister ifa talebinde A bulunmuş olsun, ister Ü, sadece Ü'ye yapacaktır. Ancak Ü sözleşmenin tarafı olamaz.

Türk Borçlar Kanunu m. 129/II'ye göre üçüncü kişi veya halefleri, iki tarafın iradesine veya örf ve adete uygun düştüğü takdirde borcun ifasını şahsen, yani vaadettirenden bağımsız olarak talep edebilirler. Kanun borcun ifasının bağımsız olarak talep edilebilmesini iki kritere bağlamıştır ki bunlar; tarafların iradesi ile örf ve adettir. Bunların dışında tam üçüncü kişi yararına sözleşme bir kanun hükmüne de dayanabilir.

### 1. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Benzer Kurumlardan Farkları

Tam üçüncü kişi yararına sözleşme temsil kurumundan farklıdır. Zira doğrudan doğruya temsilde mümessil temsil olunan adına sözleşmeyi yapar ve fakat bu sözleşmenin tarafı değildir. Oysa üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadettiren sözleşmenin tarafıdır. Ayrıca üçüncü kişi yararına sözleşme bundan yararlanan kişinin katılımına gerek olmadan yapılmasına rağmen temsil, temsil edilenin vermiş olduğu yetkiyi veya sonradan verilecek icazeti gerektirir. Temsil ilişkisinde mümessil sözleşmeyi yaptıktan sonra sözleşmenin etki alanı, hüküm ve sonuçları dışında kalır. Oysa üçüncü kişi yararına sözleşmede vaadettiren sözleşmeyi kendi adına yaptığından sözleşmenin tarafı olarak kalmaya devam eder.

Üçüncü kişi yararına sözleşme alacağın temlikinden de farklıdır. Alacağın temlikinde devralan alacak hakkını devren kazanır. Üçüncü kişi yararına sözleşmede ise vaadettiren alacak hakkını üçüncü kişiye temlik etmemekte, üçüncü kişi alacak hakkını doğrudan doğruya kazanmaktadır.

Eğer A ile B arasında tam iki taraflı bir borç ilişkisi mevcut ise yani A da B'ye karşı bir borç altına girmişse o zaman B'nin ifada gecikmesi halinde, temerrüdün üç seçimlik haklarını kim kullanacaktır? Hem A hem Ü kullanmalıdır, dönme hakkını ise sadece A kullanabilecektir. Ancak A'nın dönme hakkını kullanmasına Ü karşı olmamalıdır. Neticede, Ü alacak hakkını talep ettikten sonra A, alacak üzerinde tasarrufta bulunamayacaktır.

A ile B arasında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme varsa ve A, B'ye karşı kendi borcunu geç ifa, kötü ifada bulunursa, B, Ü'ye ifadan kaçınabilir. B, sahip olduğu haklarının tümünü def'i yoluyla Ü'ye ileri sürebilmelidir.

B kötü ifada bulunursa, Ü, sözleşmeden dönme haricinde diğer hakları B'ye ileri sürebilir.

### III. ALACAKLIYA HALEF OLMA

Üçüncü kişinin ifasının borcu sona erdirmediği, Ü'nün yaptığı ifa sonucu alacaklının alacağını aldığı fakat borçlunun borcunun sona ermediği durumlarda, alacak hakkının ifayı yapan Ü'ye geçmesinden söz edilir. Alacağın, ifayı yapan Ü'ye geçmesine halefiyet denir.

Halefiyet, üçüncü bir kişinin borçlunun edimini, alacaklıya ifa etmek suretiyle onu tatmin ettiği ölçüde alacaklının yerine geçmesi, onun borç ilişkisinden doğan asli ve fer'i haklarına halef olmasıdır.

Halefiyet akdi halefiyet ve kanuni halefiyet olmak üzere ikiye ayrılır. Türk Borçlar Hukukunda ise yalnızca kanuni halefiyet tanınmıştır. Halefiyet kanundan doğar. Müteselsil borçlulukta borçlulardan birinin borcu ifa etmesi; Bölünemeyen bir borcun birden çok borçlulardan biri tarafından ifa edilmesi; Asıl borcun kefil tarafından ifası. Burada ifa edilen alacağa bağlı teminatlar, müteselsil borçlu ve kefil için teminat sağlarlar.

Halefiyet alacağın temlik kurumundan farklıdır. Alacağın temlikinde alacak hakkı, alacaklı ile alacağı devralan üçüncü bir kişi arasında yapılan bir sözleşme ile alacağı devralana geçer. Oysa halefiyette alacak, bir anlaşmaya dayalı olarak değil, kanunun öngördüğü hallerde, üçüncü kişinin borçlunun borcunu ödemesi halinde, taraflar bu konuda anlaşmış olmasalar dahi, kanundan ötürü üçüncü kişiye geçer.

Halefiyette ifa suretiyle alacaklı tatmin edilmekle birlikte borç sona ermez, alacak kanuni temlik yoluyla ifada bulunan üçüncü kişiye geçer. Bu durumda borçlu, yalnız eski alacaklıya karşı borçtan kurtulur, ifada bulunan üçüncü kişiye karşı borcu devam eder.

Halefiyet ile rücu birbirinden farklı kurumlardır. Halefiyet alelade bir rücu hakkına oranla çok daha geniş imkanlar sağlar. Öncelikle borçluya karşı alelade bir rücu hakkına sahip olan kimse sadece alacaklıya ifada bulunduğunu ispatlamakla yetinemez, ayrıca rücu esas teşkil eden sebepsiz iktisap, vekaletli iş görme veya vekalet akdi gibi hukuki ilişkilerden birinin şartlarını da ispat etmelidir. Oysa halefiyet söz konusu olduğunda üçüncü şahıs kural olarak sadece ifayı ispat edecektir.

Ayrıca alelade bir rücu hakkı, ifa ile ortadan kalkan alacaktan bağımsız, ayrı bir haktır. Halefiyet ise alacağın ifa ile sona ermeyip üçüncü şahsa geçmesini ifade eder. Bunun sonucu olarak alelade rücu hakkına sahip olan kimse alacaklıya ait

bulunan imtiyazlardan faydalanamaz iken halefiyette alacaklının sahip bulunduğu imtiyazlar ifade bulunan şahsa geçmektedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 127'de düzenlenen halefiyet; bu maddede borçtan sorumlu olmadan borcu ödeyen kişinin halef olacağından söz edilir. Bu maddeye göre alacaklıya ifade bulunan üçüncü kişi iki halde, ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olur.

Bu iki durumdan birincisi, başkasının borcu için rehnedilen bir şey üzerinde mülkiyet ya da aynı hak sahibi olan kişinin, rehnettiği malın paraya çevrilmemesi için borcu ödemesi halidir. Bu halde borcu ödeyen üçüncü kişi alacaklıya halef olacaktır.

İkinci durum ise şudur: Alacaklıya ifade bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağı borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirilmiş ise. Bu bildirim, bizzat borçlu veya mümessil tarafından alacaklıya veya mümessiline ifadan önce veya en geç ifa esnasında yapılmış olması gerekmektedir. İhbarın geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi değildir.

Türk Borçlar Kanunu m. 127 hükmü taşınır, taşınmaz rehninde de uygulanır; hüküm, MK m. 884 hükmünden daha geniş kapsamlıdır. Zira m. 884 de borçtan kişisel sorumlu olmayan taşınmaz rehin malikine borcu ödeme hakkı verilmiştir.

Halefiyet olunca, alacaklıya ödemedede bulunan kişi alacaklının yerine geçer ve borçluyu takip eder. Alacağın üçüncü kişiye geçmesiyle alacağına bağlı fer'i haklar üçüncü işiye geçerler. Rüçhan hakları İİK m. 206 dır.

A-----B borç ilişkisi var. K kefil, X rehin vermiş. Borç rehin veren malik tarafından ödeniyor, X, A'ya halef oluyor B'ye rücu eder ama ayrıca K'ye rücu edebilir mi? Eğer kefil ile aralarında böyle bir anlaşma varsa rücu eder ya da rehin kefaletten sonra verilmişse (yani rehin veren kefil biliyordu) kefile rücu eder (TBK m. 596/ IV).

Asıl borç için alacaklıya verilmiş rehin ve kefalet varsa, kefil kendisinden evvel var olan 3. kişinin verdiği rehin hakkına sahip olur ama kefil, kendisinden sonra verilmiş rehin hakkına sahip olamaz. Ama rehni veya diğer teminatları asıl borçlu vermişse o zaman ne zaman verildiğine bakılmadan bu rehin hakkına sahip olur (TBK m. 592).

Benzer şekilde asıl borç rehin veren malik tarafından ödenmişse bu takdirde borcu ödeyen malik, eğer aralarında anlaşma varsa ya da kefalet kendisinden evvel verilmişse, asıl borçluya rücuunda kefil teminatından istifade edebilecektir, (TBK m. 596/IV).

## § 32 BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

Av. Dr. Ceyda ÖCAL<sup>1</sup>

### GİRİŞ

Yargıtay kararları ve doktrinde “güven kurumu” olarak kabul edilen bankaların, üçüncü kişiler lehine kayıtsız şartsız olarak verdikleri bir garanti taahhüdü olan banka teminat mektupları gerek ulusal ve gerekse uluslararası ticari hayatta en çok tercih edilen teminat türlerinden birisidir.

Banka teminat mektupları özellikle:

- Garanti verenin, Yargıtay kararları ve doktrinde “güven kurumu” olarak kabul edilen bir banka olması,
- Bankalara ilk yazılı talepte derhal ödeme yükümünü yüklemesi,
- Bankanın borçluya ait defi ve itirazları ileri sürememesi,
- Bankanın garantisinin lehtarın borcunun geçerliliği veya mevcudiyetine bağlı olmaması,
- İpotek gibi diğer bir takım teminatlara nazaran daha hızlı ve kolay paraya çevrilebilmeleri

sebeplerinden ötürü alacaklılar tarafından sıklıkla tercih edilen bir teminat türü olarak uzun yıllardır ticari hayatın kaçınılmaz ve vazgeçilmez bir parçası haline gelmiştir.

Hukukumuzda banka teminat mektuplarına ilişkin yasal düzenleme Türk Borçlar Kanunu’nun “Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme” başlıklı 128. maddesi dışında bulunmamaktadır.<sup>2</sup> Dolayısıyla teminat mektuplarının Kanun ile getirilmiş bir tanımı bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 128. maddesi ise genel nitelikte bir hüküm olup, yasalarda düzenlenmeyen garanti sözleşmelerinin hü-

<sup>1</sup> Akbank Hukuk Müşavirliği

<sup>2</sup> 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme” başlıklı 128. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir: “Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması hâlinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.” Aynı hüküm 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 110. maddesinde de bulunmakta idi.

kümlerini ve sonuçlarını açıklamaktan uzaktır. <sup>3</sup> Bu sebeple banka teminat mektupları uygulamasında yargı kararları çok önemli bir yere sahiptir. <sup>4</sup>

## I. TANIMI

Banka teminat mektupları; banka ile garanti alan yani muhatap arasında düzenlenen bir sözleşmedir. Banka bu sözleşme ile müşterisinin (yani lehine teminat verdiği kişi olan lehtarın) alacaklısına (yani mektubun muhatabına) olan edimini hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemedede bulunmayı taahhüt eder.

Bankanın ödeme yükümlülüğünün doğması yani mektubun nakde çevrilebilmesi için lehtar, muhataba karşı taahhüt ettiği edimini yerine getirmemiş olmasıdır. Bankanın verdiği teminat mektubundan doğan yükümlülüğü bu edim ile sınırlıdır. <sup>5</sup> Bu edimin konusu; bir işin yapılması, bir borcun yerine getirilmesi veya belirli bir biçimde hareket edilmesi şeklinde olabilir.

Edimin, mektubun içeriğinde açıkça yazılı olması gerekmektedir. Yargıtay'ın yerleşmiş kararlarında da belirtildiği üzere, taahhüt edilen edimin ya da diğer bir ifade ile mektupta garanti edilen riskin açıkça belirlenmiş olması gerekmektedir. Buna göre, örneğin lehtar ile muhatap arasındaki her türlü borç ilişkisinden doğmuş ve doğacak tüm alacakların garanti edilmesi garanti sözleşmesi kavramı ile bağdaşmayacaktır. <sup>6</sup> Yargıtay'ın bir kararında bu husus şu şekilde vurgulanmıştır : “Kefaleten farklı olarak asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız nitelikteki garanti sözleşmesinden, garantinin sınırının önceden belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte garanti sözleşmesinde de hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir. Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden -doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edilmesi-belirsiz bir edimin garanti edilmesi anlamını taşır ki, bu da garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz.”<sup>7</sup>

3 Seza Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları Uygulamalarında Ortaya Çıkan Başlıca Sorunlar, Bankacılar Dergisi, Yıl: 13, Sayı: 43, Aralık 2002, (Sorunlar) s. 2.

4 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 1969 tarihli kararında “Borçlar Kanununca genel olarak garanti akdi tipi tanzim edilmemiştir. Kanunda başkasının fiilini taahhüt mahiyetinde mevcut olan 110. maddenin bu tarife göre değerlendirilmesi ve zaruri unsurların içtihat yoluyla tamamlanması icap etmiştir” denilmektedir.

5 Reisoğlu, Sorunlar, s. 10.

6 Seza Reisoğlu, “Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler” (Teminat Mektupları), 4. baskı, Cem Ofset, Ankara 2003, s. 40.

7 Yargıtay 19. HD , T. 08. 07. 2002, E. 2001/7583, K. 2002/5371.

## II. TARAFLARI

Teminat mektubunun tarafları; banka, muhatap ve lehtardır.

### 1. Banka

Hukukumuzda teminat mektuplarının sadece bankalar tarafından düzenlenebileceğine dair sınırlayıcı herhangi bir düzenleme bulunmamakta ise de teminat mektupları genellikle bankalar tarafından düzenlenmektedir. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda da bu kanunlara tabi ihalelerde sunulacak teminat mektuplarının bankalarca düzenlenmesi zorunluluğu öngörülmüştür.

Banka teminat mektubunu düzenlediğinde müşteriye nakdi bir ödeme yapmaktaki, sadece müşterisinin taahhüdünü yerine getirmemesi halinde muhataba ödeme yapmaktadır. Bu sebeple teminat mektupları gayri nakdi krediler olarak kabul edilmektedirler.

### 2. Muhatap

Muhatap bankanın garanti verdiği kişidir. Teminat mektubunda banka, lehtarın edimini yerine getirmemesi halinde muhatabın bu durumu kendisine bildirmesi üzerine belirli bir miktara kadar ödeme yapmayı taahhüt eder.<sup>8</sup> Teminat mektuplarında ödeme yapılmasını talep etme hak ve yetkisi sadece muhataba ait olduğundan teminat mektubu düzenlenirken muhatabın kim olduğunun kesin ve net olarak belirlenmesi önem arz etmektedir.<sup>9</sup>

### 3. Lehtar

Lehtar, bankaya başvurarak kendisi lehine bankanın taahhüde girmesini talep eden kişidir.<sup>10</sup> Lehtar, fiili taahhüt edilen üçüncü kişi olup, teminat mektubu sözleşmesinin tarafı değildir.

Mektubun muhatabı ile lehtarı arasında ayrı bir hukuki ilişki, banka ile muhatap arasında ayrı bir hukuki ilişki ve banka ile lehtar arasında ayrı bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Banka ile muhatap arasındaki ilişki “teminat ilişkisi”, Banka ile lehtar arasındaki ilişki ise “kredi ilişkisidir”. Muhatap ile lehtar arasındaki ilişki doktrinde genel olarak “temel ilişki” olarak adlandırılmaktadır. Temel ilişkinin konusu bir alım-satım sözleşmesi olabileceği gibi, bir hizmetin görülmesi de olabilecektir.

8 Muhatap, İngilizce metinlerde “beneficiary”, Almanca metinlerde “begünstigten” olarak ifade edilmektedir.

9 Reisoğlu, Teminat Mektupları, s. 91.

10 Lehtar, İngilizce metinlerde “principal”, Almanca metinlerde “auftraggeber” olarak ifade edilmektedir.

#### 4. Kontrgarantör

Teminat mektubu ilişkisine kontrgarantör veya kontrgaranti bankası adı verilen dördüncü bir tarafın da katılması mümkündür.

Özellikle, alacaklı ve borçlunun farklı ülkelerde olması durumunda, satıcının ülkesindeki bankalar başka bir ülkedeki borçluyu tanımadıkları için onun lehine teminat mektubunu düzenlemekten çekinebilirler. Bu durumlarda, borçlunun kendi ülkesindeki bankası kontrgarantör sıfatı ile devreye girerek alacaklının ülkesinde bulunan muhabir bankalardan, borçlu lehine teminat mektubu düzenlenmesini talep eder.

Mektup nakde çevrilirse, mektubu düzenleyen banka ödediği bedeli kontrgaranti veren bankaya rücu edecektir. Bir başka deyişle teminat mektubu düzenleyen banka muhabir bankaya ödeme yaptığı takdirde; kendisi ile hiçbir akdi ilişki içinde bulunmayan, banka tarafından riske edilmeyen mektup lehtarına değil, fakat kendisine kontrgaranti veren yurtdışındaki muhabir bankasına başvuracaktır.

### III. HUKUKİ NİTELİĞİ

Teminat mektubunun hukuki niteliği mektubun içerisinde yazılı ifadeler ile belirlenecektir. Mektubun içeriğine göre bankanın taahhüdü bir kefalet veya bir garanti sözleşmesi olarak nitelenebilecektir.

Türk bankacılık uygulamasında kimi teminat mektuplarında bankanın borçlu ile birlikte müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu sıfatıyla sorumlu olacağına dair ibarelerin yer aldığı görülmektedir.

Garanti sözleşmelerinin kefaletten en temel farklı, kefaletin asıl borca bağlı ferî bir borç olmasına karşılık, garanti sözleşmesi ile asli ve bağımsız bir borç altına girilmesidir.<sup>11</sup> Ferilik ile kastedilen, bir hukuki işlemin varlığının ve geçerliliğinin bir başka hukuki işleme bağlı olmasıdır.<sup>12</sup>

1967<sup>13</sup> ve 1969<sup>14</sup> yıllarında verilen iki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında banka teminat mektuplarının hemen hemen hepsinde yer alan “*protesto keşidesine, hüküm istihsaline, borçlunun rızasını almaya gerek olmaksızın ilk yazılı talepte derhal ödeme*” şeklindeki taahhütten hareketle teminat mektuplarının; başkasının fiilini taahhüt niteliği taşıdığı, garanti sözleşmesi oluşturduğu ve kefalet sayılmayaca-

11 Reisoğlu, Sorunlar, s. 2.

12 Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Kanunu Özel Hükümler, 7. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s. 879.

13 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, T. 13. 12. 1967, E. 1966/16, K. 1967/7.

14 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, T. 11. 06. 1969, E. 1969/4, K. 1969/6.

ğı, kefilin taahhüdünün ferî olmasına karşılık 3. şahsın fiilini taahhüt şeklinde yapılan garanti anlaşmalarının ferî mahiyette olmadığı, teminat mektubunda garanti verenin müstakil bağımsız bir taahhüt altına girdiği yönünde karar verilmiştir.

Buna göre, teminat mektubu metninde “*muhatabın ilk yazılı talebinde protesto keşide etmesine, mahkeme kararı alınmasına ve borçlunun rızasını almasına gerek olmaksızın Bankanın ilk talepte derhal ödeme yapacağı, bankanın taahhüdüünün lehtarın borcunun geçerliliğine ve mevcudiyetine bağlı olmadığı*” belirtilmesi durumunda mektupta bankanın müşterek ve müteselsil kefil olduğu belirtilse dahi teminat mektubu kefalet sözleşmesi olarak değil bir garanti taahhüdü olarak kabul edilecektir.<sup>15</sup>

Bankanın teminat mektubunun muhatabı ile üstlendiği garanti ilişkisi gerek bankanın kendi müşterisi yani mektubun lehtar ile olan ilişkiden ve gerekse lehtar ile muhatabın aralarındaki ilişkiden tamamen bağımsızdır. Dolayısıyla banka; lehtar ile muhatabın kendi aralarındaki hukuki ilişkiden doğan defileri ileri sürerek borcundan kurtulamaz. Asıl borçluya ait defileri ileri sürme, asıl borca bağlı olan, ferî nitelikteki kefalet için söz konusudur.<sup>16</sup> Kefalet sözleşmesinde kefilin asıl borçluya ait defileri ileri sürmesi onun için bir hak olduğu kadar aynı zamanda bir yükümlülüktür. Teminat mektuplarında ise, bağımsızlık ilkesinin sonucu olarak Banka, yalnızca kendisine ait defileri ileri sürerek ödemedi kaçınabilir. Lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkinin herhangi bir sebeple geçersiz olması, bağlayıcılığını kaybetmesi, ödeme dışında bir sebeple temel ilişkinin sona ermesi, lehtarın ehliyetsizliği, ölümü, iflası, borcunun zamanaşımına uğraması gibi muhatap ve lehtar arasındaki temel ilişkiyi ilgilendiren defi ve itirazları banka muhataba karşı ileri süremeyecektir.

Örneğin, teminat mektubu ile banka kefilin borcunu ödemeyi garanti etmiş ancak kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğu ortaya çıkmış olsa dahi bağımsızlık prensibi gereği banka bunu ileri süremeyecek tazmin talebini yerine getirecektir. Ya da, teminat mektubunda lehtarın kiralananı belirli bir tarihte boşaltacağı yoksa gayrimenkulün malikine belirli bir tazminat ödeneceğinin kararlaştırılmış olduğu bir durumda, lehtarın tahliye taahhüdünün geçersiz olması halinde, muhatap (gayrimenkul maliki) kiracıya başvuramayacak, ancak bu lehtara ait bir defi olduğundan garanti veren banka bu gayrimenkulün tahliye edilmeme riskini üstlendiğinden garanti meblağını ödemek zorunda kalacaktır.

15 Reisoğlu, Teminat Mektupları, s. 31; Arslan Kaya, “İlk Yazılı Talepte Ödeme Klozunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkında Kötüye Kullanılması Sorunu”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, s. 216; Sabih Arkan, “Teminat Mektubunu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, C. XVI, S. 4, Ankara BATİDER, Aralık 1992, s. 60.

16 Reisoğlu, Teminat Mektupları, s. 57.

Banka ancak muhatap ile aralarındaki ilişkiden doğan kendine ait defileri ileri sürme hakkına sahiptir. Örneğin bankanın, muhatapla aralarındaki teminat mektubu ilişkisinden başka bir ilişkiden doğan alacağını, T. Borçlar Kanunu'nun 143. maddesi uyarınca muhatapın teminat mektubundan doğan borcu ile takas edebilmesi mümkündür.

Bunun yanısıra, riskin doğmamış veya sona ermiş olması gibi hallerde durumun likit delillerle ispatlanması veya mahkemelerce ihtiyati tedbir kararı verilmesi halinde de banka ödemeyi reddedecektir.

#### IV. TEMİNAT MEKTUBUNUN DİLİ

Cumhuriyetin kuruluş yıllarının atmosferinde Türkçe'yi koruma için getirilen ve bugün de geçerliliğini koruyan 1926 tarihli ve 805 sayılı "İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun'un 1'inci maddesine göre "*Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dahilindeki muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmaya mecburdurlar*". Buna göre, Türk tabiiyetindeki şirketlerin Türkiye dahilindeki her türlü sözleşmelerini Türkçe düzenlemeleri zorunludur.

805 sayılı yasada yukarıda belirtilen birinci maddeye aykırılık iki ayrı yaptırıma bağlanmıştır. Kanun'un 4. maddesinde, bu hükme aykırı olarak düzenlenmiş evrak ve vesaiğin, bunları düzenleyen şirket ve müesseseler lehine nazarı itibare alınmayacağı düzenlenmiştir. Banka teminat mektupları sözleşme niteliğinde olmalarına rağmen, bankalar tarafından düzenlenmekte ve sadece bankalar yükümlülük altına girmektedirler. Bu durumda, 805 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen 4. maddesi ve ilgili Yargıtay kararları göz önünde tutulduğunda bir Türk bankası tarafından Türk tabiiyetindeki muhataba hitaben düzenlenmiş teminat mektuplarında Türk bankasının yükümlülüğünü sınırlayan; vade, teminat mektubunun geçerliliği için akreditif açılması, mektupta sayılan belgelerin ibrazı gibi özel şartların yabancı dilde yazılması halinde mektubu düzenleyen bankanın bu şartlardan yararlanamayacağı, yani bunları ileri süremeyeceği sonucuna varılacaktır. Yargıtay 1979 yılında verdiği bir kararda<sup>17</sup>; beynelmilal terim ve tabirlerin işin niteliği ve özelliği gereği ise yabancı dilde yazılabileceğini ve geçerli olduğunu kabul etmiş ancak teminat mektubunda İngilizce yer alan "*iş bu teminat mektubu 15. 3. 1978 gününü geçmemek üzere yüklenme tarihinden bir ay sonuna kadar geçerlidir*" ibaresini, 805 sayılı Kanuna göre geçersiz saymıştır. Böylece, karara konu olayda banka süresiz bir teminat mektubu verir duruma gelmiştir.

Türk tabiiyetindeki gerçek ve tüzel kişilerin ve hatta bazı kamu kurumlarının

<sup>17</sup> Yargıtay 11. HD, T. 30. 11. 1979, E. 3303, K. 5469, YKD C. VI, S. 3, s. 388 vd.

kendilerine hitaben düzenlenecek teminat mektuplarının yabancı dilde düzenlenmesi yönündeki taleplerine rastlanmaktadır. Bu durumda, mektubun yabancı dilde düzenlenmesini şart koşan muhatabın daha sonra teminat mektubundaki yabancı dildeki şartın banka lehine yorumlanamayacağını ileri sürmesi de kanaatimizce hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir. Zira; teminat mektubu ilişkisinde muhatap tacir veya tacir sayılan kişilerden ise teminat mektubu sözleşmesi yapılırken kendinden beklenen özeni göstermelidir. TTK'nın 18. maddesinin ikinci fıkrasında, her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olduğu belirtilmektedir. Bu hükümle geniş anlamda, bir edimin yerine getirilmesinde basiretli, sağ duyulu bir iş adamının alması gerekli bütün önlemler içerilir<sup>18</sup>. Buna göre, her tacir, tüm ticari faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek, ileriye düşünmek ve işlemlerini ona göre organize etmek zorundadır<sup>19</sup>. Tacirin yapacağı sözleşmelerin ye-

18 Oğuz İmregün, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1996, s. 38.

19 Yargıtay kararlarında, basiretli tacirin ne şekilde hareket edeceği şu örneklerle dile getirilmiştir: 11. HD, 13. 03. 1987 T. 1336 E. 1468 K. : "Davacı, davalının ihaleye girmesine karşın ihale hükümlerini yerine getirmediğini ileri sürerek tazminat istemiş, davanın kabulüne ilişkin karar, Dairemizce onanmıştır. Davalı karar düzeltme isteminde bulunmuştur. Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerekçeleri sebeplerle ve davalı basiretli bir tacir gibi hareket etmek zorunda olduğuna göre, numune gösterilerek yapılan siparişin kendince ve Türkiye'de imalinen mümkün olup olmadığını iyice araştırılıp, teklifini ona göre vermesi gerektiğinden, davalı vekilinin karar düzeltme isteminin reddi gerekmiştir. "; 11. HD, 10. 06. 1991 T. 2370 E. 3797 K. : "Taahhütçü bir tacir olup basiretli davranmak zorundadır. İşte bu nedenle taşıma sözleşmesi yapılırken, yolun uzunluğu ve yolun niteliği göz önüne alınarak teklif verilmesi gerekir. "; 11. HD, 18. 02. 2003 T. 8891 E. 1256 K. : "Tacir basiretli olmak zorundadır. Ekonomik kriz nedeniyle edimini ifa edememiş olsa bile, bu savunmaya itibar edilemez. Zira kusurlu sayılmak gerekir. Ekonomik kriz mücbir neden değildir. Fuara katılmama nedeniyle oluşan zarar, satış artışından elde edeceği net kardan. Kredi faizi ve fuardan sonra yapılan bayi toplantısı giderleri, sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan zararlar olarak kabul edilemez."; YHGK, 15. 03. 1972 T. 68-269 E. 174 K. : "Bir akdın icrası ile ilgili olarak tesbit edilmiş olan cezayı hakim fahiş görmüşse, tenkis ile mükelleftir. Fahiş görüp görmemek hakimin takdirine kalmış olduğuna göre, tenkis ile mükellef olması hukuk tekniği açısından mana ifade etmez Burada da, cezanın hakim tarafından indirilebileceği veya bu hususun hakimden talep edilebileceği anlaşılmalıdır. Cezai şart ödeyecek olan kişi tacir ise, hakim böyle bir indirme yapamayacağı gibi, borçlu kendisinden bu yolda bir talepte bulunamaz. "; 13 HD , 16. 04. 1996 T. 3653 E. 3920 K. : "Objektif ölçü, söz konusu tacirin, ticaretinin özelliği gözönünde tutularak, tedbirli ve ileriye makul ve mutad bir oranda gören bir tacirin davranışı olacaktır. Uygulamada bir olgu olarak ekonomiye etki yapan enflasyon için hükümetçe alınacak tedbirleri önceden tahmin etmeme, basiretli bir iş adamı gibi davranma mükellefiyetine ayrılmıştır. "; YHGK, 03. 05. 1972, 861 E. 293 K. : "Numuneye uygun kumaşın piyasada yeterli miktarda bulunup bulunmadığını araştırmadan sözleşme ilişkisine girmek, bir tacir için basiretsizce bir davranıştır. "; YHGK 15. 04. 1972 T. 1311 E. / 244 K. : "Tacir imzaladığı bir satış akdini feshetmesine rağmen, teslim aldığı yağları zamanında karşı tarafa iade etmemesi veya TTK m. 25/2 gereğince mahkemeden aldığı izinle satışa çıkarmaması halinde, uzunca bir süre bekleyerek yağların bozulmasına sebep olması tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etmediğini gösterir. "; YHGK, 18. 08. 1984 T. 11-139 E. 426 K: "Davalının, sözleşmedeki borcunu yerine getiremediği anlaşılma ile birlikte, bu olanaksızlık kendisinin basiretli ve tedbirli davranmaması sonucu olduğundan, bu kusurlu davranış borçlunun sonucu doğan olanaksızlığa göre Borçlar yasasının ilgili maddelerine dayanılmayacağı cihetle borçlunun vaktinde araştırma yapması gerekir. "; 15. HD, 25. 05. 1981 T. 825 E. 1234 K. : "Borç ilişkisi kurulduğu yani sözleşme yapıldığı zaman, objektif yönden yerine getirme olanaksızlığı varsa, borç ilişkisi esasen meydana gelmemiş olduğundan sözleşme taraflar için hüküm ifade etmeyeceğinden, taraflar nedensiz zenginleşme kurallarına göre birbirlerine verdiklerini geri isteyebileceklerdir. Yerine getirme olanaksızlığı sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmişse, borçlunun kusurlu olup olmadığına göre hüküm kurulur. Burada da aranan kusur yine, borçlunun basiretli davranışının saptanmasına yöneliktir".

rine getirilip getirilmeyeceğini hesaba katıp “basiretli bir iş adamı” gibi davranıp, borcun yerine getirilmesini engelleyebilecek hareketleri önceden nazara alması gerekecektir<sup>20</sup>. Dolayısıyla, tacirin kendinden beklenen özeni göstermediği halde, bunun sonucu olarak yazılan şartın geçersizliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecektir.

805 sayılı yasada yukarıda belirtilen birinci maddeye aykırılığın diğer bir yaptırımını da idari para cezası olarak öngörülmüştür. 805 sayılı yasanın 7’inci maddesine göre “*Bu Kanun hükümlerine aykırı hareket eden kişi, yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.*” denilmekte olup, söz konusu madde hükmüne aykırı mektup düzenleyen bankanın cezai sorumluluğu da doğabilecektir.

Ancak, Türk tabiiyetindeki kişilere hitaben düzenlenecek teminat mektuplarının İngilizce ve Türkçe olmak üzere iki nüsha halinde düzenlenmeleri mümkündür. Bu takdirde metne her iki dilde de “*ihtilaf halinde işbu teminat mektubunun Türkçe düzenlenmiş metni esas alınacaktır.*” şeklinde ibare konulması gerekmektedir.

## V. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ TÜRLERİ

Banka teminat mektuplarının, sözleşme özgürlüğünden hareketle çeşitli şekillerde düzenlenmesi mümkündür. Teminat mektuplarını taahhüt edilen konu açısından aşağıdaki şekilde gruplandırmaktadır:

### 1. Geçici Teminat Mektupları (Tender Guarantees, Bid Bonds)

Bir ihaleye katılacak kişi veya kurumun ihalenin kendisinde kalması halinde, teklifi ile bağlı kalmaması rizikosuna karşı verilen teminat mektuplarına geçici teminat mektupları denir. Geçici teminat mektupları, ihaleyi yapan makama hitaben verilir. Geçici teminat mektubu ile genellikle mektup lehtarının ihalenin üzerinde kalması durumunda ilgili sözleşmeyi imzalayacağı ve kesin teminat mektubu vereceği garanti edilir. Mektup lehtarının ihaleyi kazanmasına rağmen teklifinden cayarak ihale makamı ile sözleşme imzalamaması veya sözleşmeyi imzalamasına rağmen kesin teminatı sunmaması veyahut ihale şartlarına uymadığının sonradan anlaşılması halinde ihaleyi yapan kurum veya kuruluş geçici teminat mektubunu nakde çevirerek cezai şart olarak irat kaydeder.<sup>21</sup>

### 2. Avans Teminat Mektupları (Advance Payment Guarantees)

Müteahhidin kazandığı ihalede işe başlaması için aldığı avans borcunun bir banka tarafından garanti edildiği teminat mektuplarına avans teminat mektupları

<sup>20</sup> İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ankara Sevinç Matbaası, 1974, s. 90.

<sup>21</sup> Reisoğlu, Teminat Mektupları , s. 143; Barlas, s. 13; Doğan, s. 71.

denilmektedir. Bu teminat mektuplarında banka, lehtarın muhataba karşı üstlendiği yükümlülüğü yerine getirmemesi ve aldığı avansın da istihkakiyla mahsup edilmemesi halinde mektupta belirtilen meblağı muhataba ödemeyi taahhüt eder.<sup>22</sup>

### **3. Kesin Teminat Mektupları (Performance Guarantees, Performance Bonds)**

Kesin teminat mektubunun konusu, lehtarın mektupta belirlenen yükümlülüğünü yerine getireceğini garanti etme şeklinde belirlemektedir. Yükümlülüğün kısmen veya tamamen yerine getirilmemesi halinde bankanın tazmin borcu doğmaktadır.<sup>23</sup>

### **4. Verildiği Makama Göre Bazı Teminat Mektubu Türleri**

#### **a) Mahkemelere ve İcra Dairelerine Verilen Teminat Mektupları**

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İcra ve İflas Kanunu gereğince; yürütmenin durdurulması, ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir konulması, ihtiyati tedbirin veya haczin kaldırılması, icraya taahhütte bulunması, ihalenin feshi davasının açılması halinde ihale üzerinde kalan alıcının ihale bedelini taahhüt etmesi, Türkiye'de Medeni Kanun'a göre ikametgahı olmayanların dava açması veya açılan davaya müdahil olması hallerinde, mahkemelere veya icra dairelerine teminat olarak banka teminat mektubu sunulabilmektedir.

Yargıtay, Bankaların kendi düzenledikleri teminat mektuplarını kendi yararlarına bu kapsamda teminat olarak kullanmalarının da mümkün olduğuna karar vermiştir. Kararda Yargıtay, bir bankanın düzenlediği süresiz ve kati teminat mektubuna dayanarak, o banka lehine ihtiyati haciz kararı verilmesinde usulsüzlük bulunmadığına hükmetmiştir.<sup>24</sup>

#### **b) Vergi Dairelerine Hitaben Verilen Teminat Mektupları**

Tarh edilen vergi ve cezalarına itiraz edilmesi veya verginin takside bağlanmasının sağlama amacı ile vergi dairelerine hitaben verilen teminat mektuplarıdır.

#### **c) Gümrük İdarelerine Verilen Teminat Mektupları**

Gümrük Yönetmeliği'nin 493 ila 498. maddelerinde, gümrük işlemleri dolayısıyla, vergilerin teminatı olarak kabul edilebilecek teminatlar arasında bankalar tarafından verilen süresiz teminat mektupları da sayılmıştır.

<sup>22</sup> Reisoğlu, Teminat Mektupları , s. 144.

<sup>23</sup> Reisoğlu, Teminat Mektupları , s. 144; Barlas, s. 14.

<sup>24</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 09. 06. 2004, E. 2004/4-351, K. 2004/339, Kazancı Hukuk Otomasyon programı, 23. 04. 2012.

## VI. DÖVİZ ÜZERİNDEN TEMİNAT MEKTUBU DÜZENLENMESİ

32 sayılı Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Karar'ın 18. maddesine göre, teminat mektubunun lehtarının ya da muhatabının yurtdışında yerleşik olması halinde mektubun döviz üzerinden düzenlenmesi serbesttir.

Türkiye'de yerleşik kişiler, yurtdışında işçi, serbest meslek ve müstakil iş sahibi Türk vatandaşları dâhil Türkiye'de kanuni yerleşim yeri bulunan gerçek ve tüzel kişileri, dışarıda yerleşik kişiler ise Türkiye'de yerleşik sayılmayan gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir. 32 sayılı kararda, ikametgah esaslı kabul edildiğinden, merkezi yurtdışında olan ticaret şirketleri Türkiye'de şube açmış olsalar dahi dışarıda yerleşik kişi sayılacaklardır.

Bunun yanısıra yurt içinde açılacak uluslararası ihaleler (yabancı şirketlerin katılımına açık ihaleler) ile ilgili olarak Türkiye'de yerleşik kişiler lehine Türkiye'de yerleşik kişilerin muhatap olduğu teminat mektuplarının da döviz üzerinden düzenlenmesi serbesttir.

## VII. TEMİNAT MEKTUPLARINDA ZAMANAŞIMI

Vadeli teminat mektuplarında; vade sonuna kadar mektupta yazılı riskin gerçekleşmemiş ise bankanın yükümlülüğü sona erer. Ancak, risk vadeden önce gerçekleşmiş ise ve teminat mektubundaki vadeye ilişkin kloz: "*İşbu teminat mektubu 28. 3. 2013 tarihine kadar geçerlidir*" şeklinde ise muhatap on yıllık zamanaşımı süresi içinde istediği zaman bankadan tazmin talebinde bulunma hakkına sahiptir. 10 yıllık sürenin başlangıcı vade içinde olmak kaydıyla riskin doğduğu (alacağın muaccel olduğu) tarihten, riskin doğduğu tarih tespit edilemiyorsa vade tarihinden (28. 3. 2013 tarihinden) itibaren işlemeye başlayacaktır.

Vade klozunun yukarıdaki şekilde düzenlenmeyip; "*İşbu teminat mektubu 28. 3. 2013 tarihine kadar geçerli olup, bu tarihe kadar mektubun kısmen veya tamamen nakde çevrilmesi için Bankamıza yazılı olarak başvurulmaması halinde mektubumuz ve taahhüdümüz kendiliğinden hükümsüz kalacaktır*" şeklinde düzenlenmesi halinde ise; muhatabın en geç 28. 3. 2013 tarihine kadar tazmin talebinde bulunması gerekmektedir. 28. 3. 2013 tarihinden sonra artık zamanaşımı süresi işlemeyecek, risk gerçekleşmiş olmasına rağmen, vade tarihine kadar bankaya başvuruda bulunulmadığından mektup kendiliğinden hükümsüz hale gelecek, bankanın yükümlülüğü sona erecektir.

Vadesiz teminat mektuplarında ise, bankanın yükümlülüğü riskin gerçekleştiği tarihten itibaren 10 senelik zamanaşımı süresi sonunda sona erecektir. Ancak

bankalar, lehtar ile muhatap arasındaki ilişkiyi bilemediklerinden riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini, gerçekleşmiş ise ne zaman gerçekleştiğini tespit edebilecek durumda değildirler. Muhatabın vadesiz mektup tarihinden itibaren 10 yıldan fazla bir süre geçtikten sonra tazmin talebinde bulunması halinde bankanın zaman aşımını def'ini ileri sürmesi üzerine muhatabın itirazı halinde riskin doğduğu tarihi bankanın ispat etmesi gerekecektir.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Reisoğlu, Sorunlar, s. 21.

# § 33 ASIL BORCA BAĞLI HAK ve BORÇLARIN SONA ERMESİ -İBRA -YENİLEME -BİRLEŞME

Doç. Dr. Mustafa AKSU<sup>1</sup>

## I. GENEL OLARAK BORCUN/BORÇ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ ve KONUNUN SINIRLANMASI

### 1. Kanundaki Düzenlemenin Genel Özellikleri

Türk Borçlar Kanununun birinci kısmının (genel hükümler) üçüncü bölümü “borçların ve borç ilişkilerinin sona ermesi, zamanaşımı” başlığını taşımaktadır. Bilindiği üzere borç ve borç ilişkisi farklı kavramlardır<sup>2</sup>. Bunların birbirleri ile bütünsel olarak örtüşmeleri ihtimal dâhilinde ise de<sup>3</sup> bu durum, bunların farklı olduğu gerçeğini değiştirmez. Borç ilişkisi (geniş anlamda) farklı kaynaklara dayalı borçların hukuki temelini ve çerçevesini teşkil eden hukuki ilişkiyi ifade eder<sup>4</sup>. Buna karşılık *borcun* ise izole edilmiş hak-yükümlülük ilişkisi olduğu söylenebilir<sup>5</sup>.

TBK, yukarıda anılan bölüm başlığından anlaşıldığı üzere ve kanunun genelindeki anlayışa uygun olarak borç ve borç ilişkisi kavramlarını farklı kurumları ifade etmek üzere kullanmıştır ve bu bölümde bunların sona ermesini *de* düzenlenmiştir. Bu yönüyle yeni düzenleme başlığı ibarariyle yerindedir. Zaten içeriğine bakıldığında kapsamin halen geçerli olan Borçlar Kanunu’na göre genişlediği de görülmektedir<sup>6</sup>.

1 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

2 Bu konuda bkz. sadece *Eren*, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 13. Bası, İstanbul 2011, s. 23 vd. , 1210 vd. ; *Reisoğlu*, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s. 31; *Oğuzman*, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2011, 9. Bası, Cilt I, s. 3 vd. , 569 vd. (aşağıda *Oğuzman/Öz*, I, s... . şeklinde atf yapılacaktır); *Kılıçoğlu*, Ahmet, M. , Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011, s. 807; *von Tuhr*, Andreas /*Escher*, Arnold, AT des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Band., 3. Auflage, Zürich 1974, s. 161; *Bucher*, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl. Zürich 1988, § 21, s. 389 (bundan böyle *Bucher*, OR-AT, şeklinde atf yapılacaktır); BSK OR I –*Gonzenbach*, Rainer/*Gabriel-Tanner*, Debora, Vormerkungen zu Art. 114-142, kn. 1. [Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, 5. Auflage, Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand, Basel 2011; Bazı dipnotlarda metindeki farklılıklar ve özellikler nedeniyle 4. Basiya (Basel 2007) atf yapılmıştır ve bu durum BSK OR I –*Gonzenbach*... şeklinde belirtilmiştir]; *Huguenin*, Claire, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich Basel, Genf 2006, s. 120, kn. 750.

3 Bu açıdan geniş anlamda borç ilişkisinde tek bir borcun bulunması bağışlama vaadinde (TBK m. 285; BK m. 234) bağışlama vaadinde bulunanın mülkiyeti geçirme borcu açısından söz konusu olabilir.

4 Bkz. *Oğuzman/Öz*, I, s. 3.

5 *Bucher*, OR-AT, § 21, s. 389; BSK OR I –*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Vormerkungen zu Art. 114-142, kn. 1.

6 Bkz. sadece *Helvacı*, İlhan, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, İstanbul, 2011, s. 291 dn. 47.

Türk Borçlar Kanununun getirdiği yeni düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu'ndan bazı açılardan ayrılmaktadır. Bu husus TBK'nın getirdiği yeniliklerden biridir. Gerçekten İBK üçüncü bölümün başlığı "**Das Erlöschen der Obligationen**"<sup>7</sup> (borçların sönmesi/sönümlenmesi) şeklinde iken TBK "**borçların ve borç ilişkilerinin sona ermesini**" düzenlemektedir. Halen yürürlükte olan Borçlar Kanunu İBK'nın güncel sistemini takip ettiği için kanun sistematığı açısından bakıldığında burada düzenlenmiş olan sadece borcun (dar anlamda borcun) sona ermesidir<sup>8</sup>. Buna karşılık borç ilişkisinin sona ermesi ise düzenlenmemiştir<sup>9</sup>. TBK ise şimdi her iki konuyu kısmen de olsa bir arada düzenleme yolunu seçmiştir.

Bununla beraber BK açısından olduğu gibi TBK açısından da içerik ile başlık uyumu tam olarak bulunmamaktadır: Bir kere ifade etmek gerekir ki, borcun ve borç ilişkisinin sona erme sebeplerinin tamamı burada düzenlenmiş olanlardan ibaret değildir. Bu her iki kanun açısından da geçerlidir. Örneğin borcun sona erme nedenleri arasında en önemlisi olan "**ifa**" burada hiç düzenlenmediği gibi, bunun dışındakiler de *eksiksiz* olarak burada düzenlenmiş değildir. Her ne kadar ifa ve buna ilişkin problemlerin ayrı bir kısımda düzenlenmesi, ifanın temel önemi nedeniyle teorik ve pratik olarak yerinde gibi durmakta ise de, burada en azından daha sistematik bir yapı açısından ifanın da borcun sona erme nedenleri içinde kısaca ve doğrudan anılması uygun bir yol olabilirdi.

Ayrıca borçtan kurtulma açısından özellikli durumlar olarak değerlendirilebilecek "ifa yerine edim"<sup>10</sup> (Leistung an Erfüllung Statt), "alacaklı temerrüdünde tevdi" (TBK m. 107); "kime ait olduğu çekişmeli bulunan bir alacağın borçlusunun ifadan kaçınarak tevdi etmesi" (TBK m. 187 I; İBK Art. 168 I) hususları da

7 İsviçre hukukunda bu başlığın eleştirisi açısından bkz. BSK OR I -*Gonzenbach*, Vormerkungen zu Art. 114-142, kn. 3: "Der Titel zeichnet sich durch **Unvollständigkeit** aus"; *Aeppli*, Viktor, in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Teilband V 1h, *Das Erlöschen der Obligationen*, Erste Lieferung Art. 114-126, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich 1991, (aşağıda ZürK/Aeppli, Art... kn... şeklinde atıf yapılmıştır), Vormerkungen zu Art. 114-142, kn. 2 vd.

8 Bkz. *Bucher, OR-AT*, § 21, s. 389; BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Vormerkungen zu Art. 114-142, kn. 1: "Das Obligationenbegriff umfasst sowohl das gesamte Schuldverhältnis als auch die einzelne daraus entstehende Forderung, also die isolierte Recht-Pflichtbeziehung... Unter gesetzessystematischem Blickwinkel regelt der dritte Titel nur den **Forderungsuntergang**; der Untergang des *gesamten Schuldverhältnisses* wird formell, obwohl nicht immer scharf untrennbar, nicht erfasst"; *Eren*, s. 1210.

9 İsviçre hukuku açısından bkz. BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Vormerkungen zu Art. 114-142, kn. 3: Zudem regelt der Titel *nicht alle Erlösungsgründe außerhalb der Erfüllung*, namentlich auch nicht die Auflösung des gesamten Schuldverhältnisses". İBK m. 115'in ikale sözleşmesini de kapsadığı konusunda, *Oser, Hugo /Schönenberger, Wilhelm*, Erstes Halbband, Art. 1-183, 2. Auflage Zürich 1929, Vorbemerkungen zum dritten Titel, Art. 114-142, kn. 2, Art. 115, kn. 1 vd.

10 Bu konuda *Serozon, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), İstanbul 2002, § 7 Kn. 20-21.

düzenlenmemiştir<sup>11</sup>. Müteselsil borçlulukta borcun sona erme sebebinin sadece borçlulardan biri açısından doğması gibi özel sorunlara da değinilmiş değildir<sup>12</sup>.

Diğer taraftan bu başlık (borçların ve borç ilişkilerinin sona ermesi) altında düzenlenenlerin tamamı da borcun ve/veya borç ilişkisinin sona ermesine ilişkin değildir. Bilindiği üzere zamanaşımı borcu sona erdirmez<sup>13</sup>, sadece bunun ileri sürülebilmesini kısıtlar<sup>14</sup>. Ayrıca aşırı ifa güçlüğünde sözleşmenin hakim tarafından uyarlanması gerçekte bir sona erme sebebi değildir<sup>15</sup>. Çünkü bu durumda *kural olarak (ne geniş ne de dar anlamdaki)* borç ortadan kalkmaz, sadece içeriği değişir, yeni duruma uyarlanır. Ancak aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmeden dönme ya da fesih sonucu borç ilişkisinin (geniş anlamda) sona ermesi söz konusu olur.

Son olarak, teknik anlamda ifade etmek gerekirse bu kısımda m. 131'de düzenlenmiş olan yan haklar (Nebenrechte) da doğrudan dar anlamda borcun (Forderung) unsuru değildirler<sup>16</sup>. Buna rağmen bunların sona ermesi hususu da burada düzenlenmiştir. Gerçi güncel olarak geçerli olan BK için ifade edilebilecek bu eleştirinin TBK'nin düzenlemesinin başlığı ve içeriği itibarıyla artık önemsiz kaldığı söylenebilir.

## 2. Genel Olarak Borcun Sona Ermesi ve Konunun Sınırlandırılması

### 2.1. Genel olarak borcun sona erme nedenleri

Konu bütünlüğünün sağlanması ve burada ele alınacak olan hususların daha açık bir şekilde ortaya konulması açısından borcun ve borç ilişkisinin temel sona erme sebeplerini burada kısaca ve genel hatlarıyla ifade etmekte yarar bulunmaktadır. Bu açıdan yukarıda ifade edildiği üzere borç ile borç ilişkisinin sona ermesini birbirinden ayırmak gerekir<sup>17</sup>. Borcun sona ermesinde duruma göre tek bir

11 BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Vormerkungen zu Art. 114-142, kn. 3; Eren, s. 1210 vd.

12 Koller, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, OR AT, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 3. Auflage, Bern 2009, § 62, s. 1025 kn. 1. (bundan böyle Koller, OR AT, §. . . , s... . şeklinde atf yapılacaktır).

13 Her ne kadar öğretide bazı yazarlar borcun sona ermesi başlığı altında zamanaşımını incelemekte iseler de ilgili metinlerde, içerikte bunun gerçekte bir borcu sona erdirmeye sebebi olmadığı ifade edilmektedir, örnek olarak bkz. Turanboy, Nuri, İbra Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 24-25. Borçlar Kanunu açısından bkz. ayrıca Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2005, 4. Bası, s. 429, (aşağıda Oğuzman/Öz, şeklinde atf yapılmıştır).

14 Koller, OR AT, § 62, s. 1025 kn. 1: "Die Art. 127-142 OR befassen sich mit der Verjährung, welche nicht zur Aufhebung der Forderung, sondern lediglich zu einer Beschränkung der Klagbarkeit führt", bkz. ayrıca aynı eser, § 2 kn. 43 s. 13-14. ; BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Vormerkungen zu Art. 114-142, kn. 2; Turanboy, s. 25; Oğuzman/Öz, s. 429.

15 Krş. Oğuzman/Öz, I, s. 571: „138. maddede düzenlenen, Aşırı İfa Güçlüğü' kurumu sözleşme ilişkisinin sona erme hali iken, diğer tüm hükümlerden düzenlenen kurumlar, borcun sona ermesi halleridir“.

16 İsviçre hukuku açısından bkz. BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Vormerkungen zu Art. 114-142, kn. 2: Weiter werden auch die Nebenrechte erfasst (Art. 114), welche aber keine Forderungsbestandteile darstellen“.

17 Bkz. sadece ZürK/Oser/Schönenberger, Vorbem. zum dritten Titel, Art. 114-142, kn. 4 vd. ; von Tuhr/Escher,

talebin sona ermesi söz konusu iken, borç ilişkisinin sona ermesinde hukuku ilişkinin bütününe ve duruma göre birden çok borcun ve yan hakların sona ermesi söz konusu olur<sup>18</sup>.

Dar anlamda borcun sona ermesi nedenleri arasında en temel olanı *ifadır* (TBK m. 83 vd. ; İBK m. 66 vd). İbra, borcun yenilenmesi ve birleşme diğer borcu sona erdiren sebeplerdir.

Bunlar yanında diğer borcu sona erdiren sebepler olarak, borcun belirli bir süreye bağlı olması durumunda bu sürenin geçmesi nedeniyle **borcun sönmesi –düşmesi-** (hak düşürücü süreye tabi ise bu sürenin geçmesi nedeniyle artık hakkın ileri sürülememesi, tersinden ifade edilirse borcun sönmesi) (**Verwirkung**<sup>19</sup>) ifade edilebilir. Bu çerçevede ifade etmek gerekir ki, yenilik doğurucu hakkın kullanılması bir talebin (borcun) doğması sonucunu doğuracak nitelikte iken bu kullanılmaz ise kullanım sonucu ortaya çıkacak olan, yani ona bağlı talep de sona erer. Bu konuda *Koller*, İBK m. 249 (BK, m. 244, TBK m. 295) bağışlamadan dönmeye ilişkin hakkın süresi içinde kullanılmamasına bağlı olarak dönme sonucunda gerçekleşebilecek geri isteme hakkının sona ermesini örnek vermektedir<sup>20</sup>. Bunun gibi, esaslı hata halinde hataya düşenin bunu süresi içinde ileri sürmemesi durumunda geri isteme hakkı da (iade borcu) buna bağlı olarak sona erecektir<sup>21</sup>. Öğretide, *Koller*, **yüküm (Obliegenheit; incumbances) ihlallerini** de (Obliegenheitsverletzungen) bu çerçevede değerlendirmektedir. Ancak burada hakkın kendisi değil, ilgili yükümün kullanılması bir süreye bağlanmıştır. Bu süre içinde bu yüküm kullanılmazsa hak sahibi haklarını kaybedebilir, yani bu alandaki hakları sona erebilir<sup>22</sup>. Bu açıdan maddi ayıplar ile esere ilişkin ayıplarda bunun karşı tarafa bildirilmesi (ayıp ihbarı) ve buna bağlı hukuki sonuçlar akla gelebilir (İBK m. 201, 367; BK m. 198, 359; TBK m. 223, 474)<sup>23</sup>.

Hakkın kötüye kullanılması nedeniyle bir hakkın artık kullanılmadığı du-

s. 161; *Huguenin*, OR AT, s. 120, kn. 750: „Bei der Beendigung muss zwischen Obligationen einerseits (Mikroebene) und Schuldverhältnissen i. w. S. andererseits (Makroebene) unterschieden werden“; *Eren*, s. 1210 vd. ; *Reisoğlu*, s. 399; *Oğuzman/Öz*, I, s. 569; *Turanboy*, s. 24; *Stürner*, Rolf, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Auflage, 2011 München, Vormerkungen zum Erlöschen der Schuldverhältnisse, Rn. 1: „Das Erlöschen einer Forderung ist von der Beendigung des gesamten Schuldverhältnisses zu unterscheiden“.

18 Bu konuda bkz. sadece *Huguenin*, OR AT, s. 120, kn. 750: „Während bei der Beendigung einer Obligation (Beendigung i. e. S.) nur eine einzelne Forderung betroffen ist (z. B. Kaufpreisforderung bezüglich eines verkauften Autos), wird bei einem Schuldverhältnis i. w. S. ein Rechtsverhältnis in seiner Gesamtheit (z. B. Arbeitsverhältnis) u. U. mit mehreren Obligationen und Nebenrechten beendet“.

19 Bu konuda bkz. von *Tuhr/Escher*, s. 161 vd. ; *Koller*, OR AT, § 62, s. 1026-1027, kn. 3 vd. ; bkz. ayrıca *Oğuzman/Öz*, I, s. 572.

20 *Koller*, OR AT, § 62, s. 1026, kn. 4.

21 *Koller*, OR AT, § 62, s. 1026, kn. 4.

22 Genel olarak yüküm konusunda bkz. *Oğuzman/Öz*, s. 15.

23 *Koller*, OR AT, § 62, s. 1027, kn. 8.

rumlarda da borcun sona erdiği söylenebilir<sup>24</sup>.

Bir borcun kurulmasına hukuki sebep teşkil eden (yani onun hukuki temeli olan) sözleşmenin sona ermesi de borcun sona ermesi sonucunu doğurur<sup>25</sup>. Bu bazen sözleşmenin yasa gereği (ipso iure) sona ermesi durumunda söz konusu olabileceği gibi [(örneğin kullanım öduncünde ödünç alanın ölmesi İBK m. 311; BK m. 384; TBK m. 385), işçinin ölmesi (İBK m. 338; BK m. 347; TBK m. 440)]; tarafların iptal sebeplerine dayanması (Anfechtung), dönmesi (Rücktritt) ya da feshi (Kündigung) durumlarında da söz konusu olabilir (İBK m. 23, 40a ff. , 83, 95, 107; BK 23, 82, 94, 106; TBK m. 30, 98, 110, 125)<sup>26</sup>.

Bu sayılanlar yanında borç ilişkisinin sona ermesine ilişkin temel durumlar olarak, tarafların anlaşmasıyla borç ilişkisinin sona ermesi (bozma sözleşmesi, ikale anlaşması, Aufhebungsvertrag), geri alma (Widerruf), bozucu şarta bağlı hukuki işlemlerde bozucu şartın gerçekleşmesi ve işlem temelinin çökmesi durumunda sözleşmenin sona ermesi (clausula rebus sic stantibus) ifade edilebilir<sup>27</sup>.

## 2. 2. Konunun sınırlandırılması

Borç ilişkisinin sona ermesine ilişkin nedenler burada ele alınmayacaktır. Burada ele alınan konular borcun sona ermesine ilişkin sebeplerdir. Bununla beraber, borcun temel sona erme nedenleri içinde en önemlisi olan ifa burada incelenmeyecek, sadece, asıl (asli) borca bağlı haklar ve borçların sona ermesi çerçevesinde (TBK m. 131; BK m. 113) dolaylı olarak değerlendirilecektir.

Türk Borçlar Kanununun birinci kısmının üçüncü bölümü altında düzenlenen hususlardan, sadece asıl borca bağlı hak ve borçların sona ermesi (TBK m. 131; BK m. 113); ibra (TBK m. 132); yenileme (TBK m. 133; BK m. 114) ve birleşme (TBK m 135; BK m. 116) burada ele alınacaktır. Buna karşılık bu bölüm altında düzenlenmiş olan cari hesaplarda yenileme (TBK m. 134; BK m. 115); ifa imkânsızlığı (TBK m. 136; BK 117); kısmı ifa imkânsızlığı (TBK m. 137); aşırı ifa güçlüğü (TBK m. 138); takas (TBK m. 139-145; BK m. 118-124) ile ikinci ayrımı oluşturan zamanaşımı başka çalışmaların konusu olduğundan burada ele alınmayacaktır.

24 Bu konuda bkz. *Koller*, OR AT, § 62, s. 1028, kn. 10.

25 *Koller*, OR AT, § 62, s. 1028, kn. 12.

26 Bu konuda *Becker*, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI. I Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941, Vorbemerkung zu Art-114-142, kn. 1 vd. (Aşağıda *Becker/BernK*, Art... şeklinde atf yapılmıştır); *Koller*, OR AT, § 62, s. 1029, kn. 14; *Stürner*, in: *Jauernig* (BGB), Vormerkungen zum Erlöschen der Schuldverhältnisse, kn. 2 vd. ; von *Tuhr/Escher*, s. 161 vd.

27 Bu konuda bkz. *Oğuzman/Öz*, I, s. 569-571, dn. 1); *Eren*, 1210 vd. ; *Bucher*, OR-AT, § 21, s. 389 vd. ; *Huguenin*, OR AT, s. 120, kn. 879 vd.

## II. ASIL BORCA BAĞLI HAK ve BORÇLARIN SONA ERMESİ (TBK m. 131; BK m. 113)

### 1. Hükümün Genel Anlamı ve Çerçevesi

#### 1. 1. Genel hatlarıyla TBK m. 131 hükmü ve BK m. 113'den farkı

TBK m. 131'in başlığı "asil borca bağlı hak ve borçların sona ermesi" şeklindedir. Borçlar Kanunundaki başlık, "borçların ferilerinin sukutu" şeklindedir. İsviçre BK düzenlemesi ise **bağlı hakların** (yan hakların= Nebenrechte) sönmesi/sona ermesi (**Erlöschen der Nebenrechte**) başlığını taşımaktadır<sup>28</sup>.

TBK düzenlemesi güncel BK'dan kayda değer bir ayrılma taşımamaktadır. Temel farklardan bir tanesi hükümün başlığının değişmesi iken, diğer bir fark birinci fıkrada faiz ve cezai şartın doğrudan anılması yanında ikinci fıkrada da cezai şartın ifade edilmesidir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, burada asıl borcun ifa ya da diğer bir sebeple sona ermesinden bahsedilmektedir. BK ise burada "ifa" yerine, "tediye" sözcüğü bulunmaktadır ve bunun daha dar anlamlı ve para borçları için kullanılan bir ifade olduğu açıktır. Bununla beraber öğretide buradaki ifadeyi hükümün özüne uygun olarak haklı şekilde zaten ifa olarak değerlendirmektedir<sup>29</sup>.

TBK m. 131/1'e göre "asil 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". Bu hüküm ile borcun ifa ya da diğer bir sebeple sona ermesi durumunda bağlı haklar için geçerli olan temel prensip ortaya konulmaktadır. Asıl borç ile birlikte ona bağlı hakların ve borçların sona ermesi esasen hukuk güvenliği<sup>30</sup> ile de ilgilidir. Hüküm hukuki duruma açıklık getirmektedir.

İkinci ve üçüncü fıkra ilk fıkradaki temel prensibi sınırlamaktadır. Bu sınırlamalar temel prensibin önemini azaltan niteliktedirler. Öğretide ikinci fıkranın ispat yükü dağılımına ilişkin bir kural olduğu da ifade edilmektedir<sup>31</sup>.

#### 1. 2. Hükümün bütün borçlar için geçerli olması

Bu hüküm, gerek herhangi bir sınırlama içermemesi nedeniyle, gerekse sistematik yeri itibarıyla de bu şekilde anlaşılmaya uygun olduğundan, bütün borçları kapsamaktadır<sup>32</sup>. Şu halde ister doğrudan Türk Borçlar Kanunu kapsamında

28 TBK m. 131 hükmü başlığına "borçların" ibaresinin neden eklendiği anlaşılabilir. Bu gerekli bir değişiklik niteliğinde durmamaktadır.

29 Bu konuda bkz. sadece Kılıçoğlu, s. 808.

30 Bkz. sadece BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 114, kn. 1; Kılıçoğlu, s. 809.

31 BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 114, kn. 1.

32 İsviçre hukuku açısından bkz. ZürK/Aeppli, Art. 114, kn. 12; BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art.

kalsınlar, isterse diğer kanunlarda düzenlensinler<sup>33</sup>, bütün borçlara buradaki ilke uygulanacaktır.

### 1. 3. Hükümün sadece dar anlamda asıl borca bağlı hakların sona ermesini düzenlemesi

Her ne kadar içinde bulunduğu bölüm sadece borçların değil, aynı zamanda borç ilişkilerinin sona ermesini kapsamaktaysa da bu hüküm dar anlamda borcun sona ermesini düzenlemektedir<sup>34</sup>. Ayrıca bu hüküm bütün sona erme sebepleri için geçerlidir<sup>35</sup>.

### 1. 4. Hükümün dar anlamda borcu sona erdiren sebepleri düzenlemeyişi

Hüküm asıl (temel) borç açısından bir sona erme sebebini düzenlemeyip, sadece buna bağlı hakların sona ermesini düzenlemektedir<sup>36</sup>. Hangi sebepten dolayı (örneğin ifa) sona ermenin gerçekleştiği hususu hükümün konusu değildir<sup>37</sup>. Bir diğer ifade ile bu hüküm, asıl borca bağlı hak ve borçların kaderini, asıl borç sona erdiğinde bunların hukuki durumunu düzenlemekte, buna karşılık borçların hangi hallerde sona erdiği hususunu düzenlenmeyip, bunları varsaymaktadır.

### 1. 5. Hükümdeki prensibin ikincil niteliği

Bu hüküm ile getirilen ilke, Türk Borçlar Kanunundaki ya da diğer kanunlardaki özel düzenlemelere göre ikincil (tali)<sup>38</sup> niteliktedir. Bir diğer ifade ile özel düzenlemeler uygulama alanı bulmadığı ölçüde bu genel prensip geçerli olacaktır.

114, kn. 3: "Die Natur der Hauptobligation ist unerheblich (vertraglich, ausservertraglich, familienrechtlich usw. ; ...)"; *Cometta*, Flavio, in: OR Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage 2009, Herausgegeben von Kostkiweicz/Nobel/Schwander/Wolf, Zürich 2009, (bundan böyle OFK-*Cometta*, OR... şeklinde atıf yapılacaktır), OR 114, kn. 3. Türk hukuku açısından bkz. *Kılıçoğlu*, s. 809.

33 Yargıtay 2. HD'nin bir kararına göre, babalık davası bir yıllık hak düşürücü süre içinde açılmadığından ve böylece bu hak düştüğünden, buna bağlı fer'i hak niteliğinde tazminat davası hakkı da BK m. 113'e göre düşer, Yarg. 2 HD, 12. 4. 1983, E. 1774, K. 3217, karar özeti için bkz. *Uygur*, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, 4. Cilt, (madde 109-213), Ankara 2010, s. 4081.

34 İsviçre hukuku açısından bkz. *Huguenin*, OR AT, s. 120, kn. 751.

35 *Kılıçoğlu*, s. 809.

36 BSK OR I -*Gonzenbach*, Art. 114, kn. 1: "Art. 114 regelt keinen Erlöschungsgrund, sondern allgemein das Schicksal der Nebenrechte bei Untergang des Hauptrechts"; BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 114, kn. 1: "Art. 114 regelt das Schicksal der Nebenrechte bei Untergang des Hauptrechts".

37 Bu konuda bkz. sadece BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 114, kn. 1.

38 BSK OR I -*Gonzenbach*, Art. 114, kn. 2: „Gegenüber Sondervorschriften, welche einen Einbruch in die Bestimmungen des Gesetzstitels enthalten, ist der allgemeine Grundsatz subsidiär“.

## 2. TBK m. 113'ün Uygulanma Koşulları

### 2. 1. Asıl (temel) borcun bulunması

Hükmün uygulanabilmesi için önce bir borcun (hakkın; asıl borcun) bulunması gerekir<sup>39</sup>. Ortada bir temel bir borç (hak) ya da talep yok ise (örneğin borca temel olan hukuki işlem şekle ya da emredici hükümlere aykırılık nedeniyle gerçekte hiç doğmamışsa) hükmün uygulama alanına giren bir durum da bulunmaz.

### 2. 2. Asıl (temel) borca bağlı bir hakkın bulunması

Bir borcun bulunması tek başına yeterli olmaz, buna bağlı bir hak (ya da borcun) bulunması da gerekir. Zaten böyle bir hak yok ise onun asıl borç ile birlikte sona ermesini düzenleyen bu hükmün uygulama alanına giren bir durum da bulunmaz.

### 2. 3. Asıl borcun sona ermiş olması

Bu hükmün uygulanabilmesi temel borcun sona ermesini gerektirir<sup>40</sup>. Eğer bu sona ermemiş ise bu hükmeye dayanarak ona bağlı hak ve borçların da kendiliğinden sona ermesi söz konusu olmaz. Hüküm asıl borcun sona erme sebeplerini sınırlamadığından, bu sonuç bütün sona erme sebepleri açısından geçerlidir<sup>41</sup>. Sona ermenin nasıl olduğu önem taşımaz: Örneğin borç ifa yoluyla ya da ifa olmaksızın sona ermiş olabilir.

Borcun sona ermesi açısından borçlunun malvarlığında doğrudan bir azalmanın gerçekleşmesi (Vermögensabgang) gerekli değildir<sup>42</sup>. Bu açıdan birlikte sorumlu olanlardan (Mitverpflichtete) birinin borcu için öngörülmüş olan (üçüncü kişinin) rehnin paraya çevrilmesi yoluyla ödeme yapılması da bu hüküm anlamında bir ifa sayılır<sup>43</sup>.

Buna karşılık asıl borcun zamanaşımına uğraması borcun sona ermesi sayılmadığından bu hükmün kapsamına girmez. Bunun gibi asıl borcun (talebin) ikincil bir talebe dönülmesi (Sekundäranspruch) de borcun sona ermesi sayılmadığından bu hükmün kapsamına girmez. Bu nedenle örneğin asıl borç yerine şimdi tazminat

39 BSK OR I -*Gonzenbach*, Art. 114, kn. 3: "Art. 114 setzt implizit das Bestehen einer Forderung (**Hauptanspruch**) voraus, was in concreto zu beantworten ist...".

40 BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 114, kn. 3: "Art. 114 setzt das Bestehen einer Forderung (Hauptobligation) voraus, die durch Erfüllung oder auf andere Art und Weise untergeht... Die Art des Untergangs der Hauptforderung spielt keine Rolle; die Feststellung des Untergangs ist Voraussetzung, genügt aber auch".

41 İsviçre hukuku açısından bkz. BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 114, kn. 2 ve 3.

42 BSK OR I -*Gonzenbach*, Art. 114, kn. 3: "Ein unmittelbarer Vermögensabgang beim Schuldner ist nicht erforderlich".

43 BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, , Art. 114, kn. 3 (yazarlar bu örnek açısından BGE 41 III 68'i anıyorlar).

talebi var ise (yani asıl borç buna dönüşmüş ise) bu hüküm uygulanmaz<sup>44</sup>.

Her ne kadar hükümde kısmi sona ermeye ilişkin özel bir düzenleme bulunmuyorsa da bu durum, kısmi sona erme halinde bu hükmün (en azından kıyasen) uygulanmasına bir engel değildir<sup>45</sup>. Bağlı hakların sona ermesi asıl borcun sona ermesine göre biçimlenir. Şu halde asıl borcun sona ermesine ortantılı şekilde bağlı hakların sona ermesi söz konusu olabilir<sup>46</sup>. Bununla beraber tarafların bunun aksine düzenleme yapması mümkün olduğu gibi, aksini düzenleyen yasal düzenlemeler de bulunabilir (İBK m. 85/II; TBK m. 100/II)<sup>47</sup>.

### 3. Asıl Borca Bağlı Haklar Kavramı

#### 3. 1. Genel olarak bağlı haklar ve bunların temel özellikleri

Hükmün uygulanması açısından asıl borca bağlı haklar kavramı önem taşımaktadır. Hükmün önceki haline göre burada sadece haklar değil, borçlardan da bahsedilmektedir. Esasen hükümde neden bu yönde bir değişiklik yapıldığı anlaşılmamaktadır. Bağlı haklar kavramını sadece alacaklının sahip olduğu haklar şeklinde anlamak zorunlu olmadığından ve borçlunun sahip olduğu bazı yetkileri de kapsayabileceğinden, bu açıdan bir genişletmeye gerek yoktur. Hakkın muhatabının (karşı tarafın) penceresinden bakıldığında burada (hak yerine) borçtan (asıl borca bağlı yan borçlar) bahsedilmesi mümkün olabileceğinden, belki bu durum söz konusu değişiklikte etken olmuştur. Ancak özünde gerekli bir değişiklik niteliğinde değildir.

Borçlar Kanununda bağlı hak ve borçlar tanımlanmamıştır. Kanunda bu ifadenin kullanıldığı diğer yerlerde de [(TBK m. 152 "... ona bağlı faiz ve diğer alacaklar da zamanaşımına uğramış olur"; BK m. 131 "faiz ve sair fer'i alacaklar hakkında da..."; İBK Art. 133, "... aus ihm entspringende Zinse und andere Nebenansprüche..."); (TBK m. 189/I, "... öncelik hakları ve bağlı haklar da..."; BK m. 168 "... rüçhan hakları ve diğer müteferri haklar ..."; İBK m. 170 "... die Vorzugs- und Nebenrechte..."); (TBK 198 "... bağlı hakları..."; BK m. 176/I "... müteferri haklar..."; İBK m. 178 "Die Nebenrechte...")] bir tanım bulunmamaktadır<sup>48</sup>. Ancak öğretide

44 BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 114, kn. 3: "Keinen Untergang bewirken jedoch Verjährung, Einklagung (BGE 52 II 219 f.), *pactum de non petendo*, ferner Umwandlung in Sekundäransprüche (Schadenersatz)".

45 Bu konuda bkz. ZürK/Aepli, Art. 114, kn. 39; BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 114, kn. 3: "... beim Teiluntergang findet Art. 114 Abs. 1 also analoge Anwendung, soweit nicht besondere Parteivereinbarung vorliegt oder andere Regeln (z. B. Art. 85 Abs. 2) greifen". Krş. Becker/BernK, Art. 11, kn. 3: "Damit die Nebenrechte erlöschen, ist erforderlich, dass die Hauptforderung gänzlich und unbedingt untergehe".

46 ZürK/Aepli, Art. 114, kn. 39; BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 114, kn. 3; Kılıçoğlu, s. 809.

47 Bu konuda bkz. Kılıçoğlu, s. 809.

48 Koller, OR AT, § 62, s. 1029, kn. 16; ZürK/Aepli, Art. 114, kn. 13.

benzer durumlara ilişkin açıklamalardan ve yasa metninde sayılan haklardan da hareketle bir belirleme yapmak mümkündür.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki buradaki bağlı haklar, dar anlamda borca bağlı haklardır. Bu nedenle geniş anlamda hukuki ilişkiden kaynaklanan, hukuki ilişkiye bağlı ve onun bir unsuru niteliğindeki haklardan (örneğin tek tek borçlarla değil de bütün hukuki ilişkinin kaderiyle ilgili olan yenilik doğurucu haklar) ayırmak gerekir<sup>49</sup>.

Öğretide asıl borca bağlı haklar (yan haklar) *asıl borç (talep) ile bağımlılık ilişkisi içinde olan ve onun etkisini genişleten veya güvence altına alan ve ondan ayrı olarak kendi öz varlığı olmayan haklar* olarak ifade edilmektedir<sup>50</sup>.

Yasada bu açıdan sayılan bağlı haklar, rehin, kefalet ve ceza koşuludur. Bunların *sınırlı sayıda olmadığı* hükümden anlaşılmaktadır<sup>51</sup>. Yasada sayılanlardan da anlaşıldığı üzere bu yan hakların sahibi (Traeger) asıl hakkın alacaklısıdır. Ancak *bu hakların yöneldiği borçlu, asıl borçlu olmak zorunda değildir*. Ayrıca *bu yan haklar kişisel ya da nesnel (ayni) nitelikte olabilirler*.

Bağlı haklar ve borçlar yasada seçilen ifadeden de anlaşıldığı üzere asıl borca *bağlı* niteliktedirler. Bir diğer ifade ile bunların ortaya çıkması asıl borca bağlı niteliktedir<sup>52</sup>. Bu açıdan bunların *fer'iliğinden (Akzessoritaet)* söz edilebilir<sup>53</sup>, zaten Türk öğretisinde bu haklar *"fer'i haklar"* olarak da anılmaktadır<sup>54</sup>. Buradaki *ba-*

49 Bu konudaki ayrıntılar için bkz. *Schöbi*, Christian, Die Akzessorietät der Nebenrechte von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsinstituts der Verjährung, Diss. Zürich 1990, s. 6 vd. Yazar bağlı haklar açısından çeşitli ayrımlar yapmakta ve bunları nitelendirirken doğuşlarındaki, etkilerindeki, kapsamlarındaki ve savunma imkanları ile sona ermedeki özelliklerini dikkate alarak değerlendirmektedir.

50 Bkz. *Schöbi*, s. 2 vd. , 4 vd. , 26; BSK OR I –*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Rainer, Art. 114, kn. 4: "Als **Nebenrechte** kommen alle in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Hauptrecht stehende Rechte in Frage, welche die Hauptforderung erweitern oder sichern und losgelöst von ihr "kein eigenes Dasein haben können"; *Koller*, OR AT, § 62, s. 1029, kn. 16; OFK-*Cometta*, OR 114, kn. 4; *Kılıçoğlu*, s. 808: "Bağlı (fer'i) haklar asıl borca bağlı olan, asıl borç mevcut ve geçerli olduğu sürece mevcut ve geçerli olan haklardır"; *ZürK/Aepli*, Art. 114, kn. 13 vd. , 32 vd.

51 Asıl edim yerine geçen surrogatlar yan hak sayılmazlar, *Schöbi*, s. 5. Buna karşılık sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi durumunda ortaya çıkan tazminat talebinin yan hak olup olmadığı (borçlu temerrüdünde ifa talebine eklenen tazminat talebi) tartışmalıdır, bu konuda bkz. *Schöbi*, s. 5 vd. ve orada anılan kaynaklar.

52 *Schöbi*, s. 11: "Gemeinhin gilt als Ausdruck der Akzessorietät der Umstand, dass das Nebenrecht in seiner Entstehung vom Bestand der Forderung abhängig ist..."; *Koller*, OR AT, § 62, s. 1029, kn. 16: "Erforderlich ist also eine genetische Akzessorietät in dem Sinne, dass das Nebenrecht «in seiner Entstehung vom Bestand der Forderung abhängig ist»".

53 *ZürK/Aepli*, Art. 114, kn. 16: "**Neben-Recht** bedeutet: Sein Bestehen hängt vom Bestand einer bestimmten Obligation ab. Es besteht zwischen Obligation und Nebenrecht ein *einseitiges* Abhängigkeitsverhältnis in dem Sinn, dass das Nebenrecht nur dann besteht, wenn die Obligation besteht". ; BSK OR I –*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 114, kn. 4: "Andererseits enthält der Begriff auch implizit ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis (Akzessorität) von der Hauptforderung".

54 Bkz. sadece *Oğuzman/Öz*, s. 430-431; *Kılıçoğlu*, s. 19-20, 808 vd. ; *Reisoğlu*, s. 400.

*ğımlılık tek yönlüdür.* Bununla beraber yan hakların asıl borca bağlılığı bunların kaderleri arasında *mutlak bir paralellik anlamına gelmez*<sup>55</sup>: Hükmün kendisinden de anlaşıldığı üzere (ikinci fıkra) yan hakkın bağımsız bir talebe dönüşmesi mümkündür. Yine bunların kendine özgü kurallara bağlı olmaları mümkündür: Örneğin faiz alacağı için farklı bir zamanaşımı, asıl alacak için ise farklı bir zamanaşımı söz konusu olabilir (5 yıl; 10 yıl). Ayrıca bağlı (fer'i; yan) hakların kendilerine özgü sona erme nedenleri olabilir<sup>56</sup>.

Bağımlı hak ve borcun kaynağı da önemli değildir. Bir diğer ifade ile bunun taraf iradelerine dayanması ya da yasadan kaynaklanması hükmün uygulanması açısından herhangi bir fark meydana getirmemektedir.

### 3. 2. Bağlı (yan; fer'i) hakların türleri

Yukarıda ifade edildiği üzere, yasada ifade edilen bağlı haklar, rehin, kefalet ve ceza koşuludur. Bunların *sınırlı sayıda olmadığı* hükümden anlaşılmaktadır. Bu nedenle öğretilerde bunların sistematik bir şekilde ifade edilebilmesi açısından çeşitli nitelermeler ve belirlemeler yapılmaktadır<sup>57</sup>:

Öğretilerde bağımlı haklar açısından *iki büyük kategoriden* bahsedilmektedir: *Güvence altına alan bağımlı haklar (Sicherungsrechte) ve özellikle faiz ve cezai şart gibi genişletici bağımlı haklar (erweiternde Nebenrechte)*<sup>58</sup>.

Öğretilerde bağımlı haklar açısından yasada belirtilenlere ek olarak hapis hakkı (Retentionsrecht)<sup>59</sup> ve mülkiyeti saklı tutma koşulu (Eigentumsvorbehalt) ifade edilmektedir<sup>60</sup>. Buna karşılık dava masrafları, kanundan kaynaklanan şikayet ve dava hakları (Rüge-und Klagerechte), borcu birlikte üstlenme (Schulmitübernah-

55 BSK OR I –Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 114, kn. 6; Schöbi, s. 17 vd.

56 BSK OR I –Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 114, kn. 6; BGE 29 II 258; BGE 50 II 403. Bu çerçevede *sürekli kefalette*, kefilin sürenin sonunda borcundan kurtulması bu çerçevede bir örnek olarak ifade edilebilir (TBK m. 600; BK m. 493). Kişiyeye bağlı yan haklar açısından (örneğin tacir niteliğine bağlı haklar) da farklı kurallar geçerli olabilir. Bunların alacağın temlikinde temlik alana geçmesi söz konusu olmayacaktır (bu konuda bkz. Schöbi, s. 17 vd.).

57 Bu konudaki ayrıntılar ve farklı görüşler açısından bkz. Schöbi, s. 2 vd. , 10 vd. , özellikle 25 vd.

58 Schöbi, s. 26 vd. , Schöbi, bu çerçevede farklı kavramlar kullanmaktadır. Kefalet ve rehin haklarını güvence altına alan yan haklar (sichernde Nebenrechte), faiz ve bir talebi içeriksel olarak tamamlayan yan yükümlülükler ve yan edim yükümlülüklerini, borçluya bir yükümlü (Auflage) sınırlayan yan hakları genişletici, tamamlayıcı yan haklar olarak (modifizierende Nebenrechte), takas hakkını ise biçimlendirici yan haklar (gestaltende Nebenrechte) altında değerlendirmektedir. Koller, OR AT, § 62, s. 1029, kn. 16. Kefalet açısından bkz. ayrıca Özen, Burak, Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, 2012, s. 79 vd.

59 Bu konuda bkz. Çetiner, Bilgehan, Hapis Hakkı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 49 vd.

60 BSK OR I –Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 114, kn. 4: "Zu den von der Norm erfassten Nebenrechten zählen neben den.... auch Retentionsrecht, Eigentumsvorbehalt...."; Schöbi, s. 25; von Tuhr/Escher, s. 164; ZürK/Oser/Schönenberger, Art. 114, kn. 2. Karş. Özen, s. 463; Çetiner, s. 49 vd.

me) ya da garanti sözleşmesinden kaynaklanan haklar asıl borca bağlı haklar ve borçlar kapsamında değerlendirilmezler<sup>61</sup>.

#### 4. Temel Kuralın Hukuki Sonuçları Ve Özel Durumlar

Asıl borca bağlı haklar (ve borçlar) bu hükmün uygulaması çerçevesinde yukarıda ifade edilen koşullar gerçekleştiğinde yasa gereği (ipso iure), kendiliğinden sona ererler<sup>62</sup>. Hükmün getirdiği temel ilke budur. Bu durum bazı özel hükümlerde açıkça düzenlenmiştir: Kefalet (İBK m. 509; TBK m. 598) ve teslimi şart olan taşınır rehini (İMK m. 889 I; TMK m. 943) açısından olduğu gibi.

Yukarıda ifade edildiği gibi bağlı hakları kendi içinde iki temel gruba ayırmak mümkündür: Asıl borcu güvence altına alan bağlı haklar ile asıl borcu (hakkı) genişleten bağlı haklar. Şimdi bu temel ayırmadan hareketle TBK m 131 I'de düzenlenmiş olan temel ilkeyi ve bunun etkilerini biraz daha ayrıntılı şekilde değerlendirmek gerekir.

##### 4. 1. Asıl borcu güvence altına alan bağlı hakların durumu

###### 4. 1. 1. Bunların işlevsel fer'iliği ve bu nedenle asıl borç ile birlikte sona ermelerinin işin doğasına uygunluğu

Rehin hakları ve kefalet, öz olarak bir talebi güvence altına almayı hedeflediklerinden ve buna bağlı olarak doğduklarından fer'i niteliktedirler, asıl hakkın kaderine bağlıdırlar. İsviçre öğretisinde bu açıdan genetik fer'ilikten (genetisch akzessorisch; genetische Akzessorietät) bahsedilmektedir. Bu bağlı hakların işlevi asıl hakkı güvence altına almak olduğundan, asıl hak sona erdiğinde artık güvence altına alacak bir hak kalmayıp böylece işlev sona erdiğinden bağlı hakların da sona ermesi işin doğasına son derece uygun düşmektedir. Aynı şey, hapis hakkı (TMK m. 950 vd. ; İMK m. 895 vd.) ve mülkiyeti saklı tutma kaydı (TMK m. 764; İMK m. 715) için de geçerlidir. Bunlar açısından da bu yönde bir işlevsellik ve bağlılık söz konusudur. Bununla beraber güvence olarak devredilen mülkiyet, güvence altına alınan borcun sona ermesi ile birlikte yasa gereği (ipso iure) kendiliğinden geri dönmez. Bir diğer ifade ile güvence amacıyla teslim eden, şimdi tekrar malik olmaz, sadece mülkiyetin kendine devri açısından bir kişisel talep hakkına sahip olur<sup>63</sup>. Aksi halde mülkiyet hakkının otomatik ve aynı geri dönmesi (der automatische dingliche Rückfall), devralanın tam yetkili konuma getirilmesi amacına ters düşerdi<sup>64</sup>.

61 ZürK/Aepli, Art. 114, kn. 21 vd. , yazar, orada bazı diğer hususlar yanında, kınama (şikayet) ve dava haklarının borçun zorunlu elementi olmaları nedeniyle yan hak olarak nitelenemeyeceğini ifade ediyor; BSK OR I –Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 114, kn. 4.

62 Bkz. sadece ZürK/Aepli, Art. 114, kn. 32.

63 Koller, OR AT, § 62, s. 1030, kn. 17.

64 Becker/BernK. , Art. 114, kn. 2; Koller, OR AT, § 62, s. 1030, kn. 17.

#### 4. 1. 2. Bazı özel hükümler ile bu ilkenin somutlaştırılması örnekleri

Bu hüküm ile getirilen temel prensip diğer bazı özel hükümlerde somutlaştırılmıştır. Örneğin TBK m. 598 (BK m. 492), hangi sebeple olursa olsun, asıl borç sona erince kefilin de borçtan kurtulacağını düzenlemektedir. Bu özel hüküm olmasa dahi genel hükümden hareketle aynı sonuca varılacağı aşikârdır. Diğer taraftan bu hükme özel düzenlemelerle önemli istisnalar getirilmiştir:

#### 4. 1. 3. Bu ilkenin özel düzenlemeler ile sınırlanması örnekleri

Bu ilkenin bazı özel düzenlemeler ile sınırlandırıldığı bizatihi TBK m. 131 son hükmünden de açıkça anlaşılmaktadır. Çünkü burada taşınmaz rehnine kıymetli evraka ve konkordatoya ilişkin özel hükümleri saklı olduğu ifade edilmektedir. Bu sınırlama ilkenin her durumda uygulanmayacağını göstermektedir.

Bu şekilde özel hükümlere örnek olarak taşınmaz rehninde, taşınmaz rehnine temel olan borcun sona ermesinin rehini şekli anlamda sona erdirmeyeceği kuralını (TMK m. 918; İMK m. 863) vermek mümkündür. Bu hükme göre ipotekli borç senedi ve irad senedinde “*alacaklı yoksa veya rehin hakkından feragat ederse, borçlu tapu kütüğünde tescili terkin ettirip ettirmemekte serbesttir. Borçlu zilyetliğine geçmiş olan senedi yeniden tedavüle çıkarabilir*”. Buradan anlaşılmaktadır ki ifa gerçekleşmiş (senette ifadesini bulan borç ödenmiş olsa dahi –Schuldbrief-forderung-) olsa dahi bağlı hak (senette ifadesini bulan rehin hakkı) biçimsel de olsa devam etmektedir. Borçlu bunu kullanmak hakkına sahip olduğu için, bunu yaptığında ipotekli borç senedi tedavülüne devam eder ve bu nedenle yeniden tescil yapılmasına gerek bulunmamaktadır<sup>65</sup>. Esasen genel olarak taşınmaz rehnine ilişkin düzenlemeden hareketle (TMK m. 858 I; İMK m. 801 I) ipotek için de aynı durumun geçerli olduğu, yani ipoteğin temel borcun sona ermesi ile biçimsel de olsa sona ermediği anlaşılmaktadır<sup>66</sup>. Bu hükme göre, “*taşınmaz rehni, tescilin terkinini veya taşınmazın tamamen yok olmasıyla sona erer*”. Burada gerçekte sadece biçimsel bir varlık söz konusu olduğu için, bunun maddi hukuk açısından kural olarak bir önemi yoktur. Ancak dereceli bir ipotekte boşalan derecede yeni bir borç için ipotek kurulması mümkündür.

Bu istisnalar gibi TBK m. 134 son (BK m. 115 III; İBK m. 117 III) diğer bir istisnadır. Hükmün son fıkrasında saklı tutulan durumlardan bir tanesi konkordatodur. Buna paralel olarak İİK m. 295 ve 303’de (esasen İsviçre İİK’da da paralel şekilde) özel düzenlemeler vardır. Bu düzenlemelerden İİK m. 295’te göre, “*kon-*

65 Bu konuda bkz. *Koller*, OR AT, § 62, s. 1030, kn. 19; *Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe.*, Eşya Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2011, s. 617.

66 Bu konuda bkz. *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, Eşya Hukuku, s. 733; *Oğuzman/Öz*, C. I, s. 573: “Gerçi alacağın sona ermesinden sonra taşınmaz rehni ancak kavramsal olarak devam eder. Mevcut olmayan alacak için taşınmaz hiçbir zaman paraya çevrilmez”.

*kordatoya muvafakat etmeyen alacaklı müşterek borçlulara ve borçlunun kefillerine ve borcu tekeffül edenlere karşı bütün haklarını muhafaza eder*". Aynı hükmün ikinci fıkrasında "*konkordatoya muvafakat etmiş olan alacaklı dahi kendi haklarını yukarıdaki kimselere ödeme mukabilinde temlik teklif etmek ve onlara toplanmanın günü ile yerinden en aşağı on gün evvel haber vermek şartıyla bu hükümden istifade eder*" denilmektedir. İİK m. 303 ise rehinli alacaklar açısından asıl kuraldan ayrılan bir düzenleme getirmektedir. Bu hükme göre (m. 303/I), "*tasdik edilen konkordato, alacakları mühlet kararından önce veya komiserin onayı olmaksızın konkordatonun tasdikine kadar doğmuş bütün alacaklar için mecburidir. Rehlinli alacaklıların rehinin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları ile bu Kanunun 206 ncı maddesinin birinci fıkrasında sayılan Devlet alacakları müstesnadır*". Nitekim İsviçre Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkursgesetz m. 303'te de bu yönde sınırlamalar söz konusudur.

Yukarıda ifade edildiği üzere TBK m. 131 hükmü asıl borcun sadece bütünüyle sona ermesi açısından değil, kısmi sona ermesi halinde de geçerlidir. Bir diğer ifade ile kısmi sona erme halinde borca bağlı haklar da bu oranda sona ererler. Ancak bu konuda da bu hükmü sınırlayan özel hükümler bulunmaktadır. Bu açıdan TBK m. 100/II (BK m. 84/II; İBK m. 85/II) hükmü ile TMK m. 944'de (İMK m. 889) düzenlenmiş olan geri verme hakkının sınırlanması ifade edilebilir. TBK m. 100/II'ye göre, "*alacaklı, alacağın bir kısmı için kefalet, rehin veya başka bir güvence almış ise, borçlu kısmen yaptığı ödemeyi, güvence altına alınan veya güvencesi daha iyi olan kısma mahsup etme hakkına sahip değildir*". Aynı şekilde TMK m. 944/II hükmüne göre, "*alacaklı, alacağın tamamını almadıkça rehinli taşınırı veya onun bir kısmını geri vererek zorunda değildir*". Bu sonucun ilgili haklarının söz konusu güvence konusu üzerinde her yöne yayılmış olmaları gerekçesi ile de açıklanması mümkündür.

#### **4. 2. Asıl borcu genişleten (ona eklenen) yan haklar açısından hukuki durum**

Temel önemleri nedeniyle burada faiz<sup>67</sup> ve cezai şartı özellikle değerlendirmek gerekir.

##### **4. 2. 1. Faiz açısından hukuki durum**

###### **4. 2. 1. 1. Kural**

Asıl borç para borcu ise bunun sona ermesiyle birlikte artık faiz işlemez. Ancak o tarihe kadar işlemiş olan ve henüz ifa edilmemiş faizler açısından hukuki durumun belirlenmesi gerekir. Gerçi işlemiş faiz borçlarının doğdukları tarihten itibaren bir ölçüde asıl borçtan farklı bir kadere sahip olmaları mümkündür: Bun-

<sup>67</sup> Öğretide faiz, rehin ve kefalet ile birlikte klasik bağlı (yan) haklar kapsamında değerlendirilmektedir, bkz. *Schöbi*, s. 59.

lar ayrı olarak talep edilebilir, asıl hakkın devri dışında bırakılabilirler<sup>68</sup> (ama kural olarak asıl hakla birlikte devredilmiş sayılırlar bkz. TBK, 189/II; İBK m. 170/II), farklı zamanaşımına tabi olabilirler (bkz. ama TBK m. 152) vs. Bu açıdan bunların fer'iliğinin bazı durumlarda bir bakıma kırıldığından söz edilebilir. Bununla beraber yasa koyucu faiz borçları açısından da bağlı hakların asıl hak ile birlikte sona ermesi esasının geçerliliğini kural olarak benimsemiştir. Bu, hem 131. maddenin ilk fıkrasında açıkça ifade edilmiş, hem de ikinci fıkradaki (aksine düzenleme yoksa ya da durumun gereklerinden saklı tutulma söz konusu değil ise geçerli olan) ifadeden kendine dayanak bulmaktadır. Ancak TBK m. 131/II hükmü, bu kurala önemli bir sınırlama getirmektedir. Bunu aşağıda biraz daha ayrıntılı değerlendirmek gerekir.

#### 4. 2. 1. 2. İstisna (Faiz alacağının saklı kalması)

Borçlar Kanununda (m. 113/II) olumsuz şekilde ifade edilen hüküm, TBK'da olumlu şekilde kaleme alınmıştır. Bu hükme göre, asıl borcun sona ermesi durumunda faiz isteme hakkı saklı tutulmuş ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılıyor ise, faiz istenebilir.

TBK m. 131/II'de saklı tutma bildiriminin ifa anına kadar yapılabileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu durum Yargıtay uygulamasıyla da örtüşmektedir. Buna göre saklı tutma isteği asıl borç ödenmeden veya en geç ödeme sırasında gerçekleşmiş olmalıdır ve saklı tutma beyanı daha önce yapılmış ise bunun ayrıca ödeme anında tekrar edilmesine gerek yoktur<sup>69</sup>.

Faiz isteme hakkının açık şekilde bir saklı tutulması, özellikle, alacaklının asıl borcun sona ermesine aktif olarak katıldığı durumlarda söz konusu olur. Bu durum, ibrada<sup>70</sup>, yenilemede ve alacaklı tarafından yapılan takasta (Verrechnung) gerçekleşebilir<sup>71</sup>. Alacaklı, icra takibinden vazgeçtiğinde, faiz alacağını saklı tuttuğunu belirtmedi ise faiz alacağını isteyemez<sup>72</sup>.

Saklı tutma beyanı açısından yasada herhangi bir şekil öngörülmemiştir<sup>73</sup>. Öğretide saklı tutmaya ilişkin olarak örneklerden bazıları şunlardır: Alacaklının asıl alacak yanında faiz alacağı için de ihtar çekmiş olması; yüklenicinin hakedişlerini alırken tutanağa faize ilişkin haklarının saklı olduğunu yazmış olması; asıl alacağın tahsili yoluna gidilmeden önce faiz alacağı için dava açılmış olması; kamulaştırma bedelini tahsil eden alacaklının bunu tahsil ederken faize ilişkin bir

68 Bu konuda bkz. sadece *von Büren*, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht AT, Zürich 1964, s. 500.

69 Yarg. 18 HD, 18. 03. 2008, E. 2007/12200 K. 2008/3185, Terazi Hukuk Dergisi Nisan 2010, S. 44, s. 245.

70 BGE 23, 1642; *Koller*, OR AT, § 62, s. 1032, kn. 23.

71 *Koller*, OR AT, § 62, s. 1030, kn. 22. *Koller*, OR AT, § 62, s. 1032, kn. 23.

72 Yarg. 5 HD 30. 5. 1989, E. 26464 K. 11658, karar özeti için bkz. *Uygur*, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, 4. Cilt, s. 4074; bkz. ayrıca *Kılıçoğlu*, s. 810.

73 *Kılıçoğlu*, s. 810.

şey belirtmemiş olmasına rağmen, daha önceden kuruma yaptığı başvuruda faiz talep etmiş olması<sup>74</sup>.

Hükümde düzenlenmiş olan ikinci ihtimalde saklı tutma iradesi açık bir şekilde ortaya konulmamakta, durum ve koşullardan objektif olarak çıkarılmaktadır. İsviçre öğretisinde, alacaklının, asıl borç açısından, rehni geri vermeyerek, takas (Verrechnung) yapması işlemiş faizlerden vazgeçmediği şeklinde yorumlanmaktadır<sup>75</sup>. Buna karşılık borçlu tarafından yapılan takasta bu sonuca varılamaz. İsviçre öğretisinde bir görüşe göre İBK 114/II (TBK m. 131/II) hükmü ifa (Erfüllung) açısından uygulanmaz. Bu durumda İBK m. 89/II (TBK m. 104/II) uygulanır<sup>76</sup>. Ancak baskın görüş, haklı olarak, ifa açısından da bu hükmün uygulanacağını benimsemektedir. Bu durumda her iki hüküm arasındaki ilişkinin ne olduğu sorusu daha da önem kazanmaktadır. Gerçekten ifa açısından TBK m. 104/II (BK 88/II; İBK m. 89/II) özel hüküm olarak öncelikle uygulandığında, TBK m. 131/II hükmünün uygulanmasına imkan kalmaz. TBK m. 104/II'ye göre “*alacaklı anaparanın tamamı için makbuz vermişse, faizlerini de almış olduğu kabul edilir*”. Türk hukukunda TBK m. 131/II hükmünün ifayı da kapsadığı kabul edilmelidir. Esasen BK düzenlemesine oranla TBK m. 131/II düzenlemesi, ifanın da kapsamda olduğunu çok açık bir şekilde ifade etmektedir. Bu hükümde “*ifa anına kadar yapılacak bildirimle*” ifadesi asıl alacağı ifasına ilişkindir<sup>77</sup>. Bu iki hüküm esasen birbiriyle uyuşur (birbirini tamamlar) nitelikte değerlendirilebilirler. TBK m. 104/II hükmü kapsam itibarıyla daha dardır ve sadece asıl borcun (alacağın) tamamı için makbuz verilmiş olmasını düzenlemektedir. Ayrıca (asıl alacak için makbuz verildiğine göre) faizin de ifa edilmiş olduğu yönünde bir karine getirmektedir. Şu halde alacaklı, 131/II kapsamına giren bir durum bulunduğunu, yani 131/II'deki kuralın uygulanmasını gerektirmeyen bir halin varlığını iddia ediyorsa bunu ispatlayacaktır<sup>78</sup>. Bir diğer ifade ile TBK m. 131/II çerçevesinde faizin saklı tutulduğu ya da durum ve koşullara göre saklı tutulduğu sonucu varılabilmesi, aynı za-

74 Bu konudaki Yargıtay kararları özetleri açısından bkz. *Uygur*, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, 4. Cilt, s. 4072 vd. , 4080 vd. ; *Kılıçoğlu*, s. 810; *Oğuzman/Öz*, I, s. 573 vd.

75 *Koller*, OR AT, § 62, s. 1030, kn. 22.

76 Bu görüşte olan *Koller*, OR AT, § 62, s. 1030, kn. 23-25.

77 İfade etmek gerekir ki, TBK m. 131/II'de, BK m. 113/II'den farklı olarak saklı tutma beyanının “ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle” yapılmasının ifade edilmiş olması, bu hükmün sadece borcun ifa ile sona ermesine ilişkin bir düzenleme olduğu şeklinde değerlendirme yapılmasına imkan tanımaz. TBK m. 131 hükmünün bütününden, özellikle de temel prensibi ifade eden ilk fıkranın bir sınırlama içermemesinden bu açıkça anlaşılmaktadır.

78 İsviçre hukuku açısından *Koller*, İBK m. 114/II (TBK m. 131/II) hükmünün uygulanmadığı durumlarda, alacaklı faizi almaksızın asıl alacağı almış ise, faizi daha sonra isteyebileceğini (bunu saklı tutmamış olsa dahi), borçlu faizi ödediğini iddia ediyorsa genel hükümler çerçevesinde (İMK m. 8; TMK m. 6) ispat yükünü taşıdığı ifade etmektedir. Ancak İBK m. 89/II (TBK m. 104/II) hükmünün uygulandığı durumlarda ispat yükü tersine olacaktır, *Koller*, OR AT, § 62, s. 1030, kn. 24.

manda (çakışma olduğu ölçüde) TBK m. 104 hükmündeki karinenin çürütülmüş olduğu anlamına gelecektir<sup>79</sup>. Ancak ortada asıl alacak için makbuz verilmesi söz konusu değil ise ya da verilen belge makbuz niteliğinde değil ise<sup>80</sup>, zaten TBK m. 104/II hükmü de uygulanmaz. Buradan da anlaşıldığı üzere, TBK m. 131/II hükmü kapsam itibarıyla daha geniştir.

Öğretide durum ve koşulların faiz alacağının saklı tutulduğu anlamına geldiğine ilişkin verilen örneklerden bazıları şunlardır: Faiz alacaklısı ile asıl borcun alacaklısının ayrı kişiler olduğu durumlarda, asıl alacağın tahsili faiz alacağını sona erdirmez<sup>81</sup>. Aynı durum faiz borçlusu ile asıl borcun borçlusunun farklı olması halinde de geçerlidir<sup>82</sup>. Asıl borcun sona ermesinden önce faiz hakkında açılmış ve devam eden davanın bulunması ile alacağın kredi müessesesi olan bankaya ait olması verilen diğer örneklerdendir<sup>83</sup>. Asıl alacak ifa edilmediği için dava açılmış ise alacaklının ayrıca faiz için de dava açabilmesi mümkündür<sup>84</sup>.

#### 4. 2. 1. 3. Kıymetli evraka ilişkin özel hükümlerin saklı olması

TBK m. 131/III'de kıymetli evraka ilişkin hükümler de saklı tutulmuştur. Bu nedenle, İsviçre hukukunda olduğu gibi (İBK m. 114/III) hukukumuzda da kıymetli evrak faizinde ayrılabilir faiz kuponları açısından ya da ayrı bir poliçeye yazılmış faiz alacağı devam eder (bağlı hak olarak faizin sona ereceği kuralı uygulanmaz)<sup>85</sup>.

79 Bu konuda ZK/Oser/Schönenberger, Art. 114 OR kn. 3. Bu açıdan eleştirel Koller, OR AT, § 62, s. 1032, kn. 25.

80 Nitekim Yargıtay 13. HD, 22. 2. 1988 tarihli (E. 6848; K. 946) kararında, kiracı tarafından gecikmiş kiranın kiraya veren hesabına havale edilmesi durumunda, havale makbuzunun alacaklının ya da temsilcisinin borçluya verdiği makbuz niteliğinde olmadığını, ayrıca kiraya verenin söz konusu kira bedelini çekmesi söz konusu olmadığından ihtirazi kayıt koymasının beklenemeyeceğini ifade etmiştir (karar özeti için bkz. Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, 4. Cilt, s. 4076 vd.). İfade etmek gerekir ki, uygulamada bankaların ihtirazi kayıt konulmasına imkan tanımadığı durumlar açısından bankalara bu yönde bir imkan sağlama yükümlülüğünün getirilmesi pratik bir çözüm olabilir. Ancak bu gibi durumlarda faiz alacağının durumun gereklerinden saklı tutulduğu sonucunun çıkarılması (en azından arada görece uzun bir süre geçmemiş olan durumlarda) da uygun bir çözüm olabilecektir.

81 Becker/BernK, Art. 114, kn. 6; Koller, OR AT, § 62, s. 1032, kn. 26; Kılıçoğlu, s. 810-811; Oğuzman/Öz, C. I, s. 573; Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, 4. Cilt, s. 4062. Benzer bir durum açısından Yarg. 4. HD, 11. 7. 1974, E. 5364, K. 4590 (Karar özeti için bkz. Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, 4. Cilt, s. 4075 vd.)

82 Koller, OR AT, § 62, s. 1032, kn. 26; ZK/Oser/Schönenberger, Art. 114 kn. 3. ; Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, 4. Cilt, s. 4062.

83 Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, 4. Cilt, s. 4062 vd s. 4074 ve 4081'de anılan Yargıtay kararları.

84 Bkz. Kılıçoğlu, s. 811; Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, 4. Cilt, s. 4062; Yarg. 13 HD 15. 3. 1982, E. 1232, K. 1772 (karar özeti için bkz. Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, 4. Cilt, s. 4084 vd.

85 von Büren, s. 500; Koller, OR AT, § 62, s. 1033, kn. 26; Schöbi, s. 66; ZürK/Aepli, Art. 114, kn. 64 vd. ; Oğuzman/Öz, C. I, s. 574; Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, 4. Cilt, s. 4062.

#### 4. 2. 2. Cezai şart açısından hukuki durum

Faiz için geçerli olan kural cezai şart<sup>86</sup> için de geçerlidir. Cezai şartın koşulları gerçekleşmemiş ise zaten bir sorun yoktur, bu durum ancak gerçekleşmiş cezai şartlar için geçerlidir<sup>87</sup>. Ancak TBK m. 179/II hükmü, cezai şartın, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmış olması hali için özel bir kural getirmektedir ve bu kural TBK m. 131/II hükmüne benzemektedir. Buna göre (tersinden ifade edecek olursak) alacaklı, hakkından açıkça feragat etmemişse veya ifayı çekincesiz kabul etmiş ise artık cezai şartı isteyemez<sup>88</sup>. Bu hükümden anlaşılmaktadır ki, borç geç olarak ifa edilmiş olsa ya da ifa edilmiş olduğu yerden başka bir yerde de ifa edilse de alacaklı bunu kabul ettiğinde borç ifa ile sona erecektir. Buna bağlı olarak gerçekleşmiş cezai şartın istenmesi de mümkün olmayacaktır. Ancak alacaklı bunu engellemek istiyorsa bunu saklı tutmalı yani çekince koymalıdır. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde aynı hususun iki kez düzenlendiği anlaşılmaktadır. Gerçi TBK m. 131/II hükmü sadece cezai şart için geçerli değildir ve ayrıca burada kastedilen cezai şart daha geniş nitelikte durmaktadır. Ancak bunun uygulama alanı TBK m. 179/II'de düzenlenmiş olan durumu da içerir. Bununla beraber koşullar itibarıyla de bir farklılık olduğu anlaşılmaktadır. TBK m. 179/II hükmü açısından asıl alacağın çekince konulmasızın kabul edilmesi durumunda bununla birlikte ifa edilmesi gereken cezai şart da sona erer<sup>89</sup>.

#### 4. 3. Bağlı hakların sona erdiğinin hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulması

Bir uyuşmazlıkta, bağlı hakların asıl hakla birlikte sona erdiğinin re'sen dikkate alınıp alınmayacağı hususu, öğretide olumlu şekilde değerlendirilmektedir<sup>90</sup> ve bu yönde yargı kararları da bulunmaktadır<sup>91</sup>.

#### 4. 4. Sona ermiş asıl borcun tekrar canlanmasının bağlı haklara etkisi

Acaba asıl borç sona erdikten sonra tekrar canlanırsa bu durumun yan haklara etkisi nasıl olacaktır, bunlar da canlanır mı? Bu durum örneğin alacaklı temerrü-

86 Cezai şartın fer'iliği konusunda bkz. *Schöbi*, s. 66 vd. Yazar, İBK m. 160 I (TBK m. 179/I)'deki düzenlemeden hareketle, cezai şart ile ifa talebinin seçenekli olarak durmaları karşısında (İBK m. 160/I; TBK m. 179/I), cezai şartın bağlı (yan) hak değil de, surrogat olarak nitelenmesinin düşünülebileceğini ifade etmekte ise de, cezai şartın zarar olup olmadığından bağımsız olarak istenebilmesinden ve ikinci fıkradaki düzenlemeden de hareketle burada fer'iliğin daha baskın olduğu sonucuna varmaktadır (s. 67); *Oğuzman/Öz*, C. II, s. 509 vd.

87 *Koller*, OR AT, § 62, s. 1033, kn. 27.

88 Bkz. sadece *Oğuzman/Öz*, C. I, s. 574.

89 *Koller*, OR AT, § 62, s. 1033, kn. 27; *Oğuzman/Öz*, C. I, s. 574 ve orada anılan kaynaklar.

90 Bkz. *Kılıçoğlu*, s. 811.

91 Yarg. 4 HD, 12. 4. 1977, E. 5177, K. 1604, karar özeti için bkz. *Uygur*, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, 4. Cilt, s. 4074.

düinde borçlunun borç konusunu tevdi etmesinde karşımıza çıkabilir. Gerçekten bir şeyin teslimine ilişkin edimlerde alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir (TBK M. 107/I; BK m. 91; İBK m. 92/I). Ancak TBK m. 109/II'ye göre (BK m. 93; İBK m. 94/I), tevdi edilen şeyin geri alınması durumunda alacak, bütün yan haklarıyla birlikte varlığını sürdürür .

Aynı durum borcun dış üstlenilmesinde sözleşmenin hükümsüz hale gelmesi durumunda, eski borcun kural olarak bütün bağlı borçlarıyla birlikte varlığını sürdürmesinde söz konusudur (TBK m. 200/I; BK m. 178; İBK m. 180).

Birleşmenin sonradan ortadan kalkması durumunda da aynı sorunla karşılaşılır . İsviçre hukukunda bu durumun İsviçre İİK m. 291/II uyarınca tekrar canlanan talepler açısından da geçerli olup olmadığı tartışmalıdır .

### III. DAR ANLAMDA BORCUN SONA ERME SEBEBİ OLARAK İBRA (SCHULDERLASS; ERLASSVERTRAG) (TBK m. 132; İBK m. 115)

#### 1. Genel Olarak İbra

Türk Borçlar Kanununun getirdiği yeniliklerden bir tanesi ibra sözleşmesidir. Bilindiği üzere İsviçre Borçlar Kanununun 115 maddesinde düzenlenmiş olan ibra sözleşmesi Borçlar Kanuna alınmamıştır. *Berki*, bu durumun ancak hata sonucu gerçekleşmiş olabileceğini ifade etmiştir<sup>92</sup>. Türk Borçlar Kanunu ile şimdi bu eksiklik giderilmiştir. İfade etmek gerekir ki, ibranın daha önce BK'da bulunmayışı teorik ve pratik olarak bir önem arz etmemiştir, çünkü bunun Türk hukukunda da geçerli olduğu kabul edilmiş ve bu kurum yaygın bir şekilde uygulanmıştır<sup>93</sup>. İrade özerkliği temel alan ve buna bağlı olarak da sözleşme özgürlüğüne temel bir işlev yükleyen sistemde tarafların anlaşarak, ifa olmaksızın, borcu sona erdirmelerinin mümkün olmaması zaten kendi içinde çelişik ve sistem dışı olurdu. Bu nedenle tarafların iradesine bağlı borç ilişkileri açısından bunun bütünsel olarak, yani geniş anlamda borç ilişkisi olduğu gibi dar anlamda borcun da tarafların anlaşması yoluyla sona erdirilmesi mümkündür. Dar anlamda borcun ifa olmaksızın ortadan kaldırılması konusundaki anlaşmaya *ibra (ibra sözleşmesi)*; geniş anlamda borç ilişkisinin ortadan kaldırılması sözleşmesine ise *ikale sözleşmesi (bozma sözleşmesi) (Aufhebungsvertrag; Aufhebung eines ganzen Schuldverhältnis-*

92 *Berki*, Şakir, Borçların Sukutu, AÜHF, Cilt XII, S. 1-2, s. 216, 237: "Bizce bu, zühul eseri olmak lazımdır. Zira bir kanunun ana kaide ve müesseseleri adapte edilirken ibra gibi tatbiki ehemmiyeti bariz bir müessese'den sarfınazar münasip olmazdı". Bkz. ayrıca *Eren*, s. 1221; *Mollamahmutoğlu*, Hamdi/Astarlı, Muhtin, İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 1030.

93 Bu konuda bkz. sadece *Oğuzman/Öz*, C. I, s. 574 vd. Bu durum TBK m. 132'nin gerekçesinde de ifade edilmiştir: "Borçlar Kanunumuza her nasılsa alınmayan ibranın, öğreti ve uygulamada borcu sona erdiren sebeplerden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Sistematik bir eksikliği gidermek amacıyla, ibranın yeni bir madde olarak Tasarıya alınması uygun görülmüştür".

ses) denilmektedir. Gerek İBK, gerekse TBK ikale sözleşmesini düzenlememiştir. Öğretide ve yargı uygulamasında ibraya ilişkin hükümlerin bu konuda kıyasen uygulanabileceği genellikle<sup>94</sup> kabul edilmektedir<sup>95</sup>.

İbra sözcüğü, tüzel kişilikte yönetim kurulunun ibra edilmesinde olduğu gibi farklı bağlamlarda da kullanılmaktadır<sup>96</sup>. Bu örnekte ibra esasen olumsuz borç ikrarı niteliğindedir.

## 2. Yeni Hükümün Temel Özellikleri

TBK m. 132 hükmü şu şekildedir: “*Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir*”. Yeni hüküm İBK m. 115 ile örtüşmektedir. Bu açıdan İsviçre öğretisinde bu hükme ilişkin olarak ileri sürülen görüşlerden, tartışmalardan ve uygulamalardan da yararlanmak mümkündür.

Hukuk sistemimiz *irade özerkliğinin geçerli olduğu alanda* kişiye iradesi dışında bir borç yüklenemeyeceğini kabul etmektedir<sup>97</sup>. Bu şekilde bir borcun doğabilmesi için ilgilinin iradesine, tarafların bu konuda anlaşmalarına gerek vardır. Bunun bir yansıması (diğer yüzü) kişiye iradesi dışında kazandırma yapılamayacağı ve böylece var olan bir borcun, borçlunun ifadesi olmaksızın, tek taraflı şekilde sona erdirilemeyeceğidir<sup>98</sup>. Alacak hakkı, *hukuki varlığı itibariyle*, sadece alacaklının tasarrufunda olan bir hukuki pozisyon değildir<sup>99</sup>. Şu halde, hukuk sistemimizde bir kimseye iradesi dışında bir kazandırma yapılması kural olarak mümkün olmadığından, ibra bir sözleşmeyi gerektirir<sup>100</sup>. Bir diğer ifade ile alacaklının tek taraflı

94 Doğrudan uygulanabileceği görüşünde ZürK/Oser/Schönenberger, Art. 115, kn. 1 vd. ; *Genzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 115, kn. 1: “Art. 115 regelt den **Schulderlass** oder **Aufhebungsvertrag**”, kn. 2: “Über den engen Wortlaut hinaus findet Art. 115 nicht nur auf die Aufhebung von **Forderungen**, sondern auch auf die Aufhebung von **Rechtsgeschäften** Anwendung («Aufhebungsvertrag», BGE 95 II 425)”.

95 Bkz. *Koller*, OR AT, § 63, s. 1040, kn. 26; *Lardi, Daniele/ Vanotti*, Massimo, in: *Kurzkommentar OR Art. 1-529*, Herausgeber Heinrich Honsell, Basel 2008, Art. 115, kn. 6 (Bundan böyle KUKO OR-*Lardi/Vanotti*, Art. 115, kn. . şeklinde atf yapılacaktır); BGE 95 II 419 E. 2d: “Diese Aufhebung konnte gemäss Art. 115 OR formlos erfolgen, denn nach bewährter Lehre ist diese Bestimmung nicht nur auf die Aufhebung von Forderungen, sondern auch auf die Aufhebung von Rechtsgeschäften anwendbar”; BGE 99 II 53, 55.

96 Bu konuda bkz. *Kılıçoğlu*, s. 812.

97 Elbette bir kişinin yasadın kaynaklanan borçlarda olduğu gibi yasa gereğince (yani iradesine bakılmaksızın-heteronom-) bir borç ilişkisinin tarafı olması mümkündür. Ancak bunun konu ile ilgisi yoktur.

98 Bu konuda bkz. sadece, *Rieble*, Volker, in: *Staudinger, BGB -Neubearbeitung 2012*, § 397 kn. 1; von *Tuhr/Escher*, s. 173 vd.

99 Buradaki durum, sadece hak sahibinin iradesine bağlı olan hukuki pozisyonlardan (örneğin mülkiyet hakkından) farklıdır. Bu tür hukuki pozisyonlarda hak sahibinin hakkından vazgeçmesi, başkasının hukuki durumunu kural olarak etkilemez. Örneğin terk ile (tasarruf işlemi olduğu halde kazandırıcı işlem olmadığından) karşı tarafa bir kazandırma yapılmış olmaz.

100 Bu konuda bkz. *Koller*, OR AT, § 63, s. 1040, kn. 2; *Rieble/Staudinger*, BGB -Neubearbeitung 2012, § 397 kn. 1.

olarak alacağından vazgeçmesi bir ibra niteliğinde değildir. Hükümden anlaşıldığı üzere ibra, borcu sona erdiren, ama ifa olmaksızın sona erdiren bir sebeptir. Ayrıca (kural olarak) herhangi bir şekle bağlı değildir.

### 3. İbranın Benzer Bazı Kurumlardan Farkı

#### 3. 1. İbra ve makbuz

Makbuz, borç ifa edildiğinde bunu göstermek üzere alacaklı tarafından verilen imzalı bir belgedir. Makbuz sözcüğü örneğin TBK m. 103-104'de karşımıza çıkmaktadır (aynı şekilde TBK m. 420 III). TBK m. 103-104 açısından üst başlık "*makbuz ve senetlerin geri verilmesi*"dir. TBK m. 103'e göre, borcu ödeyen borçlu, bir makbuz verilmesini isteyebilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre "*borcun tamamı ödenmemiş veya borç senedi alacaklıya başkaca haklar da vermekte ise borçlu, ancak makbuz verilmesini ve ödemenin borç senedine işlenmesini isteyebilir*". Bütün bu düzenlemelerden anlaşılmaktadır ki makbuz borcun ifa edildiğini göstererek bir belge niteliğindedir. Bu şekilde elinde makbuz olan borçlu ifayı gerçekleştirdiğini de kolaylıkla ispatlayabilecektir. Bu açıdan bakıldığında makbuz ile ibranın örtüşmesine imkan yoktur, çünkü makbuz borcun ifa edildiğini gösterir, ibra ise ifa olmaksızın borcu sona erdiren bir nedendir. Bu nedenle ifa ile borç zaten sona ermiş olduğu için bunun bir de ibra ile sona erdirilmesi mümkün olmaz. Ancak ibranın ivazlı olması halinde bu ivazı ifade etmek üzere makbuzun bir anlamı olabilir. Şu halde tarafların belgeyi nasıl nitelediğine değil, içeriğinin ne olduğuna ve gerçek hukuki değerine bakmak gerekir. Elbette makbuzun herhangi bir ifa olmadığı halde verilmesi de söz konusu olabilir. Bunu, koşulları var ise, ibra olarak nitelendirmek mümkün olabileceği gibi<sup>101</sup>, olumsuz borç ikrarı olarak nitelendirmek de mümkün olabilecektir<sup>102</sup>. Ancak ifa olmaksızın verilen makbuz açısından irade sakatlıklarına ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmalıdır. Ayrıca makbuz, (makbuza öncel hukuki işlem) muvazaalı olabilir. Başka delillerle makbuzun aksini –ibra iradesinin olmadığını- ispatlamak mümkündür.

Yargıtay uygulamasında, başlığı ibra olsa dahi, gerçek alacağı oranla daha az bir miktarı içeren bu tür belgelerin makbuz niteliğinde olduğu ifade edilmektedir<sup>103</sup>. Bu durum iş hukuku uygulamasında özellikle geçerlidir. Ancak işçi tarafından imzalanmış ve içeriği ibra şeklinde olan belgenin makbuz sayılması durumunda da bazı hususlar açıkta kalmaktadır. Zaten bu nedenle özellikle iş hukukunda ibranın uygulamasından da hareketle, İsviçre Hukukundan farklı olarak, ibranın,

101 Bkz. Eren, s. 1223.

102 Alman hukukunda bu yönde Rieble/Staudinger, BGB -Neubearbeitung 2012, § 397 kn. 226. İsviçre hukuku açısından bkz. BSK OR I – Portmann, Art. 341, kn. 5.

103 Bu konudaki karar örnekleri açısından bkz. Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, 4. Cilt, s. 4062 vd.; bkz. ayrıca, Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 1037 vd ile orada belirtilen kararlar.

ibra sözleşmesi, makbuz, feragatname, menfi borç ikrarı karması bir nitelik taşıdığı ileri sürülmektedir<sup>104</sup>. Gerçekten belgede ifade edilen tutar ölçüsünde bunun bir makbuz olduğu kabul edildiğinde, bu sonuç, söz konusu tutarın kural olarak işçiye ödenmiş olduğu anlamına gelecektir. Bu ise gerçek anlamda bir ibra olmaz (gerçekten ifanın bulunduğu varsayımında). Diğer taraftan bu tutarın gerçekten ödenip ödenmediği açısından da sorun bulunabilmektedir. Alındığı belirtilen tutarın ivaz olarak değerlendirilmesi (ivazlı ibra) düşünülebilir ve buna göre işçi aldığı bir kısım alacağı karşılığında işvereni diğer borçları açısından ibra etmektedir<sup>105</sup>. Görüldüğü üzere burada farklı sorunlar içiçe geçmektedir. İşçinin verdiği ibranamenin<sup>106</sup>, işçinin korunması düşüncesi çerçevesinde geçerli olup olmadığı asıl sorun niteliğindedir. Bunun geçersiz olduğu sonucuna varılır ise zaten verilmiş olan belgenin makbuz olarak nitelendirilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu açıdan tutar belirtilen ibranamenin makbuz olduğu yönündeki uygulama şüpheli durmaktadır. Buna mümkün olduğunca dar bir çevrede alan bırakmak uygun olacaktır. Yargıtay, ibra sözleşmelerine sınırlı durumlarda değer vermekte, işçinin temel alacakları açısından ibra etmesinin hayatın olağan akışına aykırılığına haklı olarak vurgu yapmaktadır<sup>107</sup>. Özellikle irade sakatlığı ihtimalini dikkatle değerlendirmek gerekir. Diğer taraftan ibranın makbuz hükmünde değerlendirmesi sözleşme serbestisi ile de çelişebilmektedir, çünkü ibranamenin işçinin serbest iradesi ile verilmiş olması ihtimali istisnai de olsa gerçekleşebilir<sup>108</sup>.

TBK'nın getirdiği yeni düzenleme (m. 420) ile birlikte iş hukukuna ilişkin ibra problemlerinin bazılarının önemini yitirdiği söylenebilir. Esasen iş hukukuna özgü ibranın özellikleri ve koşullarının ayrıca değerlendirilmesi gerekir<sup>109</sup>. Aşağıda bu konu ibranın şekli başlığı altında bir ölçüde özlü olarak ve dar bir kapsamda ele alınacaktır.

### 3. 2. İbra ve alacağı talep etmeme taahhüdü (pactum de non petendo)

Alacaklının alacağından vazgeçmeyip sadece bunu takip etmekten vazgeçme-

104 *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, s. 1031 ve orada anılan kaynaklar

105 Bu yönde bkz. *Çil, Şahin, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi (İbraname)*, İstanbul 2006, s. 14.

106 Belirtmek gerekir ki iş hukuku uygulamasında ibraname, genellikle işçinin işverenden alacağını tamamen aldığını ve bir alacağı kalmadığını gösteren bir belge olarak nitelendirilmektedir, bu konuda bkz. sadece, *Demircioğlu, Murat/Centel, Tankut, İş Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul 2009, s. 196; *Özdemir, Erdem, Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin Hükümler, MÜHAD, Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 561, 567.

107 Bu konuda *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, s. 1032 ve orada anılan kararlar.

108 Bu konuda bkz. *Çil*, s. 14.

109 Bu konuda bkz. sadece *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, s. 1032; *Doğan Yenisey, Kübra, Hizmet sözleşmesi*, in: *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu*, İstanbul 2012, s. 297, 335.

si<sup>110</sup> mümkündür. Alacaklının bu yönde bir taahhüt altına girmiş olması durumunda borç bu taahhüt ile birlikte ortadan kalkmaz, bu nedenle borca bağlı yan haklar da varlığını sürdürürler. Gerçi burada da ibrada olduğu gibi bir sözleşme söz konusudur. Ancak hukuki durum ibradan farklıdır<sup>111</sup>. İbra ile borç ortadan kalkar. Pactum de non petendo bir tasarruf işlemi değildir, borcu sona erdirmez, sadece bir tarafa olumsuz bir edim yükler ve bu ibradan farklı olarak hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulmaz<sup>112</sup>. Bir diğer ifade ile alacağı takip etmeme taahhüdü alacağı ortadan kaldırmadığı için karşı tarafa sadece bir def'i hakkı sağlar. Buna karşılık ibra borcu sona erdirdiği için, bu bir itiraz niteliğindedir<sup>113</sup>. Öğretide bazı yazarlar, alacağı talep etmeme taahhüdü ile oluşan hukuki durumu eksik borç olarak ifade etmektedirler<sup>114</sup>.

Alacaklının alacağından vazgeçmeyip sadece alacağı talep etmeme taahhüdü altına girmesi, özellikle alacağı güvence altına alan güvencelerden vazgeçmek istemediği, takas beyanında bulunma imkanını saklı tutmak istediği ya ana para alacağını istemekten vazgeçip bunun faizini istemeye devam ettiği durumlar açısından önemli olabilir<sup>115</sup>.

Öğretide borcun ertelenmesi (Stundungsvertrag) ile talep hakkını ileri sürmeme anlaşması bazen birlikte değerlendirilmektedir<sup>116</sup>. Yasada düzenlenmemiş olan bu (erteleme) anlaşma ile borcun muaccel olmasının ve buna ilişkin sonuçların geçici de olsa engellenmesi söz konusudur. Ancak bunun aynı zamanda gecici olarak alacağı talep etmeme taahhüdü içerdiği söylenebilir. Her ikisi de borcu ortadan kaldırmadığından ibra niteliğinde değildirler.

### 3. 3. İbra ve esas haktan feragat ile davadan feragat

Hukukumuzda istisnai olarak<sup>117</sup> tek taraflı kazandırmanın mümkün olduğu du-

110 Oğuzman/Öz, C. I, s. 577'de bu durum "alacak hakkını kullanmama taahhüdü" olarak nitelendirilmektedir.

111 Vergleiche von Tuhr/Escher, s. 177 vd.

112 Bkz. Oğuzman/Öz, C. I, s. 577, s. 578 dn. 24, bu son yerde bunun bir taahhüt işlemi olduğu için taahhütte bulunanın tasarruf yetkisine gerek olmadığı, bir kişinin başkasına ait bir alacağın takip edilmeyeceğini taahhüt edebileceğini, hatta üçüncü kişinin fiilini taahhüt şeklinde, alacaklı olmayan şahsın alacaklının ibrada bulunacağını borçluya taahhüt edebileceği haklı olarak ifade edilmektedir, s. 579: "Alacağı talep etmeme taahhüdünde ise borç sona ermez. Alacaklı bu alacağı, bir borcu ile takas edebilir, başkasına devredebilir; lehine taahhütte bulunulandan başka kişiler varsa onlardan talep edilebilir..." Bkz. ayrıca Turanboy, s. 34.

113 Bkz. sadece Turanboy, s. 34; Palandt/Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 71 Auflage, München 2012, § 397 kn. 4.

114 Bu konuda bkz. Turanboy, s. 34.

115 Bu konuda bkz. Oğuzman/Öz, C. I, s. 577 dn. 20 ve orada anılan kaynaklar; Çil, s. 11; Turanboy, s. 32.

116 Bkz. Bucher, OR-AT, s. 400 vd. ; KUKO OR-Lardi/Vanotti, Art. 115, kn. 9; BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 115, kn. 3; Turanboy, s. 30 vd.

117 Alacak hakkı dışındaki haklar (mülkiyet, sınırlı ayni haklar vs.) açısından hukuki durum farklıdır (bu konuda bkz. Koller, OR AT, § 63, kn. 3, s. 1034 vd.). Bunlardan yenilik doğurucu haklardan kurtulmak için

rumlarda (örneğin üçüncü kişi yararına sözleşme TBK m. 129; BK m. 111; İBK m. 112) kazandırma yapılan bunu kabul etmek zorunda değildir, kısacası kazandırmayı gecikmeksizin reddedebilir (BGB § 333<sup>118</sup>)<sup>119</sup>. İşte bu gibi istisnai durumlarda alacak hakkının tek taraflı sona erdirilmesi, bir diğer ifade ile borcun tek taraflı irade açıklaması ile sona erdirilmesi mümkündür ve esasen bu durum kendi içinde çelişik değildir. Bu üçüncü kişi yararına sözleşme için geçerli olduğu gibi miras hukuku yoluyla gerçekleşen kazandırmalarda da (TMK m. 616; İMK m. 577) geçerlidir<sup>120</sup>. Kendisine istisnai olarak iradesi dışında kazandırma yapılmış olan kişinin, bunu red etmesi sistem ile tamamen uyuşan bir durumdur. Bu gibi durumlarda borçlunun bu reddi kabul etmemesi, buna direnmesi söz konusu olamaz<sup>121</sup>.

Şu halde bu gibi istisnai durumlar dışında *borcun sona erdirilmesi* ibra sözleşmesi yoluyla olacaktır. Alacaklının alacağından feragat etmesi ve böylece *borcu sona erdirebilmesi* ancak ibra gerçekleştiği oranda söz konusu olabilir. Bir diğer ifade ile alacaklı alacağından tek taraflı olarak feragat edebilir, ama bu alacağı sona erdirmez. Feragat ve ibra ayrı kurumlardır, borçlunun kabul etmediği bir ibradan söz edilemez<sup>122</sup>.

Feragat haktan feragat etmek şeklinde maddi hukuk işlemi olabileceği gibi, dava sırasında yapılan davadan feragat şeklinde (usul hukuku işlemi) de olabilir<sup>123</sup>.

ise sözleşmeye gerek olup olmadığı tartışmalıdır, bu konuda bkz. *Koller*, OR AT, § 63, kn. 3, s. 1035. Koller, yenilik doğurucu hakkın kullanılması durumunda bir borç (hak) doğacak ise (önalım hakkında olduğu gibi) bir sözleşmeye gerek olduğunu, çünkü bu durumda yenilik doğurucu haktan vazgeçmek ile birlikte doğrudan haktan da vazgeçilmiş olacağını ifade etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, takas hakkı (Verrechnungsrecht) açısından da sözleşme gerekliliğini kabul etmiştir, BGE 83 II 26. Bkz ve karşı. Eren, s. 1222: "İnşai haklardan da hak sahibinin tek taraflı olarak vazgeçmesi mümkündür". Alman hukuku açısından bkz. *Olzen*, Dirk/ Staudinger, BGB -Neubearbeitung 2012, Das Erlöschen der Schuldverhältnisse, kn. 64: "Der Erlass einer Forderung setzt also einen *Vertrag* voraus. Ein einseitiger Verzicht kommt dagegen nur für Einreden, Gestaltungsrechte oder dingliche Rechte in Betracht".

118 § 333 BGB. Zurückweisung des Rechts durch den Dritten

"Weist der Dritte das aus dem Vertrag erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurück, so gilt das Recht als nicht erworben".

119 Bu konuda bkz. *Jagmann*, Rainer/Staudinger, BGB -Neubearbeitung 2009, kn. 2: "Dass der Dritte das Recht zurückweisen kann, entspricht dem Grundsatz der Privatautonomie und der allgemeinen Handlungsfreiheit und ebenso in gleicher Weise der Billigkeit, weil es nicht angeht, jemanden ein Recht gegen seinen Willen aufzudrängen. Gleichwohl ist es nicht selbstverständlich, dass der Dritte das Recht einseitig «zurückweisen» kann".

120 Ayrıca gerek yasal, gerekse atanmış mirasçı açısından mirasın reddi mümkündür (TBK m. 605 vd. ; İMK m. 566 vd.). Ancak henüz mirasçılık olayı gerçekleşmeden bunu önceden reddetmek mümkün değildir, daha doğrusu bunun bağlayıcı bir etkisi olmaz. İleride doğacak olan mirasçılıktan ancak mirastan feragat sözleşmesi (miras sözleşmesi) ile kurtulmak mümkündür (TMK m. 528; İMK m. 495). Şu halde miras bırakanın iradesine, olurluna da gerek vardır.

121 *Koller*, OR AT, § 63, kn. 2, s. 1034.

122 Bu konuda bkz. *Kılıçoğlu*, s. 812.

123 Esas haktan feragat ile davadan feragat konusunda bkz. *Akyol Aslan*, Leyla, Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2010, s. 98 vd.

Yukarıda ifade edildiği üzere borçlar hukukundan kaynaklanan alacaklardan tek taraflı olarak feragat ederek alacağı<sup>124</sup> ve böylece borcu sona erdirmek kural olarak mümkün değildir<sup>125</sup>. Şu halde gerçekte feragat olarak nitelendirilebilecek durumlar genellikle bir sözleşme niteliğindedirler. Bu açıdan haktan feragat dair irade açıklamalarını yorumlayarak, gerçek hukuki niteliklerini ortaya koymak, örneğin bunların duruma göre ibra ya da menfi borç ikrarı olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığını incelemek gerekir. Her ne kadar bir hakkı tek taraflı olarak başkasına kazandırma yapacak şekilde sona erdirmek kural olarak mümkün değil ise de hak sahibinin hakkını kullanması zorunluluğu olmadığından, pasif bir şekilde pratik olarak benzer bir hukuki durumun yaratılması söz konusu olabilir. Ancak bu durumda borç kural olarak (dürüstlük kuralından ya da hakkın kötüye kullanılmasından hareketle sona erme sonucuna varılabilecek durumlar *hariç!*) sona ermez. Buna karşılık davadan feragat<sup>126</sup> ise tek taraflı bir hukuki işlem olarak hem sulhten hem de ibradan farklı niteliktedir<sup>127</sup>.

Alacaklı alacak hakkından vazgeçmek (feragat etmek) yerine bunu takip etmeyebilir, davasını geri alabilir (Klagerückzug) veya dava ile takip ettiği alacağına ilişkin davadan feragat edebilir (Klageverzicht). Bu açıdan davadan feragat, usul hukukuna ilişkin bir taraf işlemidir. Usul hukukuna ilişkin tek taraflı hukuki işlem (einseitige Rechtshandlung – Prozesshandlung-)<sup>128</sup>. Bizatihi alacağı sona erdirmez, ancak davayı sona erdirir. Çünkü davadan feragat eden kişi, talebine dayanak olan hakkın gerçekte bulunmadığını ya da kendisi açısından artık önemsiz olduğunu beyan etmektedir. Davadan feragat usulüne uygun olarak yapıldı ise kesin hüküm niteliğindedir (HMK m. 311; HUMK m. 91-95). Bu açıdan alacaklı ile borçlunun mahkeme dışında ibra ile borcu sona erdirmeleri ile mahkeme önünde alacaklının alacağından tek taraflı olarak feragat etmesi farklıdır, bunlar farklı kuralara bağlıdır ve teknik anlamda farklı hukuki sonuçlar doğururlar.

### 3. 4. İbra ve sulh sözleşmesi

Sulh sözleşmesi ile taraflar karşılıklı ödünlere bulunarak<sup>129</sup> aralarında mevcut bir hukuki ilişki üzerindeki anlaşmazlığa veya kararsızlık haline son vermektedirler<sup>130</sup>. Sulh sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir akittir ve TBK'nın tam iki

124 Aynı haklar ve yenilik doğurucu haklar açısından hukuki durumun farklı olduğu açıktır.

125 Bu konuda bkz. sadece, *Rieble/Staudinger*, BGB -Neubearbeitung 2012, § 397 kn. 1.

126 Davadan feragat ile davanın geri alınması ve bunların farkları hususunda bkz. *Akyol Aslan*, s. 75 vd.

127 Bu konudaki ayrıntılar için bkz. *Akyol Aslan*, s. 86 vd. , ayrıca esas haktan feragat ile davadan feragatın karşılaştırılması konusunda da bkz. aynı eser, s. 98 vd.

128 KUKO OR-*Lardi/Vanotti*, Art. 115, kn. 7.

129 Bu konuda bkz. *Habersack/Münchener Kommentar zum BGB*, § 779 kn. 26-27.

130 Bu konuda bkz. *Tandoğan*, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/1, 5. Basım, İstanbul 1988, s. 14 ve orada dn. 3'de anılan kaynaklar; *Turanboy*, s. 42 vd. Bu konuda ve mahkeme önünde yapılan sulhün hem maddi hukuk hem de usul hukuku işlemi olduğu hususunda bkz. *Aslan Akyol*, s. 87. Alman hukukundaki

tarafli akitlere ilişkin hükümleri burada da uygulama alanı bulur.

Karşılıklı fedakârlığı gerektirdiğinden bir tarafa bir borç yüklemiyorsa sulh sözleşmesi değil, ibra, bir haktan feragat, bağışlama veya borç ikrarı söz konusu olur<sup>131</sup>.

Sulh sözleşmesi ile ibra arasındaki temel farklardan biri, ibrada ibra edilen borç açısından bir belirsizliğin bulunmamasıdır. Sulh sözleşmesi için gerekli olan şüphe subjektiftir, kişiseldir<sup>132</sup>. Kısmi belirsizlik de yeterlidir. Sulh sözleşmesi adi sulh (mahkeme dışı) ve kazai sulh (mahkeme önünde) (HMK m. 313-315) olarak gerçekleştirilebilir<sup>133</sup>. Mahkeme dışı sulh şekle bağlı değildir<sup>134</sup>.

Ayrıca tarafların serbest tasarrufunda olmayan, evlenmenin butlanı, boşanma, babalık, nesebin reddi gibi konularda sulh geçerli olarak yapılamaz<sup>135</sup>.

Diğer bir temel fark, sulh sözleşmesinin konusunun daha geniş olmasıdır, yukarıda ifade edildiği üzere bunun konusu bir uyuşmazlık olabileceği gibi bir belirsizliğin giderilmesi de olabilir. Bu açıdan bakıldığında sulh her zaman borcu sona erdiren bir durum değildir, tespit niteliğinde olabilir, yeni yükümlülükler doğurabilir, hukuki ilişkiyi değiştirebilir ve duruma göre kaldırabilir de<sup>136</sup>. Şarta bağlı olarak yapılabilir<sup>137</sup>. Sulh anlaşması her zaman bir tasarruf işlemi kapsamak zorunda değildir. Bu özellikle konusunun genişliğinden ve ayrıca konunun bir borç olması durumunda bunun belirsizliğinden de doğan bir sonuçtur.

### 3. 5. İbra ve ikale sözleşmesi (Aufhebungsvertrag; Beendigungsvertrag)

İkale sözleşmesi kanunda düzenlenmemiştir. Ancak ibra gibi bu da irade özerkliği ve bunun bir görünümü olan sözleşme özgürlüğünden çıkan doğal bir sonuçtur. Taraflar bu çerçevede borç ilişkisinin içeriğini değiştirebilecekleri gibi bunu geçmişe ya da sadece geleceğe etkili şekilde<sup>138</sup> tamamen ortadan kaldırmak yoluna

düzenleme (§ 779 BGB) ve bunun değerlendirilmesi konusunda bkz. *Stadler* in: *Jauernig* (BGB), § 779, kn. 1 vd. , yazar orada (kn. 7de) belirsizliğin hukuki ya da maddi alana ilişkin olabileceğini ifade ediyor; *Habersack/Münchener Kommentar zum BGB*, § 779 kn. 1 vd.

131 *Tandoğan*, s. 14.

132 *Tandoğan*, s. 15.

133 Davanın sulh yoluyla sona erdirilmesi hususundaki ayrıntılar için bkz. *Turanboy*, s. 42 vd. ; *Kuru*, Baki/ *Arslan*, Ramazan/ *Yılmaz*, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, 22. Baskı, Ankara 2011, s. 534 vd. , 538 vd.

134 *Turanboy*, s. 44.

135 *Tandoğan*, s. 18; *Kuru/Arslan/Yılmaz*, s. 538; *Habersack/Münchener Kommentar zum BGB*, § 779 kn. 5 vd.

136 Sulhün görünüm şekilleri ve kapsamı açısından bkz. *Habersack/Münchener Kommentar zum BGB*, § 779 kn. 31 vd. , 45 vd.

137 Şarta bağlı ve mahkeme önünde yapılan sulh ve bunun karara etkisi konusunda bkz. *Kuru/Arslan/Yılmaz*, s. 535 vd.

138 *Emmerich*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage 2012, § 311 kn. 20: "Der Aufhebungsvertrag beendet das Schuldverhältnis grundsätzlich nur mit Wirkung für die Zukunft. Es besteht aber kein Hindernis für die Parteien, auch die rückwirkende Beseitigung des Schuldverhältnisses zu vereinbaren (§ 311 Abs. 1)".

gidebilirler (contrarius consensus ya da contrarius actus)<sup>139</sup>. Yukarıda ifade edildiği üzere öğreti ve yargı kararlarında ibraya ilişkin hükümlerin bu konuda kıyasen uygulanabileceği genellikle<sup>140</sup> kabul edilmektedir<sup>141</sup>. Hukuki temeller itibariyle bakıldığında bu iki kurum arasında bir örtüşmeden söz edilebilir. Diğer taraftan ikale bütün borç ilişkisini ortadan kaldırdığından<sup>142</sup>, yani sadece tek tek borçların sona erdirilmesinden ibaret olmayabileceğinden ibradan daha kapsamlıdır.

İkale sözleşmesi, varlığı sabit olan borç ilişkisi ve borçlar açısından söz konusu olur. İbrada ortadan kaldırılan borç için de aynı şey geçerlidir. Geniş anlamda değerlendirildiğinde sözleşmelerin mümkün olduğu ve sözleşmenin tarafların tasarrufunda kaldığı her (irade özerkliği) alanda ikale sözleşmesi de mümkün görülmektedir. İkale sözleşmesi kısmı ya da bütünsel olabilir. Kısmi olması bunu hemen ibra olarak nitelendirmek sonucuna götürmez. Çünkü kısmi ikale sözleşmesinde kural olarak borcun (dar anlamda) kaldırılmasından çok onun daraltılması söz konusu olur. Ayrıca ortadan kaldırılan borcun yerine yenisi kuruluyor ise burada artık “yenileme” gerçekleşir.

Gerek ibra gerekse ikale sözleşmesi –borç ilişkisinden kaynaklanan alacak ya da alacak hakları ortadan kaldırıldığı ölçüde- öğretilde tasarruf işlemi olarak nitelendirilmektedir<sup>143</sup>. İkalenin sözleşmesinin etkisi içeriğinden anlaşılabilir.

İbra açısından yeni düzenlemeye göre bir şekil şartı öngörülmemiş iken, ikale sözleşmesi kanunda düzenlenmediğinden TBK m. 13 (BK m. 12)’nin burada uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır<sup>144</sup>. Bu hüküm sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi ile sınırlı şekilde anlaşıldığında, ikale sözleşmesinin bunun kapsamında kalmaz. Şu halde, sözleşmenin tamamen kaldırılması değil de ger-

139 Bu konuda bkz. sadece, *Bucher*, OR AT, s. 390; *Stürner*, in: Jauernig (BGB), Vormerkungen zum Erlöschen der Schuldverhältnisse, kn. 3; genel olarak ve eleştirel yaklaşımı itibariyle bkz. *Rieble/Staudinger*, BGB -Neubearbeitung 2012, § 397 kn. 1 vd., özellikle 4 vd.; BSK OR I – *Portmann*, Art. 341, kn. 5.

140 Doğrudan uygulanabileceği görüşünde BSK OR I –*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 115, kn. 1: “Art. 115 regelt den **Schulderlass** oder **Aufhebungsvertrag**”, kn. 2: “Über den engen Wortlaut hinaus findet Art. 115 nicht nur auf die Aufhebung von **Forderungen**, sondern auch auf die Aufhebung von **Rechtsgeschäften** Anwendung («Aufhebungsvertrag», BGE 95 II 425)”.

141 Bkz. *ZürK/Aeppli*, Art. 115, kn. 16 ve orada anılan kaynaklar; *Koller*, OR AT, § 63, s. 1040, kn. 26; *KUKO OR-Lardi/Vanotti*, Art. 115, kn. 6; *Huguenin*, OR AT, s. 130, kn. 818; BSK OR I –*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 115, kn. 2 (doğrudan uygulanma yönünde); BGE 95 II 419 E. 2d: “Diese Aufhebung konnte gemäss Art. 115 OR formlos erfolgen, denn nach bewährter Lehre ist diese Bestimmung nicht nur auf die Aufhebung von Forderungen, sondern auch auf die Aufhebung von Rechtsgeschäften anwendbar”; BGE 99 II 53, 55.

142 Bu konuda bkz. sadece *Palandt/Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch, 71 Auflage, München 2012, § 311, kn. 7, § 397, kn. 4; *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 311 kn. 19: “Für die Aufhebung einer einzelnen Forderung stellt das Gesetz in § 397 den Erlassvertrag und das negative Schuldnerkenntnis zur Verfügung. Den Parteien bleibt es aber unbenommen, auch das gesamte Schuldverhältnis vertraglich aufzuheben (§ 311 Abs. 1)”.

143 Bu konuda ve ayrıntılar için bkz. *Turanboy*, s. 39 ve orada anılan kaynaklar.

144 Bu konuda bkz. *Turanboy*, s. 41 vd.

çekleşmiş olan ya da beklenen taleplerden vazgeçilerek içeriğinin değiştirildiği durumlarda ikale sözleşmesinden bahsedilemeyecektir. İkaleden bahsedilebilecek durumlarda ise şekle ilişkin TBK m. 13 (İBK m. 12) bu anlayışa göre uygulama alanı bulmayacaktır<sup>145</sup>.

### 3. 6. İbra ve konkordato

Konkordato icra ve iflas hukukunda ilişkin bir kurum olarak, borçlarını ödemede zorluk içinde olan borçlunun alacaklılarının yasada belirtilen oranda kabul etmeleri ve yetkili makam tarafından onaylanmak kaydıyla gerçekleşir ve böylece borçlu bir taraftan bir kısım borçlarından kurtulur, diğer taraftan zaman kazandır<sup>146</sup>. Bu kurumun mahkeme önünde ya da mahkeme dışı yapılması mümkündür. Mahkeme dışı yapılmış olan konkordato, ibranın özel bir türü olarak nitelenebilir. Mahkeme önünde yapılan ise kendine özgü nitelikler taşımaktadır.

Her iki türünde de kabul edildiği oranda borcun sona ermesi söz konusudur. Bu açıdan ibra ile örtüşen bir hukuki durum bulunmaktadır<sup>147</sup>.

### 3. 7. İbra ve menfi borç ikrarı

Menfi borç ikrarı (müspet borç ikrarının aksine –borç tanınması-TBK m. 18) yasada düzenlenmemiştir<sup>148</sup>. Alman hukukunda ibra sözleşmesi ve menfi borç ikrarı aynı paragrafta (BGB § 397<sup>149</sup>) düzenlenmiştir. Buna göre (§ 397 II BGB), *alacaklı, borçlu ile yapılan sözleşmeyle borç ilişkisinin bulunmadığını kabul ederse, aynı hükmün ilk fıkrasında düzenlenmiş olan ibra sözleşmesine denk sonuçlar doğar*<sup>150</sup>.

Buradan da anlaşıldığı üzere her iki kurum da sözleşme niteliğindedir. İbrada borcun varlığı konusunda bir belirsizlik bulunmamasına karşın, menfi borç ikrarında tam da bu yolla borcun varlığının (bulunmadığının) tespit edilmesi hususu

145 Bu konuda bkz. *Bucher*, OR AT, s. 400; KUKO OR-*Lardi/Vanotti*, Art. 115, kn. 10; bkz. ayrıca *Turanboy*, s. 40 vd.

146 Bu konuda bkz. *Turanboy*, s. 46 vd.

147 Özellikle mahkeme dışında yapılan konkordato ile hukuki sonuçlar konusundaki ayrıntılar için bkz. *Turanboy*, s. 48 ff.

148 Bu ikisinin örtüşen yanları olduğu gibi farklı yönleri de bulunmaktadır. Bu konuda bkz. *Rieble/Staudinger*, BGB -Neubearbeitung 2012, § 397 kn. 223 vd. , yazar bunların ikisinin de tespit sözleşmesi (Feststellungsvertrag) olduğunu ifade etmektedir.

149 “§ 397 Erlassvertrag, negatives Schuldanerkenntnis

(1) Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erlässt.

(2) Das Gleiche gilt, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, dass das Schuldverhältnis nicht bestehe”.

150 Bu konudaki ayrıntılar için bkz. *Rieble/Staudinger*, BGB -Neubearbeitung 2012, § 397 kn. 231 vd.

öğretide en temel fark olarak ifade edilmektedir<sup>151</sup>. Borcun varlığının sabit olduğu durumlarda, yapılan menfi borç ikrarı (biçimsel olarak böyle ifade edilen), karşı tarafın en azından örtülü kabulünün bulunması kaydıyla ibra olarak nitelenecektir. Bir diğer ifade ile burada maddi anlamda bir ibra bulunmaktadır<sup>152</sup>. Buna karşılık bir belirsizlik var ise burada ibradan bahsedilemez. Bu nedenle öğretide olumsuz borç ikrarında, koşullu (bedingter Erlass)<sup>153</sup> ya da tahmini (eventueller Erlass)<sup>154</sup> ibra bulunduğu ifade edilmektedir.

Uygulamada ibra denilince akla gelen hususlardan biri olan, bir tüzel kişiliğin yönetim organlarının genel kurul kararı ile önceki dönem açısından aklanması (kurtarılması) yönündeki ibra kararlarını (Décharge-Beschluss; Entlastung) da bu çerçevede değerlendirmek mümkündür. Burada da maddi anlamda bir tür olumsuz borç ikrarı söz konusudur. Ancak bu bir sözleşme ile gerçekleşmez. Kabulü gerektiren bir hukuki işlem değil, tam tersine tek yönlü bir karar (hukuki işlem) söz konusudur<sup>155</sup>.

#### 4. İbranın Temel Özellikleri

##### 4. 1. İbra bir sözleşmedir

Daha önce ifade edildiği üzere alacak hakkından tek yönlü olarak vazgeçmek kural olarak hakkı ortadan kaldırmaz, tarafların anlaşmasına gerek bulunmazdır (ibra sözleşmesi). Şu halde ibra bir sözleşme olduğuna göre, doğal olarak

151 Bkz. von *Tuhr/Escher*, s. 179; *Huguenin*, OR AT, s. 130, kn. 819; BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 115, kn. 3; Alman hukuku açısından bkz. sadece *Schlüter/Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Bası, München 2012, § 397, kn. 12, 14.

152 Bu konuda bkz. *Bucher*, OR AT, s. 399. Alman hukukunda buradaki durumdan hareketle, menfi borç ikrarının ibranın bir alt türü olduğu ifade edilmektedir, bkz. *Schlüter/Münchener Kommentar zum BGB*, § 397, kn. 12: "Das Anerkenntnis, dass das Schuldverhältnis nicht bestehe, ist eine Unterart des Erlasses".

153 *Rieble/Staudinger*, BGB -Neubearbeitung 2012, § 397 kn. 224: "Wie jeder Feststellungsvertrag zielt das Schuldanerkenntnis nicht auf eine Rechtsänderung, sondern auf die Festschreibung einer von den Parteien angenommenen Rechtslage. Stimmt die angenommene mit der wirklichen Rechtslage überein, hat das Anerkenntnis kaum eine Wirkung. Irren die Parteien aber über das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung, sorgt das (positive wie negative) abstrakte Schuldanerkenntnis dafür, daß sich die wirkliche Rechtslage der vermeintlichen anpaßt. Das negative Schuldanerkenntnis enthält so einen "bedingten" Erlaß für den Fall, daß die Forderung doch besteht (vTuhr II 2, 258). § 397 Abs 2 folgert insofern aus dem Feststellungswillen einen bedingten Erlaßwillen", kn. 229: "Was die Parteien wollen, ist ihrer Vereinbarung im Wege der Auslegung zu entnehmen. Das negative Schuldanerkenntnis verlangt einen bedingten Willen zur Forderungsvernichtung".

154 Bkz. von *Tuhr/Escher*, s. 161 vd.; *Bucher*, OR AT, s. 399; KUKO OR-Lardi/Vanotti, Art. 115, kn. 7; BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 115, kn. 3.

155 *Bucher*, OR AT, s. 399; *Huguenin*, OR AT, s. 131, kn. 820; KUKO OR-Lardi/Vanotti, Art. 115, kn. 7; Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 397, kn. 12; *Schlüter/Münchener Kommentar zum BGB*, § 397, kn. 16. Bu konuda bkz. ve krş. Kılıçoğlu, s. 812, yazar borcun ibra kararı ile değil de zımnen kabul ile sona ereceğini ifade etmektedir: "Bu durumda, organ borçlu, tüzel kişinin kendisi alacaklı konumunda olup, genel kurul tarafından ibra yönünde alınan ibra kararı, organın bunu zımnen kabul etmesiyle taraf arasında borcu sona erdirir. Bu sözleşme genel kurulda ibra yönünde oy kullanan kişiler için bağlayıcı olup, ancak buna katılmayan kişiler, ibra etmedikleri organ hakkında yasal yollarla alacak hakkı iddiasında bulunabilirler".

sözleşmelerin meydana gelmesine dair kurallar burada da uygulanırlar. Buna göre ise, ibra örtülü şekilde de gerçekleşebilir<sup>156</sup>. Örtülü irade beyanı açısından ilk irade açıklamasının (icabın, önerinin) kimden geldiği elbette önemlidir. Öneri alacaklıdan gelmiş ise, karşı tarafın (borçlunun) bunu kabul etmesi işin özelliği gereği gerekli görülmebilir (TBK m. 6; BK m. 6; İBK m. 6). Aksi durumda ise aynı sonuca varmak zordur. İbra borcu kesin şekilde sona erdirdiğinden, şüphe halinde ibra iradesinin bulunmadığı yönünde yorum yapmak uygun olacaktır<sup>157</sup>. Örtülü irade açıklamasına örnek olarak şunlar verilebilir: Asıl alacak talep edilmişken faizin istenilmemiş olması<sup>158</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi, iş akdinin sona ermesi durumunda işverenin işçiye karşı sahip olduğu tazminat talebini ileri sürmemiş olmasının bu şekilde yorumlanabileceği yönünde karar vermiştir<sup>159</sup>. Buna karşılık, tek başına, alacağın uzun süre talep edilmeyerek zamanaşımına uğramasına sebep olunmasında, tepkisiz kalma durumunda<sup>160</sup> veya hakkın ileri sürülmemesinde (kullanılmamasında) örtülü ibra iradesi sonucu çıkarılamaz<sup>161</sup>.

İbranın sözleşme niteliğinde olması hususu, bizatihi ibra için geçerli olduğu gibi bunun temelinde yatan temel hukuki ilişki için de geçerlidir<sup>162</sup>. Ancak miras bırakanın ölüme bağlı tasarrufla bir ibra vasiyetinde bulunması durumunda temel hukuki işlem (yani vasiyetin içinde yer aldığı vasiyetname ya da miras sözleşmesi) eğer vasiyetname ise tek taraflı bir hukuki işlemidir (TMK m. 517/II; İMK m. 484/II). Bu durumda vasiyet alacaklısı, vasiyet borçlusundan (normalde atanmış ya da yasal mirasçılardan) borçtan ibra yoluyla kurtarılmasını talep edebilecektir<sup>163</sup>.

İfade etmek gerekir ki, ibranın sözleşme olması, bunu, borcun tek taraflı olarak sona erdirilmesini sağlayan imkânlardan farklı kılar. Taraflardan birinin diğerinin

156 Bkz. sadece BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 115, kn. 6.

157 Bu yönde BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 115, kn. 6; BGer 5C. 56/2005 vom 15. 7. 2005, E. 3. 2: "Der Wille zur Aufhebung einer Forderung im Sinne von Art. 115 OR ist nicht zu vermuten und muss klar zum Ausdruck gelangen (z. B. BGE 52 II 215 E. 5 S. 220 ff. ; 109 II 327 E. 2b S. 329; 110 II 344 E. 2b S. 346)"; *Koller*, OR AT, § 63, s. 1037 vd. , kn. 15 vd. Yargıtay uygulamasına göre, iş hukukuna ilişkin olarak işçinin almamış olduğu bir alacağı ibra ettiğinin kabulü için bunun kesin ve açık bir şekilde beyan edilmesi gerekmektedir, bu konudaki kararlara bkz. *Uygur*, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, 4. Cilt, s. 4064 vd.

158 ZürK/*Aepli*, Art. 115, kn. 32; BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 115, kn. 6.

159 BGE 110 II 344, 345: "Aussi une renonciation de l'employeur à sa créance ne peut-elle être admise que si, en application des principes généraux sur la formation des contrats, l'attitude des parties, interprétée selon le principe de la confiance, peut être comprise dans le cas particulier comme une remise de dette conventionnelle (art. 115 CO)".

160 Ancak alacaklının ibraya yükümlü olduğu ve buna uyarak borçluya bir ibra önerisinde bulunmuş ise, borçlunun tepkisiz kalması önemsizdir, borç sona erer, bkz. *Koller*, OR AT, § 63, s. 1038, kn. 16.

161 Bu konuda ve başka örnekler konusunda ZürK/*Aepli*, Art. 115, kn. 35 vd. ; bkz. BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 115, kn. 6; *Koller*, OR AT, § 63, s. 1039, kn. 21; *Turanboy*, s. 57 vd. ; *Eren*, s. 1223.

162 Bu konuda bkz. *Koller*, OR AT, § 63, kn. 2, s. 1034.

163 Bu konuda bkz. sadece *Dural*, Mustafa/Öz, Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, Yenilenmiş Beşinci Bası, İstanbul 2011, s. 143 vd. , kn. 689.

olurunu almaksızın *istisnai olarak borç ilişkisini* sona erdirmesi mümkündür. Bu durum, irade sakatlıklarında hukuki işlemin geçersiz olduğu yönünde irade beyanıyla (iptal etme), sözleşmeden dönme, sürekli borç ilişkilerinde fesih, tek taraflı irade açıklamalarında geri alma şeklinde gerçekleşebilir. Bunlar ancak yasada düzenlenmiş olan ve kural olarak maddi anlamda gereklere bağlanmış özel imkânlardır ve salt borcu değil, borç ilişkisini sona erdirmeye yönelik irade açıklamalarıdır.

#### 4. 2. İbranın tasarrufi ve kazandırıcı işlem olması

İbra borcu sona erdirdiği ve böylece borçlunun malvarlığında bir artışa (pasifinde bir azalmaya) sebep olduğu için borçlu açısından bir kazandırıcı işlemidir. İbra eden alacaklıyı bu şekilde davranmaya iten en yakın hukuki sebep (cause) farklı olabilir<sup>164</sup>. İbranın, borcun ifa olmaksızın sona ermesi nedeni olması itibarıyla akla hemen bağışlama sebebi (causa donandi) gelmekte ise de, ivazlı ibra da söz konusu olabilir. Alacaklı ve borçlunun karşılıklı olarak haklarından kısmen vazgeçtikleri karşılıklı ibrada (esasen takas sözleşmesi<sup>165</sup>) ise bir bağışlama sebebi söz konusu değildir<sup>166</sup>.

İbra alacak hakkını doğrudan doğruya sona erdirdiği ya da azalttığı (kısmi ibrada) için aynı zamanda bir tasarruf işlemidir<sup>167</sup>. Bu nedenle alacaklının tasarruf ehliyetine (hukuki işlem ehliyetine) sahip olması yetmez, aynı zamanda alacak

164 İbranın temelinde bir sebebin (causa) bulunmasının gerekip gerekmediğinin tartışmalı olduğu ve buna gerek olmadığı yönünde, BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 115, kn. 4. Haklı olarak aksi yönde, Eren, s. 1223; *Turanboy*, s. 105 ve bu konudaki tartışmalar konusunda s. 106 vd.; *Dennhardt/Beck'scher Online-Kommentar BGB* (Hrsg: Bamberger/Roth), Stand: 01. 05. 2012, Edition: 23, § 397 BGB kn. 3.

165 Buna karşılık takasta borcun ifa olmaksızın sona ermesi söz konusu olmadığından, bir diğer ifade ile burada ifa surrogatı bulunmadığından, takasın ikili ibra olduğu da söylenemez. Buna karşılık iki tarafın birbirini karşılıklı olarak ibra etmesi anlamında yani gerçek anlamda takasın söz konusu olmadığı durumlarda farklı bir durum söz konusudur. Bu konuda bkz. *Rieble/Staudinger*, BGB -Neubearbeitung 2012, § 397 kn 23-24: "Der Erlaß ist mithin kein Erfüllungssurrogat wie Aufrechnung oder Hinterlegung. Deshalb ist es auch falsch, den Aufrechnungsvertrag als doppelten Erlaß zu begreifen (...). Wie die Aufrechnung zielt der Aufrechnungsvertrag auf wechselseitige Befriedigung und nicht auf Erfüllungsverzicht. Wie jene soll dieser zurückwirken, was beim Erlaß ausgeschlossen ist (...). Das schließt den beiderseitigen, durch causa oder Geschäftseinheit verknüpften Erlaß nicht aus. Voraussetzung ist aber, daß der Wille der Parteien auf Verzicht und nicht auf wechselseitige Befriedigung gerichtet ist. So kann man sich in einem Vergleich (...) durchaus den beiderseitigen Erlaß auf bestrittene Ansprüche vorstellen, die schon der Gesichtswahrung wegen einander nicht erfüllend zugestanden werden sollen".

166 Bkz. von *Tuhr/Escher*, s. 176; *Koller*, OR AT, § 63, kn. 6, s. 1035. *Koller*, aynı yerde, borcun yenilenmesi halinde de bunun söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Yazar, bir satım sözleşmesinde satım bedeli alacaklısı olan A'nın, borçlu B ile bunun onda ödünç olarak kalması konusuna anlaşmalarını buna örnek olarak orada vermektedir.

167 Bu konuda bkz. sadece *Kılıçoğlu*, s. 813; *Oğuzman/Öz*, C. I, s. 577; *Eren*, s. 1222-1223; *Turanboy*, s. 114 ve orada dn. 64'de belirtilen kaynaklar; *ZürK/Aepli*, Art. 115, kn. 10 vd. ; BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 115, kn. 5, 10. Alman hukuku açısından bkz. *Dennhardt/Beck'scher Online-Kommentar BGB* (Hrsg: Bamberger/Roth), Stand: 01. 05. 2012, Edition: 23, § 397 BGB kn. 2; *Rieble/Staudinger*, BGB -Neubearbeitung 2012, § 397 kn. 29 vd. ; *Schlüter/Münchener Kommentar zum BGB*, § 397, kn. 6.

üzerinde tasarruf yetkisine de sahip olması gerekir<sup>168</sup>.

İbra bir kazandırma olarak nitelendirilince, bunun altında bir taahhüt işlemi (temel hukuki işlem) bulunup bulunmadığı ve bulunduğu kabul edilir ise, bunlar arasındaki ilişki tartışmalıdır<sup>169</sup>. Bazı yazarlar, ibra için bir hukuki sebep (causa) bulunmasına gerek olmadığını, burada borçlandırıcı ve tasarruf işlemi ayrımının yapılmasının gereksiz (überflüssig) olduğunu ifade ederlerken<sup>170</sup>, bazı yazarlar bu konuyu haklı olarak ayrıntılı şekilde değerlendirmektedirler<sup>171</sup>. Gerçi bu şekilde bir ayırım yapılsa bile taahhüt ve tasarruf işleminin kural olarak aynı anda gerçekleşmesi söz konusu olur. Bununla beraber ibra etme taahhüdü daha önce gerçekleşebilir<sup>172</sup>.

Esasen temel işlem ile tasarruf işlemi arasındaki hukuki ilişki pratik olarak da önemli bir konudur. Bu ilişki açısından öğretilerde baskın olan<sup>173</sup> soyutluk<sup>174</sup> ya da sebebe bağlılık<sup>175</sup> görüşleri bulunmaktadır. Soyutluk görüşü çerçevesinde ibra (temeldeki hukuki işlem geçersiz olsa dahi) gerçekleşmiş ve böylece borç sona ermiş olur. Ancak alacaklı bu durumda borcun yeniden kurulması yönünde bir talep hakkına sahip olur.

Sebebe bağlılıktan hareket edildiğinde ise temel ilişki ile birlikte ibra da geçersiz olacağı için borcun sona ermesi söz konusu olmaz. Koller, sebebe bağlılık açısından gerekçe olarak bunun taraf iradelerine daha uygun olduğu, tarafların sebebin geçersizliğini (die Ungültigkeit der causa) bilmeleri durumunda borcun sona ermeyeceğinden hareket edeceklerini, ayrıca istisnai olarak üçüncü kişilerin ya da genelin (kamunun; Allgemeinintesse) çıkarının korunmasının gerektiği du-

168 BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 115, kn. 5; ZürK/Aeppli, Art. 115, kn. 10 vd. Kılıçoğlu, s. 813; Turanboy, 117 vd.; Oğuzman/Öz, C. I, s. 577 vd.

169 Bu konuda bkz. sadece ZürK/Aeppli, Art. 115, kn. 44 ve orada anılan kaynaklar; BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 115, kn. 4.

170 BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 115, kn. 4: "Die Frage, ob eine **causa** dem Erlass zugrunde zu liegen braucht, ist umstritten, wohl aber zu verneinen, da hier eine Unterscheidung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft überflüssig ist".

171 Örneğin Koller, OR AT, § 63, kn. 4 vd, s. 1035'de bu konuyu ayrıntılı şekilde değerlendirmektedir; aynı şekilde Turanboy, s. 95 vd. Bkz. ayrıca Becker/BernK, Art. 115, kn. 11.

172 Koller, OR AT, § 63, kn. 5, s. 1035. İfade etmek gerekir ki, miras bırakanın ibra vasiyeti yapması (temel hukuki işlem) durumunda da temel işlem tasarruf işlemine (mirasçılardan borçluyla yaptığı ibra sözleşmesi) öncel niteliktedir, bu konuda bkz. Oğuzman/Öz, C. I, s. 578.

173 Bu konuda Oğuzman/Öz, C. I, s. 578.

174 ZürK/Aeppli, Art. 115, kn. 44; Oğuzman/Öz, C. I, s. 578 ve orada dn. 26'da anılan kaynaklar. Bkz. ayrıca Becker/BernK, Art. 114, kn. 11. İbranın soyut olduğu fikri özellikle Alman hukukunda ağırlıklı olarak savunulmaktadır. Bu konuda bkz. *Dennhardt/Beck'scher Online-Kommentar BGB* (Hrsg: Bamberger/Roth), Stand: 01. 05. 2012, Edition: 23, § 397 BGB kn. 9; *Rieble/Staudinger, BGB -Neubearbeitung 2012*, § 397 kn. 30, 37; *Schlüter/Münchener Kommentar zum BGB*, § 397, kn. 6.

175 Bu yönde von *Tuhr/Escher*, s. 177; *Koller*, OR AT, § 63, kn. 7, s. 1035; *Eren*, 1223 vd.; *Turanboy*, s. 110.

rumdarda belki soyutluk ilkesine dayanılabileceğini, ama burada bu yönde çıkarların da bulunmadığını ifade etmektedir<sup>176</sup>.

#### 4. 4. İbranın şekli

##### 4. 4. 1. Temel prensip: ibra şekle bağlı değildir

TBK m. 132, şekil açısından hukuki durumu açıkça düzenlemiştir<sup>177</sup>. Buna göre borcu doğuran işlem kanunen ya da tarafların iradesi ile şekle bağlı tutulmuş olsa dahi ibra şekle bağlı olmaksızın yapılabilir. Kural bu olmakla birlikte, yasa koyucu bizatihi kendisinin koyduğu özel kurallar ile buna istisna getirmiştir (TBK m. 420).

Her ne kadar konu ibra ise de, ibradan daha kapsamlı olan ikale sözleşmesi açısından kanun koyucu bazı sözleşmelerin ortadan kaldırılması açısından şekil şart öngörmüştür (mal rejimi sözleşmesi açısından bkz. TMK m. 205; İMK m. 184; miras sözleşmesi<sup>178</sup> açısından TMK m. 546/I; İMK m. 513/I). Bu gibi açık durumlarda ikale sözleşmesinin şekle bağlı olduğu açıktır ve bu durum bu tür sözleşmelerin özelliğinden kaynaklanmaktadır. Şekle bağlı sözleşmelerin değiştirilmesinin de aynı şekle bağlı olması hususu ise TBK m. 13'de düzenlenmiştir.

##### 4. 4. 2. TBK m. 132 ile TBK m. 13 I arasındaki ilişki?

TBK m. 132 açık şekilde şekle bağlı olmama kuralını getirmiş ise de bu hüküm ile TBK m. 13/I hükmünün ilişkisine kısaca değinmekte yarar vardır. TBK m. 13/I hükmünün uygulanma alanının geniş anlaşılması durumunda (sözleşmenin değiştirilmesinin sözleşmenin bütünüyle kaldırılmasını da içerdiği kabul edildiğinde) gerek genel olarak, gerekse TBK m. 132 hükmünün ibra yanında ikale sözleşmesini de düzenlediğini iddia eden görüş açısından<sup>179</sup> bu iki hükmün ilişkisi önemlidir<sup>180</sup>. Öğretide baskın olan görüşe göre, TBK m. 13/I hükmü bor-

176 Koller, OR AT, § 63, kn. 7, s. 1036.

177 Bu şekilde açık düzenleme bulunmayan dönem açısından ibranın şekli bir tartışma konusu olmuştur. Bu özellikle geçerli şekilde doğması belirli bir şekil şartına bağlanmış olan borçların, aynı şekile bağlı olarak ortadan kaldırılabilmesi tartışması açısından önemli olmuştur. Bu konuda bkz. Oğuzman/Öz, C. I, s. 575 vd. ve orada anılan kaynaklar.

178 Ölümüne bağlı tasarruflar açısından sıkı bir şekil rejimi öngörüldüğünden bunların ortadan kaldırılması da kural olarak sıkı şekil şartlarına bağlıdır. Bu konudaki ayrıntılar için bkz. Dural/Öz, s. 106 vd. , 113 vd. ; Serozan Rona/Engin Baki İlkay, Miras Hukuku, Ankara 2012, 3. Baskı, s. 269 vd. , 278 vd.

179 Becker/BernK, Vormerkung zu Art. 114-142, kn. 20, Art. 115, kn. 2; Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 115, kn. 1.

180 İfade etmek gerekir ki, ibraya ilişkin hükmün ikale sözleşmesine kıyasen uygulanmasını savunan görüş açısından da en önemli noktalardan bir tanesi şekil hususudur. Bu açıdan şekle bağlı işlemlerin bu hüküm çerçevesinde şekle bağlı olmaksızın ortadan kaldırılması mümkün olabilecektir (örneğin şekle bağlı taşınmaz satışını kaldırılması), bu konuda bkz. Koller, OR AT, § 63, s. 1039 vd. , kn. 26 vd. Buna karşılık tasarruf işlemlerinin ortadan kaldırılmasında bu durum söz konusu olmaz. İbranın geri alınması, alacağın temlikinin geri alınması gibi durumlarda yine şekil şartına uymak gerekecektir (bu konuda bkz. Koller, OR AT, § 63, s. 1041, kn. 29).

cun tamamen sona erdirilmesine değil, sadece borç ilişkisinin içeriğinin değiştirilmesine dairdir<sup>181</sup>. Bu nedenle ortada bir ibra değil (bütünsel ya da kısmi) de borcun değiştirilmesi söz konusu ise TBK m. 13/I hükmü uygulama alanı bulur. Buna karşılık borç ilişkisinin kaldırılması veya borcun ibra ile sona erdirilmesi söz konusu ise TBK m. 132 uygulanır<sup>182</sup>. Öğretide sözleşme ile kararlaştırılmış yükümlülüğün arttırılması yönündeki düzenlemelerin sözleşmenin değiştirilmesi şeklinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>183</sup>.

#### 4. 4. 3. Hizmet akdi kapsamında ibranın şekli ve TBK m. 420 hükmünün değerlendirilmesi

Yukarıda anıldığı üzere TBK m. 132'ile getirilen temel prensibe özel hükümler ile istisnalar getirilmiştir. Bunlardan bir tanesi TBK'nın getirdiği önemli yeniliklerden olan “ceza koşulu ve ibra” başlıklı 420. maddedir. İbra iş hukuku açısından temel önemde olduğu ve bu yönüyle uygulaması çok olduğu için bu konuya kısaca değinmekte yarar vardır. Hemen ifade etmek gerekir ki, iş hukukuna ilişkin genel/özel kanunlarda bu konuda ayrıca bir düzenleme olmadığından, TBK hükmü bütün iş hukuku bakımından olduğu gibi doğrudan TBK'nın uygulandığı hizmet akitleri açısından da temel önem kazanmaktadır. Bu maddenin ikinci fıkrası şu şekildedir:

*“İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibariyle sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödememin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığı ile yapılması gerekir. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür”.*

Bu hükümden açık şekilde anlaşıldığı üzere iş hukuku açısından işçi alacaklarına mahsus olmak üzere **ağırlaştırılmış şekil şartları** getirilmiştir. Şimdiye kadar ki Yargıtay uygulamasını da aşan bu hükmün, işçinin korunması düşüncesiyle kalemeye alındığı gerekçesinde açık şekilde belirtilmiştir.

Şu halde iş akdi çerçevesinde işçi açısından doğan alacaklarda olduğu gibi

181 İsviçre hukuku açısından bu konuda bkz. *Becker/BernK*, Vormerkung zu Art. 114-142, kn. 20, Art. 115, kn. 3; *BSK OR-I Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 115, kn. 9; *KUKO OR-Lardi/Vanotti*, Art. 115, kn. 2; *Bucher*, OR-AT, s. 402: “Die Regel der Formfreiheit des Erlasses gemäss OR 115 sollte nur auf bereits entstandene, d. h. fällige Schulden bezogen werden, während eine vor Fälligkeit vereinbarte Herabsetzung der Leistungspflicht einer Partei (z. B. Reduktion des Kaufpreises einer Liegenschaft) als Vertragsänderung im Sinne von OR 12 aufzufassen ist”; *ZürK/Aeppli*, Art. 115, kn. 55 vd; *ZürK/Schönenberger*, *Wilhelm/Jaeggi*, Peter, *Kommentar zur Obligationenrecht*, Teilband V 1a, Rn. 6 vd, insb. kn. 9.

182 İsviçre hukuku açısından bkz. *Becker/BernK*, Art. 115, kn. 3: “Der Grund der verschiedenen Regelung ist darin zu erblicken, dass bei der blossen Abänderung immer noch eine Verpflichtung bestehen bleibt, bei der Aufhebung dagegen nicht”; *BSK OR-I Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 115, kn. 9.

183 İsviçre hukuku açısından bkz. *BSK OR-I Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 115, kn. 9; *KUKO OR-Lardi/Vanotti*, Art. 115, kn. 2.

(TBK m. 420 son hükmünden anlaşıldığı üzere) destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dahil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacakları açısından bu özel ve ağırlaştırılmış şekil şartları geçerlidir.

Yargıtay uygulamalarında miktar belirtilmiş ibranamelerin geçerli olması mümkündür. Bununla beraber örneğin 9 HD kökleşmiş içtihadına göre iş ilişkisi devam ederken düzenlenen ibra sözleşmeleri geçersizdir<sup>184</sup>. Ancak miktarın ve alacak kalemlerinin tek tek belirtildiği ibraname, sözleşmenin sona ermesinden sonra alınmış ve irade sakatlığı da yok ise (bu ileri sürülüp kanıtlanamamış ise) geçerli sayılmaktadır<sup>185</sup>.

Miktar belirtilen ibranamede alacağın tamamı ödenmiş ise bu durumda ifa ile borç ortadan kalkar. Buna karşılık kısmı ödeme var ise, bunu Yargıtay genellikle makbuz olarak kabul etmektedir. Bu durum iş sözleşmesi sürerken<sup>186</sup> verilen ibranameler için de geçerlidir<sup>187</sup>.

Her ne kadar TBK m. 420 hükmü ve bununla genel ibra hükmü arasındaki ilişki başlı başına ve ayrıntılı şekilde değerlendirilmesi gereken bir konu ise de bu konu burada çok özlü ve genel hatlarıyla değerlendirilmiştir:

TBK m. 420 ilk bakışta ibra sözleşmesini düzenlemekte ise de kendi içinde bazı önemli sorunlar taşımaktadır. Bu hükmü göre (TBK m. 420/II), **ibra konusu alacağın türünün ve miktarının** açıkça belirtilmesi gerektiği gibi **buna ilişkin ödemenin hak tutarına nazaran noksansız olarak yapılması** gerekmektedir. Bu hükmü, lafzına uygun olarak, ibra konusu alacağın tamamının belirtilmesi ve ayrıca bu belirtilen alacağın tamamının ödenmesi şeklinde anlamak mümkündür<sup>188</sup>. Bu durumda ise ibradan bahsetmeye imkân yoktur. Bu açıdan öğretide bu hüküm haklı olarak eleştirilerek, “*işçilik alacaklarından ibranın mümkün olmadığı görülmektedir*” denilmektedir<sup>189</sup>. Her ne kadar, hükmün kötü şekilde kaleme alınmış olmasından dolayı, “*Türk hukukunda işçinin hiçbir alacağına dair ibra sözleşmesi*

184 Bkz. sadece, Yarg. 9 HD, E. 2009/7492, K. 2011/7308, 17. 3. 2011, İBD 2012, Cilt 87, S. 1, s. 374, 377; bu konuda bkz. ayrıca *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, s. 1032 vd.

185 Bkz. Yarg. 9 HD, E. 2009/7492, K. 2011/7308, 17. 3. 2011, İBD 2012, Cilt 87, S. 1, s. 374, 377 ve bu kararda anılan (İBD 2012, C. 87, S. 1, s. 378) YargHGK, 21. 10. 2009, E. 2009/396, K. 2009/441 kararı; bu konuda bkz. *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, s. 1032 vd.

186 İş hukuku öğretisinde baskın olan görüşe ve Yargıtay’ın kararlarına göre iş akdinin sona ermesinden önce düzenlenen ibranameler geçersizdir, bu konuda bkz. *Süzek, Sarper, İş Hukuku, Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku*, 6. Basi, İstanbul 2010, s. 721 vd ile orada dipnot 119’da anılan yazarlar ile dn. 120’de anılan Yargıtay kararları.

187 Yarg. 9 HD, E. 2009/7492, K. 2011/7308, 17. 3. 2011, İBD 2012, Cilt 87, S. 1, s. 374, 377; Yarg. 9 HD 24. 6. 2010, E. 2008/33748, K. 2010/20389.

188 Haklı olarak bu şekilde, *Doğan Yenisey*, s. 297, 335; bkz. ayrıca *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, s. 1039 vd.

189 *Doğan Yenisey*, s. 297, 335; benzer şekilde, *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, s. 1040; *Özdemir*, s. 561, 568.

*yapması mümkün görünmemektedir*” şeklinde<sup>190</sup> bir değerlendirme yapmak mümkün ise de, bu sonuç, hükmün gelişim tarihinden, hukukumuzda geçerli olan temel ilkelerden hareketle eksik ve yerinde olmayan bir sonuç niteliğini taşıyacaktır. Her halükarda hükümdeki diğer koşullardan, ibraya ilişkin diğer düzenlemelerden ve bu hükmün asıl olarak işçiyi korumayı hedefliyor olmasından hareketle, bu korumanın gerekli olmadığı, daha doğrusu işçinin *gerçek* iradesinin bu yönde olduğu durumlarda ibraya imkân verecek şekilde bir değerlendirme yapmak ve hükmü bu şekilde ayakta tutmak gerekecektir. Nihayetinde hükmün amacından ve kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceğinden de hareketle bu hükme uygulanabilir bir anlam vermek gerekir. İşçinin korunmasını gerektirdiği ölçüde ve bununla sınırlı bir uygulama alanı bulmak, hükmün amacına da uygundur. Esasen bu sonuç, hükmün ikinci ve üçüncü fıkralarının *birlikte değerlendirilmesinden* de kendine dayanak bulmaktadır. TBK m. 420/III şu şekildedir: “*Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur*”. Buradaki “*hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen*” ibaresinden hareketle, TBK m. 420/II’ye göre ibranın söz konusu olabilmesi için bütün borcun ödenmesi gerektiği söylenebilecektir<sup>191</sup>. Ancak bu sonuç, yukarıda ifade edildiği gibi, artık (geniş anlamda) iş hukukunda ibranın olmadığı anlamına gelir. Oysa bu, hüküm oldukça kötü ifade edilmiş olsa da, hükmün özüne, amacına ve ibra kurumuna da uygun düşmemektedir. Bu nedenle de her iki fıkra arasındaki farkı ortaya koymak ve buradan hareketle bunların nasıl anlaşılmasının daha uygun olacağı üzerinde durmak gerekir. Buna göre, ibra olması için, genel anlamda ibra iradesi ve tarafların uyuşması koşulu yanında, TBK m. 420/II’deki diğer (şekli ve maddi) koşullar bulunmalıdır: a) İbra sözleşmesi, en erken hizmet akdi sona erdikten bir ay sonra yapılmalıdır b) İbra yazılı olmalıdır c) İbra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi gerekir<sup>192</sup> d) İbra ivazlı olmak zorundadır e) Ödemenin

190 Doğan Yenisey, s. 297, 335; benzer şekilde, Özdemir, s. 561, 568.

191 Bkz. ve krş. Özdemir, s. 561, 568: “Ancak Borçlar Kanununun bu düzenlemesi “sınırlama” kavramını aşmış, deyim yerinde ise, ibranameler tamamen etkisiz hale getirilmiştir. Gerçekten ibraname sadece basit bir makbuz dönüşmüştür. Maddede ibradan bahsedilmekle birlikte, içerikte “ibra” kavramı dahi görememekteyiz. İbranın yerini, deyim yerindeyse “ifa” almıştır”.

192 Esasen bu sınırlama ile ibra edilen tutarın soyut bir şekilde değil, somut olarak ifade edilmesi kuralı getirilmektedir. Bunun yerinde olup olmadığı gerçekten tartışma götürür. Hükme göre tutar belirtilmeksizin genel olarak ibra etme söz konusu ise, işçi alacağını ibra etmiş sayılmayacaktır. Tutar belirtilmiş ise bunun dışında kalan kısım açısından da ibra söz konusu olmayacaktır. Hükümdeki ifadeyi sadece ivaz olarak belirtilen tutarın açık bir şekilde belirtilmesi olarak değerlendirmek ilk bakışta anlamlı gözükmemekte ise de (bu konuda bkz. Çil, s. 47) hükmün bütünü çerçevesinde bu pek mümkün gözükmemektedir. Hüküm ibrayı düzenlediğine göre, asıl olan ibra edilen, yani ifa gerçekleşmeksizin sona eren kısmın belirtilmesi olmalıdır. Bu elbette hukuk güvenliği açısından sakıncalı durmaktadır, çünkü alacağın tutarının (alacağın kendisinin değil) henüz taraflarca da tam olarak bilinmediği durumlarda tam anlamıyla ibra gerçekleşmeyecektir, belirsiz bir hukuki durum kalacaktır. Ancak işçinin korunması düşüncesiyle bu şekilde bir belirsizliğin kabul

hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması gerekir. Bu son koşuldaki “*hak tutarına nazaran noksansız*” olma koşulunu, “ivaz” şeklinde, “ivaza dair olarak” değerlendirmek gerekir. Aksi halde, ifa olmaksızın anlaşmalı şekilde borcun sona erdirilmesi anlamındaki ibra, zaten hiç bulunmayacaktır. Gerçi hükmün, işçinin ivazsız ibra etmesini yasaklayan bir ifadesi olmadığı belirtilerek daha geniş anlaşılması (ibra iradesi, iradelerin uyuşması, yazılı olmak, ibra edilen alacağın türü ve miktarını içermek ve ayrıca iş akdinin sona ermesinden bir ay sonra yapılmış olmak kaydıyla, ivazsız olsa dahi ibra olabileceği) da mümkündür. Bu ise, hükmün anlaşılması açısından diğer karşıt uçtaki (diğer tarafta ibranın artık mümkün olmadığı gibi) radikal sonuç olacaktır. Bu bakış açısıyla, ödemenin eksiksiz olması koşulu, sadece ivazlı ibranın olduğu durumlarda, ivaza ilişkin olarak anlam kazanacaktır. Ancak hükümde kullanılan ifadeler (“hak tutarına nazaran”; “hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri”); hükmün gerekçesi; işçiyi koruma amacı dikkate alındığında, hükmün herhangi bir ivaz olmaksızın işçi alacağının ibra edilmesine imkan tanıdığı sonucuna varmak oldukça zor gözükmemektedir. Esasen hükmün lafzı ve gerekçesinde kullanılan ifadeler, daha çok ters yöndeki radikal sonucu (ibra yasağı) nitelikte durmaktadır. Gerçekten iş hukukunda halen genel geçer nitelikteki, işçinin işverene özellikle ekonomik bağımlılığı karşısında, işçinin, alacaklarından karşılıksız olarak vazgeçmesi yaşamın olağan akışına aykırıdır<sup>193</sup>. Bununla beraber bunu mutlak olarak mümkün görmemek, işçinin irade özerkliği çerçevesinde bu şekilde bir tasarrufta bulunma hakkını bütünüyle elinden almak yerinde gözükmemektedir. Bunun anayasal temel ilkeler ile her durumda uyuşturulması da mümkün değildir. Şu halde bütünüyle ibrayı mümkün kılmamak yerine, yeni düzenlemede olduğu gibi ibra koşullarını zorlaştırmak, sıkı şekil şartlarına bağlamak ve nihayetinde kalan alan içinde işçinin (zayıfta olsa) iradesine imkan bırakmak daha uygun ve sistem ile uyuşan bir çözümdür. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, işçinin bütün alacaklarının ibra ile ortadan kaldırması başka temel ve genel sınırlamalara da takılabilecektir. Örneğin mutlak emredici şekilde işçiyi koruyan haklar (örneğin asgari ücretten) ile kişilik hakkı koruması kapsamında kalan alan açısından ibra kural olarak mümkün ve geçerli olmaz. İBK m. 341/I bu şekilde bir yasağı hizmet akdi süresince ve sona ermeden sonra ise bir aylık süre için kabul etmektedir: Kanunun emredici (ak-sine hüküm konulamaz, unabdingbar) hükümleri ile toplu sözleşmelerin böyle hükümlerinden kaynaklanan taleplerden vazgeçilmesi mümkün değildir<sup>194</sup>.

edilebilir olduğu söylenebilir. Nihayet bu durumun kötüye kullanılmasına karşı genel ilkelerden (hakkın kötüye kullanılması vs) yararlanılabilir.

193 Bu konudaki Yargıtay uygulaması açısından bkz. *Mollamahmutoglu/Astarlı*, s. 1032.

194 “Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung kann der Arbeitnehmer auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrages ergeben, nicht verzichten”. Bu konuda bkz. BSK OR I – Portmann, Art. 341, kn. 1 vd.

Şu halde TBK m. 420 II hükmü ibra iradesini açık şekilde gösteren durumları ve bunlar içinde asıl olarak ivazlı ibrayı düzenlemektedir. Üçüncü fıkrada ise ibraya ilişkin şekli ve maddi koşulları taşımayan, ibra sözleşmesi, ibraname, ödeme belgesi, makbuz vs başlıklı belgelerin hukuki durumunu düzenlemektedir. Bunların ne zaman verildiği (hizmet akdi süresince, sona erdikten bir aylık süre ya da sonrasında) önem taşımaz. Bu tür belgelerde “ibra” ibaresi açık olsa bile, hatta hükümde ifade edildiği üzere ismi “ibra sözleşmesi” olsa dahi, bunlar yine de ibra sözleşmesi niteliğini taşımazlar. Sadece yapılmış olan ödemeyi gösteren makbuz niteliğindedirler. Esasen bu hükme eklenen, bu tür ödemelerin de banka aracılığı ile yapılmış olması koşulu gerçekten yerindedir. Çünkü aksi halde ikinci fıkra ile getirilmiş olan ibra rejiminin içinin boşaltılması mümkün olacaktır. Ancak işverenin söz konusu ödemeyi gerçekten yaptığını (banka ödemesi dışında) ispatlamasına imkan bırakmak gerekir. Tek ispat aracı bu olmamalıdır.

## 5. İbraya İlişkin Diğer Bazı Hususlar

### 5. 1. Henüz doğmamış borçlarda ibra?

İbra kural olarak *doğmuş borçlar* açısından söz konusu olur. Öğretide henüz doğmamış haklar açısından da ibranın mümkün olduğu ileri sürülmekte ve bu yönde yargı kararları da bulunmaktadır<sup>195</sup>. TBK m. 132 her ne kadar “*borcu doğuran*” hukuki işlem diyerek, ilk bakışta sadece doğmuş borçlar açısından ibranın mümkün olacağı izlenimini doğurmakta ise, kural olarak henüz doğmamış haklar açısından da ibra yapılmasına bir engel teşkil etmemektedir. Hükmün asıl olarak doğmuş borçlara ilişkin olduğu açıktır. Ancak aksi yönde bir yasak içermemektedir. Bununla beraber gelecekteki borçlar açısından ibrayı sadece ortaya çıkması yakın, görülebilir olan/ufuktaki (absehbar) borçlar açısından kabul etmek uygun olur<sup>196</sup>. Bu nedenle bu tür hakların ileride doğmasını engeller şekilde sözleşme içeriğini düzenleyen kuralları (örneğin sorumsuzluk anlaşmaları) ve buna dair hukuki durumu ibra çerçevesinde değerlendirmek uygun durmamaktadır<sup>197</sup>. Şu halde *gelecekteki haklardan vazgeçmeye ilişkin sözleşmelerde* her bir somut olayı ayrı ayrı ve sıkı şekilde değerlendirmek gerekir. Diğer taraftan özellikle iş hukuku kapsamında<sup>198</sup> işçiyi korumaya yönelik emredici şekilde düzenlenmiş hukuki pozisyonlardan önceden vazgeçmek anlamındaki düzenlemeleri ibra olarak nitelendirmemek gerekir. İşçinin asgari ücret alacağını ibra etmesi, ya da henüz toplu

195 Bu konuda bkz. *Koller*, OR AT, § 63, s. 1039, kn. 23; BGE 117 II 68.

196 *Koller*, OR AT, § 63, s. 1039, kn. 23, takip eden cümle için de bkz. aynı yer.

197 Bu ve benzer durumlar açısından bkz. *Koller*, OR AT, § 63, s. 1039, kn. 23.

198 İş hukuku öğretisinde ibranın ancak geçmişte doğmuş (mevcut) alacaklar için söz konusu olabileceği, gelecekte oluşacak işçi alacakları açısından ise bunun geçerli olarak düzenlenemeyeceği ileri sürülmektedir, *Süzek*, s. 722.

iş sözleşmesinden doğmamış olan gelecekteki alacakları hakkında ibra sözleşmesi yapması mümkün değildir<sup>199</sup>. Bunun gibi aile hukukundan kaynaklanan nafaka alacağından da önceden feragat etmek anlamında bir ibra geçerli olmayacaktır. Kısacası TBK m. 132 hükmü, genelin ya da özel olarak korunmaya muhtaç konumda olanların korunmasına ilişkin yasadın kaynaklanan yükümlülüklerin dolanmasına araç edilememelidir<sup>200</sup>.

## 5. 2. Şarta bağlı ibra?

Öğretide ve yargı kararlarında ibranın koşullu olarak yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>201</sup>. Bu durum özellikle alacaklının alacağına tamamını alma imkanından yoksun olduğu hallerde, belirli bir süre içinde kısmen ödeme yapılması durumunda kalan kısım açısından ibra edilmesi halinde (kısmi ibra) söz konusu olabilir<sup>202</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan olayda, bir Café işleticisi, bira üretici ile düzenli aralıklarla bira teslimi konusunda 15 yıllık bir sözleşme yaparak, bu sözleşme ile işletmenin devri durumunda, bira alma yükümlülüğünü devralana kabul ettirme, bunun karşılığında ise İBK m. 181 çerçevesindeki müteselsil sorumluluktan kurtulma imkanını elde etmiştir. Burada hukuki durum, öğretide koşullu bir ibra (henüz doğmamış borçtan) olarak nitelendirilmiştir<sup>203</sup>.

İbranın şarta bağlılığı (tasarruf işlemi olmasına rağmen) asıl olarak erteleyici şart açısından geçerli olur. İstisnai olarak gerçekleştirilecek bocuzu şarta bağlılık

199 Bu konuda ve buna dair Yargıtay uygulaması hususunda bkz. *Mollamahmutoğlu/Astarlı*, s. 1032 ve orada anılan kaynaklar.

200 Bkz. BSK OR-I *Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 115, kn. 11; KUKO OR-*Lardi/Vanotti*, Art. 115, kn. 2; BGE 102 Ia 417-418: "Auf diese Art kann aber nicht vorgegangen werden, wenn es sich nicht darum handelt, das Arbeitsverhältnis wirklich zu beenden, sondern der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einlädt, einen neuen Vertrag im gleichen Unternehmen abzuschliessen, um zu erreichen, dass der Arbeitnehmer auf gewisse Leistungen verzichtet, die er auf Grund der zwingenden Bestimmungen des Gesetzes oder eines Gesamtarbeitsvertrages beanspruchen könnte. Eine solche Änderung des Vertrages ist gemäss Art. 341 Abs. 1 OR ungültig, da sie die Anwendung von Vorschriften zu umgehen versucht, deren zwingende Natur zeigt, dass sie zum Schutze des Arbeitnehmers aufgestellt worden sind. Beim Erlass des Art. 341 Abs. 1 OR ging der Gesetzgeber von der Überlegung aus, dass sich der Arbeitnehmer während der Dauer des Vertrages in den meisten Fällen in wirtschaftlicher Abhängigkeit vom Arbeitgeber befinde und sich infolgedessen gezwungen sehen könnte, einer Einschränkung seiner Rechte zuzustimmen, um den Verlust seiner Stelle zu vermeiden. Soweit diese Einschränkung der Rechte ein Abweichen von einer gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmung bewirkt, welche zwingender Natur ist, ist sie rechtlich ungültig; BGE 110 II, 170 Erw 3a; BGE 115 V 437, 443: "Indes darf eine solche Vereinbarung nicht zu einer klaren Umgehung des zwingenden gesetzlichen Kündigungsschutzes führen". Bkz. ayrıca *Becker/BernK*, Art. 115, kn. 7.

201 Bu konuda bkz. sadece *Koller*, OR AT, § 63, s. 1039, kn. 24; *Rieble/Staudinger*, BGB -Neubearbeitung 2012, § 397 kn. 148 vd. ; *Turanboy*, s. 94 vd. ; *Oğuzman/Öz*, C. II, s. 502; BGE 117 II 68.

202 *Koller*, OR AT, § 63, s. 1039, kn. 24.

203 Bu konuda bkz. *Koller*, OR AT, § 63, s. 1039, kn. 25; BGE 117 II 68, 71: "C'est, dès lors, à juste titre que la cour cantonale a vu, dans la clause susmentionnée, une remise de dette conventionnelle, stipulée d'avance et soumise à une condition".

sorunlu durmaktadır. Bu durumda sona ermiş olan hak, şartın gerçekleşmesi ile tekrar canlanacaktır<sup>204</sup>. *Rieble*, burada askıda etkili ibradan söz etmektedir<sup>205</sup>. Ancak ibra gerçekleştiikten, yani bir nevi aynı etkisini gösterdikten sonra, alacağın aynı etkili şekilde canlandırılması mümkün olmaz<sup>206</sup>. Tarafların hukuki ilişkiyi yeniden kurarak borcun doğmasını sağlamaları gerekir.

#### 5. 4. Üçüncü kişi (borçlu) yararına ibra

Öğretide ve yargı kararlarında üçüncü kişi (borçlu) yararına ibranın mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>207</sup>. Buna göre alacaklı, borçlu dışında bir kişi ile ibra sözleşmesi yapmaktadır. Bunun geçerli olması açısından ileri sürülen gerekçe, bunu (üçüncü kişiye etkiyi) engelleyen bir sebebin bulunmamasıdır. Ancak bunun için borçlunun bu kazandırmayı red hakkının bulunması gerekir<sup>208</sup>.

Buna karşılık borçlu dışındaki bir kişi lehine olmak üzere üçüncü kişi lehine ibra yargı kararlarında kabul edilmemekte ancak öğretilde bunu savunan görüşler bulunmaktadır<sup>209</sup>. Aşağıda ayrıca ele alınacak olan müteselsil borçlulukta alacaklının bir borçlu ile yaptığı ibranın bütünsel etkisi olması durumunda bu şekilde bir üçüncü kişi (borçlu olmakla beraber sözleşmeye katılmamış olan) yararına ibradan söz edilebilir<sup>210</sup>. Ancak burada bile tam anlamıyla borçlu dışında bir kişiden bahsetmeye imkan yoktur. Müteselsil borçluluğun karakterinden kaynaklanan kendine özgü bir durum olduğu söylenebilir.

#### 5. 5. Üçüncü kişinin ibraya oluru?

İbra hakkı bazı durumlarda sınırlanmıştır ve buna ilgili diğer kişilerin katılımı gerekir. Örneğin intifa hakkı ile yükümlü alacaklarda ibra için intifa hakkı sahibinin rızası da gereklidir (MK m. 820, 821). Aynı durum rehinli alacak için de geçerlidir (MK m. 961)<sup>211</sup>. Her ne kadar bu düzenlemeler kural olarak ifaya

204 Oğuzman/Öz, C. II, s. 502.

205 *Rieble*/Staudinger, BGB -Neubearbeitung 2012, § 397 kn. 151: "Problematisch sind auflösende Bedingungen: Sie führen dazu, daß die bereits vernichtete Forderung im Falle des Bedingungseintritts wieder auflebt: Der Erlaß ist dann schwebend wirksam. Das mag zwar auf Widerwillen stoßen, weil der Erlaß nach unserer Vorstellung eine gewisse Endgültigkeit mit sich bringt (etwa: Reichel JherJb 85 [1935] I, 32; eingeschränkt auch Walsmann 233) – ist aber keineswegs ausgeschlossen. Denn § 161 Abs 2 gestattet auflösend bedingte Verfügungen. So wie eine Abtretung auflösend bedingt vereinbart werden kann (Staudinger/Busche Einl 19 zu §§ 398 ff), so ist auch ein auflösend bedingter Erlaß möglich...".

206 Bu konuda ve takip eden cümle için bkz. *Rieble*/Staudinger, BGB -Neubearbeitung 2012, § 397 kn. 154; benzer şekilde *Koller*, OR AT, § 63, kn. 29. Krş. Oğuzman/Öz, C. II, s. 502.

207 *Von Tuhr*/Escher, s. 245; *Koller*, OR AT, § 63, s. 1041 f., kn. 30; BGE 121 IV 312 E. 3a.

208 *Koller*, OR AT, § 63, s. 1042, kn. 30 ve orada anılan kaynaklar.

209 Alman hukukundaki durum hususunda bkz. , *Looschelders*, Dirk /Staudinger, BGB -Neubearbeitung 2012, BGB § 423, kn. 7 ve orada anılan kararlar ile öğretildeki farklı görüşler.

210 Bu konuda bkz. *Looschelders*/Staudinger, BGB -Neubearbeitung 2012, BGB § 423, kn. 7.

211 Oğuzman/Öz, C. I, s. 579.

(ödemeye) ilişkin gözükmekte iseler de hem ibra borcu sona erdiren bir durum olduğundan ve hem de ilgili çıkarları aynı şekilde ilgilendirdiğinden ibra için de aynen geçerlidirler. Asıl hakkın sona ermesi kefaleti de (fer'iliği nedeniyle) sona erdirdiğinden<sup>212</sup>, kefilin ibraya onay vermesi esasen gerekmez.

## 6. İbranın Temel Hukuki Sonuçları

### 6. 1. Genel sonuç: Borcun doğrudan sona ermesi

İbra bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğu için, geçerli bir ibra ile birlikte ibraya konu borç doğrudan sona erer (unmittelbarer Untergang der Forderung)<sup>213</sup>. Borç bu şekilde sona erince buna bağlı yan haklar da sona ererler (TBK m. 131). Bu konu yukarıda zaten ele alınmıştır. Kısmi ibrada borç sadece kısmen sona erer.

Sadece bağlı haklar açısından da ibra yapılabileceğinden<sup>214</sup>, bu durumda sadece ibra edilen bağlı haklar sona erecektir. Bununla beraber bağlı hakların sona ermesi başkalarının hukuki durumunu etkiliyor ise bunların da rızasının aranmasına gerek olmalıdır, aksi halde alacaklının sorumluluğu söz konusu olabilir. Örneğin<sup>215</sup> bir borcu hem rehin, hem de kefalet güvence altına almakta ise, alacaklının güvenceyi teşkil eden rehini (ibra ile) elinden çıkarması durumunda, kefil alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde onun yerine geçip haklarına halef olacağı için (TBK m. 596, orada belirtilen kefilin rücu edebilmesi için üçüncü kişinin rehni kefaletten önce vermesi ya da asıl borçlu tarafından özel olarak o alacak için kefaletten sonra verilmiş olması kaydı gerçekleştiği oranda) rehin teminatından yararlanabilecektir. Alacaklı rehini elden çıkarıp, alacağını kefiliden tahsil ettiğinde, borçludan alacağını rücu yoluyla alamayan kefil, alacaklıyı sorumlu tutabilecektir<sup>216</sup>.

### 6. 2. Müteselsil borçlulukta ibranın etkisi

Müteselsil borçluluk, birden çok borçludan her birinin alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduğu bir borçluluk ilişkisidir (bkz. TBK m. 162 vd.). Alacaklı, borcun tamamını veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir<sup>217</sup> (TBK m. 183/I).

TBK m. 166/II hükmüne göre, *“borçlulardan biri, alacaklıya ifada bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, diğer borçlular bundan, ancak durumun veya borcun*

212 Bu konuda bkz. sadece Özen, s. 522.

213 ZürK/Aepli, Art. 115, kn. 45; BSK OR-I Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 115, kn. 10; KUKO OR-Lardi/Vanotti, Art. 115, kn. 5.

214 Bkz. sadece Eren, s. 1225; Kılıçoğlu, s. 814; BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 115, kn 10.

215 Örnek ve takip eden cümleler için bkz. Kılıçoğlu, s. 814.

216 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için Özen, s. 391 vd.

217 Bu konuda bkz. sadece Koller, OR AT, § 75, s. 1234 vd. , kn. 123 vd. ; Oğuzman/Öz, C. II<sup>9</sup>, s. 436 vd. , 441 vd., 447 vd.

*niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler*". Esasen ibra da ifa dışı borcu sona erdiren bir sebep olduğu için bu hüküm kapsamında değerlendirilebilir<sup>218</sup>. Bununla beraber, borçlulardan birinin ibra edilmesinin etkisinin öğretide oldukça yoğun şekilde tartışmalı olmasından<sup>219</sup> hareketle kanun koyucu bu konuyu şimdi (İsviçre Borçlar Kanunundan farklı olarak) ayrı bir fıkra da ayrıca düzenlemiştir. TBK m. 166 son hükmüne göre, "alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır".

Bu hüküm ile TBK m. 166/II'deki genel düşünce şimdi ibra açısından açıkça ve ayrıca düzenlenmiş ve ibranın etkisi konusunda savunulan görüşlerden, ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında diğer borçluların borçtan kurtulacağı yönündeki görüş yasa metni haline getirilmiştir.

Alacaklının müteselsil borçlulardan birini ibra etmesi durumunda önce bunun ne anlama geldiğini, özellikle de bütünsel etkili bir ibranın bulunup bulunmadığını somut olayın özelliklerini dikkate alarak yorum yoluyla tespit etmek gerekir<sup>220</sup>. Bu tespitin yapıldığı durumlarda, yani bunun bütün borçlulara yayılması iradesi var ise bütün borçlular için *iradi temelli olarak* borç ortadan kalkar (§ 423 BGB)<sup>221</sup>.

218 Türk hukukundaki tartışmalar açısından bkz sadece Turanboy, s. 120 vd. , sonuçta bu hükmün yeterli olmayacağı kanaatine varıyor (s. 125); Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop Atilla, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 301-306. İsviçre hukuku açısından bkz. sadece Koller, OR AT, § 75, s. 1199, kn. 2 vd.

219 Bu konuda bkz. Koller, OR AT, § 75, s. 1229 vd. , kn. 110 vd. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 301 vd. Bir görüşe göre sadece ibra edilen borçlu borcundan kurtulur, diğerlerinin durumu bundan etkilenmez (şahsi etki ya da sübjektif etki). Ancak borcu ödeyen ibra edene (sanki ibra gerçekleşmemiş gibi) rücu edebilir, bu görüş İsviçre'de baskın olan ve İFM kararlarında uygulanan bir görüştür, (bu konuda bkz. Koller, OR AT, § 75, kn. 123, s. 1234; BGE 133 III 116 E. 4. 2. ve orada anılan kaynaklar; BSK OR I – Heierli/Schnyder, Art. 147, kn. 3; bkz ayrıca Akıntürk, Turgut, Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s. 181. Diğer bir (azınlık) görüşüne göre, ibra edilen borçlu hem dış hem de iç ilişki açısından borçtan kurtulur, ama diğer borçlular rücu haklarını kaybettikleri ölçüde bunu borcun indirilmesi anlamında kullanma hakkına sahip olurlar, buna eleştirel bakan Koller, OR AT, § 75, kn. 123, s. 1235). Koller, ibranın ivazsız, tam ivazlı ya da kısmi ivazlı olmasına göre (Koller'e göre, taraflar karşılıklı olarak ibra ederlerse ya da ibra yeni bir borcun kurulması karşılığında yapılıyorsa ivazlı –entgeltlich-ibra söz konusudur, s. 1234 dn. 38) hukuki durumu farklı değerlendirmektedir. İlk durumda bütünsel bir ibra olup olmadığı yönünde iradeye bakıp, sadece ilgili borçluyu ibra etmek iradesi var ise, baskın görüşü uymakta; ikinci ve üçüncü durumda ise bunu ifaya denk tutmakta ve böylece diğer borçluların da kurtulmuş oldukları sonucuna varmaktadır (Koller, OR AT, § 75, kn. 123 vd., s. 1234 vd.). Bu konudaki görüşler hususunda bkz ayrıca Turanboy, s. 120 vd. ; Gümüş, Mustafa Alper, "Bir Borç İlişkisinde Müteselsil Borçlulardan Birisinin İbrasının Diğer Müteselsil Borçlular Üzerindeki Etkisi", Prof. Dr. Selahattin Sulh Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 311 vd. ; Dağdelen, Ahmet Hakan, 818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül, İstanbul 2012, s. 117-124; Oğuzman/Öz, C. II, s. 455.

220 Bu konuda bkz. Koller, OR AT, § 75, kn. 125, s. 1235; BSK OR I – Heierli/Schnyder, Art. 147, kn. 3; BGE 133 III 116 E. 4. 3. ; BGE 107 II 226; Yarg. 4 HD, 15. 2. 1983, E. 1983/189, K. 1983/152 (YKD C. IX, S. 6, 1983, s. 836 vd. ; Yarg. 4 HD, 16. 2. 1979, E. 1978/ 8214, K. 1979/ 2031 (YKD 1980, S. 1, s. 29-35.

221 "§ 423 Wirkung des Erlasses: Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlass wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragsschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wol-

Bu tür bir tespitin yapılamadığı, yani ibranın sadece ilgili borçluya yönelik olduğu durumda ise TBK m. 166 son hükmü uygulama alanı bulacaktır. Esasen burada, bir tür *yasaya dayalı bütünsel etkili* bir ibra bulunduğu söylenebilir. Bu düzenleme açısından ibranın, ivazlı ya da ivazsız olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Bu çerçevede ifade etmek gerekir ki, ibra edilen müteselsil borçlulardan birinin borcu için verilen kefalet asıl borç ile birlikte sona erecektir. TBK ile getirilen yeni düzenlemeden *de* hareketle bu şekilde bir sonuca varmak gerekir<sup>222</sup>.

### 6. 3. Müteselsil alacaklılıkta ibranın etkisi

Müteselsil alacaklılık TBK m. 169'da düzenlenmiştir. Buna göre, müteselsil alacaklılık, borçlunun, alacaklılardan her birine borcun tamamını isteme hakkını tanıdığı veya kanunun belirlediği durumlarda söz konusu olur<sup>223</sup>. Alacaklılardan birinin borçlu ile yaptığı ibranın etkisine ilişkin kanunda bir düzenleme yoktur. Öğretide genel olarak müteselsil borçluluna ilişkin kuralların müteselsil alacaklılığa (uygun düştüğü ölçüde) kıyasen uygulanması görüşü baskındır<sup>224</sup>. Bu çerçevede TBK ile müteselsil borçluluğa ilişkin getirilen yeni kuralın burada çıkarlar dengesine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması düşünülebilir. Müteselsil alacaklılığa ilişkin olarak getirilen yeni kurallar da bu yaklaşıma bir destek niteliğinde değerlendirilebilirler: Gerçekten TBK m. 169 hükmü iki yeni fıkra içermektedir. Bunlardan ilkinde göre, "*aksi kararlaştırılmadıkça veya alacaklılar arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça, alacaklılardan her birinin edim üzerindeki hakları eşittir*". Son fıkraya göre ise, "*kendisine düşen paydan fazlasını elde eden alacaklı, bu fazlalığı payını alamamış olan diğer alacaklılara ödemekle yükümlüdür*"<sup>225</sup>. Bu hükümlerle alacaklılar arasında eşit paylaşım olduğu ve (iç ilişkide) bir rücu imkanının olduğu düzenlenmiştir. Alacaklılardan birinin borçluyu ibra etmesine ilişkin olarak müteselsil borçluluktaki kuralın kıyasen uygulanması durumunda, bunun yapmış olduğu ibra, kendisi açısından alacağı sona erdirecek, diğer alacaklılar açısından ise alacağı sadece ibra eden alacaklının alacağı oranın-

*İten*?. Alman hukukundaki bu hükmün değerlendirilmesi açısından bkz. sadece *Looschelders/Staudinger*, BGB -Neubearbeitung 2012, BGB § 423, kn. 1 vd.; *Oğuzman/Öz*, C. II, s. 455.

222 Farklı yönde *Özen*, s. 523.

223 Bu konuda ve bununla diğer birden fazla alacaklının bulunduğu = Gläubigermehrheiten) durumlar arasındaki farklar konusunda bkz. *Koller*, OR AT, § 76, kn. 1 vd., s. 1262 vd.; *Turanboy*, 125 vd.; *Oğuzman/Öz*, C. II, s. 468 vd. Bu çalışma kapsamında müteselsil alacaklılığa benzer durumlardan kısmı alacaklılık, borçlunun ancak bütün alacaklılara birlikte ifa edebildiği ya da bütün alacaklıların birlikte ifayı talep edilebildiği elbirliği halinde alacaklılık ile bölünemeyen bir edim açısından birden çok alacaklının bulunması durumu (eğer teselsül öngörülmemişse) değerlendirilmemiştir.

224 Bu konuda *Koller*, OR AT, § 76, kn. 11., s. 1265 ve orada anılan kaynaklar; bkz. ve krş. BSK OR I – *Heierli/Schnyder*, Art. 150, kn. 5.

225 Benzer bir kural Alman hukukunda bulunmaktadır: § 430 BGB: "*Die Gesamtgläubiger sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen berechtigt, soweit nicht ein anderes bestimmt ist*".

da sona erdirmiş olacaktır. Böylece burada yasadaki kaynaklı bir *kısmi genel-bütünsel-etkili ibra* söz konusu olacaktır. Her ne kadar, TBK m. 169 son hükmünden kendisine düşenden fazlasını alan alacaklıdan bahsetmekte ve ibra eden alacaklı (eğer ivazsız ise) teknik anlamda payından fazlasını almamakta ise de, bu durum müteselsil borçluluğa ilişkin kuralın kıyasen uygulanmasına bir engel değildir.

Bununla beraber, burada da önce söz konusu ibranın ne anlama geldiğini, yani taraf iradelerinin ne yönde olduğunu araştırmak gerekir. Eğer istisnai olarak<sup>226</sup> söz konusu alacaklının herkesi etkileyecek şekilde alacak üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi var ise, alacak bütün alacaklılar açısından ortadan kalkar. Ancak iç ilişkide ibra eden alacaklı, diğerlerine karşı sorumlu olur<sup>227</sup>. Bununla beraber diğer alacaklıların onayı ile bu yapılmış ise, kural olarak iç ilişkide de bir sorumluluk söz konusu olmayabilir<sup>228</sup>. Alacaklının bu şekilde bir yetkisinin olmadığı durumlarda, yapılan ibranın gerçekte alacağı takip etmeme taahhüdü şeklinde değerlendirilmesi -pactum de non petendo mit Einzelwirkung-ihtimalinde, herhangi bir etkisi olmaz<sup>229</sup>. Borçlu, diğer alacaklılara karşı borcu bütünüyle ifa etmek durumunda kalır. Gerçekten ibranın bulunduğu durumlarda ise, ibra ile bütün borcun sona ermesi ve diğer alacaklıların ibra eden alacaklıya rücu etmesi seçeneği ile ibranın sadece kısmi şekilde ama bütünsel etkili olduğu seçeneği karşı karşıya geldiğinde, sonuncusunu kabul etmek ve borçlunun kalan kısım açısından diğer alacaklılara ifa ile yükümlü olduğunu benimsemek çıkarlar dengesine ve müteselsil alacaklılığın karakterine<sup>230</sup> daha uygun düşmektedir. Akla gelen diğer bir seçenek, her bir alacağın diğerinden bağımsız olduğu ve böylece her bir alacaklının sadece kendi alacağı üzerinde tasarrufta bulunma hakkı bulunduğu hareketle, ibraya sadece sübjektif etki yüklemek, yani sadece ilgili alacaklı ile sınırlı etkiyi kabul etmektir<sup>231</sup>. Bu durumda ibranın diğer alacaklılara herhangi bir etkisi olmaz.

226 Müteselsil alacaklılıkta alacaklının bütün alacaklıları etkileyecek şekilde alacak üzerinde tasarruf yetkisi kural olarak yoktur, bkz. *Koller*, OR AT, § 76, kn. 15-16, s. 1266. Alman hukuku açısından bkz. *Looschelders/Staudinger*, BGB -Neubearbeitung 2012, BGB § 429, kn. 19: "Ein Gesamtgläubiger kann grundsätzlich nicht über die Forderung der anderen Gesamtgläubiger verfügen. Daher wirkt ein Erlassvertrag (§ 397 Abs 1), den ein Gesamtgläubiger mit dem Schuldner über die Forderung schließt, nicht für und gegen die anderen Gesamtgläubiger; insoweit ist grundsätzlich von *Einzelwirkung* auszugehen".

227 Bkz. *Koller*, OR AT, § 76, kn. 16, s. 1266. Alman hukuku açısından bkz. *Looschelders/Staudinger*, BGB -Neubearbeitung 2012, BGB § 430, kn. 20.

228 Alman hukuku açısından bu yönde bkz. *Looschelders/Staudinger*, BGB -Neubearbeitung 2012, BGB § 430, kn. 20.

229 Alman hukuku açısından bkz. *Looschelders/Staudinger*, BGB -Neubearbeitung 2012, BGB § 429, kn. 20.

230 Öğretide müteselsil alacaklılık açısından her bir müteselsil alacaklının alacağının hukuki kaderinin birbirinden ayrı olduğu ilkesinden bahsedilmektedir, bkz. , *Koller*, OR AT, § 76, kn. 15, s. 1266.

231 İsviçre hukuku açısından bu yönde *Koller*, OR AT, § 76, kn. 16. , s. 1266; BSK OR I – *Heierli/Schwyder*, Art. 150, kn. 5. Türk hukuku açısından bkz. *Turanboy*, s. 125 vd.

#### IV. GENEL OLARAK BORCUN YENİLENMESİ: YENİLEME (TECDİT; NOVIATION; DIE NEUERUNG) (TBK m. 133; BK M. 114; İBK m. 116)

##### 1. Genel Olarak Yenileme ve Diğer Bazı Kurumlardan Farkı

BK'da "tecdit" adı altında düzenlenmiş olan ve öğretide "borcun yenilenmesi", "yenileme" şeklinde de ifade edilen kurum<sup>232</sup>, şimdi TBK m. 133-134. maddelerde "yenileme" başlığı altında düzenlenmiştir. TBK m. 133 genel olarak, m. 134 ise cari hesap çerçevesinde yenilemeyi düzenlemektedir. Aşağıda *asıl olarak* ilk madde değerlendirilecektir.

Yasada yenilemenin bir tanımı yapılmamıştır. Öğretide, yenileme genellikle "mevcut bir borcun yeni bir borç yaratmak suretiyle sona erdirilmesi" şeklinde tanımlanmaktadır<sup>233</sup>. Yenileme borcun sona erdirilmesini kapsamakla birlikte bundan öte bir özelliğe sahiptir, çünkü bunun yanında yeni bir borcun doğmasını içerir<sup>234</sup>. Yenileme çerçevesinde borcun sebebinin değiştirilmesi mümkündür.

Bir borcun tarafının değişmesi yoluyla yenileme olup olmayacağı hususu tartışmalıdır<sup>235</sup>. Taraf değişimi yoluyla yenilemede borçlu ve/veya alacaklı üçüncü kişi/kişiler ile *yeni* bir borç yaratmakta ve *önceki ise sona ermektedir*. Bu nedenle sadece borcun tarafının değişmesi yenileme sayılmaz. Her ne kadar buradaki hukuki durum, alacaklı tarafın değişmesinde, alacağın devrine veya borçlunun değişmesinde ise borcun dış üstlenilmesine benzemekte ise de, orada aynı alacak (borç) söz konusu olduğu, yani sadece tarafı değişen ama devam eden bir hukuki pozisyon bulunduğu için hukuki durum gerçekte farklıdır. Oysa yenilemede (üçüncü kişi yenilenen borcun tarafı olsa dahi ilk) *borç* sona erer. Şu halde alacağın devri ve borcun üstlenilmesi yenileme değildirler, sadece taraf değişimine yol açarlar<sup>236</sup>. Aynı şekilde borca katılma da yenileme sayılmaz (Bir kiracının yerine yeni bir kiracının daha gelmesi gibi).

TBK m. 132-133 dar anlamda borcun yenilenme ile sona ermesini düzenlemektedir<sup>237</sup>. Buna karşılık bir hukuki ilişkinin bütünsel olarak bir diğer ile yenilenmesi burada düzenlenmemiştir. Borç ilişkilerinde bu şekilde bir değişim, irade

232 Bu kurumun tarihi gelişimi ve hukuk tarihinin bir kalıntısı olduğu hususunda bkz. ZürK/Aepli, Art. 116, kn. 6 vd.

233 Bu konuda bkz. sadece Becker/BernK, Art. 116, kn. 1; KUKO OR-Lardi/Vanotti, Art. 116, kn. 1; Koyuncuoğlu, Tennur, Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul 1972; Kılıçoğlu, s. 814.

234 Bu konuda bkz. Becker/BernK, Art. 116, kn. 1; Koller, OR AT, § 64, kn. 1, s. 1043; ZürK/Aepli, Art. 116, kn. 1 ve 8; Kılıçoğlu, s. 815.

235 Bunu kabul eden yönde, ZürK. /Oser/Schöneneberger, Art. 116, kn. 10; von Tuhr/Escher, s. 186; Koller, OR AT, § 64, kn. 2 ve 15; Oğuzman/Öz, C. I, s. 580-581. Aksi fikirde, Kılıçoğlu, s. 814.

236 Kılıçoğlu, s. 814; Oğuzman/Öz, C. I, s. 580 vd.

237 Bu yönde BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 116, kn 8; ZürK, Art. 116, kn. 48; Eren, s. ; farklı yönde ZürK-Oser/Schönenberger, Art. 116, kn. 7. Oğuzman/Öz, C. I, s. 579.

özerkliği çerçevesinde kural olarak mümkündür<sup>238</sup> (böylece birbirinden farklı iki adet borç ilişkisi söz konusu olur).

Yenileme ile özellikle sürekli borç ilişkilerinde, borç ilişkisinin devam ettirilmesi anlamında gerçekleşen hukuki durumu (Reconduction ≠ Novation) birbirinden ayırmak gerekir (kira sözleşmesi açısından bkz. TBK m. 327; m. 367)<sup>239</sup>.

İfa yerini tutan eda (datio in solutum) bir ölçüde yenilemeye benzer ise de bu farklıdır<sup>240</sup>. İfa yerini tutan edada ifa uğruna edimeden farklı olarak asıl borç sona erer ve yeni borç kurulmaz. Buna karşılık borcun konusunun değişmesini (verme borcu yerine para borcu olmasını) yenileme şeklinde nitelemek uygun olacaktır.

Diğer taraftan borca ilişkin değişiklikler, bunu ortadan kaldırmadıkları için yenileme sayılmazlar<sup>241</sup>. Bu şekilde içeriğinde değişiklik olsa bile, borç ayakta kaldığı için ona bağlı haklar da sona ermezler. Bu nedenle zaten kanun koyucu borcun yenilenmiş sayılması yönünde değil, tam tersi yönde bir karine<sup>242</sup> getirmektedir.

## 2. Yenilemenin Koşulları

### 2. 1. Geçerli bir borcun bulunması

Eğer geçerli bir borç yok ise zaten yenilecek bir borç da yoktur. Bu nedenle söz konusu borç, şekle aykırılık, hukuka aykırılık, ahlaka aykırılık veya imkansızlık nedeniyle zaten geçerli şekilde kurulmuş değil ise bunun yenileme ile kurtarılması da mümkün olmaz<sup>243</sup>. Gerçi taraflar geçersiz bir hukuki işlem yerine şimdi geçerli bir işlem yapabilirler<sup>244</sup>, ancak bu yenileme sayılmaz<sup>245</sup>. Yenileme için gerekli

238 Bkz. Oğuzman/Öz, C. I, s. 579. Farklı fikirde, *Koyuncuoğlu*, s. 50-51. Bu hüküm ile esasen ikale sözleşmesinin de düzenlenmiş olduğu, yani yenilemenin bu şekilde de gerçekleştirilebileceği konusunda ZürK/Aepli, Art. 116, kn. 21 vd.

239 Oğuzman/Öz, C. I, s. 580.

240 Oğuzman/Öz, C. I, s. 580-581; KUKO OR-Lardi/Vanotti, Art. 117, kn. 10. bkz. ayrıca *Koller*, OR AT, § 64, kn. 5 vd. ; Bkz. ve krş. *von Tuhr/Escher*, s. 180.

241 Bu konuda bkz. *Becker/BernK*, Art. 116, kn. 2. Ancak yenileme ile hukuki ilişkinin içeriğinin değiştirilmesinin nihai olarak aynı hukuki sonuca varmasının ihtimal dahilinde olduğu ve bu açıdan bu iki kurumun benzerliği hususunda bkz. ZürK/Aepli, Art. 116, kn. 8 vd. , ancak yazar orada haklı şekilde nihayetinde hukuki usul açısından bu iki kurumun farklı olduğunu, bunun şekil kurallarında (değiştirmenin temel hukuki işlemin şekline bağlı olmasına rağmen, bir tür ikale sözleşmesi olan yenilemenin buna bağlı olmaması durumunda), kendini açık şekilde gösterdiğini belirtmektedir. *Bucher*, OR-AT, s. 406; *von Tuhr/Escher*, s. 181. Aksi yönde *von Büren*, s. 362; KUKO OR-Lardi/Vanotti, Art. 117, kn. 9 vd.

242 Burada bir karine söz konusu olduğu hususu kaynak metinde (İBK m. 116/I) daha açık durmaktadır.

243 Bu konuda bkz. sadece BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 116, kn 4 ve orada anılan kaynaklar; ZürK/Oser/Schönenberger, Art. 116, kn. 4.

244 Bunun geçerliliği sorunu ayrı bir sorundur, temelde bulunan ve geçersiz olan işlemin kesin hükümsüzlüğünün gerekçelerine ve yeni işlemle tarafların neyi amaçladıklarına göre farklı sonuçlar ortaya çıkabilir, bkz. *Becker/BernK*, Art. 116, kn. 3 vd.

245 Bu konuda bkz. sadece *Becker/BernK*, Art. 116, kn. 3.

olan *causa novandi* burada bulunmaz<sup>246</sup>. Borcun koşula bağlı olması yenileme yapılmasına engel değildir. Bu durumda yenileme de koşula bağlı şekilde gerçekleşebilir. Bir borcun zamanaşımına uğraması yenileme için bir engel değildir<sup>247</sup>. Kısacası eksik borçlar kural olarak<sup>248</sup> yenilebilir.

## 2. 2. Yeni bir borcun kurulması

Var olan borcun sona erdirilmesi yenileme sayılmaz. Bunun için var olan borcu sona erdiren yeni bir borca ihtiyaç vardır. Bir diğer ifade ile sözleşmesel<sup>249</sup> temelli yeni bir borç yaratılmalıdır<sup>250</sup>. Bu yeni borcun hukuki temeli ile öncekinin hukuki temeli -diğerinin devamı olmama anlamında-aynı olmamalıdır. Öğretide yeni borcun önceki ile uyumsuz olduğu (unvereinbar) durumlarda bir yenileme olduğunun kabul edilebileceği belirtilmektedir<sup>251</sup>. Kira sözleşmesinin kullanımın bedelsiz olmasının kararlaştırılması ile ariyete dönüştürülmesi, teslim edilecek şey yerine bir başka şeyin teslimi konusunda anlaşılma ya da satım bedelinin ödünce dönüştürülmesi borcun yenilemesine örnek mahiyetindedirler<sup>252</sup>.

Yeni borç kurulması koşulu çerçevesinde yeni borç ile temeldeki arasındaki ilişki açısından öğretide yenilemenin yasanın yasakladığı bir sonuca ulaşma aracı olarak kullanılmayacağı haklı olarak belirtilmektedir<sup>253</sup>. Bu açıdan kumar ve bahis borçları açısından yasada getirilmiş özel düzenlemenin (TBK m. 605) genelleştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Yenilenen borcun soyut olduğu öğretide genellikle ifade edilen diğer bir husustur<sup>254</sup>. Öğretide yenilemenin temel işlemin varlığı koşuluna bağlılığını ifade etmek açısından sebebe bağlılıktan bahsedilmesinin yanlış anlamaya imkan verebileceği ifade edilmektedir<sup>255</sup>.

246 *Becker/BernK*, Art. 116, kn. 1 ve 3.

247 *ZürK. / Oser/Schönenberger*, Art. 116 kn. 5; *KUKO OR-Lardi/Vanotti*, Art. 116, kn. 4.

248 Oyun borçlarının (kumar ve bahis) hukuki durumu açısından bkz. sadece *Becker/BernK*, Art. 116, kn. 4; *Oğuzman/Öz*, C. I, 584 ve oradaki kaynaklar.

249 Bir borç tek taraflı irade açıklaması ya da yasadaki kaynakların şekilde değişime uğruyorsa ortada yenileme bulunmaz. Ancak istisnai şekilde yasadaki kaynaklanan bir yenileme olup olmadığı hususunda ilgili hükümleri değerlendirerek bir sonuca varmak gerekir, *ZürK/Aeppli*, Art. 116, kn. 16.

250 Bu konuda bkz. sadece *ZürK/Aeppli*, Art. 116, kn. 16; *KUKO OR-Lardi/Vanotti*, Art. 117, kn. 5.

251 Bkz. *Becker/BernK*, Art. 116, kn. 7-9; *ZürK/Oser/Schönenberger*, Art. 116 kn. 20; *BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 116, kn 6.

252 *Kılıçoğlu*, s. 814; bu konuda ve başka bazı örnekler konusunda bkz. *Becker/BernK*, Art. 116, kn. 8 vd. ; *BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 116, kn 6.

253 Bkz. sadece *BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 116, kn 4, takip eden cümle için de bkz. aynı yer.

254 *BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 116, kn 4; *Bucher*, OR-AT, s. 409; *BGE* 105 III 128 vd. Farklı yönde, *Koller*, OR AT, § 64 kn. 16; bkz. ve krş. *von Tuhr/Escher*, s. 181.

255 Bkz. *Bucher*, OR AT, s. 410; *BSK OR I -Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 116, kn 4.

### 2. 3. Tarafların yenileme iradesine (animus novandi) sahip olması (yenileme sözleşmesi)

Yeni bir borcun doğmasının öncekinin yenilenmesi amacıyla yapılması, yani yenileme iradesinin (animus novandi) bulunması gerekir<sup>256</sup>. Şu halde yenileme sözleşme olduğu için, sözleşmelerin meydana gelmesine dair ehliyet, şekil vs. kurallar burada aynen geçerlidir. Bu açıdan yenileme iradesinin muhakkak açık şekilde ifade edilmesine gerek yoktur, örtülü şekilde de ortaya konulabilir<sup>257</sup>. Bununla beraber, her yenileme bir vazgeçmeyi içerdiğinden, yenileme iradesinin açık ve net olması (klar und deutlich) gerekir<sup>258</sup>. Öğretide eski borç ile yeni borcun birbiriyle uyuşturulmasının objektif şekilde mümkün olmadığı durumlarda yenileme iradesinin olduğu yönünde değerlendirme yapılmaktadır<sup>259</sup>.

Yenileme anlaşmasının eski borcun kaldırılması (sona erdirilmesi) açısından bir kaldırma sözleşmesi ile bunun yerine geçecek olan ikame sözleşmesini (Ersatzvereinbarung) içerdiği söylenebilir<sup>260</sup>. İlk borç açısından tasarruf yetkisinin de bulunmasının gerektiği açıktır. Yeni borcun önceki kaldırılan borcun bulunmaması ya da düşünülen kapsamdan çok daha dar olması durumunda dahi geçerli olduğunun kabul edildiği durumlarda bir yenileme yoktur<sup>261</sup>.

### 3. Yenilemenin Hükümü (Hukuki Sonuçları)

TBK m. 133'ün ilk fıkrası, yeni bir borçla bir borcun sona erdirilmesi ancak tarafların bu yöndeki açık iradesi ile olur derken, gerçekte bir (olumsuz) karineyi ifade etmektedir. Eğer yeni bir borç kurulmuş ve yenileme iradesi yok ise bu durum yenileme sayılmaz. Hukuki durum kaynak metinde (İBK m. 116/İde daha açık bir şekilde görülmektedir: “*Die Tilgung einer alten Schuld durch Begründung einer neuen wird nicht vermutet*”.

Esasen bu hükmün düzenlemesi genel ilkeler ile uyumludur ve açıklayıcı niteliktedir<sup>262</sup>. Bir kimse bir hukuki işleme dayanarak hak iddiasında bulunmakta ise, bunun varlığını ispat yükü ondadır (TMK m. 6). Bu açıdan bir hukuki ilişkinin varlığını ortaya koymak yetmez, bunun önceki bir borcu kaldırmak amaçlı olduğunu (yenileme amacıyla yapıldığını) ispatlamak gerekir. Bu hüküm ile bu

256 Bu konuda bkz. sadece *Becker/BernK*, Art. 116, kn. 10 vd. ; *ZürK/Aepli*, Art. 116, kn. 20 vd.

257 *ZürK/Aepli*, Art. 116, kn. 26.

258 *Becker/BernK*, Art. 116, kn. 10.

259 Bu konuda ve somutlaştırıcı örnekler hususunda bkz. *Becker/BernK*, Art. 116, kn. 7 vd. ; *ZürK/Aepli*, Art. 116, kn. 27 vd. ile orada anılan kaynaklar.

260 *ZürK/Aepli*, Art. 116, kn. 20 vd. , yazar orada ikame sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olduğunu, yeni borcun varlığı koşuluna bağlanmış olduğunu ifade etmektedir.

261 *ZürK/Aepli*, Art. 116, kn. 23.

262 Bkz. *Bucher*, OR-AT s. 411.

konudaki temel ilke yenileme açısından ifade edilmiştir. Hükmün bu yapısından da hareketle bunun zaten diğer kurumlardan çıkarılabileceği (ikale ve koşul; Aufhebungsvertrag und Bedingung), bir normatif içeriğinin olmadığı ve bu açılardan esasen gereksiz olduğu ifade edilmiştir<sup>263</sup>. Ancak bu durum bu hükmü gereksiz kılmamaktadır, çünkü hükümle kanun koyucu zaten sözleşme özgürlüğü çerçevesinde gerçekleşebilecek olan bir durumun sonuçlarının belirlenmesi ve sınırlandırılması anlamında müdahalede bulunmakta ve böylece hukuk güvenliği açısından hukuki durumun açıklığını sağlamaktadır<sup>264</sup>.

Yukarıda ifade edildiği üzere önceki borç geçerli değil ise ya da var olup olmadığı belli değil ise buna rağmen bir yenileme iradesi olsa bile yeni bir borç doğmaz. Ancak yeni borç soyut nitelikte ise, yani diğer borcun geçerliliği, başka bir borcun varlığına ve bunun sona ermesine bağlı değil ise, bu durumda bu geçerli olur (örneğin TBK m. 18 uyarınca yapılan soyut borç tanınmasının var olduğu düşünülen borcun yenilenmesi nedeniyle yapılması söz konusu ise)<sup>265</sup>. Buradaki durumu ibra ile birlikte gerçekleşen bir soyut borç ikrarı şeklinde nitelemek mümkündür<sup>266</sup>. Ancak bunun sebebinin (kausa) gerçekleşmediği durumlarda sebepsiz zenginleşme söz konusu olabilir. Bununla beraber kumar ve bahisden doğan borçların yenilenmesi durumunda bunların yerine geçecek yeni borç(lar) soyut olsa(lar) dahi ifası kural olarak dava edilemez(ler) (TBK m. 605<sup>267</sup>)<sup>268</sup>. Diğer taraftan yenilenen borcun gerçekten bulunmadığı hususunda esaslı bir hata da söz konusu olabilir.

Yenilemenin en temel sonuçlarından biri önceki borcun bağlı haklarla birlikte sona ermesidir (TBK m. 133/I; 131). Eski alacağa ilişkin işlemiş faiz alacakları saklı tutulmamış iseler sona ererler. Önceki borca ilişkin def'iler yeni borç için ile-

263 Bu yönde ZürK/Aepli, Art. 116, kn. 23. Aksi yönde Bucher, OR-AT, s. 408; BSK OR-I Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 116, kn. 1.

264 Bu konuda bkz. Bucher, OR-AT s. 408.

265 Bkz. Oğuzman/Öz, C. I, s. 583; Bucher, OR-AT, s. 409.

266 Bucher, OR-AT s. 409.

267 TBK m. 605: "B. Borç senedi verme ve isteyerek ödeme"

"Kumar oynayan veya bahse giren kişi tarafından imzalanmış adi borç veya kambyo senedi üçüncü bir kişiye devredilmiş olsa bile, hiçbir kimse bunlara dayanarak dava açamaz ve takip yapamaz. Kıymetli evrakın iyiniyetli üçüncü kişilere sağladığı haklar saklıdır.

Kumar ve bahis borcu için isteyerek yapılan ödemeler geri alınmaz. Ancak, kumar veya bahsin usulüne göre yürütülmesi beklenmedik olayla veya diğer tarafın fiiliyle engellenmişse ya da diğer taraf kumar veya bahse hile karıştırmışsa, isteyerek yapılan ödeme geri alınabilir".

268 Oğuzman/Öz, C. I, s. 584 ve oradaki kaynaklar.

ri sürülemez<sup>269</sup>. Kefalet ve rehin haklarının saklı tutulması hüküm ifade etmez<sup>270</sup>. Bununla beraber rehinin daha baştan itibaren bu içerikte ve yönde kurulması, yani yeni borcu kapsayacak şekilde yapılması istisnai olarak mümkündür<sup>271</sup>. Ayrıca rehin konusu yenileme yapılırken borçluya ait ise hukuki durum farklıdır, burada bir nevi rehinin örtülü şekilde yenilediğinden söz edilebilir<sup>272</sup>. Ayrıca cari hesap<sup>273</sup> açısından ayrı bir düzenleme bulunmaktadır (TBK m. 133 III). Tarafların yeni borçlu ile aynı yan hakkı usulüne uygun şekilde yeniden kurması mümkündür. İfade etmek gerekir ki bağlı hakların korunmasının kararlaştırıldığı durumlara gerçekte yenileme değil, borçta bir değişim söz konusu olabilir.

Eski borca ilişkin koşullar ve süreler<sup>274</sup> (Bedingungen und Befristungen) aksine düzenleme yok ise, yeni borca eklenirler<sup>275</sup>.

Müteselsil borçlulukta ve alacaklılıkta yenilemenin etkisi hususu yasada düzenlenmiş değildir. Müteselsil borçluluk ve alacaklılığa ilişkin genel kurallar ile yenilemeye ilişkin kurallardan hareketle bir çözüm bulmak gerekir. Bu açıdan bizatihi yenilemenin gerçekleşmesi (yeni borcun kurulması) ile önceki borcun sona erdirilmesini birbirinden bir ölçüde ayırarak hukuki duruma değerlendirmek uygun olacaktır. Yenilemenin etkisini sadece taraflar arasında göstereceği söylenebilir<sup>276</sup>. Bir diğer ifade ile diğer borçlular/alacaklılar yenilenen borcun /alacağın tarafı olmazlar. Eski borcun (yenilemeyi gerçekleştiren borçlu ya da alacaklı için) sona ermesi ve bunun diğerlerine etkisi açısından yenileme iradesinin kapsam ve içeriğine de bakmak gerekir. Bu açıdan müteselsil borçlulukta bütün borçlular açısından borcun sona erdirilmesi iradesi var ise diğerleri asıl

269 *Bucher*, OR-AT, s. 409; *ZürK/Oser/Schönenberger*, Art. 116, kn. 7vd. ; *von Tuhr/Escher*, s. 180; *Oğuzman/Öz*, C. I, s. 583 ve orada dn. 47'de anılan kaynaklar; *BSK OR-I Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 116, kn. 7; *BGE* 105 II 277.

270 *Oğuzman/Öz*, C. I, s. 583.

271 *Bucher*, OR-AT s. 410.

272 Bu konuda bkz. *Oğuzman/Öz*, C. I, s. 583; *Bucher*, s. 410 ve orada anılan kaynaklar; *von Tuhr/Escher*, s. 180: "Sie (Die Sicherheiten-bunu ben ekledim) können für die neue Forderung neu bestellt werden, was bei Pfandrecht zu vermuten ist, wenn die Phandsache zur Zeit der Neuerung dem Schuldner gehört"

273 Cari hesap açısından yenilemenin iki temel boyutu olduğu söylenebilir. İlki cari hesap kapsamında yenilemenin kural olarak gerçekleşmemesi, kalanın (bakiyenin) karşı tarafa bildirilmesi ile değil, ancak karşı tarafın dönem sonunda kalanı kabul etmesiyle yenilemenin gerçekleşmesidir. İkinci temel boyut ise bağlı haklardan güvencelerin yenilemeye rağmen (bundan ayrılan düzenleme olmaması halinde) sona ermeyip kalan üzerinden devam etmesidir. Bu konuda bkz. sadece *von Tuhr/Escher*, s. 183 vd. ; *ZürK/Oser/Schönenberger*, Art. 117, kn. 5 vd.

274 Burada süreden kasıt borcun ifası ile ilgili sürelerdir. Yoksa zamanaşımı vs süreleri değil.

275 *ZK/Oser/Schönenberger*, Art. 116, kn. 4; *BSK OR-I Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 116, kn. 7; *KUKO OR-Lardi/Vanotti*, Art. 117, kn. 6, farklı görüş açısından da bkz. aynı yer.

276 *BSK OR-I Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 116, kn. 7 aksi fikir açısından da bkz. aynı yerde anılan kaynaklar ile *Becker/BernK*, Art. 116, kn. 17.

alacaklıya karşı borçtan kurtulurlar<sup>277</sup>. Diğer durumlarda ise ibra açısından getirilmiş özel kuralın burada kıyasen uygulanması yoluna gidilerek, diğer borçlulara da etkili şekilde borcun kısmen sona ermesi gerektiği söylenebilir. Müteselsil alacaklılıkta ise yine ibra açısından yapılan açıklamaları burada da uygulamak mümkün gözükmemektedir<sup>278</sup>.

Yeni borç için yeni bir zamanaşımı süresi başlar. Önceki borcun işlemiş zamanaşımı süresi hesaba katılmaz.

Daha önce ifade edildiği üzere yenileme bütün hukuki ilişkiyi sona erdirmez, sadece ilgili borcu sona erdirir. Bu nedenle borç ilişkisinden kaynaklanan diğer hukuki pozisyonlar varlıklarını korurlar.

Yenilemeye ilişkin maddenin ikinci fıkrasında yenilemenin söz konusu olmadığı durumları ifade etmek üzere (yenileme olmadığı yönündeki olumsuz karineye örnekler mahiyetinde), özellikle mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde bulunulmasının veya yeni bir alacak senedi ya da yeni bir kefalet senedi düzenlenmesinin yenileme sayılmayacağı ifade edilmiştir. Bu hüküm emredici olmadığından taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. Şu halde bir borç için alacaklıya bir kambiyo senedi verilmiş ise bununla var olan borç sona ermez ve alacaklı var olan alacak yanında kambiyo senedindeki alacağa da sahip olur<sup>279</sup>. Bir diğer ifade ile bir kıymetli evrak verilmesi burada ifa yerine değil, ifa uğruna edim olarak değerlendirilmez<sup>280</sup>. Bu durumda asıl borcun kıymetli evrakın vaadesine kadar ertelendiği söylenebilecektir.

## V. ALACAKLI VE BORÇLU SIFATININ BİRLEŞMESİ NEDENİYLE BORCUN SONA ERMESİ (TBK m. 135-BİRLEŞME-; BK m. 116; İBK m. 118-VEREINIGUNG-)

### 1. Genel Olarak Alacaklı ve Borçlu Sifatının Birleşmesi

TBK m. 135'in başlığı "birleşme" şeklindedir. BK m. 116'nın başlığı ise "alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi" şeklindedir. İlk fıkrada bu durumda borcun sona ereceği ilkesi düzenlenmiştir. BK m. 116/I hükmüne, yeni düzenleme ile üçüncü kişilerin alacak üzerindeki önceden mevcut olan haklarının etkilenmeyeceği hususu eklenmiştir. Buna göre, "*alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona erer. Ancak, üçüncü kişilerin alacak üzerinde önceden mevcut olan hakları birleşmeden etkilenmez*". Bu sonuç öğretide zaten benimsenmekteydi.

<sup>277</sup> Bunu esasen yerinde olmayarak her durum için benimser yönde *Becker/BernK*, Art. 116, kn. 17.

<sup>278</sup> Gerek müteselsil borçluluk gerekse müteselsil alacaklılık açısından yenilemenin bütünsel etkili olacağı yönünde *Becker/BernK*, Art. 116, kn. 17, yazar bunu yenilemenin ifanın surrogatı olması düşüncesine dayanmaktadır.

<sup>279</sup> *von Tuhr/Escher*, s. 181 vd.; *Oğuzman/Öz*, C. I, s. 582.

<sup>280</sup> İsviçre hukuku açısından bkz. *KUKO OR-Lardi/Vanotti*, Art. 117, kn. 8; *BGE 127 III 559, 562* vd.

Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi ile borcun sona ermesinin arkasında bir kişinin bir borcun hem alacaklısı, hem de borçlusu olamayacağı düşüncesi yatmaktadır<sup>281</sup>. Bir borç ilişkisinde hem alacaklı, hem de borçlu tarafa ihtiyaç vardır. Bu nedenle birleşme süreci borcun doğmasından sonra gerçekleşmelidir.

Hükmün uygulama alanı kural olarak borçlar hukukuna ilişkin taleplere (alacak haklarına-borçlara) yöneliktir<sup>282</sup>. Aynı haklar özel kurallara tabidirler. TBK m. 135/II ve III ilk fıkrada düzenlenmiş olan ilkenin istisnalarını içermektedirler. Öğretide bu önemli istisnaların genel bir borcun sona ermesi sebebinden söz etmeye neredeyse imkan bırakmadığı ifade edilmektedir<sup>283</sup>.

Hükmün uygulanması açısından birleşmenin hukuki temeli (sözleşme, sözleşme dışı, miras hukuku vs) önemli olmadığı gibi, edimin içeriği (yapma, verme, katlanma veya kaçınma-yapmama-) ve talebin hukuki durumu (muaccel, koşula bağlı, zamanaşımına uğramış vs) da önemli değildir<sup>284</sup>.

## 2. Birleşmenin Koşulları

### 2. 1. Geçerli bir borç ilişkisinin bulunması ile borcun aynılığı (Identität der Obligation)

Borçlu ve alacaklı sıfatının birleşmesi ile borcun ortadan kalkması için önce geçerli bir borcun bulunması gerekir. Borç hükümsüz ya da hiç doğmamış ise birleşme ile ortadan kalkacak bir borç da yoktur<sup>285</sup>. Birleşme öncesi borç ile birleşme sonucu ortadan kalkan borcun aynı borç olması gerekir. Bu nedenle alacağın değil de alacak konusu üzerinde sınırlı bir aynı hak elde edilmesi ya da sınırlı aynı hak sahibi olan kişinin sonradan borçlu konumuna gelmesi birleşme olarak nitelendirilmez<sup>286</sup>.

### 2. 2. Alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesi (aynı malvarlığına dahil olma)

Alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide (ve malvarlığında) birleşmesi gerekir. Bu durum bir hukuki işleme (alacağın borçluya devri; alacaklı ve borçlunun

281 Bu konuda bkz sadece *Becker/BernK.*, Art. 118, kn. 1; *von Tuhr/Escher*, s. 186; *ZürK/Aeppli*, Art. 118, kn. 1 vd.

282 Bkz. BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 118, kn. 1. Öğretide bunun bütünsel borç ilişkisi açısından kıyasen uygulanacağını da ifade edilmektedir, bu konuda bkz., sadece *Koller*, OR AT, § 65, kn. 12. Bkz ve krş. ayrıca *ZK-Aeppli*, Art. 118, kn. 8.

283 BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 118, kn. 1.

284 *ZK-Aeppli*, Art. 118, kn. 11 vd.; BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 118, kn. 2; bkz. ayrıca *Becker/BernK.*, Art. 118, kn. 4.

285 *ZürK/Aeppli*, Art. 118, kn. 1.

286 Bkz. *Becker/BernK.*, Art. 118, kn. 6; *ZürK/Aeppli*, Art. 118, kn. 16; BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 118, kn. 5; *KUKO OR-Lardi/Vanotti*, Art. 118, kn. 5; *Koller*, OR AT, § 62, s. 1025 kn. 2.

evlenmesi ve mal rejimi olarak mal ortaklığı rejimini kabul etmeleri; TBK m. 202, malvarlığı veya işletmenin birleşmesi) dayanabileceği gibi kanuna (TMK m. 599, mirasçıların mirası kazanması) da dayanabilir. Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi külli halefiyet şeklinde olabileceği gibi cüz'i halefiyet şeklinde de gerçekleşebilir.

Bir borç ilişkisinin borçlunun farklı malvarlığı tipi kapsamında kalması mümkün olduğundan, sadece alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesi yeterli olmaz, bunun yanında aynı malvarlığında birleşmesi gerekir<sup>287</sup>. Bu nedenle miras hukuku kapsamında (borçlunun kendi alacaklısına mirasçı olması, ama mirasın resmi tasfiye kapsamında özel bir malvarlığı teşkil etmesi –TMK m. 632 vd.) ya da evlilik hukuku çerçevesinde mal rejimleri itibariyle aynı mal varlığı kapsamında birleşmenin gerçekleşmemesi söz konusu olabilir<sup>288</sup>.

Sigorta hukukunda da birleşme söz konusu olabilir. Sigorta şirketinin zarar göreni kazaya karşı sigorta etmiş, zarar vereni de zarar vermesi ihtimaline karşı sigorta etmiş ise birleşme söz konusu olabilir<sup>289</sup>.

Müteselsil borçluluk ve alacaklılıkta, iç ilişkide kendi kendisine ifa edilmesini talep edebilme ya da kendi kendisinden ifayı talep edebilmesi ölçüsünde alacaklı ve borçlu sıfatının TBK m. 135 anlamında birleşmesi söz konusu olabilir<sup>290</sup>.

### 3. Birleşmenin Hükümü (Hukuki Sonuçları)

#### 3. 1. Borcun kendiliğinden sona ermesi

Birleşme ile birlikte asıl borç sona erdiği gibi bunun fer'ileri (faiz, ceza koşulu, kefalet gibi) de kendiliğinden, yasa gereği (ipso iure) sona erer. TBK m. 135 son hükmüne göre, taşınmaz rehnine (TMK m. 858/I) ve kıymetli evraka ilişkin (TTK m. 681/III –poliçe borç altına girenlerden birine de ciro edilebilir ve bunlar tekrar ciro edebilir manasında-) özel hükümler saklıdır. Öğretide borcun bu durumu için (yani alacaklının elinde iken) “*teorik varlıktan*” söz edilmektedir<sup>291</sup>. Bu yönüyle bu hüküm TBK m. 131 son kuralının tekrarı niteliğinde durmaktadır. Bazı yazarlar bu saklı tutmanın ipotekli borç senedi ve irat senedi açısından (TMK m. 914/II: “Bu senetler, yüklü taşınmazın maliki adına da düzenlenebilirler”) geçerli olduğunu ifade ederler<sup>292</sup>. Buna göre bu senetlerin alacaklısı, ilgili taşınmazı sonradan kazanmış olsa dahi, bu senetlerdeki alacaklar sona ermezler, malik bunları

287 Bu konuda bkz. sadece *Becker/BernK.*, Art. 118, kn. 5 vd.; *von Tuhr/Escher*, s. 187; *ZürK/Aepli*, Art. 118, kn. 20.

288 *Koller*, OR AT, § 62, s. 1025 kn. 8.

289 BSK OR I -*Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 118, kn. 3; KUKO OR-*Lardi/Vanotti*, Art. 118, kn. 2.

290 Bkz. *von ZK-Aepli*, Art. 118, kn. 22.

291 *von Tuhr/Escher*, s. 164 vd.; *Koller*, OR AT, § 62, s. 1025 kn. 4.

292 Oğuzman/Öz, C. I, s. 588.

tadavülde tutabilir. Yine TTK m. 681/III hükmüne göre, poliçeden doğan alacağı ciro yoluyla devralan borçlu bunu başkasına ciro edebilir.

Birleşme ile borcun tamamının ortadan kalması gerekmez, kısmi sona erme söz konusu olabilir. Örneğin babasından alacaklı olan kişinin babası öldü ise ve kendisinden başka bir de kardeşi mirasçı ise alacak miras payı (borçlardan iç ilişkide sorumlu olduğu ölçüde) oranında sona erer.

Üçüncü kişilerin alacak üzerindeki hakları birleşmeden etkilenmez<sup>293</sup>. Örneğin bir alacağın üçüncü kişiye rehnedilmesi durumunda, birleşme sonrası rehnin ifa edilmemesi durumunda rehin alacaklısı borçlu/alacaklının mal varlığına başvurabilir<sup>294</sup>. Aynı şekilde alacak hakkı üzerinde intifa hakkı sahibi kendisine faizin ödenmesini talep edebilir<sup>295</sup>. Diğer taraftan borcun birleşme sonucu sona ermiş olmasına üçüncü kişilerin (örneğin kefilin) dayanması mümkündür<sup>296</sup>.

### 3. 2. Birleşmenin geçmişe etkili ortadan kalmasında borcun canlanması

Birleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarsa borç canlanır, esasen varlığını baştan itibaren sürdürür (TBK m. 135/II). Burada düzenlenmiş olan husus, birleşmenin gerçekleşmesinden sonra bunu gerektiren sebebin (bir nevi koşulun) ortadan kalkmış olmasıdır. Bu özellikle miras hukuku kapsamında gerçekleşebilir. Borçlu ve alacaklı sıfatlarının başka hukuki sebepler ile ayrı düşmesi (örneğin boşanma, birleşme sürecinin geçersiz olması vs.) bu hükmün düzenlediği bir konu değildir<sup>297</sup>.

Birleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasına örnek olarak, mirasçı olan çocuğun, daha sonra ortaya çıkan bir vasiyetname ile mirasçılıktan çıkarılmış (TMK m. 510) olduğunun anlaşılması; mirasın reddi (TMK m. 605 vd.) ya da mirastan yoksunluk sebebinin (TMK m. 578) bulunduğu sonradan ortaya çıkması gibi haller verilebilir. Benzer durum mirasçının atanmasına temel teşkil eden vasiyetnamenin iptalinde gerçekleşebilir. Bozucu şartla bağlı işlemlerde de bozucu şartın gerçekleşmesi ile bu durum söz konusu olabilir.

Bu şekilde borcun tekrar canlanmasında bunun fer'ileri de doğrudan canlanır. Ancak bunun için bunların koşullarının halen bulunuyor olması gerekir. Örneğin taşınır rehni geri verilmiş ise artık bunun yeniden kurulması gerekir.

293 Bu konuda bkz. sadece *von Tuhr/Escher*, s. 31; *ZK-Aepli*, Art. 118, kn. 31 ve orada anılan kaynaklar.

294 Bu konuda bkz. sadece *Koller*, OR AT, § 62, s. 1025 kn. 7.

295 Bu konuda bkz. sadece *von Tuhr/Escher*, s. 188; *Koller*, OR AT, § 62, s. 1025 kn. 7.

296 *ZK-Aepli*, Art. 118, kn. 28.

297 Bu konuda bkz. *ZK-Aepli*, Art. 118, kn. 34 vd. ; bkz. ayrıca *BSK ORI -Gonzenbach/Gabriel-Tanner*, Art. 118, kn. 8.

Yan hakların canlanması (örneğin faiz) sadece ilgili dönem açısından söz konusu olacağından, borcun bir nevi uykuda olduğu (ruhen) dönem açısından bir hukuki sonuç doğmaz (örneğin faiz istenemez). Bunun gibi canlanmada yeni bir zamanaşımı başlamaz, kaldığı yerden devam eder ve aradaki süre birlikte hesaplanmaz.

## X. OTURUM TARTIŞMALAR

**Bülent BALKAN:** Sorum Gülçin Hanıma olacak. Borçlar Kanununun 603'teki kefaletin hükümlerinin genişlemesine ilişkin maddeden bahsederken aveli de bunun içine sokan bir cümle geçti, aveli de saydınız. Fakat şöyle bir durum var, aval Türk Ticaret Kanununda düzenleniyor. Doktrinde bu nedenle genel hüküm, özel hüküm tartışması gereği Borçlar Kanunundaki bu hükmün Türk Ticaret Kanunundaki özel hükme etki etmeyeceği, bu nedenle de avalin buradaki kefaletin genişlemesi kapsamında olmadığı doğrultusunda doktrinde tartışmalar var, ben de aynı görüşteyim. Bir bunu belirtmek istedim, bunu açıklamak daha doğru olur diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Gülçin ELÇİN GRASSINGER:** İsterseniz hemen söyleyeyim. Dediğiniz gibi bu doktrinde tartışmalı olabilir. Benim kanaatim son derece kanunun gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır derken özellikle Borçlar Kanunundaki teminata yönelik sözleşmeleri kastettiğimi hiç düşünmüyorum. Zira bu sadece üçüncü kişinin fiilini taahhüt şeklinde değil. Tamam, banka teminat mektuplarında zaten garanti veren tüzel kişidir, zaten bu dışında tutulacak, ama her halükarda gerçek kişi bir teminat veriyorsa teminat vereni korumak maksadıyla olduğundan dolayı bunun ben uygulanacağı kanaatindeyim. Farklı görüşe de saygı duyarım, ama benim kanaatim Ticaret Kanunu, şu kanun, bu kanun şeklinde bir sınırlama yapmadığı kanaatindeyim, ama farklı bir görüş sizin görüşünüz tabii ki.

**Av. Melahat KIRAÇ:** Gülçin Hanımefendi Hocamıza sorumu yöneltmek istiyorum. Pratikte biz icra takip dosyalarının infazı aşamasında borcu üçüncü kişiler ya da evdeki hacze gittiğimiz adresteki diğer insanlar kefil sıfatıyla taahhüt edebiliyorlar. Şimdi bu durumda biz hangi şekil şartlarını arayacağız? Biraz evvel sıraladığınız tüm şekil şartlarını haciz zabtını düzenleyen icra memurunun tuttuğu tutanağa nasıl geçireceğiz? Bu konuya biraz katkılarınızı sunar mısınız acaba? Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Gülçin ELÇİN GRASSINGER:** Mevcut Borçlar Kanunu hükmü çerçevesinde zaten bu sıkıntı olmayacak da evet, sorun bundan sonrakilerinde. İcraya kefalete ilişkin olarak aslında özel bir hukuki durum söz konusu diye düşünüyorum ben. Ancak kanun da bu bakımdan hiçbir istisna yapmamış. Güzel bir soru, zor bir soru, benim kanaatimce lafzına baktığımız zaman aynen birebir gerçekleşmesi gerekecek, ama bunu nasıl gerçekleştireceğiz? Ben bunu demin değerli

konuşmacıya da sordum, kefalettteki bu husus sadece icra aşamasında yapılan kefaletler açısından değil, genel olarak, gerçek kişi olarak artık teminat almak isteyen kişilerin gerçek kişiyi ister kefil olsun, tekrar ediyorum, 603 sebebiyle teminat maksadı güden diğer işlemler olsun nasıl alacakları çok büyük bir muamma teşkil edecek. Çünkü ... diyecek veyahut da diğer şekil şartları. Ben bu hükmün bu şekilde geçeceğinden de açıkçası şimdilik kuşku var. Bu benim şahsi kanaatim.

**Av. Melahat KIRAÇ:** Bunu ifade çok zorlanacağız Hocam, öyle görünüyor.

**Prof. Dr. Gülçin ELÇİN GRASSINGER:** Yerden göğe haklısınız, dediğim gibi bunu teminat alacak kişiler açısından dikkate aldığımız zaman kira sözleşmesinden tutun diğer bütün sözleşmelere kadar son derece ifrat ve tefrit, son olarak bunu söyleyeyim. İfrat ve tefrit, kefilin sorumlu olduğu miktar hiçbir surette yazılmıyordu, beyaza imza yoluyla kefalet geçerliydi, şimdi de böyle bir şey geldi. Dediğim gibi benim bu hükmün fiili uygulanırlığından çok büyük şüphem var.

**Av. Melahat KIRAÇ:** Sayın Başkan, izniniz olursa Mustafa Beyefendi Hocama bir sorum olacak. İbraya ilişkin sorum, müsaade ediyor musunuz? Sayın Hocam, anlattığınız konular arasında benim şu an yüz yüze olduğum bir davama ilişkin bir soru yöneltmek istiyorum, konum ibra. Şimdi iki kişi arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlenmiş. Tabii ki noter tasdikli yapılmış. Sözleşmenin koşulları yerine getirilmiş, taraflardan biri şirket, birisi de gerçek kişi. Yani kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki taraflardan bahsediyorum. Sözleşmeden doğan edimleri gerçek kişi yerine getirmiş ve şirketin yetkilisi de kendi el yazısıyla ibraname başlıklı bir yazı vermiş, işte şu noterliğin şu sayılı, şu tarihli sözleşmesinden doğan tüm hak ve alacaklarımı aldım, hiçbir hak ve alacağım kalmamıştır, kendisini bu sözleşmeden dolayı ibra ediyorum diye açık ve anlaşılır Türkçeye yazılmış, el yazısıyla yazılmış ve düzenlenmiş bir ibraname var elimde. Daha sonra bu kişiler arasında yeni bir ticari ilişki gelişmiş, bu sefer oldukça ciddi rakamda bahsettiğimiz gerçek kişiden borç para almış ve kıymetli evrak mahiyetinde kambiyo senetleri vermiş. Biz bu kıymetli evraka bağlı takiplerimizi yaptık, gayrimenkul satışlarını yaptırarak, kaçırdığı mallara ilişkin tasarrufun iptali davaları açtık. Bunlar derdestken bu şirket menfi tespit davası açtı ve gitti ibranameye rağmen kısmi alacak davası açtı. Dedi ki, bu ibranamede karşı taraf gerçek kişinin imzası yoktur, ben tek taraflı verdim. Öncelikle bu nedenle geçersizdir dedi. Ben kıymetli evraka ilişkin sorularımı bir tarafa bırakıyorum size, ama böyle bir ibraname beni ne kadar kurtaracak açıkçası, Yargıtay kararlarına baktığımda hiçbir şekil şartı aramıyor, tamamen geçerli sayıyor, ama sizin katkılarınıza ihtiyacım var. Teşekkür ederim.

**Doç. Dr. Mustafa AKSU:** Şimdi tabii sizin söylediğiniz olayda ibraname iş hu-

kukuna ilişkin de olmadığına göre, yani şimdi yeni kanuna göre bakacak olursak, şu anki durum itibariyle zaten şekle tabi olmak zorunda değil, şekle bağlı olmaksızın yapabileceğine göre orada kişi açık açık şu sözleşmeye ilişkin alacaklarımı aldım ya da işte bundan dolayı almadıysam bile ibra ediyorum tarzında bir irade beyanında bulunmuşsa bunun kural olarak geçerli olması gerekir. Karşı tarafın imzasının olması bir zorunluluk değil, zaten bizim Borçlar Kanunundaki genel hükümler çerçevesinde bu borç altına giren kişi, yani bunu ibra eden kişinin imzalaması esasen yeterli olur. ancak orada belki irade sakatlığına ilişkin bir durum varsa onu tabii ki ileri sürmek mümkün olabilecek, belki o şekilde kurtarılabilir. Yok, öyle bir irade sakatlığı yoksa orada bence ibra var. ibra olduğu için de borcu zaten sona ermiş olacağı için daha sonra yeni bir borç ilişkisinin meydana gelmesi, ona bağlı olarak kıymetli evrak vermiş olmaları o tabii tamamen ayrı bir soru olur. Belki biraz önce anlattığımız yenileme açısından belki birtakım durumlar...

**Av. Melahat KIRAÇ:** Oradaki kıymetli evrakın verilmesinde alacaklı bu sefer...

**Doç. Dr. Mustafa AKSU:** İbra eden kişi mi veriyor?

**Av. Melahat KIRAÇ:** Tabii ki, çünkü borç almaya devam ediyor. yani çok ciddi rakamda borç alıyor.

**Doç. Dr. Mustafa AKSU:** Tamam, işte o aldığı borca ilişkin olarak herhalde güvence verdi.

**Av. Melahat KIRAÇ:** Güvence değil, yani aldığı borç paranın karşılığında verdi. Tabii ki o teminat iddiası var, vesaire, onlar ayrı meseleler.

**Doç. Dr. Mustafa AKSU:** Ama ibra açısından bir sorun yok gibi orada değil mi?

**Av. Melahat KIRAÇ:** Tabii, bana göre de yok, ama Hocam, ben katkılarınızı istedim.

**Doç. Dr. Mustafa AKSU:** Bildiğim kadarıyla bir sorun yok bence.

**Av. Soner BÜYÜKDİKMEN:** Benim Sayın Aksu Hocamıza, Hocam, uygulamada karşılaştığımız bir sorun var bu ihtirazi kayıtla ilgili 131. maddenin 2. fıkrasıyla ilgili. Örneğin bankalara yapılan bir ödemeyi alan alacaklı ihtirazi kayıt koyma imkânı yok. ben bunu bankadan bizzat çekenlere dekontun üzerine yazın diye tavsiye ediyorum, ama havale yoluyla gelen bir parayı yine havale yoluyla başka bir yere gönderen alacaklının böyle bir ihtirazi kayıt koyma imkânı yok. Bunu nasıl çözebiliriz, bu konudaki tavsiyeniz nedir, ben bir çözüm bulamadım.

**Doç. Dr. Mustafa AKSU:** Soruyu biraz daha ayrıntılı hale getirir misiniz?

**Av. Soner BÜYÜKDİKMEN:** Şöyle, şimdi bir borç ödenirken, ana borç ödenirken feri, yani faize ilişkin haklarımızı saklı tuttuğumuza ilişkin bir ihtirazi kayıt olacak ki bunu talep edebilelim, anapara bittikten sonra talep edebilmemiz için. Fakat bu anapara banka havalesiyle bize geç ödendiğinde bizim banka havalesiyle gelen parayı kabul ederken faizi ilişkin haklarımızı saklı tutmamız gerekiyor. Bunu kaydedebileceğimiz bir kişi yok, direkt şahıstan almıyoruz. Banka havalesiyle hesabımıza gelmiş, fakat bizim bu ödemededen faiz alacaklarımızı saklı tutmamız gerekiyor. bunu belirtmenin bir yöntemi ne olabilir?

**Doç. Dr. Mustafa AKSU:** Saklı tutma zaten her zaman açık şekilde olmak zorunda değil ki, yani durumun gereklerinden de saklı tuttuğu ortaya çıkıyorsa diyoruz ya, belki o çerçevede değerlendirebiliriz. Ben öyle anlıyorum.

**Prof. Dr. Gülçin ELÇİNGRASSİNGER:** Ben kabul eden taraf olacak olsaydım banka yoluyla da onu yollaması ihtimaline karşın telefon açardım, söz uçar yazı kalır veyahut da yazılı bir haber verme şeklinde derdim ki, anapara yollandığı takdirde işlemiş olan faiz hakkım saklıdır, sakın yanlış anlama. İkinci ihtimal daha da emniyetlisi kanun çok açıkça diyor ya, sözleşmeyle saklı tutulmuşsa. Sözleşmede demişseniz zaten hiçbir sıkıntı da olmayacaktır. Bu benim kanaatim, kusura bakmayın.

**Doç. Dr. Mustafa AKSU:** Yok, sözleşmede zaten düzenlenmişse son nokta, zaten sözleşmede düzenlenmemiş anladığım kadarıyla.

**Prof. Dr. Gülçin ELÇİN GRASSİNGER:** Sözleşmede öyle bir koşul yoksa gelmeden evvel, çünkü ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle en kötü ihtimal böyle bir durum düşünmediniz, ifa yapıldı, derhal haber verilmesi de bence yeterli ve gerekli olur.

**Av. İsmail ALTAY:** Daha ilginç bir yaklaşım sunacağım, bankalara yükleneceğim burada. Şöyle ki, bakın şimdi tüm ödemelerin artık sistemden geçmesi isteniyor. Bankaların üzerinden ödeme yapılması isteniyor. Fakat bankalar kendi sorumluluklarını yerine getirerek sistemlerini buna göre ayarlamıyorlar. Şimdi tabii bahsedildiği gibi ihtirazi kayıt koymak istiyorum, benim sistemim müsait değil diyor. sen benim hakkımı kullanmamı engelliyorsun. Burada banka kusurludur. Tüm yasal düzenlemeler banka üzerinden ödemelerin yapılmasını isterken banka bu düzenlemeyi yapmıyorsa orada kusurludur. Bu sebeple olaya bir de bu açıdan bakmak lazım. Eğer hakkım zayı oluyorsa ve benim bunu tabii ispat etmem lazım. tabii telefon bankacılığıyla da bunlar kayıt altına alınıyor, böyle bir yola da gidilebilir. Ben yıllarca hep bankalarda çalıştım, sevgili meslektaşım da banka avukatı. Bu konuda en kısa zamanda bankaların sistemlerini düzeltmesi lazım. yoksa sorumluluk doğacak. Sevgili meslektaşım bankasına iletectir muhakkak,

Bankalar Birliğini de bu konuda uyardığımız lazım. teşekkür ederim.

**Doç. Dr. Mustafa AKSU:** Bir şey daha ekleyeyim, ben burada yorum yoluyla sorun zaten şöyle çözülür diye düşünüyorum. Yani bir kişi borcunu banka aracılığıyla bana gönderiyorsa, benim elimde de burada ihtirazi kayıt koyma imkânım bu şekilde engelleniyorsa durumun gereklerine göre zaten ben faiz alacağımdan vazgeçmiş sayılmam. Tamam, onu ispatlamak gerekir, ama biraz önce Gülçin Hanımın söylediği gibi hemen tepki gösterebilirsiniz. Yani bunu ille de açık şekilde saklı tutmaya gerek yok ki, durumun gereklerinden çıkıyor burada. Madem bankayı kullanıyorsunuz, sizin söylediğinizi biraz hani bankaların aleyhine yorumlayarak dinleyelim, bir şekilde bu sonuca varmak mümkün.

**Av. İsmail ALTAY:** Hazır mikrofon bendeysen bir katkıda bulunabilir miyim müsaadenizle? Bir zamanlar kredi kartları konusunda biliyorsunuz kefalette olması gereken şey limitin belirli olması gerekiyordu. Kredi kartlarına kefil alınıyordu, fakat limit yoktu. Yargıtayın kafası karıştı, limit olmaması sebebiyle kefaleti geçersiz saymadı da garanti sözleşmesi gibi değerlendirdi bunu. Bence bu karar da hatalıydı. Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Gülçin ELÇİN GRASSINGER:** Tamamen katılıyorum, aynı kanaatteyim. Söylediklerinize tamamen katılıyorum, o maddeyi bertaraf etmiş oluyor.

**Av. İsmail ALTAY:** Öyleydi, şimdi o zaman devam edeyim. Tabii bankaların işine gelmeyecektir, banka ya da finans kurumlarının ya da bu tip şirketlerin işine gelmeyecektir, ama kefaletin sonuçları çok büyük, sosyal etkisi çok büyük. O yüzden kimin ne kadar şeye teminat verdiğini bilmesi lazım, rakamın belirli olması lazım. kredi kartının limitinin arttırıldığı takdirde kefil ondan sorumlu olmaz, kefilin ayrıca o artmaya onay vermesi lazım. yoksa asıl borçtaki limit arttı, sen de sorumlusun, bu mantıklı değil. Sosyal barışı da hukuk düzeninin koruması lazım. böyle bir katkıda bulunayım. Teşekkür ederim.

**Av. İlkem ÇATALKAYA:**Merhabalar, şöyle bir sual yöneltmek istiyorum ben. Bir şahıs ticari kredi çektiğinde krediye şahsen kefil oluyor, müteselsil kefil şahsı adına da. Yani hem şirketi için kredi çekiyor, aynı zamanda şahsı için de kefil oluyor. Yani bu tür kefalet yeni Borçlar Kanunu yürürlüğe girdiğinde eşinin rızası olmadığı için geçerli olacak mı, yoksa bu konuda neler yapılabilir?

**Prof. Dr. Gülçin ELÇİN GRASSINGER:** Ben buna çok denk geldim. Şöyle, bir kimseyi banka hem şirketin borcu için müteselsil borçlu olarak alıyor. Müşterek müteselsil borçlu ve müteselsil kefil ibaresiyle de kefil olarak, buna ilişkin bir dosya yapmış olduğum için daha somut olarak konuşabilirim, böyle çok afaki değil. Deniliyor ki ve bu kuraldır, bir kimse kendi borcunun hem borçlusu hem kefil

olamaz. Söz konusu bu halde tarafın gerçek manada neyi istediğine bakacağız, hangi taraf alacaklı imzalayan kişi? Dolayısıyla bir kimse hem borçlu hem kefil olamaz. Müteselsil kefil denildiği takdirde, müşterek borçlu ve müteselsil kefil, bu yanlış bir tercümedir. Dolayısıyla bu sıfatın altını imzalayan 485. madde anlamında müteselsil kefil olarak kabul edilir. İkincisi ticari bir borca kefil olduğunuz zaman ticaretteki teselsül karinesi zaten müteselsil kefil, ister ticari olsun, ister adi ilişki için olsun, kefalette kefilin sorumlu olacağı miktarın mutlaka kefil veya kefillerin elle yazılması şartı ve keza eşin rızası, vesaire aranmaktadır ve aranacaktır. Yani 2012'den sonra 583. madde ve 584. madde son derece açık ve gerekçeye baktığımızı zaman da konulma muratlarının, manalarının bu olduğunu görmekteyiz. Bu itibarla ben gerçek kişiler açısından böyle bir kefalet sözleşmesinde eşin rızasının mutlaka, yani siz eşin rızası diye sormuştunuz, mutlaka aranması gerekiyor. kaldı ki diğer beyefendiden farklı olarak sadece kefalette değil, gerçek kişinin bütün teminatına ilişkin sözleşmelerinde, benim düşüncem bu.

**Av. İlkem ÇETİNKAYA:** Yani şöyle de söylemek isterim ben, eski Borçlar Kanunu döneminde kefil olmuş, kendi borcuna, ticari borcuna. Eşin rızası eskiden aranmıyordu, ama şu anda aranıyor.

**Prof. Dr. Gülçin ELÇİN GRASSINGER:** Pardon, özür dilerim, ben yanlış anladım o zaman. Hukuki işlem yapıldığı andaki sisteme tabi olacağı için sizin sözleşmeniz açısından eşin rızası aranmayacak. Ne zaman aranma söz konusu olabilir? 2012'den sonra kurulmuş olacak ola kefalet ilişkileri açısından. sözleşmenin yapıldığı andaki yürürlükte olan hükme bakacağız.

**Av. Harun ŞİMŞEK:** Demin üstadımın sorduğu soruyla alakalı, şimdi ben şu şekilde yaklaşmak istiyorum aslında, mevzuatın hukuki niteliği. Mevzuatın hukuki niteliğinde mevzuat para banka hesabına girdiğinde mevduat sahibi o hakkı sadece alacak hakkına sahiptir, paranın mülkiyeti banka üzerindedir. Dolayısıyla ihtirazi kaydı banka aracılığıyla bildirmek mantıklı değil, çünkü banka üçüncü şahıs olarak gözüküyor. Direkt sözleşmede veyahut da sözleşme esnasında Hocamın belirttiği gibi şahsa ihtarnameyle bildirilmesi gerektiği kanaatindeyim. Çünkü mevduatta sadece bir alacak hakkı söz konusu olduğunu düşünüyorum. Teşekkür ederim.

**Av. İsmail ALTAY:** Benim yaklaşımım bankacılık işlemleri açısından. Bankacılık işlemlerinde benim tasarruf etmemi kolaylaştırmadığı takdirde sorumluluğu doğar benim zararım, bu açıdan yaklaştım olaya.

**Av. Enver AKBAŞ:** Sorum Gülçin Hanıma olacak. Hocam, ticari hayatta senet ve çekler üzerine aval veyahut da kefalet aranmaktadır. Ödenmeyen çek ve senetler açısından değerlendirdiğimizde gerek ihtiyati haciz gerekse icra safhasında

takip yapılması söz konusu. bu durumda eşin rızası aranacak mı ihtiyati haciz alınırken veya icra takibi yapılırken? Teşekkür ederim.

**Prof. Dr. Gülçin ELÇİN GRASSINGER:** Onlar bir teminat niteliği olmadığı için çekin üzerine kefil imzasını attığı esnada o da bir şekli açıdan ticaret hukukçularıyla konuşmak lazım, bir kenarına da eşinin rızayım, rızam var demesi lazım, ama onun dışında. Çünkü ben farklı görüş olduğumu bilmiyordum, ama diğer meslektaşımız öyle söyledi, eğer 603. maddenin kıymetli evraka uygulanmayacağı çek veya diğer şeylerde o ayrı, ama uygulanacağı kanaatiyle söyleyeyim, çekin üzerinde öyle bir düzenleme olması gerekli ve yeterli. İhtiyati haciz için veya diğer durumlar için söz konusu değil. söz konusu olan şey 603'teki sadece teminat söz konusu olduğunda bu teminatı o kişinin, o çekin üzerine ben kefilim diye mza atanın hukuki sonucunun ailesi açısından bilinir olması, kötü yaptırımların söz konusu olmaması, eşinin de gidip demesi evet, benim rızam varsa. Paraya çevirme dönemimizin gereği yoktur, teminat verildiği aşamadır bu zaten.

**Av. Soner BÜYÜKDİKMEN:** Benim eşin rızasıyla ilgili Gülçin Hanıma kısa bir sorum olacak. Şimdi eşin rızası için önceden düzenlenmiş noter marifetiyle belli bir miktara kadar, eşinin belli bir miktara kadar kefil olabileceğine ilişkin bir düzenleme yapılabilir mi acaba?

**Prof. Dr. Gülçin ELÇİN GRASSINGER:** Güzel bir soru, dolanmayacağız kefalet sözleşmesindeki şekil koşullarını. O itibarla temsili ilişkin olarak daha evvel ben iki sene evvel vermiş olduğum bir tebliğde de söylemiştim, nitekim kanun koyucu da tasarıda ona uymuş. Verilecek temsil yetkisinde de benzer koşullar arandığı için dolayısıyla eşin müstakbel mevcut, müstakbel alacak, vesaire maalesef bunlardan, ama üzücü bir şey değil, bence sevindirici. Eşin rızası beni rahatsız ediyor, yani sırf şu bakımdan: Her işlemde hadi eşini de getir, başka bir şekilde belki ona çözüm getirilebilirdi. Bir ikincisi de elle yazmak sadece kefilin sorumlu olduğu miktar açısından eliyle yazılması iyi olur, ama elle yazılmaksızın makineyle yazılsa ne sıkıntısı olabilirdi diye düşünüyorum. Yani bazı şeylerin manası var mıydı? Kefalet tarihi açısından da o müstakbel borçlu açısından çok büyük sorun. Bir kredi alıyor, ondan sonra alacağı kredileri sınır çekmek için, dolayısıyla o temsil yetkisinde aynı koşullar aranacak. Yani öyle genelleme yapılamaması gerekiyor.

**Av. Soner BÜYÜKDİKMEN:** Yani bundan sonra ticaret yapanlar özellikle eşleriyle birlikte bankalara gidecekler, eşleriyle birlikte sözleşme yapacaklar.

**Prof. Dr. Gülçin ELÇİN GRASSINGER:** İşte onun için sayın konuşmacıya dedim, yani banka almaz diye düşünüyorum.

**Av. İsmail ALTAY:** Şimdi bunun sıkıntıları temerrüde düşmesi halinde doğu-

yor. Kimin temerrüde düşmesi halinde? Asıl borçlunun. Şimdi bizim toplumu-muzda yüz yüzden utanır, böyle ilişkiler farklıdır bizim toplumumuzda. Böyle Batı toplumları gibi biz çabuk hayır diyemeyiz. Şimdi öyle ilişkilerimiz var ki ben en yakın dostuma değil babama ben kefil olmam dediği zaman adam şey yapar, yani bunu nasıl yaparsınız, ama sonucu kime doğuyor? Ailesine doğuyor, karısına, çocuğuna çocuğuna doğuyor, torununa doğuyor. Yani bunlar basit şeyler değil, ama kefil olmama, oradan kurtarabilmenin tek yolu belki de kırmadan karşı tarafı eşim muvafakat etmiyor dediğiniz zaman kurtardınız. Gitsin başka teminat bulsun adam, illa şahsi teminat bulmak zorunda mı değil mi? Ne aileler dağılıyor ve maalesef de banka avukatlığı yaptığım dönemde dağılmasına neden olduk bilmeden genç avukatlığım dönemimde, ama tabii hukuki hakkınızı kullanıyorsunuz, avukatsınız. Ancak trajedi, gerçekten sonuçları trajedi. Bu gibi müesseselerin suiistimal edilmesinden kaynaklanan sonuç bu, aslında bu da bir tepki yasası gibi değil mi, hep tepki yasaları bu şekilde doğmuyor mu? Mesela Sevgili Meslektaşım Ceyda ne dedi, 110. maddenin 2. fıkrasından bahsetti. O 2. fıkranın düzenlemesi bankalar lehine özellikle getirilmiş bir şey, bir çıkar yol olarak düzenlenmiş. Bu da müsaade edin de sosyal amaçla getirilmiş olsun. Kredi alanlar da farklı teminatlar bulsun, şahsi teminatlara çok fazla yönelmesinler, ben böyle düşünüyorum. Elle yazılması konusu da son bir kere daha düşün ya da ne olur kurumları şey yapmıyorum, ama bazıları da üstünü de doldurabiliyorlar, sahtekarlıklarla da karşılaşıyoruz. Sonradan doldurulabiliyor, avukatlık hayatımızda birçok şey gördük, o yüzden elle yazılmasında fayda var diye düşünüyorum.

**Av. Dr. Ceyda ÖCAL:** Son olarak ben İsmail Beyin bahsettiği bankaların havale gönderirken mesajları iletmesi konusuylla ilgili olarak bankaların bu konuda sorumluluklarıyla aslında ilgili bir konu olmadığını düşünüyorum. Sebebi şu, bankalar Yargıtay kararlarında güven kurumu kabul ediliyor, imtiyazlı işletme sayılıyor. Basiretli bir tacirin göstermesi gereken özenden çok daha fazla özen göstermesi gerektiği de kararlarda belirtiliyor. Sonuç olarak bütün özel ve tüzel tüm gerçek kişiler arasında en çok sorumluluk yüklenen kurumlar ne yazık ki bankalar gibi bir sonuç ortaya çıkıyor. ancak bu havale ilişkisinde bankanın ne yapması gerekiyor, sorumluluğu nedir? Özenli davranmak, işlemi doğru yapmak, bankanın sorumluluğu bundan ibarettir. Daha somutlaştırırsak havaleyi doğru kişiye göndermesi gerekmektedir. Buna titizlikle dikkat etmeli, zamanında göndermeli, tam ve eksiksiz olarak göndermesi gerekmektedir. Bunun dışında bankaların tarafların kendi aralarında birbirlerine göndereceği mesajlar, notlar, iletilerde bunları bütün detaylarıyla gönderme şeklinde bankanın sorumluluğu olduğu, eğer taraf göndermezse burada bankanın kusuru olduğu şeklinde bir yoruma varmamız o kurumları kendisinden beklenen özen ölçüsünün daha da ilerisinde bir sorumlu-

lukla bağlamak olur. sonuç olarak burada dediğimiz gibi bankanın doğru yapması lazım işlemi, doğru kişiye göndermesi, tam göndermesi ve zamanında parayı göndermesi, bunlardan ibarettir. Diğer hususlar yardımcı olması biraz daha teknolojik hayatın gelişmesiyle alakalı olan durumlardır. Fiilen imkân olduğu ölçüde zaten bankalar da işlemlerin yapılabilmesini kolaylaştırmak adına bunları elbette yapacaklardır. Teşekkür ederim.

**Av. Gülbeyaz KARADENİZ:** Ben İsmail arkadaşımıza katılıyorum, sanıyorum İsmail arkadaşımızın söylemek istediği şuydu: Elbette ki tüm sözleşmemizi içeren bir açıklamayı banka kabul edemez. Ancak bir yere aidat gönderdiğimizde bile, diyelim ki bir sitenin aidatını göndereceğim şu aya ilişkin, şöyle, vesaire diye, o üç satırlık açıklamayı bile banka alamıyor, yeterli değil avukat hanım, kısaltın diyor. dolayısıyla ben hiçbir şey yazamıyorum, sadece param gidiyor. O nedenle İsmail arkadaşımıza katılıyorum; havalelerde havale miktarı, gideceği yer kadar küçük bir açıklamaya da yer verilmeli. Bu da bankanın görevi diye düşünüyorum.

**Av. İsmail ALTAY:** Ceyda Hanım çok haklı, fakat şöyle: Bakın, o bahsettiğiniz tüm unsurların içinde benim tam açıklamayla para yollamamı da sağlaması gerekiyor. Niçin? Çünkü farklı hukuki sonuçlar doğabilir. Bahsettiğimiz şey yasa bazı şeylerde demiyor mu, sen banka üzerinden yapacaksın demiyor mu, yani öyle demiyor da zorunlu hale getiriyor. Yapacağı bankanın aslında öyle çok fazla bir şey değil. Tek satırı üç satır haline getirerek rahat açıklama yapması, bunun dışında bir yükümlülüğü de yok aslında. Evet, teşekkür ediyorum sayın başkan.

**Prof. Dr. Algun ÇİFTER:** Biz teşekkür ederiz. Teşriflerinizden dolayı teşekkür ediyorum ve tertip komitesine soruyorum, bir saat ara vereceğiz. Saat 14'de buluşmak üzere oturumu kapatıyorum, afiyet olsun.



# XI. OTURUM

## Oturum Başkanı

**Doç. Dr. Herdem BELEN\***

Sayın konuklar, yeni bir oturuma başlıyoruz. XI. oturumumuz da bir önceki oturumun yoğun temposu ve içeriği dolayısıyla, zamanın sarkmasıyla başlayacak. Önce 11. oturumun tebliğ sunucularını rica edeceğim. 34 numaralı tebliğ cari hesap ilişkileri Dr. Ramazan Durgut sunacak bize. 35 numaralı tebliğ zamanaşımı Doç. Dr. Mehmet Erdem yapacak sunumunu, rica ediyoruz. 36 numaralı tebliğ bir uygulama tebliği, Yargıtayın sürenin hukuki niteliğini göz ardı eden bir kararı üzerine, Av. Mustafa Doğan sunacak. 37 numaralı tebliğ takas, Doç. Dr. Bilgehan Çetiner'den dinleyeceğiz. Oturumun Başkanlığını ben yapacağım, kendimi en sona sakladım, sunuyorum. Şimdi ben de geçiyorum yerime, iyi dinlemeler size.

Tebliğ sıralamamızı Borçlar Kanununun genel hükümlerini bütünüyle irdelenecek şekilde yapmıştık. Bazı konularda ufak tefek konu, yer değişiklikleri oldu. Bunlardan bir tanesi cari hesap. Konu sabahki oturumda yer alabilirdi. Öte yandan cari hesap ilişkileri, yenileme hükmünde geçer, ticaret hukuku konusudur. O yüzden de bu oturumda, ticaret hukukundan bir öğretim üyesi arkadaşımızdan dinleyeceğiz. Süreniz yarım saat, buyurun lütfen.

---

\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

# § 34 CARİ HESAP İLİŞKİLERİ

Yard. Doç. Dr. Ramazan DURGUT<sup>1</sup>

## I. GENEL OLARAK

Cari hesap kanunda “iki kişinin herhangi bir hukuki sebep veya ilişkiden doğan alacaklarını teker teker ve ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem alacak ve borç şekline çevirerek hesabın kesilmesinden sonra çıkacak artan tutarı isteyebileceklerine ilişkin sözleşme” olarak tarif edilmiştir (TTK 89/1). Bu sözleşme ile taraflar, karşılıklı olarak, aralarındaki ilişkilerden veya herhangi bir hukuki sebepten doğan alacaklarını hesaba kaydedip, belirli aralıklarla takas ve ortaya çıkan bakiyeyi tanıma konusunda anlaşmaktadırlar. Hesaba kayıt, takas, bakiyenin tespiti ve tanınması sözleşmelerinden oluşan cari hesap sözleşmesi yazılı şekilde yapılmak zorundadır (TTK 89/2)<sup>2</sup>.

Tacirler arası uygulamalardan doğmuş ve gelişmiş bir kurum olan cari hesap sayesinde taraflar aralarındaki gereksiz ifa hareketleri ile masraflarını azaltmakta ve böylece taraflar arasındaki işlemler basitleşmekte ve yeknesaklaşmaktadır. Cari hesaba her iki tarafın alacakları ve borçları kaydedilip takas edildiğinden, belli bir oranda teminat işlevi de söz konusudur. Ayrıca hesaba kaydedilen alacakların münferiden devri, rehni ve haczi mümkün olmadığından, bunların ödenmemesi riski azalmakta ve/veya hesap devresi sonunda tespit edilen bakiye alacağı tutarınca sınırlanmaktadır. Buna karşılık cari hesabın kredi işlevinin bulunup bulunmadığı tartışmalı olup, hesaba kaydedilen alacakların hesap devresi sonuna kadar istenemeyecek olmasının taraflara belirli bir ölçüde kredi sağladığı kabul edilmektedir<sup>3</sup>.

Cari hesap, TTK'nın 89 ilâ 101. maddeleri arasında kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Bununla birlikte TBK'nın 134 ve 143/3. maddeleri de cari hesapla ilgilidir. Belirtelim ki, TBK'da ayrı bir cari hesap düzenlenmemiştir. Buradaki hükümler (TBK 134, 143/3), TTK'daki hükümleri tamamlayıcı niteliktedir. Cari hesapla ilgili hükümler (TTK 89 – 101) uygulanırken TBK'daki hükümler de (TBK m. 134, 143/3) göz önünde bulundurulmalı ve onlara da başvurulmalıdır<sup>4</sup>.

1 İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı

2 Ramazan DURGUT, **Cari Hesap Sözleşmesi**, İstanbul 2012, s. 27 vd.

3 Cari hesabın işlevleri ilgili olarak bkz. CANARIS, Claus-Wilhelm (SCHILLING, Wolfgang / ULMER, Peter vd.), **Handelsgesetzbuch Großkommentar**, Begründet von Hermann Staub, 4. neubearbeitete Auflage, Vierter Band §§ 343 – 382, Berlin 2004, HGB § 355 Rn. 3 – 10.

4 DURGUT, s. 8; Ernest HİRŞ, **Ticaret Hukuku Dersleri**, 2. Bası, İstanbul 1948, s. 681 – 682.

Türk Ticaret Kanunu ve TBK'da iki farklı düzenlemenin bulunmasının nedeni, mehzaz kanun olarak seçilen ülkelerin farklı olmasıdır. Şöyle ki, 1926 tarihli ve 865 sayılı (mülga) TTK'nın mehzazı Alman ve İtalyan ticaret kanunları olup; cari hesapla ilgili hükümler de Şili, Arjantin ve (mülga) İtalyan Ticaret kanunlarından yararlanılarak hazırlanmıştır. 1926 tarihli ve 818 sayılı (mülga) TBK'nın mehzazı ise İsviçre Borçlar Kanunu'dur. İsviçre'de ayrı bir Ticaret Kanunu olmadığından İsviçre Borçlar Kanunu, Ticaret kanununu da kapsamaktadır. İsviçre'nin aksine Türk hukukunda ikili sistem benimsendiğinden, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ticaret hukukuna ilişkin hükümleri 1926 tarihli ve 818 sayılı (mülga) TBK'ya alınmamıştır. Ancak cari hesapla ilgili hükümler (OR Art 117, 124/3, 314/3), 1926 tarihli ve 818 sayılı Kanuna aktarılmıştır. Bu durumda Ticaret ile Borçlar Kanunları arasında uyumun sağlanması için, her iki kanundaki cari hesapla ilgili hükümlerin saklı olduğu<sup>5</sup> belirtilmiştir [TBK 143/2, TTK 89 (eBK 124/3, eTK 88)]<sup>6</sup>.

## II. YENİLEME

Borcun yenilenmesinin en önemli uygulama alanı cari hesaplardır. Cari hesapla ilgili hükümlerin oluşmasında örf ve adet kuralları etkili olmuştur. Kökeni belli olmayan cari hesapta yenileme meselesi de bu durumun açıkça göstergesidir. Hukuk literatüründe cari hesaptan bahsedilmeye başlandığından beri yenileme, cari hesabın ayrılmaz bir hükmü olarak kabul edilmektedir. Bu öneminden dolayı yenilemeyle ilgili TBK'nın 133. maddesinden hemen sonra, 134. maddede cari hesaplarda yenileme düzenlenmiştir<sup>7</sup>.

5 TBK 143/2'de "*Cari hesapla ilgili ticarete ilişkin özel teamüller saklı*" tutulmuştur. Aynı şekilde TTK 90'da da TBK 134 ile 143/2 hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Ancak TBK 143/2'de, TTK hükümlerine yolama yapılması yerine, "*ticarete ilişkin özel teamüllerin saklı*" olduğunun belirtilmesi doktrinde tartışmalara sebep olmuştur. Bir görüşe göre, cari hesapta takasın ne zaman, ne şekilde gerçekleşeceği ilk planda ticari teamüle göre belirlenecek, şayet bir teamül yoksa TTK hükümleri uygulanacaktır (M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul 2011, s. 618; Tuğçe TEK BEN, "Takasın Hüküm ve Sonuçları", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VII, S. 1, Yıl 2011, s. 330). Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre ise, her ne kadar TBK 143/2'de "*Cari hesapla ilgili ticarete ilişkin özel teamüller saklıdır*" deniyorsa da ülkemizde ayrı bir Ticaret Kanunu mevcut olduğundan, madde metnindeki "*teamüller*" sözcüğünü "*Ticaret Kanunundaki hükümler*" şeklinde anlamak gerekir [Selâhattin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Halûk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 1022; Ahmet M. KILIÇOĞLU, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış)**, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011, 837; DURGUT, s. 129 – 130]. Bu sebeple TBK 143/2 hükmünün, "*cari hesapla ilgili Türk Ticaret Kanunu'ndaki özel hükümler saklıdır*" şeklinde değiştirilmesi isabetli olacaktır (DURGUT, s. 341).

6 DURGUT, s. 7; Cevdet YAVUZ, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I – II – III**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 138, Birinci Baskı, Mart 2008 Ankara, s. 381.

7 Baki TOKSAL, **Hukuki Cephesiyle Hesabı Cari**, İstanbul 1956, s. 58; Tennur KOYUNCUOĞLU, **Türk ve İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi (Novatio)**, İstanbul 1972, s. 103.

## 1. Yenilemenin Gerçekleşme Zamanı

### a) Alacakların Cari Hesaba Kaydı Yenileme Değildir (TBK 134/1)

Türk Borçlar Kanunu 134/1'e göre, çeşitli kalemlerin cari hesaba sadece kaydedilmiş olması, borcun yenilenmiş olduğu anlamına gelmemektedir<sup>8</sup>. Aynı sonuç cari hesap sözleşmesinin yapılmasından önce doğmuş alacaklar bakımından da TTK 90/1b'de de tekrarlanmıştır<sup>9</sup>. Her ne kadar TTK 90/1b'de sadece cari hesap sözleşmesinden önce doğmuş olan alacaklardan bahsedilse de bu hükmün TBK 134/1 ile birlikte yorumlanmasından, cari hesap sözleşmesinden sonra doğan alacaklar için de aynı sonuca ulaşılmaktadır.

Alacakların cari hesaba kaydının yenileme olmadığına ilişkin TBK 134/1 ile TTK 90/1b hükümlerinin aksi taraflarca kararlaştırılabilir. Eğer böyle bir anlaşma yapılmışsa hesaba kayıtlı birlikte alacaklar yenilenmiş olur; ancak alacaklar için verilmiş teminatlar yine de devam eder (TBK 134/3).

### b) Yenileme Bakiyenin Tanınması ile Gerçekleşir (TBK 134/2)

Türk Borçlar Kanunu 134/2'de hesap devreleri sonunda tespit edilen bakiyelerin tanınması ile yenilemenin gerçekleşeceğine dair bir yasal karine öngörülmüştür. Cari hesap tarafları yenileme iradesine sahip olmasalar (*animus novandi*) bile, hesap devresi sonunda belirlenen bakiyenin, karşı tarafça açık veya zımni olarak tanınmasıyla birlikte (TBK 18, YTK 94/2 c. 2), yenileme gerçekleşir<sup>10</sup>.

- 8 İsviçre Borçlar Kanunu'nun kabulü zamanında alacakların cari hesaba kaydının yenileme olup olmadığı tartışmalıydı. Şöyle ki Fransız hukukunda alacakların cari hesaba kaydının yenileme olduğu ileri sürülmekteydi, Alman hukukunda aksi savunulmaktaydı. İşte bu tartışmaların ortadan kaldırılması amacıyla İsviçre Borçlar Kanunu'nun 117. maddesindeki düzenleme getirilmiştir (Beat KLEINER, *Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken Giro- und Kontokorrentvertrag*, Zürich 1964, s. 85; Otto SCHLÄPFER, *Der Kontokorrentvertrag*, Zürich 1943, s. 73).
- 9 Alacakların cari hesaba kaydedilmesinin yenileme olmadığına ilişkin modern görüşün aksine, eski klasik öğretilerde alacakların cari hesaba kaydedilmesinin yenileme olduğu kabul edilmekteydi. Nitekim 1926 tarihli ve 865 sayılı mülga TTK'nın 783. maddesinin 2. fıkrasında "*Tarafeyn arasında hesabı cari akdinden evvel mevcut bir matlup tarafeynin rızası ile hesabı cari kaydedildiği halde, hilafı şart edilmedikçe, bu matlup tecdit edilmiş olur.*" şeklinde bir hüküm bulunmaktaydı ve bu hüküm 818 sayılı mülga Türk Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinin 1. fıkrası ile çelişmekteydi. 1926 tarihli mülga Türk Ticaret Kanunu'nun 1956 yılında değiştirilmesiyle bu çelişki giderilmiştir. Netice itibarıyla alacakların cari hesaba kaydedilmesiyle yenilemenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tarihi bir tartışmadır. TBK 134/1 ve TTK 90/1b hükümlerince, aksine bir anlaşma yapılmamışsa, alacakların cari hesaba kaydedilmesi yenileme sonucu(nu) doğurmaz (DURGUT, s. 115 – 116).
- 10 Doktrinde, cari hesapta yenilemenin hesap devresi sonunda aktif ve pasif farkının çıkartılarak bakiyenin tespit edildiği "hesaplaşma" anında gerçekleştiği de ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre hesaplaşmada alacaklar birden fazla ve karşılıklı olduklarından, yenilemenin yanında bir de takas meydana gelmekte; takas ve yenileme aynı anda gerçekleşmektedir (TOKSAL, s. 109 vd. ; bu konudaki tartışma ve değerlendirmeler için bkz. DURGUT, s. 178 vd.). Buna karşın Alman hukukunda bakiyenin tanınmasının yenileme sonucu doğurmayacağı hâkim görüş olarak savunulmakta ve yenileme görüşü eleştirilmektedir (bkz. CANARIS, *Großkommentar*, HGB § 355 Rn. 175 – 181; Katja LANGENBUCHER, *Münchener Kommentar zum Han-*

Türk Borçlar Kanunu 134/2'de yenileme ile ilgili bir karine konulduğundan, somut olayda bakiyenin tanınmasının yenileme anlamına gelmediği iddia edilebileceği gibi, aksine sözleşme de yapılabilir. Ayrıca bu hükmün bileşik faizle ilgili TTK 8/2, 95 ve 96/1 hükümleri ile birlikte değerlendirilmesi de gerekmektedir. Şöyle ki, TTK 90/1'e gereğince cari hesaba kaydedilen alacak ve borç kalemlerine sözleşme veya ticari teamüle göre hesaba kaydedildikleri tarihten itibaren faiz işletilebilir. Yine hesap devresinin sonunda tespit edilip tanınan bakiyeye de, içinde faiz alacağı bulunsa bile, faiz işletilebilir (TTK 95). İşte hem bakiyeyi oluşturan alacaklara hem de bakiyeye faiz işletilmesi bileşik faize yol açmaktadır<sup>11</sup>. Cari hesapta bileşik faiz işletmek içinse TTK 8/2 ve 96/1 uyarınca cari hesap taraflarının tacir ve faiz işletilecek sürenin en az üç ay olması gerekmektedir. Böyle olunca TBK 134/2'deki yenileme ilgili karinenin gerçekleştiğini kabul etmek için TTK 8/2 ve 96/1'deki şartların da gerçekleşmesi gerekecektir. Ayrıca bakiyeye faiz işletilmesinin düzenlendiği TTK 95'te bileşik faizle ilgili TTK 8/2'ye yollama yapıldığından, cari hesapta yenileme için TTK 8/2 ve 96/1'deki şartların aranması zorunlu hale gelmiştir. Aksinin kabulü durumunda, TTK 8/2, 95 ve 96/1'deki cari hesapta bileşik faizle ilgili yasak ve sınırlamalar dolanılmış olacaktır ki, TBK 134/2'deki düzenlenmenin getirilme amacı bu değildir. Bu sebeple TBK 134/2'deki hüküm, TTK 8/2, 95 ve 96/1 ile birlikte yorumlanmalı ve bileşik faiz yasağının dolanılmasına izin verilmemelidir. Netice itibarıyla tarafların tacir ve hesap devrelerinin süresinin en az üç ay olarak belirlendiği cari hesaplarda bakiyenin tanınması yenileme sonucunu doğurur<sup>12</sup>.

**delsesetzbuch**, Band 5 Viertes Buch, Handelsgeschäfte Erster Abschnitt Allgemeine Vorschrift §§ 343 – 372, Herausgegeben von Prof. Dr. Dres. h. c. Karsten Schmidt, 2. Auflage, München 2009, § 355 Rn. 92 – 93; DURGUT, s. 153 dpn. 641'deki diğer yazarlar).

- 11 TOKSAL, s. 138; Halil ARSLANLI, **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, Umumi Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 1960, s. 251; Yaşar KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku, Giriş - Ticari İşletme**, 3. Baskı, Ankara 1968, s. 586; Turgut S. EREM, **Ticaret Hukuku Prensipleri**, Cilt: 1 Ticari İşletme, 10. Bası, İstanbul 1983, s. 120; Fahiman TEKİL, **Ticari İşletme Hukuku**, 3. Bası, İstanbul 1997, s. 193; Seza REİSOĞLU, **Bankacılık Kanunu Şerhi (Genel Bölüm ve Madde 1 -72)**, Cilt I, Ankara 2007, s. 590; İsmail KAYAR, "Cari Hesapta Faiz", **Batider**, C. XX, 2000, S. 3, s. 79 – 80. Buna karşın doktrinde, hesap devresi sonunda tespit edilen bakiyenin tanınmasına bağlı olarak gerçekleşen yenileme ile faiz alacakları da dahil olmak üzere bakiyeyi oluşturan alacakların sona erdiği, bu sebeple yenilenmiş bakiyeye faiz işletilmesinin bileşik faize sebebiyet vermeyeceği ileri sürülmektedir [Sabih ARKAN, **Ticari İşletme Hukuku**, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hazırlanmış On Beşinci Baskı, Ankara 2011, 2. 84 – 85, 365; Mehmet HELVACI, **Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı**, İstanbul 2000, s. 126; Mehmet HELVACI / Arslan KAYA (Hüseyin ÜLGEN/ Ömer TEOMAN/Abuzer KENDİGELEN/Fusun NOMER ERTAN), **Ticari İşletme Hukuku**, 1. Bası, İstanbul 2006, N. 254; Hamdi YASAMAN, "Ticari İşlerde Akdi Faiz ve Temerrüt Faizi", **Bankacılar Dergisi**, Yıl 22, S. 76, 2011, s. 298; Hikmet Sami TÜRK, "Temerrüt Faizi Bileşik Faiz Yöntemiyle Hesaplanabilir mi?", **10. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Ankara 1993, s. 172 – 173; Kemal Tahir GÜRSOY, "Hesabi Carilerde Faizi Mürekkebin İşleyişi ve Bu Husustaki Yargıtay İçtihadı Üzerine İnceleme", **Adalet Dergisi**, 1955, Yıl 46, S. 11, s. 1042 – 1044].

- 12 DURGUT, s. 224 – 225.

## 2. Yenilemenin Sonuçları

Türk Borçlar Kanunu 134/2’de bakiyenin tanınması ile birlikte yenilemenin gerçekleşeceği düzenlenmişse de, bunun ne anlama geldiği (sonuçları) belirtilmemiştir. Cari hesaba ilgili TTK hükümleri de dikkate alınarak yenilemenin sonuçları tespit edilmelidir. Buna göre yenilemenin en önemli sonucu, bakiyeyi oluşturan alacakları sona erdirmesidir. Sona ermeye bağlı olarak söz konusu alacakların ödenmesi talep ve dava edilemeyeceği gibi; devri, rehni ve haczi de mümkün değildir<sup>13</sup>. Yenilemenin bir diğer sonucu da hesaba kaydedilen alacaklarla ilgili hesap devresi süresince devam eden dava ve savunma haklarını (TTK 90/1a) sona erdirmesidir. Bu durumda artık bakiyeyi oluşturan alacaklarla ilgili sakatlıklar bakiyeyi etkileyecek şekilde ileri sürülemeyecek<sup>14</sup> ve sebepsiz zenginleşmeye konu olacaktır (TBK 77 vd.)<sup>15</sup>.

## III. TEMİNATLARIN DEVAMI

Cari hesaba kaydedilen alacaklar ile bakiye için verilen teminatlarla ilgili TTK’da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık TBK 134/3’te “*Kalemlerden birinin güvencesi varsa, aksi kararlaştırılmadıkça, hesap kesilip sonucun kabul edilmiş olması, güvenceyi sona erdirmez*” denilerek, cari hesaba kaydedilen alacaklar için verilen teminatların, bakiyenin tanınması ve yenilemeyle sona ermeyip devam edeceği düzenlenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu 134/1 ve 2’ye göre çeşitli alacak ve borç kalemlerinin cari hesaba kaydedilmesi yenileme sonucunu doğurmamakta, hesap devresi sonunda tespit edilen bakiyenin diğer tarafça tanınması ile yenileme gerçekleşmektedir. Bunun sonucu olarak da bakiyeyi oluşturan alacaklar ile bunlara bağlı fer’i haklar sona ermektedir (TBK 131/1). Teminatların da asıl borca bağlı olarak sona ermesi gerekirken, tarafların menfaatlerini göz önünde tutan kanun koyucu, yenilemeye rağmen teminatların devam edeceğini bir istisna olarak kabul etmiştir. Esasen TBK 134/3’teki teminatların devamına ilişkin hüküm, yenileme ve teminatların fer’iliği ilkelerine tamamen aykırıdır. Fakat kanun koyucu tarafların karşılıklı menfaatlerini ve ticari hayattaki ihtiyaçları da göz önünde tutarak böyle bir hükmün getirilmesinde sakınca görmemiştir. Bu hükmün amacı, hesap devresi sonunda alacaklı gözükken tarafı korumak ve cari hesap sözleşmesi ile bakiyenin tanınması söz konusu olmasaydı fer’i haklardan yararlanmaya devam edecek olan alacaklıyı, sırf alacağın cari hesaba tabi tutulmasından dolayı teminattan yoksun

13 Hans HOMBERGER, *Der Kontokorrent im Bankgeschäft*, Zürich 1944, s. 71 – 72; DURGUT, s. 180 – 181.

14 TOKSAL, s. 77; Ersin ÇAMOĞLU, “Cari Hesapta Tecdit”, *İHFM*, C. 28, S. 1, 1962, s. 212.

15 DURGUT, s. 184 vd.

bırakmamaktır<sup>16</sup>.

Teminatların devamına ilişkin TBK 134/3'te yasal bir karine getirilmiş olup, tarafların bu yönde bir anlaşma yapmasına gerek yoktur. Hesap devresi sonunda tespit edilen bakiyenin tanınması ve yenilemeye rağmen teminatlar devam eder. Teminatların devamı bakımından teminatların cari hesap sözleşmesinden önce veya sonra verilmiş olması önemli olmadığı gibi, üçüncü bir kişi tarafından verilmesi de önemli değildir<sup>17</sup>. Ancak TBK 134/3 hükmünün uygulama alanı kanunda tanıma ve yenilemeyle sınırlı tutulduğundan, hesap devresi sonlarında gerçekleşen takasla hesaba kaydedilen alacakların kısmen veya tamamen sona ermesine bağlı olarak teminatlar da sona erer<sup>18</sup>.

Teminatların devamı ile ilgili TBK 134/3 hükmü emredici değildir; aksi kararlaştırılabilir. Başka bir anlatımla, bakiyenin tanınması ile birlikte gerçekleşen yenilemeye bağlı olarak, cari hesaba kaydedilen alacaklar için verilen teminatların sona ereceği hususunda taraflar anlaşılabilir<sup>19</sup>.

Cari hesaba kaydedilen alacaklar için verilen teminatların hangi alacak için<sup>20</sup> ve ne miktarda devam edeceği tartışmalıdır<sup>21</sup>. Katıldığımız görüşe göre teminatlar, cari hesap sözleşmesi sona erene kadar ve tanınan bakiyelerin en düşük miktarı oranında devam eder. Teminat veren kişilerin sorumluluğu bakımından iki sınır söz konusudur. Birincisi tanınan bakiyelerin en düşük miktarı, ikincisi teminat verilen alacağın miktarıdır. Teminat altına alınan alacağın miktarı üst sınır, tanınan bakiyelerin en düşük miktarı da alt sınırdır. Ancak hesap devresi

16 TOKSAL, s. 66; ÇAMOĞLU, s. 206; KOYUNCUOĞLU, s. 110; ARKAN, s. 364; HELVACI, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku), N. 1628; DURGUT, s. 262 vd.

17 CANARIS, Großkommentar, HGB § 356 Rn. 36; ARKAN, s. 364; DURGUT, s. 263; Flavio COMETTA (Jolanta Kren KOSTKIEWICZ/Peter NOBEL/Ivo SCHWANDER/Stephan WOLF), **Schweizerisches Obligationenrecht**, 2. Auflage, Zürich 2009, Art. 117 N. 7; Rainer GONZENBACH, **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I**, Art 1-529, 2. neuarbeitete Auflage, Basel 1996, Art. 117 N. 16.

18 CANARIS, Großkommentar, HGB § 356 Rn. 15; DURGUT, s. 264 ve dph. 1037'deki diğer yazarlar.

19 HELVACI, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku), N. 1628; KARAYALÇIN, s. 585; KILIÇOĞLU, s. 817; DURGUT, s. 263.

20 Bu konuda Alman hukukunda iki görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, bakiyenin tanınması yenileme sonucu doğurmadığından, teminatlar bakiye alacağını değil, cari hesaba kaydedilen alacakları temin etmeye devam ederler (CANARIS, Großkommentar, HGB § 356 Rn. 8 - 13; LAGENBUCHER, HGB § 356 Rn. 2 - 3). Karşı görüşe göre ise, burada yasal bir alacak değişimi (gesetzliche Forderungsauswechslung) söz konusu olup, başlangıçta cari hesaba kaydedilen münferit alacaklar için verilmiş teminatlar, bakiyenin tespit ve tanınması ile soyut bakiye alacağı için güvence oluşturmaktadırlar (Karsten SCMDT, **Handelsrecht**, 5. Auflage, Köln - Berlin - Bonn -München 1999, § 21 V 2b; Gero PFEIFFER, "Die laufende Rechnung (Kontokorrent)", **Juristische Arbeitsblätter**, 2006, Heft 2, s. 108 - 109). Türk hukuku bakımından ikinci görüş daha çok savunulabilir. Zira TBK 134/2 ve 3 gereğince bakiyenin tanınması ile cari hesaba kaydedilen münferit alacaklar sona erdiğinden, sona eren alacaklara ilişkin teminatlar bakiye alacağı için devam etmektedir (DURGUT, s. 262 dph. 1030).

21 Ayrıntılı bilgi için bkz. CANARIS, Großkommentar, HGB § 356 Rn. 36 vd. ; DURGUT, s. 2071 vd.

sonunda gerçekleşen takas her iki sınırı da değiştirmektedir. Cari hesaba kaydedilen alacak ve borç kalemlerinin takası sonucunda tespit edilen bakiye alacağı miktarının teminat altına alınan alacağın miktarından az olması durumunda, teminat bu tutar bakımından devam edecektir. Eğer bakiye alacağının miktarı fazla çıkarsa, bu durumda teminat verilen alacağın miktarı nispetinde teminatlar devam eder. Takas sonucunda bakiye alacağının sıfır çıkması halinde ise, teminatlar tamamen sona erer<sup>22</sup>.

Cari hesaba teminatlı birden fazla alacak kaydedilmiş olması durumunda, bakiye alacağının miktarı teminata bağlanmış alacakların toplamına eşit veya ondan az ise, bütün teminatlar devam eder ve alacaklı bu teminatlara başvurarak alacağını elde edebilir. Eğer bakiye alacağının miktarı teminata bağlanmış alacakların miktarından düşük çıkarsa, yine bu durumda bütün teminatlar devam eder ve alacaklı istediği teminata başvurabilir. Ancak bu ihtimalde takas ile teminata bağlanmış alacakların ne miktarda sona erdiğine bakılması gerekir<sup>23</sup>.

#### IV. TAKAS

Cari hesap sözleşmesi, hesaba geçirilen alacakların takasına ilişkin bir sözleşmeyi de içinde barındırdığından, hesap devresi sonunda takasın gerçekleşmesi için ayrıca tarafların bir takas beyanına (TBK 143/1) gerek yoktur. Hesap devresinin sona ermesiyle birlikte<sup>24</sup> cari hesaba kaydedilen alacaklar ve borçlar kendiliğinden takas edilir (TTK 90/1d, 94/1 ve 95)<sup>25</sup>. Bu bakımdan cari hesapta takas<sup>26</sup>, Borçlar Kanunu'nda düzenlenen takastan farklıdır. Ancak TBK'nın takasla ilgili hükümleri (m. 139 vd.), cari hesapta da uygulanabilir. Şöyle ki, Cari hesapta takasla ilgili TTK hükümleri (m. 90/1d, 94/1 ve 95) emredici değildir. Taraflar bu hükümlerin aksini kararlaştırabilirler. Başka bir ifadeyle, cari hesaba kaydedilen alacakların hesap devresi sonunda kendiliğinden takas edilmesi yerine, bu konuda taraflarca bir takas sözleşmesi yapılabilir. Böyle bir durumda takas, her hesap devresinin sonunda değil de hesaba her alacak kaydedildiğinde veya cari hesap sözleşmesinin bitiminde de gerçekleştirilebilir<sup>27</sup>.

22 CANARIS, Großkommentar, HGB § 356 Rn. 39 vd. ; LAGENBUCHER, HGB § 356 Rn. 14 vd. ; KLEINER, s. 89 – 90; ARKAN, s. 364; DURGUT, s. 273.

23 CANARIS, Großkommentar, HGB § 356 Rn. 48 – 49; LAGENBUCHER, HGB § 356 Rn. 16; DURGUT, s. 273.

24 Doktrinde cari hesapta takasın, hesap devresi sonunda değil de, TBK 143/1'e uygun olarak alacakların karşılaştıkları anda gerçekleşeceği de ileri sürülmüştür (HİRŞ, s. 684; ARSLANLI, s. 244 – 245).

25 CANARIS, Großkommentar, HGB § 355 Rn. 127 – 128; LAGENBUCHER, HGB § 355 Rn. 75; SCHMIDT, § 21 IV 1; COMETTA, OR art 117 N. 1; HİRŞ, s. 684; KILIÇOĞLU, s. 837; ARKAN, s. 361; HELVACI, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku), N. 1605; DURGUT, s. 132 ve dpn. 566 – 567'deki diğer yazarlar.

26 Cari hesapta takas, bakiyenin tanınmasından önce gerçekleşir. Taraflardan biri bakiyeyi tanımama bile, takas yine de gerçekleşmiş olur. Bu bakımdan takas, bakiyenin tanınmasından daha önemlidir ve cari hesap sözleşmesinin özünü oluşturmaktadır. Zira cari hesabın basitleştirme işlevi takas ile sağlanır (DURGUT, s. 130 – 131).

27 DURGUT, s. 135.

## V. DEĞERLENDİRME ve ÖNERİLER

Cari hesap ilgili hükümlerin bir bütünlük oluşturması ve uyumunun sağlanması bakımından, cari hesapta yenileme ve teminatların devamına ilişkin TBK 134 hükmünün, TTK'ya alınması yerinde olacaktır. Zira cari hesapta yenileme ve teminatların devamı gibi iki önemli konunun düzenlenmesi gereken yer, Borçlar Kanunu değil, cari hesabın bir sözleşme olarak düzenlendiği Türk Ticaret Kanunu'dur. Bu kapsamda cari hesap sözleşmesinin yapılmasından önce doğmuş bulunan alacakların hesaba kaydının yenileme anlamına gelmediğine ilişkin TTK 90/1c hükmü şu şekilde değiştirilebilir: “*Aksi kararlaştırılmadıkça, cari hesaba alacak ve borç kaydedilmesi ile hesap devresi sonunda tespit edilen bakiyenin tanınması, yenileme anlamına gelmez.*” Belirtelim ki, cari hesapta yenilemeye ihtiyaç yoktur. Bu sebeple yenileme ile ilgili TBK 134/1 ve 2 hükümleri ile TTK 90/1c hükmü tamamen kaldırılabilir. Teminatların devamına ilişkin TBK 134/3 hükmü de, TTK'da ayrı bir madde olarak düzenlenebileceği gibi, bakiyenin tespitine ilişkin TTK 94'e yeni bir fıkra olarak da eklenebilir: “*Aksi kararlaştırılmadıkça, cari hesaba kaydedilen kalemlerden biri için verilmiş güvenceler, bakiyenin tanınması ile sona ermez*”<sup>28</sup>.

28 DURGUT, s. 343, 345.

## § 35 ZAMANAŞIMI

Doç. Dr. Mehmet ERDEM\*

**Kaynakça:** Erdem, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010; Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Band I: Die Verjährung der Forderungen, Band II: Andere Befristung und Rechte, Bern 1975; Niklaus, La prescription extinctive: modifications conventionnelles et renonciation, Bâle 2008; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Delikt-recht, 2. Aufl., Zürich 1988; von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993; Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul 2012; Schwander, Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadensersatzforderungen, Winterthur 1963; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009; Pichonnaz, Art. 127-142 CO, in Thévenoz/Werro (éd.), Commentaire Romand, Code des obligations I, 2<sup>e</sup> éd., Genève 2012; Oser, Schönenberger, (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V/1, Das Obligationenrecht, (Art. 1-183), Zürich 1929; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 11. Bası, İstanbul 2013; Kessler, Der Verjährungsverzicht im Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2000; Gaurch/Schluap/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bände, 9. Aufl., Zürich 2008; Engel, Traité des obligations en droit suisse, Dispositons générales du CO, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1997; von Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964; Aepli, (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V/1h, Obligationenrecht, Das Erlöschen der Obligationen (Art. 114-126), Zürich 1991; Däppen, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 127-142 OR, in Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), BaslerKommentar, Obligationenrecht I (Art. 1-529), 4. Aufl., Basel 2007; Becker, (Berner) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI/1, Obligationenrecht, Allgemeinen Bestimmungen (Art. 1-183) Bern 1941; Berti, (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Das Erlöschen der Obligationen, Zweite Lieferung, Art. 127-142 OR, Teilband V 1h, 3. Aufl., Zürich 2002; Serozan, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Cilt III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 2. Bası, İstanbul 1998.

### I. GENEL OLARAK

Zamanaşımı, iki türlü etkiye sahiptir. Bunlardan ilki olan kazandırıcı zamanaşımında (*iktisabî müruru zaman*) bir kişi, belirli bir sürenin geçmesi ve kanundaki başka bazı şartların gerçekleşmesi ile aynı bir hak kazanmaktadır. Diğeri olan düşürücü zamanaşımı (*ıskatî müruru zaman*) ise, bir alacağın dava veya cebri icra yoluyla ileri sürülmesine engel olur. Burada sadece ıskatî zamanaşımı olarak da nitelendirilen düşürücü zamanaşımından bahsedilmektedir. Bu bağlamda, zamanaşımı ifadesi, öğreti ve uygulamada da yerleşik olarak kullanıldığı biçimde, sadece düşürücü zamanaşımını ifade etmek üzere yalın olarak kullanılacaktır.

\* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

Zamanaşımını, kanunun öngördüğü zaman diliminde, borçlu veya alacaklının, kanunun öngördüğü davranışları yerine getirmemeleri nedeniyle, alacağın dava ve cebri icra marifetiyle elde edilebilmesi imkânlarının kaybedilmesi şeklinde tanımlanabilir.

Zamanaşımı, usûl hukukuna ilişkin bir kavram değil, maddi hukuka ilişkin bir kurumdur. Başka bir şekilde ifade ile, zamanaşımı maddi hukukun içinde yer alır. Bunun sonucu olarak, zamanaşımı def'ini kabul eden hâkimin, davayı esastan reddetmesi gerekir. Bu şekilde davanın reddi, aynı zamanda kesin hüküm teşkil eder. Yine, zamanaşımı sorunu *lex fori* kuralları çerçevesinde değil, uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuka (*lex causae*) göre çözümlenir.

Genel olarak kabul edildiği üzere, zamanaşımı, bir taraftan aslında gerçekte borç olmayan bir edimin veya sona ermiş bulunan borçların talep edilmelerine karşı, borçluyu korumak amacıyla kabul edilmiştir. Öyle ki, üzerinden uzun bir zaman geçtikten sonra, borcun ifa edildiği veya başka bir surette sona erdirildiğine ilişkin belgeleri veya diğer ispat vasıtalarını saklaması, olağan hayat şartlarında borçludan beklenemez. Zamanaşımı kabul edilmediği takdirde, borç hiç doğmamış, ifa edilmiş veya başka surette sona erdirilmiş olmasına rağmen, borçlu, bunu ödeme riski altında kalabilir. Zira, üzerinden uzun bir süre geçtikten sonra, bunu ispat etmek çok güç ve hatta imkânsız olabilir. Bu nedenle, zamanaşımı, tamamlayıcı bir ispat vasıtası olarak da anılmaktadır.

Diğer taraftan zamanaşımı, borçlu tarafından varlığı dahi bilinmeyen bir talebe veya alacaklı tarafından ileri sürülmeyeceği, aranmayacağı konusundaki haklı bir beklentiye karşı borçluyu korumak amacına sahiptir. Borçlunun böyle bir beklenti içinde bulunduğu ya da borcun varlığından haberdar olmadığı hallerde, mevcut durumun borçlu lehine dikkate alınması gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir. Her iki gerekçe de, zamanaşımının borçlu lehine öngörülmüş bir kurum olduğunu açık bir biçimde göstermektedir.

Zamanaşımı, kural olarak sadece alacak haklarını konu edinir. Alacak hakkı kategorisinde olmayan mutlak haklar, yani mülkiyet hakkı, sınırlı aynî haklar, kişilik hakları, aile hukukundan kaynaklanan bazı haklar ve manevi yönleri itibarıyla fikri hakların zamanaşımına tâbi olmaları söz konusu değildir. Bununla birlikte, mutlak haklardan bir kısmı belli bir süre için öngörülmüş olabilirler (örneğin MK 797; MK 823/II).

Yine, borç ilişkisinin zamanaşımına uğraması söz konusu değildir. Zamanaşımına tâbi olan borç ilişkisi değil, borç ilişkisinden kaynaklanan alacaktır. Aynı şekilde, yenilik doğurucu haklar da zamanaşımına değil, hak düşürücü sürelerle tâbidirler.

Keza, bir hukuki durumun tespitine yönelik dava hakkı, menfaat buldukça her hangi bir zamanaşımı süresine tâbi olmadan açılabilir. Benzer şekilde, yukarıda bahsetmiş olduğumuz hakları konu edinen *bazı* davaların da zamanaşımına uğraması söz konusu olmaz. Örneğin kişilik haklarına yönelik saldırıya son verilmesine yönelik bir dava (MK 25/I), saldırı ne zaman başlamış olursa olsun her zaman açılabilir. Yine, el atmanın önlenmesi davası da (MK 683/II), saldırı ne zaman başlamış olursa olsun her zaman açılabilir. Mirasçılardan paylaşma istemeye yönelik talepleri (MK 642/I), paylı mülkiyette paylaşmaya yönelik talep (MK 698/I) ve kötüniyetli zilyede karşı açılacak olan taşınır davası (MK 991/I) da süreye tâbi değildir. Buna karşılık, bir mutlak hakkın ihlalden kaynaklanan tazminat alacağı söz konusu olduğunda, bunun zamanaşımına tâbi olacağı kuşkusuzdur. Bir alacak niteliğinde olmayan ve aslında hak düşürücü süreye tâbi kılınması gereken bazı davalar hakkında kanunda zamanaşımı süreleri öngörülmemiş olabilir. İstisnai ve bu muhtemel özel durumlar dışında zamanaşımı, yukarıda da belirttiğimiz gibi, sadece alacaklar için söz konusudur.

Bazı alacakların zamanaşımına uğraması söz konusu olmaz. Örneğin, Kanun taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış alacakların zamanaşımına tâbi olmayacağı, MK 864'te "*rehnin tapu kütüğüne tescil edilmesinden sonra alacak hakkında zamanaşımı işlemez*" biçiminde ifade etmiştir. Taşınmaz rehninde olduğu gibi, taşınmaz yükü de zamanaşımına tâbi değildir (MK 847/I).

Bazı alacakların zamanaşımına tâbi olmayacağı kanun tarafından öngörülmemiş olabileceği gibi, alacağın niteliği de onun zamanaşımına tâbi olmasına engel olabilir. Yapmama ve kaçınma şeklindeki edimler bu niteliktedirler. Bu nitelikteki edimlerin sadece ihlali halinde bir dava söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, bu nitelikteki borç ihlal edilmediği sürece, bunların zamanaşımına tâbi olmadığı söylenebilir. Yapmama veya kaçınma niteliğindeki edimlerin ihlalden itibaren, gündeme gelecek tazminat alacağı hakkında zamanaşımı ise, bu ihlalden itibaren işlemeye başlayacaktır.

Zamanaşımına benzer bir kurum olan **hak düşürücü süre** (*Verwirkung; péremption, déchéance*), ondan farklı olarak, hak sahibinin belli bir süre içinde hakkını ileri sürmemesi veya yapması gerekli olan işlemleri yapmaması sonucunda hakkın sona ermesine neden olur. Hak düşürücü süre, kural olarak, alacaklar dışındaki diğer haklar ve bilhassa yenilik doğurucu haklar için öngörülmüştür (örneğin MK 27/IV, 161/II, 241/II, 289, 291, 300). Hak düşürücü sürenin tamamlanması hakkın sona ermesine yol açar. Halbuki, zamanaşımı süresinin dolması, hakkın sona ermesine değil, sadece dava ve cebri icra yoluyla ileri sürülmesine engel olur. Zamanaşımına uğramış bile olsa bir alacak, var olmaya devam edecektir.

Zamanaşımından farklı olarak, hak düşürücü sürelerle ilişkin kanunlarımızda genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle olunca, hak düşürücü sürelerle ilişkin genel ilkelerin, mahkeme kararları ve öğreti tarafından ortaya konulması kaçınılmazdır. Genel kabul gördüğü üzere, hak düşürücü süreler, kural olarak, yenilik doğurucu hakların kullanılmasında gündeme gelir. Öngörülen süre zarfında hak sahibi üzerine düşen işlemleri yerine getirmediği takdirde, hakkı kesin olarak sona erer. Hak sona ermiş olacağı için, doğal olarak, hak düşürücü sürenin tamamlanmış olduğu savunması bir itiraz (*Einwendung; objection*) teşkil eder ve davanın her aşamasında ileri sürülebilir. Ayrıca hâkim, ileri sürülen olgulardan hak düşürücü sürenin tamamlandığını anlıyorsa bu durumu re'sen dikkate alır.

Zamanaşımına ilişkin hükümler, kural olarak, hak düşürücü sürelerle kıyas yoluyla bile uygulanmaz. Dolayısıyla, hak düşürücü sürelerin durması ve kesilmesi söz konusu olmaz. Mamafih, zamanaşımına ilişkin sürelerin hesaplanmasına ilişkin TBK 151 hükmü ve TBK 148 hak düşürücü süreler için de uygulanacaktır. Yine, Yargıtay'ın ve öğretinin bir kısmı aksi görüşte olmakla birlikte, TBK 158 hükmü hak düşürücü süreler için de uygulanır.

Bir sürenin hak düşürücü süre mi, zamanaşımı süresi mi olduğu konusunda tereddüt, sürenin konusuna giren hakkın niteliği ve kanun koyucunun o konudaki amacına bakılarak giderilmelidir.

Süreye bağlı hak (*Fatalfrist, Befristung, befristete Rechte; délai fatal, délai préfix*) da, hak düşürücü süre gibi zamanaşımından farklıdır. Süreye bağlı hak (bazı durumlarda alacak hakkı) belli bir süre için varlığını sürdürmekte, öngörülen sürenin geçmesi hakkın kendiliğinden ortadan kalkmasına neden olmaktadır (örneğin FSEK 27; MK 354, 797). Öngörülen süre, bir koruma süresi veya varlık süresi olarak kendini gösterir. Böyle bir süre, genel olarak, kanun tarafından öngörülmekle birlikte, kanunun izin verdiği sınırlar içinde hukuki işlemle belirlenmesine de engel yoktur. Örneğin intifa veya oturma hakkı için taraflar bir süre belirlemişlerse, bu sürenin dolması ile bu haklar kendiliklerinden sona ererler. Süreye bağlı hakların her biri, kanunda onun için öngörülmüş düzenlemelere tâbi olup bunlara ilişkin genel nitelikte ilkeler vermek mümkün değildir.

## II. ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

### A.ON YILLIK (GENEL) ZAMANAŞIMI SÜRESİ (TBK 146)

Türk Borçlar Kanunu 146'da öngörülmüş olan on yıllık zamanaşımı süresi genel zamanaşımı süresi olarak adlandırılabilir. Söz konusu madde bu genel durumu "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına

*tabidir*” şeklinde ifade etmektedir. Hükmün genelliği dikkate alındığında, sadece sözleşmeden kaynaklanan alacaklar değil, kanunlarda farklı zamanaşımı süreleri öngörülmediği takdirde, bütün alacaklar TBK 146’da öngörülen on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir.

Mamafih, haksız fiilden kaynaklanan tazminat alacakları için TBK 72’de ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan alacaklar için TBK 82’de farklı zamanaşımı süreleri öngörülmüş olduğu dikkate alındığında, TBK 46 ile getirilmiş olan on yıllık zamanaşımı süresi, genel olarak, sözleşmeden doğan alacaklar için uygulanacak olan zamanaşımı süresidir. Bununla birlikte kanun, bazı sözleşmesel borçlar için bu on yıllık zamanaşımı süresinden farklı süreler öngörmektedir (örneğin TBK 147). Ayrıca, sözleşmesel alacaklar dışındaki başka alacaklar da, kanunda farklı bir zamanaşımı süresi öngörülmediği takdirde, on yıllık zamanaşımına tâbi olacaktır.

On yıllık zamanaşımına tâbi olan sözleşmeden kaynaklanan alacaklar, üçlü bir ayırımı tâbi tutulabilir. Bunlar, sözleşmeden kaynaklanan **borcun ifası talepleri**, sözleşmeden kaynaklanan **borca aykırılık halinde** gündeme gelecek olan **tazminat alacakları** ve **yasal borç ilişkisine dönüşmüş** (TBK 125) olan sözleşmeden kaynaklanan **iade alacaklarıdır**.

## B. TBK 147 GEREĞİ BEŞ YILLIK ZAMANAŞIMINA TABİ ALACAKLAR

### 1. Kira Bedelleri, Anapara Faizleri ve Ücret Gibi Diğer Dönemsel Edimler

Kiralaya verenin, kira sözleşmesinden kaynaklanan kira alacağı, beş yıllık zamanaşımına tâbidir. Kira bedeli dışında, gerek kiralaya verenin, gerekse kiracının kira sözleşmesinden kaynaklanan diğer alacakları TBK 146 gereği on yıllık zamanaşımına tâbidir.

Anapara faizleri de TBK 147 bent 1 gereği beş yılda zamanaşımına uğrarlar. Anapara faizi ödeme borcu, kural olarak sözleşmeden kaynaklanmalıdır. Fakat, **kanundan kaynaklanan anapara faizi ödeme borcu** söz konusu olduğu ve kanunda başka bir zamanaşımı süresi öngörülmediği takdirde, bu **faiz ödeme borcu** da TBK 147 bent 1 gereği beş yıllık zamanaşımına tâbi olmalıdır.

Asıl alacak olan **anapara alacağı**, kural olarak on yıllık bir zamanaşımıyla, faiz alacağından farklı bir zamanaşımına tâbi bulunabilir. Bu durumda, faiz alacağı, asıl alaktan daha önce zamanaşımına uğrayacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, faiz alacağına ilişkin beş yıllık zamanaşımı süresi henüz tamamlanmamış olsa dahi, asıl alacak olan sermaye alacağı zamanaşımına uğrayınca, TBK 152 gereği faiz alacağı da zamanaşımına uğramış olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu 147 bent 1, kira ve anapara faizleriyle birlikte dönemsel olarak ödenmesi gereken başka edimleri de, beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutmuştur. Kanun, bu çeşit edimleri tek tek belirtmek yerine, genel bir şekilde, diğer dönemsel edimler demeyi yerinde bulmuştur.

Belirli dönemlerde ödenmesi gerekli edimler farklı sözleşme ilişkilerinden kaynaklanabilir. Bunlar, bilhassa irat şeklinde ödenmesine karar verilen nafaka alacakları, nafaka alacaklısına dönemsel olarak yaptığı harcamalar için, bakmakta olan kurumun MK 365/IV gereği sahip olduğu alacak; ömür boyu irat sözleşmesinden kaynaklanan irat alacakları; dönemsel veya düzenli olarak ödenmesi kararlaştırılan **lisans** ve **marka** gibi haklara ilişkin edimler; **dernek aidatları**; dönemsel olarak verilmesi kararlaştırılan belli bir malvarlıksal değere ilişkin **kâr alacakları**; **paylı** veya **elbirliği mülkiyette** bir paydaşın kullanması karşılığı diğer paydaşlara ödemesi kararlaştırılmış dönemsel edimlerdir. Bununla birlikte, taksitle ve ön ödemeli satım sözleşmelerinden kaynaklanan **taksit alacakları** dönemsel edim olarak kabul edilemez.

## **2. Otel, Motel, Pansiyon ve Tatil Köyü Gibi Yerlerdeki Konaklama Bedelleri ile Lokanta ve Benzeri Yerlerdeki Yeme İçme Bedelleri**

Otel, motel, pansiyon ve tatil köyü gibi yerlerdeki konaklama bedelleri ile lokanta ve benzeri yerlerdeki yeme içme bedellerine ilişkin alacaklar TBK 147 gereği beş yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur.

## **3. Küçük Sanat İşlerinden ve Küçük Çapta Perakende Satışlardan Doğan Alacaklar**

Küçük sanat işlerinden, TTK 15'de de belirtildiği üzere, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan kişilerin faaliyetleri anlaşılmalıdır. Perakendeciden anlaşılması gereken de, çeşidi ile belirlenmiş ve toptan olmayan bir şekilde mal satan kişi olmalıdır.

## **4. Bir Ortaklıkta, Ortaklık Sözleşmesinden Doğan ve Ortakların Birbirleri veya Kendileri ile Ortaklık Arasındaki; Bir Ortaklığın Müdürleri, Temsilcileri, Denetçileri ile Ortaklık veya Ortaklar Arasındaki Alacaklar**

Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar TBK 147 gereği beş yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur.

## **5. Vekâlet, Komisyon ve Acentalık Sözleşmelerinden, Ticari Sımsarlık Ücreti Alacağı Dışında, Sımsarlık Sözleşmesinden Doğan Alacaklar**

Vekâlet, komisyon, acentalık ve simsarlık (tellallık) sözleşmelerinden kaynaklı alacaklar, TBK 147 bent 5 gereği beş yıllık zamanaşımına tabidir. Kanun sadece vekâlet sözleşmesi demekle kalmamış, bunun yanında vekâlet sözleşmesinin kanunda düzenlenen özel çeşitlerini komisyon, acentelik ve simsarlık olarak da ayrıca aynı bent kapsamında belirtmiştir. Dolayısıyla, bu özel vekâlet çeşitleri konusunda da tartışmaya mahal kalmamıştır.

Kanun, her ne kadar, ticari simsarlık ücreti alacağını hükmün kapsamı dışında bırakmış olsa da, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, mülga kanundan farklı olarak ticari simsarlığı düzenliyor değildir. Çok yakın tarihlerde kabul edilmiş olmasına rağmen, TBK 147 bent 5'te geçen ifade, her iki kanun arasında yeknesaklığın sağlanamamasının hatalı bir sonucu olarak Borçlar Kanununda yer almıştır. Artık ticari simsarlık diye bir kurum hukukumuzda mevcut olmadığı için, tarafları tacir olsun olmasın, bütün simsarlık sözleşmelerinden kaynaklanan alacaklar bu bent gereği beş yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

#### **6. Yüklenicinin Yükümlülüklerini Ağır Kusuruyla Hiç ya da Gereği Gibi İfa Etmemesi Dışında, Eser Sözleşmesinden Doğan Alacaklar.**

Yüklenicinin ağır kusurlu olarak hiç ya da gereği gibi ifade bulunmaması halinde ise, iş sahibinin bundan kaynaklanan alacakları TBK 146 gereği on yıllık genel zamanaşımına tabi olacaktır.

#### **C. ZAMANAŞIMININ SÜRELERİNİN HESAPLANMASI**

Zamanaşımı süresi, alacağın muaccel olması ile işlemeye başlar. Zamanaşımının işlemeye başlaması için muaccel olması yeterli olup borçlunun ayrıca temerrüde düşmesine gerek yoktur.

Borcun sonradan vadeye bağlanması veya mevcut vadenin uzatılması şeklinde tecil anlaşmasının varlığı halinde de zamanaşımı, bu anlaşma ile kararlaştırılan süreden itibaren işlemeye başlar. Muaccel bir borcun vadesinde değişiklik yapılması halinde, zamanaşımını kesen bir neden olan bu anlaşmadan sonra zamanaşımı, bu anlaşma ile belirlenen süreden itibaren yeniden işlemeye başlayacaktır.

Zamanaşımının işlemeye başlaması için, alacaklının alacağının varlığını veya muaccel olduğunu bilmesi gerekli değildir.

Haklarında zamanaşımı işlemeyen yapmama borçlarının ihlalinde, ihlalden kaynaklanan talepler ve tazminat alacaklarının zamanaşımı süresi, ihlalin gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır.

Zamanaşımının başlangıç anı için genel kural alacağın muaccel olduğu an olmakla birlikte, TBK 149/II, bu kurala bir istisna getirmektedir. Buna göre “*alacağın muaccel olmasının bir bildirime bağlı olduğu hallerde, zamanaşımı bu bil-*

*dirimin yapılabileceği günden itibaren işlemeye başlar*". Böyle bir hüküm mevcut olmasaydı, alacağın muacceliyeti için bir bildirim gerekli olduğu durumlarda, bu bildirim yapılmadığı sürece zamanaşımı işlemeye başlamayacaktı. Bu ihtimalde ise alacaklı, üzerinde düşen bir davranışı yerine getirmeyerek, alacağı pratikte zamanaşımına tâbi olmaktan çıkarılabilecekti. Oysa, muaccel bir alacak ile alacaklının bildirim ile muaccel olabilecek bir alacak arasında fark olmamalıdır. Kanun koyucu, söz konusu hükümle, alacağın bu şekilde fiilen zamanaşımına tabi olmaktan çıkarılmasını önlemek istemiştir.

Zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasına ilişkin TBK 151'e göre (I) "Süreler hesaplanırken zamanaşımının başladığı gün sayılmaz ve zamanaşımı ancak sürenin son günü kullanılmaksızın geçince gerçekleşmiş olur", (II) "*Zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında da, borçların ifasındaki sürelerin hesaplanmasına ilişkin hükümler uygulanır*". TBK 130/I hükmü, TBK 92/I bent 1 ('*sözleşmenin kurulduğu gün sayılmaksızın*') hükmü ile benzer bir düzenlemedir. Zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasına ilişkin bu kural, hak düşürücü sürelerin hesabında da uygulanır.

Öğretide haklı olarak belirtildiği üzere, maddenin *zamanaşımının başladığı gün* şeklindeki ifadesi hatalıdır. Şayet zamanaşımının başladığı gün hesaba katılmıyorsa, o gün, zamanaşımının işlemeye başladığı gün değildir. Zamanaşımı, kanunun bahsettiği o günü takip eden günden itibaren işlemeye başlar. Aslında, kanunun burada belirtmek istediği husus, zamanaşımının işlemeye başlaması için gerekli olan şartların gerçekleştiği günün hesaba katılmamasıdır. Örneğin borcun muaccel olduğu günde zamanaşımı işlemeye başlamaz, ancak o günü takip eden günden itibaren işlemeye başlar. 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndaki hatalı ifade, ne yazık ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da aynen yer almaktadır.

Zamanaşımının işlemeye başlayacağı günün bir tatil gününe denk gelmesi sürenin işlemeye başlamasına engel olmaz. Bu durumda da zamanaşımı süresi, şüphesiz o tatil günü işlemeye başlayacaktır.

Zamanaşımı süresinin son günü saat 24: 00 itibarı ile zamanaşımı tamamlanmış olur. Şayet, zamanaşımının son günü, kanunen tatil olan bir güne denk gelirse, bu tatili takip eden tatil olmayan ilk gün saat 24: 00 itibarı ile süre tamamlanır (TBK 151/II ve 93).

Türk Borçlar Kanunu 151/II, sürelerin hesabında, aynı zamanda BK 92 ile 95'in de uygulanacağını ifade etmektedir. Bu hükümlerden 92/I bent 3 özellikle uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, "*Ay olarak veya yıl, yarıyıl ve yılın dörtte biri gibi birden çok ayı içeren bir zaman olarak belirlenmiş süre, sözleşmenin kurulduğu gün ayın kaçınıcı günü ise, son ayın bunu karşılayan gününde dolmuş olur. Son ayda bunu karşılayan gün yoksa süre, bu ayın son günü dolmuş sayılır*". TBK 92/I

bent 3'de geçen *sözleşmenin kurulduğu gün* ifadesi dikkatle değerlendirilmelidir. Zira bu ifade, zamanaşımının işlemeye başlayacağı güne tekabül etmemekte, zamanaşımının şartlarının gerçekleştiği, diğer bir ifadeyle zamanaşımının işlemeye başlayacağı günden bir önceki güne denk gelmektedir. Aksi bir yorum, hem TBK 92/I bent 3, hem de TBK 151/I uygulanarak süreye bir gün ekleme yapılması anlamına gelir.

### III. ZAMANAŞIMININ DURMASI

#### A. GENEL OLARAK

Kanun, alacaklı ve borçlu arasındaki yakın ilişkinin varlığı, alacağın arz ettiği özel durum ve aynı zamanda alacağın takip ve dava edilmesinin objektif bazı nedenlerle mümkün olmaması gibi hallerde zamanaşımının duracağını öngörmektedir.

Zamanaşımının durması, işlemeye başlamamış ise belirtilen nedenin kalkmasına kadar işlemeye başlamayacağını; işlemeye başlamış ise, öngörülen nedenin ortaya çıkmasından ortadan kalkmasına kadar donacağını (*præscriptio dormit*), o süre zarfında işlemeyeceğini ifade eder. Diğer bir anlatımla, durma sürecinde geçen süre, zamanaşımının hesabında dikkate alınmayacaktır.

Zamanaşımını durduran nedenin ortaya çıkması ile işlemekte olan zamanaşımı süresi, bu durma nedeni mevcut olduğu sürece uzar. Fakat, burada söz konusu olan, zamanaşımının bizatihi kendisinin uzaması değil, işlemekte olan zamanaşımı süresinin uzamasıdır. Somut alacak için öngörülmüş olan zamanaşımı (*altı ay, bir yıl, on yıl gibi*), yine temel süre, yani alacağın tâbi olduğu zamanaşımı süresidir.

Kanunlarda belirtilen haller dışında, tarafların anlaşarak zamanaşımını durduran başka nedenler öngörmeleri mümkün değildir. Aksi bir durum, TBK 148. maddenin dolanılarak aşılması sonucunu doğurabilir. Kanunda sayılan haller dışında, tarafların anlaşarak zamanaşımını durduran başka nedenler öngörmeleri mümkün olmamakla birlikte, zamanaşımı işlemeye başladıktan sonra bir erteleme sözleşmesi ile zamanaşımının durdurulabileceği kabul edilmektedir.

Zamanaşımını durduran nedenler, TBK 53/I'de yedi (7) bent halinde sayılmaktadır. Ancak, başka kanunlarda da zamanaşımını durduran haller olabileceği unutulmamalıdır.

#### B. ZAMANAŞIMINI DURDURAN NEDENLER

##### 1. Velayet Süresince, Çocukların Ana ve Babalarından Olan Alacakları

Velayet altındaki çocuğun velisine karşı olan alacakları çoğunlukla MK 352 ve devamında düzenlenen çocuk mallarının yönetimden kaynaklanan alacaklardır.

Velayetin devamı süresince velayet altındaki çocukların velisine karşı dava veya takip yapacak olmasını ihtimal dahilinde görmeyen; ona böyle bir zorunluluk yüklenemeyeceğini ve bunun velayet kurumu ile bağdaşmayacağını gören kanun koyucu, velayet süresince veliye karşı zamanaşımının işlemeyeceğini öngörmüştür. Çocuklar velayet altında değilken, herhangi bir nedenle anne ve babalarına karşı alacaklı duruma gelmişlerse, velayete tâbi oldukları andan itibaren bu alacakları hakkında da şüphesiz zamanaşımı durur.

Velayet kaldırılmamış olmakla birlikte, çocuk mallarının yönetimi ana ve babadan (veliden) alınarak bir kayyıma devredilirse (MK 361), velayet hakkı sona ermemekle birlikte TBK 153/I bent 1'in amacı (*ratio legis*), artık çocuğun velisine karşı mallarının yönetiminden kaynaklanan alacakları hakkında zamanaşımının işlemeye başlamasını; daha önce işlemeye başlamış ise işlemeye devam etmesini gerektirir.

## **2. Vesayet Süresince, Vesayet Altında Bulunanların Vasiden veya Vesayet İşlemleri Sebebiyle Devletten Olan Alacakları**

Vesayet altına alınan kişilerin Devlete karşı olan alacakları hakkında zamanaşımının işlememesi, çocukların velilerine karşı olan alacakları hakkında zamanaşımının işlememesi ile benzer gerekçelere dayanıyor olmakla birlikte, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, Türk Borçlar Kanunu'nda, hakkında zamanaşımının duracağına belirtildiği alacaklar, sadece vesayet ilişkisinden kaynaklanan alacaklardır. Oysa, eski düzenlemede vesayet kurulmasından önce veya vesayet esnasında doğmuş, daha önce muaccel olmuş veya vesayet esnasında muaccel olacak bütün alacaklar hakkında zamanaşımının durması öngörülüyordu.

## **3. Evlilik Devam Ettiği Sürece, Eşlerin Diğerinden Olan Alacakları**

Eşleri, birbirlerine karşı dava açmak veya cebri icraya başvurmaya mecbur kılmak, evlilik kurumunun sarsılmasına göz yummak, eşler arasında ve ailede huzur ve sükûnun bozulmasına yol açmak anlamına gelir. Bu gerekçelerle kanun koyucu, eşler arasında cebri icra yasağı mevcut olmasa da, yerinde bir biçimde, eşlerin birbirlerine karşı alacakları hakkında zamanaşımının işlememesi kuralını kabul etmiştir.

## **4. Hizmet İlişkisi Süresince, Ev Hizmetlilerinin Onları Çalıştıranlardan Olan Alacakları**

Hizmetlilerin kendilerini çalıştıranlara karşı olan alacakları için hizmet ilişkisinin devamı süresince zamanaşımının durması, taraflar arasında kurulmuş olan yakın ilişki gerekçesi ile kabul edilmiştir. Böyle bir ilişkinin devamı süresince hizmetlilerin kendilerini çalıştıranları dava etmekten ya da alacakları hakkında takip

yapmaktan çekinebilecekleri bir gerçektir. Zira, böylesine yakın bir ilişki varlığı halinde açılacak bir dava veya yapılacak takibin ilişkiyi bozma ihtimali çok kuvvetlidir.

Kanun, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, hizmetliden **ev işlerinde** çalışan yardımcı kişilerin kastedildiğini açık bir biçimde belirtmiştir.

Ev işlerine yönelik hizmet ilişkisinin varlığı (örneğin çıraklık) zamanaşımının durması için yeterli olup taraflar arasında bir hizmet sözleşmesinin varlığı aranmaz. Ayrıca, hizmetlinin kendisini çalıştıranla aynı evde yaşaması (yatıp kalkması) da gerekli değildir.

### **5. Borçlu, Alacak Üzerinde İntifa Hakkına Sahip Olduğu Sürece**

Borçlu, alacak üzerinde intifa hakkına sahip olduğu sürece, alacaklı için borcun ifası çok önemli bir fayda sağlamayacaktır. Alacaklı, borcun ifasını talep etse bile yine de o alacak üzerinde borçlu intifa hakkı dolayısıyla yararlanma yetkisine sahip olacaktır. Çıplak bir hak sahipliğinin alacaklıya bir yarar sağlamaması nedeniyle, onu bu alacak ile uğraştırmak istemeyen kanun koyucu, bu alacak için zamanaşımının işlememesini mantıki ve söz konusu durumun bünyesine uygun görmektedir.

### **6. Alacağı, Türk Mahkemelerinde İleri Sürme İmkânının Bulunmadığı Sürece**

Hükmün kapsamında belirtilen alacaklının dava açamaması hali objektif bir nedene dayanmalıdır. Alacaklının hasta, tutuklu veya hükümlü olması gibi tamamen kişisel alanında gerçekleşen bir durum, zamanaşımının işlemesi üzerinde herhangi bir etkiye sahip değildir. Bu çeşit subjektif haller, TBK 153 I bent 6'nın kapsamında yer almazlar. Bu durum, Roma Hukukuna hâkim olan, alacaklının herhangi bir nedenle dava açma imkânından yoksun olması halinde zamanaşımı işlemez (*contra non valentem agere nulla currit præscriptio*) kuralının Türk Hukukunda sadece kısmen geçerli olmasının da bir sonucudur.

Alacaklının Türk Mahkemelerinde dava açamaması genel afet (deprem, sel baskını vs.), isyan gibi fiili bir durum nedeniyle mahkemelerin işleyememesinden ileri gelebileceği gibi, başka bazı olağanüstü nedenlerle mahkemelerin faaliyetlerine ara verilmesine de dayanabilir. Hatta bu durum, milletlerarası yetki kuralları çerçevesinde fiilen borçlu aleyhine dava açılacak yetkili bir mahkemenin bulunmamasından da kaynaklanabilir. Yine bu durum, borçlunun Türkiye'de bir yerleşim yeri olmaması nedenine de dayanabilir. Lakin, borçlunun Türkiye'de yeterli malının olduğu ve ihtiyati haciz imkânı da bulunduğu sürece zamanaşımının duracağını söylemek yerinde olmaz.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, hükümde geçen dava ifadesinden davacının belirli bir şekle uygun olarak yaptığı işlemlerle hâkimin koruma ve müdahalesi anlaşılmalıdır. Alacaklının salt bir dava açma imkânına sahip olması da tek başına yeterli kabul edilmemelidir. Ayrıca, o dava ile alacaklının borçlu aleyhine olan ilamın cebri icrasını da sağlayabilmesi aranmalıdır.

### **7. Alacaklı ve Borçlu Sifatının Aynı Kişide Birleşmesinde, Birleşmenin İleride Geçmişe Etkili Olarak Ortadan Kalkması Durumunda, Bu Durumun Ortaya Çıkmasına Kadar Gececek Sürece**

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda açıkça öngörülmemiş olmamakla birlikte, öğretide kabul edilen bu durma nedeni, Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça belirtilmiştir. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesinden sonra, bu birleşmenin sona ermesi ile borç yeniden doğar (TBK 135/II). Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi ile duran zamanaşımı, birleşmenin ortadan kalkması ile birlikte işlemeye devam eder.

### **C. ZAMANAŞIMININ DURMASININ HÜKÜMLERİ**

Zamanaşımının durması halinde, durma anına kadar işlemiş olan süre varlığını sürdürür. Zamanaşımını durduran neden ortadan kalktıktan sonra süre işlemeye başlar; bir müddet için işlemiş olan süre kaldığı yerden işlemeye devam eder (TBK 153/II).

Durma nedeninin gerçekleştiği gün, hesaplamada dikkate alınmaz. Başka bir ifadeyle, zamanaşımının son gününde gerçekleşen bir durma nedeni, son günün hangi saatinde gerçekleştiğine bakılmaksızın, durma nedeninin ortadan kalkmasından itibaren bir gün olarak işlemeye başlar. Durma nedeninin ortadan kalktığı günü takip eden günün son anına kadar, zamanaşımı tamamlanmış olmaz. Başka bir ifade ile, zamanaşımının son günü durma nedeni gerçekleşmiş ise, süre bir gün için durma nedeninin ortadan kalktığı gün işlemeye başlar.

Durma nedeni gerçekleştiği anda zamanaşımını henüz işlemeye başlamamış ise, durma nedeninin ortadan kalkmasını takip eden günden itibaren temel süre (*altı ay, bir yıl, iki yıl, on yıl gibi*) işlemeye başlar.

Zamanaşımının durmasını sağlayan neden gerçekleştiği anda zamanaşımı işlemeye başlamış ise, durma nedeninin ortadan kalkmasından itibaren kalan sürenin hesap edilmesi, hiç işlememiş süreye nazaran daha zordur. Bu durumda, durma nedeni olmasaydı zamanaşımını gerçekleştirmiş sayılacağı gün dikkate alınmalı, bu süreye eklenecek olan, durma müddetince geçmiş olan süre gün olarak hesap edilmelidir.

Zamanaşımını durmasından yararlanacak olan alacaklı, genel hükümler gereğince durma nedeninin varlığını ispat etmek yükü altındadır (MK 6).

Zamanaşımının durması, alacaklı lehine öngörölmüş olan bir kurumdur. Fakat, duran zamanaşımına rağmen, alacaklının dava açmasına veya takipte bulunmasına bir engel yoktur. Böylelikle durma süresi içinde zamanaşımının kesilmesi de mümkündür.

#### IV. ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ

##### A. GENEL OLARAK

Zamanaşımının kesilmesi, bazı nedenlerin gerçekleşmesi ile kesilme anına kadar işlemiş olan sürenin o andan sonra artık hiç dikkate alınmamasını ifade eder. Zamanaşımının kesilmesinden sonra, kural olarak, eski süre ile aynı yeni bir süre işlemeye başlar.

Zamanaşımını kesen nedenler TBK 154'te (ve TTK 750) sınırlı olarak gösterilenlerden ibarettir. Bununla birlikte, kanunda bahsedilen nedenlerin geniş yorumlanması gerektiği kabul edilir.

Zamanaşımının kesilmesi ancak işlemekte olan süreler için söz konusudur. Süre tamamlandıktan sonra zamanaşımını kesen bir nedenin gerçekleşmesi artık herhangi bir etkiye sahip olmaz.

İsviçre Federal Mahkemesi ve hâkim öğretiyeye göre, haksız fiilden kaynaklanan tazminat talepleri ve sebepsiz zenginleşme kaynaklı talepler için sadece iki yıllık normal zamanaşımı sürelerinin değil, on yıllık mutlak sürelerinin de kesilmesi mümkündür. Hatta istisnai zamanaşımı süresi olan ceza zamanaşımı süresinin dahi kesilmesi imkan dahilindedir.

Türk Borçlar Kanununda öngörölen zamanaşımını kesen nedenler yanında, TTK 750 kambyo senetlerine özgün zamanaşımını kesen nedenler öngörmektedir. İlgili maddeye göre zamanaşımı dava açılması, takip talebinde bulunulması, davanın ihbar edilmesi veya alacağın iflas masasına bildirilmesi ile kesilir.

Türk Borçlar Kanunu 154'te, zamanaşımını kesen nedenler iki ayrı grup halinde belirtilmiştir: borçlunun zamanaşımını kesen fiilleri (bent 1) ve alacaklının zamanaşımını kesen fiilleridir (bent 2).

##### B. BORÇLUNUN FİİLLERİ ile ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ

Türk Borçlar Kanunu 154. maddenin ilk bendi, borçlunun ikrarı ile zamanaşımının kesileceğini öngörmektedir. Düzenlemenin tamamı borçlunun borcunu ikrarını düzenlemekte ve ikrar olarak kabul edilebilecek olan bazı halleri belirtmektedir.

Borcun ikrarı, borçlunun, borcun halen mevcut olduğunu gösteren **düşünce**

**açıklaması** olarak nitelendirilebilir. Bir düşünce açıklaması olarak ikrar, hukuki sonuca yönelmiş bir hukuki işlem *değil*, hukuki işlem benzeri fiildir. Diğer bir ifadeyle, ikrar eden borçlu zamanaşımının kesilmesi gibi bir sonuç arzu etmiyor olsa bile, sadece o düşünce açıklamasının varlığı kanun gereği zamanaşımının kesilmesi sonucunu doğurur. Fakat, borçlunun bu düşünce açıklamasının, güven prensibi çerçevesinde, sadece ahlaki açıdan değil hukuken sorumlu olmayı da ihtiva ediyor olması gerekir. Ayrıca, borcu ikrar eden borçlunun bu ikrar sırasında fiil ehliyetine ve tasarruf yetkisine sahip olması da aranmalıdır.

İkrarda borcun belirli veya en azından belirlenebilir olması gerekir. Lakin, borcun belirli bir miktar olarak ifade edilmiş olması aranmaz. Herhangi bir miktar belirtilmemiş olsa bile, borcun varlığının kabul edilmiş olması, ikrarın varlığı ve zamanaşımının kesilmesi için yeterlidir. Bu konuda bir belirsizlik olması durumunda, borçlunun ikrarı, güven prensibi çerçevesinde yorumlanarak sonuca varılmalıdır.

Alacağın sadece bir kısmı ikrar edilmiş ve bu ikrardan açık veya örtülü bir biçimde diğer kısmın kabul edilmediği sonucu çıkarılıyorsa, zamanaşımı bu durumda sadece ikrar edilen kısım için kesilmiş kabul edilmelidir.

İkrar herhangi bir şekilde tâbi değildir; **yazılı** veya **sözlü** şekilde açık olabileceği gibi, örtülü de olabilir. İkrar olarak kabul edilebilecek davranışların (*factum concludens*) varlığı da yeterlidir.

İkrar, ancak işlemekte olan zamanaşımını keser. Zamanaşımı tamamlandıktan sonra yapılan ikrarın tamamlanmış zamanaşımı üzerinde etkisi yoktur. Bununla birlikte, böyle bir ikrar zamanaşımını ileri sürmekten vazgeçme anlamına gelebilir.

İkrardan itibaren yeni süre, borçlunun ikrarı halinde ikrarın gönderildiği günden değil, onun alacaklıya ulaştığı günü takip eden günden itibaren işlemeye başlar. Fakat, kesilmiş olan zamanaşımına rağmen, ayrıca zamanaşımını durduran bir neden mevcutsa, yeni süre, bu durma nedeninin kalktığı günü takip eden günden itibaren işlemeye başlayacaktır.

### C. ALACAKLININ FİİLLERİ İLE ZAMANAŞIMININ KESİLMESİ

Türk Borçlar Kanunu 154 bent 2'nin "*alacaklı, dava veya def'i yoluyla mahkemeye veya hakeme başvurmuşsa, icra takibinde bulunmuşsa ya da iflas masasına başvurmuşsa*" zamanaşımı kesilir hükmü, alacaklının fiilleri ile zamanaşımının kesilmesini düzenlemektedir. Söz konusu düzenlemeden de açıkça görüldüğü üzere, kanun koyucu, alacaklının aktif bir şekilde ve **belli usûllerle** alacağını talep etmesine değer vermekte ve bunlara, zamanaşımının kesilmesine yönelik sonuçlar bağlamaktadır. Bunun dışında, alacaklının yazılı veya sözlü olarak, doğrudan

veya avukat ya da noter marifetiyle alacağını talep etmesi, zamanaşımını kesici etkiye sahip değildir.

#### D. ZAMANAŞIMININ KESİLMESİNİN HÜKÜMLERİ

Zamanaşımının kesilmesinin, birbirini tamamlayan iki temel sonucu vardır: o ana kadar işlemiş olan zamanaşımı süresi ortadan kalkar ve yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Yeni süre, kural olarak, kesilmeyi takip eden günden itibaren işlemeye başlar (TBK 151/I).

Zamanaşımını kesen neden gerçekleştiikten sonra, kesilme anına kadar işlemiş olan sürenin hiçbir hükmü kalmaz. Kesilmeden sonra, kural olarak, kanunda o alacak için öngörölmüş olan süre ile aynı, yeni bir zamanaşımı süresi işler. TBK 156/I'de, çok açık olmamakla birlikte belirtilmiş olan bu durum, TTK 751/II'de daha net bir biçimde tekrarlanmıştır. Örneğin alacak için kanunda öngörölen bir yıl zamanaşımı süresi işlerken bunun dokuzuncu ayında zamanaşımını kesen neden gerçekleşmiş ise, kesilmeden sonra işleyecek olan süre, kural olarak, yine bir yıl olacaktır.

Zamanaşımı kesildiğinde işleyecek olan sürenin, o alacak için kanunda öngörölen sürenin aynısı olacağı kuralına (TBK 156/I), TBK 156/II ile iki cepheli bir istisna getirilmiştir. Bunun bir yönü borcun bir senetle ikrarıdır. İlgili düzenlemeye göre, borç bir senetle ikrar edilmişse, yeni süre artık kanunda o alacak için öngörölmüş olan zamanaşımı süresi olmayacaktır. Borcun bu şekilde bir senetle ikrarı halinde yeni süre her zaman on yıldır.

Keza, alacağın mahkeme veya hakem kararına bağlanmış olması halinde de işleyecek olan yeni sürenin on yıl olacağını ifade edilmektedir (TBK 156/II). Alacaklının taraf olduğu ve borçluya karşı açılmış bir davada mahkemenin ya da hakemin alacaklı lehine alacağın mevcut olduğuna hükmetmesi durumunda işleyecek olan zamanaşımı süresi de her zaman on yıl olacaktır.

Alacaklının dava açması veya dava esnasında bir def'i ileri sürmesi zamanaşımını kesen bir nedense de, söz konusu kesilmeden sonra dava esnasında bile zamanaşımı işlemeye devam edecektir. Dava esnasında zamanaşımının durması söz konusu değildir. Bu nedenle, dava açmış veya açılmış bir davada def'i ileri sürmüş olmakla birlikte zamanaşımının işleyecek olması, alacaklı aleyhinedir. Bu nedenle kanun koyucu devam etmekte olan dava esnasında bazı işlemlerle zamanaşımının her defasında tekrar kesileceğini öngörmüştür (TBK 157/I). Buna göre "*bir dava veya def'i yoluyla kesilmiş olan zamanaşımı, dava süresince tarafların yargılamaya ilişkin her işleminden veya hâkimin her kararından sonra yeniden işlemeye başlar*". Keza, zamanaşımı "*icra takibiyle kesilmişse, alacağın takibine ilişkin her işlemde*

*sonra yeniden işlemeye başlar*” (TBK 157/II). Ayrıca, zamanaşımı “*iflas masasına başvurma sebebiyle kesilmişse, iflasa ilişkin hükümlere göre alacağın yeniden istenmesi imkânının doğumundan itibaren yeniden işlemeye başlar*” (TBK 157/III).

## V. ZAMANAŞIMININ HÜKÜMLERİ

Zamanaşımı süresinin tamamlanmasına rağmen alacak dava edilirse, borçlu zamanaşımı def’ini ileri sürerek bu davayı etkisiz bırakabilir. Bununla birlikte, borçlu, doğal olarak, bu savunmayı yapmak zorunda değildir. O isterse borcu zamanaşımı süresi tamamlanmış olmasına rağmen ifa edebilir. Bu tamamen borçlu ya bırakılmış bir tercihtir.

Salt zamanaşımı süresinin tamamlanmış olması borcu sona erdirmediği gibi, borçlunun zamanaşımı def’i ileri sürmesinden sonra da borç sona ermez. Zamanaşımı alacağı sona erdirmediği ve zamanaşımına uğramış olan bir alacak da geçerli olarak varlığını sürdürdüğü için, onun ifası borç olmayan bir şeyin ifası da olmaz. Bu nedenle, borçlu, borç olmayan bir şeyi ifa ettiğini ileri sürerek bunun iadesini talep edemez. Bu imkân, her ne kadar zamanaşımına uğramış bir borcun da geçerli bir borç olduğu ve borçlu tarafından bu durumun ileri sürülmesi gerekliliğinden çıkarılabilir idiyse de, kanun koyucu muhtemel tartışmaların önüne geçmek amacıyla TBK 78/II’de bu durumu ayrıca belirtme gereği duymuştur. Borçlunun ifada bulunurken borcun zamanaşımına uğramış olduğunu bilip bilmemesi de bu sonucu değiştirmez.

Def’i ileri sürülmeden önce borç eksik bir borca dönüşmese bile, def’i ileri sürülebilmesi riski karşısında zayıflamış durumdadır. Geçerli bir şekilde def’i ileri sürüldükten sonra ise alacak dava yoluyla ileri sürülebilme imkânını kesin olarak yitirmiştir. Fakat, bu andan sonra da, zamanaşımına uğramış olan borç *kalıcı biçimde ifa edilebilir, ama ifası dava edilemez*

Zamanaşımına uğramış olan bir borç dava yoluyla ileri sürülüp borçlu tarafından süresinde ve geçerli bir şekilde (*kesin def’i*) etkisiz hale getirildikten sonra mahkeme davayı artık esasına girmeden, kesin olarak reddeder. Bu şekilde davanın reddedilmesi ile borç eksik borca dönüşür. Davada ileri sürüldükten sonra aynı konuda başka bir dava açılması halinde ise, zamanaşımı nedeniyle reddedilen dava maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Maddi anlamda kesin hüküm etkisi ile tekrar dava açılmaz ve bu durum mahkeme tarafından da re’sen dikkate alınır.

Türk Borçlar Kanunu 152 “*asıl alacak zamanaşımına uğrayınca, ona bağlı faiz ve diğer alacaklar da zamanaşımına uğramış olur*” ifadesiyle, zamanaşımının fer’i haklar bakımından etkilerini düzenlemektedir. Hükümde bahsedilen fer’i haklar

fer'i alacakları ifade eder. Zamanaşımı alacağın sona ermesine neden olmadığından, bu alanda TBK 131/I'in uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, asıl alacağın zamanaşımına uğraması halinde, fer'ilerinin akıbetlerine kanuni bir düzenleme ile açıklık getirilmesi gerekmiştir.

Fer'i alacak, asıl alacaktan farklı zamanaşımı süresine tâbi olabilir. TBK 152 hükmü, fer'i alacakların bağımsız zamanaşımı sürelerine tâbi olmalarını engelleyen bir düzenleme değildir. İlgili düzenleme sadece asıl alacak zamanaşımına uğramış olduğunda, fer'i alacakların akıbeti açısından borçluya koruyucu imkânlar tanımaktadır. Tam tersi bir durumda, yani fer'i alacak zamanaşımına uğramış, ancak asıl alacak zamanaşımına uğramamış ise, borçlu, bu fer'i alacak için bağımsız olarak zamanaşımı def'ini ileri sürebilir. TBK 152 hükmünün borçluyu koruyucu etkisi, asıl alacağın fer'i alacaktan ayrı olarak zamanaşımına uğramış olması halinde ortaya çıkar. Bu düzenlemeye göre, fer'i alacaklar, en geç asıl alacak zamanaşımına uğrayana kadar dava edilebilir.

Türk Borçlar Kanunu 152'de bahsedilen faiz alacakları, sözleşme faizlerini olduğu kadar, temerrüt faizlerini de kapsar. Aslında, asıl alacak hakkında zamanaşımı tamamlanmış olsa bile, gerek sözleşme faizleri, gerekse gecikme faizleri hakkında zamanaşımı işlemeye devam eder. Fakat bu durumda söz konusu faizler doğdukları andan itibaren zamanaşımına uğramış olacaklardır.

## VI. ZAMANAŞIMI SÜRELERİNİN TARAFLARCA DEĞİŞTİRİLMESİ

Kanunda öngörülen bazı zamanaşımı sürelerinin taraflarca değiştirilmesi, çoğunlukla hukuk güvenliğini zedeleyici görülmektedir. Bu nedenle, kanun koyucu, sözleşmesel borçların önemli bir bölümüne yönelik zamanaşımı sürelerini düzenleyen türk Borçlar Kanununun Birinci Kısım Üçüncü Bölüm İkinci Ayırım'daki sürelerin taraflarca değiştirilmesini yasaklamıştır. Bu yasağa ilişkin TBK 148 "*Bu ayırımında belirlenen zamanaşımı süreleri, sözleşmeyle değiştirilemez*" biçimindedir. Kanunun bu ayırımındaki süreler ifadesinden, TBK 146, 147, 156/II ve 158'de öngörülen süreleri anlamak gerekir.

Hâkim öğretisi ve İsviçre Federal Mahkemesinin de belirtmiş olduğu gibi, kısaltılabilecek olan sürelerde, bu kısaltma, en fazla alacaklının hakkını ileri sürmesini, hakkaniyete aykırı bir biçimde engellemeyecek bir süre olması gerekir.

Tarafların uzatabileceği sürelerde, bu uzatmanın TBK 146'da öngörülen on yıllık sürenin üzerinde olamayacağı konusunda öğretilerde görüş birliği olduğu söylenebilir.

Zamanaşımı süresi, ancak süre işlemeye başlamadan önce veya işlerken değiştirilebilir. Zamanaşımı süreleri tamamlandıktan sonra ise, sürelerin değiştirilmesi değil, zamanaşımı def'ini ileri sürmekten ferâgat söz konusu olabilecektir.

Türk Ticaret Kanunu 6 gereği, ticari işlerle ilgili olarak kanunlarda öngörül-  
müş olan zamanaşımı süreleri, kanunda aksi yönde izin verilmedikçe taraflarca  
değiştirilemez. Hüküm “*Ticari hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşım-  
ı süreleri, Kanunda aksine düzenleme yoksa, sözleşme ile değiştirilemez*” şek-  
lindedir. Sadece Türk Ticaret Kanununda değil, ticari hükümler öngören diğer  
kanunlarda öngörül-  
müş olan zamanaşımı süreleri de taraflarca değiştirilemez. Doğrudan zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesi olmasa bile, aynı etkiyi doğura-  
cak bir durumun kabulü de, aynı şekilde TTK 6’yı ihlal eder.

### VII. ZAMANAŞIMINDAN FERAGAT

Zamanaşımından ferâgate ilişkin TBK 160/I “*zamanaşımından önceden fera-  
gat edilemez*” diyerek, bu konuda da tarafları sınırlayan, sözleşme özgürlüğüne  
istisna getiren bir düzenlemeye yer vermektedir. TBK 160’da öngörülen zamana-  
şımından önceden ferâgat yasağı, sadece Birinci Kısım Üçüncü Bölüm İkinci Ayı-  
rım’daki süreler için değil, bütün zamanaşımı süreleri için geçerli olmalıdır. Yine,  
zamanaşımından ferâgat edilebilmesi için, zamanaşımı süresinin tamamlanmış  
olmasına gerek yoktur.

Henüz tamamlanmamış, devam etmekte olan zamanaşımı sürelerinden de  
ferâgat edilebilir. Bu durumda ferâgat, zamanaşımının, ancak işlemiş olan bölü-  
mü için geçerli olacaktır. Henüz işlemeye başlamamış olan zamanaşımı süresi için  
yapılan ferâgat kesin hükümsüz olduğu gibi; zamanaşımı süresinin işlememiş olan  
kısmı için yapılan ferâgat dahi kesin hükümsüzdür.

Zamanaşımından ferâgat herhangi bir şekle tabi değildir. Borçlunun tek taraflı  
irade beyanı ile açık veya örtülü olarak yapılabileceği gibi, iradeyi ortaya koyan  
fiillerle (örneğin tamamlanmış olan zamanaşımına rağmen rehin vermek) yapıla-  
bilir. Fakat, ferâgat, mutlaka alacaklıya yöneltilmelidir. Ferâgat edenin alacak üye-  
rinde tasarruf yetkisi ve fiil ehliyetinin bulunması gerekliliği de unutulmamalıdır.

Herhangi bir süre öngörülmeden zamanaşımından ferâgat işlemiş olan süre  
kadar zamanaşımının uzamasını sağlar. Belirli bir süre (bir hafta, bir ay, kırk gün  
gibi) belirtilerek yapılan ferâgat zamanaşımının öngörülen süre kadar uzaması  
anlamına gelir.

Zamanaşımından ferâgat edildiğini ispat etmek alacaklının üzerindedir.

### VIII. ZAMANAŞIMINI İLERİ SÜRME HAKKININ KÖTÜYE KULLANILMASI

Bütün hakların kullanılmasında olduğu gibi, zamanaşımı savunması da, MK  
2’de belirtilen dürüstlük kuralına uygun kullanılmalıdır. MK 2/II’de belirtildiği

üzere “*bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*” hükmü, zamanaşımı def’i açısından da uygulama alanına sahip olup bu def’in kötüye kullanılması, hukuk düzeni tarafından korunmamalıdır. Korunmamaktan kasıt, o def’e bağlanan hukuki sonuçların hukuk düzenince somut olay açısından uygulanmamasıdır.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı kamu düzenini ilgilendiren bir konu olduğundan, uyumsuzluğun esasına, yani alacak ve ona ilişkin zamanaşımı süresine ve ayrıca zamanaşımı def’ine başka bir hukuk uygulanıyor olsa bile, def’i ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması olup olmadığını, hâkim kendi hukukuna (*lex fori*) göre belirler. Keza, zamanaşımı def’inin kötüye kullanılıp kullanılmadığı, her somut olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir.

Zamanaşımı def’inin kötüye kullanılması, bilhassa borçlunun çelişkili davranışlarında (*venire contra factum proprium*) kendini gösterir. Öyle ki, borçlunun, alacaklıya yönelik davranışları, daha sonra onun bu borca ilişkin zamanaşımı def’ini ileri sürmesini çelişkili hale getirebilir. Örneğin borçlu, borcu ifa konusunda alacaklı ile pazarlık veya sulh niteliğinde görüşmelere başlamış olduğu süreç içinde zamanaşımı süresi tamamlanır ve taraflar bir anlaşmaya varamazlarsa, borçlunun bu görüşmeler esnasında zamanaşımının tamamlandığı def’ini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde kabul edilmelidir. Fakat, bunun için, zamanaşımının görüşmeler esnasında tamamlanmış olması ve aynı zamanda görüşmelerin üzerinden çok uzun bir süre geçmeden ve en fazla görüşme süresi kadar bir zaman içinde alacaklının dava ve takipte bulunması gerekir.

Görüşmeler esnasından zamanaşımı tamamlandıktan sonra, borçlunun zamanaşımı def’i ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılabilmesi için, borçlunun kötünietli olması da gerekli değildir. Diğer bir ifade ile, borçlu bu görüşmelere girerken, zamanaşımının bu süre zarfında tamamlanmasını ve bu surette def’i ileri sürme imkânına kavuşmayı düşünmemiş olsa bile, bu sonuçtan faydalanarak bunu def’i olarak ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Görüşmelere girildiği esnada zamanaşımı zaten tamamlanmışsa, bunun zamanaşımı def’inde ferâgat olup olmadığı sorunu bir tarafa, bu durumda zamanaşımı def’inin kötüye kullanıldığından bahsedilemez.

Borçlunun borcu yerine getireceğine ilişkin alacaklıda güven uyandıran davranışlarda bulduktan sonra, zamanaşımı def’i ileri sürmesi de, yine hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olabilir. Özellikle borçlunun kötü niyetli bir şekilde alacaklıyı oyalaması ve onu dava açmak veya takip yapmaktan alıkoymasına halinde hakkın kötüye kullanıldığı açıktır. Fakat, borçlunun bu davranışları ile zamanaşımının tamamlanması arasında çok uzun bir süre geçmemiş olması gerekir. Borç-

lunun bu şekilde güven oluşturan davranışlarından çok uzun bir süre geçtikten sonra, tamamlanan zamanaşımına ilişkin bir def’i ileri sürülmesi, borçlunun bu hakkını kötüye kullandığı biçiminde yorumlanamaz.

# § 36 YARGITAYIN SÜRENİN HUKUKİ NİTELİĞİNİ GÖZ ARDI EDEN BİR KARARI ÜZERİNE

Av. Mustafa DOĞAN<sup>1</sup>

## I. KARAR

**YARGITAY 11. HD E. 2000/4507 K. 2000/5443 T. 12.6.2000**

(Sermaye Koyma Borcu, Hak Düşürücü Süre, Hakkın Suistimali)

**ÖZET:** Kadastro tutanağının kesinleşmesinden itibaren 3402 sayılı yasanın 12. maddesi hükmüne göre 10 yıllık hak düşürücü süre gerçekleşmiş ise de, şirketin kuruluşundan bu yana 39 yıl süre ile bu taşınmazı şirketin kullanımına tahsis ve teslim eden ve bu kullanıma iştirak eden, bu taşınmaz üzerindeki fabrikanın çalışması nedeniyle elde edilen kârı paylaşan ortakların kadastro tespiti sırasında taşınmazın şirkete aynı sermaye olarak konulmasına ilişkin taahhüdü içeren şirket ana sözleşmesi hükümleri çerçevesinde beyanda bulunmaları gerekirken kasıtlı bir şekilde kendi adlarına tespit ve bu şekilde kesinleşme sağladıktan sonra açılan davaya hak düşürücü sürenin dolmuş olduğun ileri sürmeleri, MK'nın 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralına aykırı olup, yasal himaye görmesi mümkün değildir.

(6762 sayılı TTK m. 139/3, 140/2, 508; 3402 sayılı Kadastro K. m. 12; 743 s. MK m. 2)

Taraflar arasındaki davanın (Bartın 2. Asliye Hukuk Mahkemesi)'nce görülmek üzere verilen 22.6.1999 T. 1997/351-226 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafında istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dava dosyası için tetkik hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü.

Davacı vekili, davalı murislerinin 12.4.1958 tarihli kuruluş sözleşmesi ile müvekkili Ltd. Şirketi kurduklarını, ortakların kurulan şirkete dava konusu taşınmazı Türk Ticaret Kanunu'nun 139/3 ve 508. maddelerinin verdiği izin gereğince sermaye olarak koyduklarını ve bu taşınmazın şirkete tahsis edilerek tuğla imalatına

<sup>1</sup> İstanbul Barosu

başlanıp 39 yıldır devam ettiğini, m¼vekkili şirketin geçerli şirket s¼zleřmesi ve iyiniyetli olarak kullanması nedeniyle dava konusu taşınmazın maliki olduğunu beyanla tapu kaydının iptali ile t¼m eklentileri ve b¼t¼nleyici paręaları ile m¼vekkili şirket adına tapuya tesciline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar Nedret, ¼lk¼, Nezihe, Aysel vekili, dava konusu parselin kadastro tutanağının 28.4.1964 tarihinde kesinleşmiş olduğunu, 3402 Sayılı Kanun'un 12/3. maddesine g¼re kesinleşmeden itibaren 10 yıl geçmesi ile tespitten ¼nceki durumlara dayanılarak dava ağılamayacağını savunarak davanın reddini istemiştir. Davalılar İsmail ve İbrahim cevaplarında, dava konusu taşınması sermaye olarak davacı şirkete verdiklerini davayı kabul ettiklerini beyan etmişlerdir. Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki belgelere g¼re, davacıların kadastro tespitinden ¼nceki bir sebebe dayandıkları, 3402 Sayılı Kanun'un 12/3. maddesine g¼re 10 yıllık hak d¼ř¼r¼c¼ s¼renin geğmiş olduğu gerekęesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacılar vekili temyiz etmiştir:

Dava, limited şirket ana s¼zleřmesinde şirkete sermaye olarak konulması taahh¼t edilen gayrimenkul¼n taahh¼tte bulunan ortaklar adına olan tapu kaydının iptali ile şirket adına tapuya tescili istemine ilişkindir. Davacı şirketin 12.4.1958 tarihli kuruluş esas mukavelelerinde kuruculardan Mustafa dava konusu gayrimenkuldeki 13/16 hissesinin yarısını, Cemal 3/16 hissesini ve Celal gayrimenkuldeki hissesinin yarısını şirkete sermaye olarak taahh¼t etmişler, o tarihten itibaren bu gayrimenkul ¼zerinde kurulu şirkete ait tuğla fabrikası nizasız olarak şirket tarafından işletilmiştir. Dava konusu taşınmazın kadastro tespiti 28.4.1964 tarihinde kesinleşmiş olup, buna g¼re taşınmaz davacı şirkete sermaye olarak taahh¼t edilmesine rağmen, yukarıda adı geçen şahışlar adına tapuya tescil edilmiş ve ¼zerinde bulunan fabrikanın ise şirket ortaklarına hisseleri oranında ait olduğu beyanlar hanesinde g¼sterilmiřtir.

T¼rk Ticaret Kanunu'nun 140/2. maddesine g¼re "sermaye olarak, gayrimenkul m¼lkiyeti ve gayrimenkul ¼zerinde mevcut veya tesis edilecek aynı bir hakkın konulması taahh¼d¼n¼ ihtar eden şirket mukavelesi h¼k¼mleri resmi şekil aranmaksızın muteberdir." Buna g¼re, madde de belirtilen şirket mukavelesi resmi şeklin yerine geçmekte olup, şirket s¼zleřmesi tapu memuruna g¼t¼r¼lerek ilgili taşınmazın şirket adına tescilinin sağlanması m¼mk¼nd¼r. M¼lkiyet tescil ile şirkete geçmektedir. Başka bir deyişle, taşınmazın şirkete aynı sermaye olarak konulmasına ilişkin taahh¼d¼ içeren ana s¼zleřme şirkete tescili talep etme hakkını başşeden geçerli bir hukuki sebep olup, ihtilaf halinde şirketin tescil davası

açabileceği tartışmasızdır. Her ne kadar mahkeme karar gerekçesinde de değinildiği üzere kadastro tutanağının kesinleşmesinden itibaren **3402 sayılı Yasanın 12. maddesi hükmüne göre 10 yıllık hak düşürücü süre gerçekleşmiş ise de**, somut olayın özelliğine göre, şirketin kuruluşundan bu yana 39 yıl süre ile taşınmazı şirketin kullanımına tahsis ve teslim eden ve bu kullanıma iştirak eden bu taşınmaz üzerindeki fabrikanın çalışması nedeniyle elde edilen kazançları paylaşan ortakların, kadastro tespiti sırasında şirket ana sözleşmesi hükümleri çerçevesinde beyanda bulunmaları gerekirken kasıtlı bir şekilde kendi adlarına tespit ve bu şekilde kesinleşme sağladıktan sonra, açılan davaya karşı hak düşürücü sürenin dolmuş olduğunu ileri sürmeleri tipik bir hakkın suistimali davranışı olması karşısında Medeni Kanunun 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralına aykırı olup, yasal himaye görmesi mümkün değildir. O halde, mahkemece davanın esasına girilerek taraf delillerinin toplanması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde hak düşürücü sürenin dolmuş olması nedenine dayalı olarak davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.

**Sonuç:** Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacılar vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün (**BOZULMASINA**), ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 12.06.2000 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

## II. MADDİ OLAY

Davacı şirketin 12.4.1958 tarihli kuruluş esas mukavelenamesine göre kuruculardan Mustafa dava konusu gayrimenkuldeki 13/16 hissesinin yarısını, Cemal 3/16 hissesini ve Celal gayrimenkuldeki hissesinin yarısını şirkete sermaye olarak taahhüt etmişler ve o tarihten itibaren bu gayrimenkul üzerinde kurulu şirkete ait tuğla fabrikası nizasız olarak şirket tarafından işletilmiştir. Dava konusu taşınmazın kadastro tespiti 28.4.1964 tarihinde kesinleşmiş olup, buna göre taşınmaz davacı şirkete sermaye olarak taahhüt edilmesine rağmen, yukarıda adı geçen şahıslar adına tapuya tescil edilmiş ve üzerinde bulunan fabrikanın ise şirket ortaklarına hisseleri oranında ait olduğu beyanlar hanesinde gösterilmiştir. Sonuç olarak dava konusu olay, davacı taraf, limited şirket ana sözleşmesinde şirkete sermaye olarak konulması taahhüt edilen gayrimenkulün, şirket tarafından geçerli şirket sözleşmesi ve iyiniyetli olarak kullanması nedeni ile taahhütte bulunan ortaklar (davalılar) adına olan tapu kaydının iptali ile şirket adına tapuya tescilini talep etmekte, davalılar ise dava konusu parselin kadastro tutanağının 28.4.1964 tarihinde kesinleşmiş olduğunu, 3402 Sayılı Kanun'un 12/3. maddesine göre kesinleşmeden itibaren 10 yıl geçmesi ile tespitten önceki durumlara dayanılarak dava açılmayacağını savunarak davanın reddini istemektedirler. Yerel Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre, davacıların kadastro tespitinden önceki bir sebebe dayandıkları, 3402 Sayılı Kanun'un 12/3. maddesine göre

10 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

### III. YARGITAY’IN BENİMSEDİĞİ GÖRÜŞ

Yargıtay’ın yerel mahkeme kararını bozması ve buna ilişkin gerekçeleri şu şekildedir; Türk Ticaret Kanunu’nun 140/2. maddesine göre “sermaye olarak, gayrimenkul mülkiyeti ve gayrimenkul üzerinde mevcut veya tesis edilecek aynı bir hakkın konulması taahhüdünü ihtiva eden şirket mukavelesi hükümleri resmi şekil aranmaksızın muteberdir.” Buna göre, madde de belirtilen şirket mukavelesi resmi şeklin yerine geçmekte olup, şirket sözleşmesi tapu memuruna götürülerek ilgili taşınmazın şirket adına tescilinin sağlanması mümkündür. Mülkiyet tescil ile şirkete geçmektedir. Başka bir deyişle, taşınmazın şirkete aynı sermaye olarak konulmasına ilişkin taahhüdü içeren ana sözleşme şirkete tescili talep etme hakkını bahşeden geçerli bir hukuki sebep olup, ihtilaf halinde şirketin tescil davası açabileceği tartışmasızdır. Her ne kadar mahkeme karar gerekçesinde de değinildiği üzere kadastro tutanağının kesinleşmesinden itibaren **3402 sayılı Yasanın 12. maddesi hükmüne göre 10 yıllık hak düşürücü süre gerçekleşmiş ise de**, somut olayın özelliğine göre, şirketin kuruluşundan bu yana 39 yıl süre ile taşınmazı şirketin kullanımına tahsis ve teslim eden ve bu kullanıma iştirak eden bu taşınmaz üzerindeki fabrikanın çalışması nedeniyle elde edilen kazançları paylaşan ortakların, kadastro tespiti sırasında şirket ana sözleşmesi hükümleri çerçevesinde beyanda bulunmaları gerekirken kasıtlı bir şekilde kendi adlarına tespit ve bu şekilde kesinleşme sağladıktan sonra, açılan davaya karşı hak düşürücü sürenin dolmuş olduğunu ileri sürmeleri tipik bir hakkın suistimali davranışı olması karşısında Medeni Kanununun 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralına aykırı olup, yasal himaye görmesi mümkün değildir. O halde, mahkemece davanın esasına girilerek taraf delillerinin toplanması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde hak düşürücü sürenin dolmuş olması nedenine dayalı olarak davanın reddine karar verilmesi doğru görülmeyerek Yerel Mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Sonuç olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 12.06.2000 Tarih, 2000/4507 E. 2000/5443 K. sayılı kararında; Kadastro tutanağının kesinleşmesinden itibaren on yıllık hak düşürücü süre geçmesine rağmen, davanın süre yönünden reddine ilişkin yerel mahkeme kararını doğru bulmayıp, söz konusu davada davalı yanın hak düşürücü sürenin geçtiğine ilişkin haklı itirazını MK m. 2 gereği dürüstlük kuralına aykırı bulmuş ve yerel mahkeme kararını bozmuştur.

#### IV. HUKUKUMUZDA KONUYA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME

Hak düşürücü sürenin niteliği incelendiğinde, bunun özellikleri bakımından zamanaşımı süresinden çok farklı bulunduğu ortada iken; Yargıtay adı geçen kararında bu iki süreyi birbiri ile karıştırmış ve dahası buna MK m.2'yi de gerekçe yapmıştır.

Hak düşürücü süre; kamu düzenindedir ve karşı yan ileri sürmese dahi hâkim tarafından re'sen nazara alması gereken bir süredir. Somut olayda Kadastro tutanaklarının kesinleşip askıya çıkmasından itibaren 3402 Sayılı Kanun'un 12/3. maddesine göre 10 yıllık hak düşürücü süre söz konusudur. Gerçekte hakkı olan zilyede denilmektedir ki; *"bu tespite bir aksaklık yanlışlık var ise sen 10 yıl içinde genel mahkemelerde dava aç, açmaz isen sonra yapacak hiçbir şeyin kalmaz, hakkın düşer"*. Hâkim re'sen hareket ederek somut olayda dosya içerisindeki bilgi ve belgelerden bu 10 yılın başlangıcını belirler ve süre geçmiş ise lehine olan taraf bunu ileri sürmese dahi re'sen gözeterek hak düşürücü süreden davayı reddeder.

Oysa zamanaşımı süresi; kamu düzeninden olmayıp borçluya tanınan bir haktır. Süre lehine olan taraf bunu ileri sürmez ve zamanaşımını savunmaz ise hâkim bunu re'sen dikkate almaz ve davayı görmeye devam eder.

Hak düşürücü süre; hakkı tamamen ortadan kaldırır. Oysa zamanaşımı süresi; hakkı eksik borç haline getirir. Yine hak düşürücü süre; yenilik doğuran bir haktır. Oysa zamanaşımı süresi; alacak hakkına ait bir taleptir. İşte bu nedenlerle, dava açmak için konulmuş bir sürenin niteliğini tayin etmek çok önemlidir. Tayin edilen süre, hak düşürücü süre midir? Yoksa zamanaşımı süresi midir? Hususunun tespiti önem arz eder. Tereddüt halinde süre koyan hükmün amacı göz önünde tutulmalıdır. Eğer alacak hakkına ait bir talep söz konusu ise bu sürenin zamanaşımı olduğu, yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasının söz konusu olduğu hallerde ise sürenin hak düşürücü süre olduğu prensip olarak kabul edilmelidir.

Hak düşürücü süre; hak sahibi tarafından, bu hakkın sağlanması için süresi içinde yapılması gerekli işlemin yapılmaması sonucu hakkı tamamen ortadan kaldırır. Hak düşürücü süre kamu düzeni ile ilgili olduğundan, karşı tarafın onayı bulunsa dahi bu süre kısaltılamaz ve uzatılamaz. Oysa zamanaşımı süresi; hak sahibine def'i hakkı tanır. Sürenin geçmesi ile hak ortadan kalkmaz, karşı taraf zamanaşımı def'inde bulunmadıkça hak talep edilebilir. Bu nedenle zamanaşımına uğramış bir borcu ödeyen borçlu, sonradan fark etse bile bunun iadesini isteyemez.

Son olarak hak düşürücü süre söz konusu olduğunda; süre kesilmez ve durmaz. Oysa zamanaşımı süresi söz konusu olduğunda; belirli durumların varlığı

halinde süre kesilebilir ve durabilir. (BK m. 132’de süreyi durduran, BK m. 133’de ise süreyi kesen sebepler yer almaktadır).

## V. SONUÇ

Kadastro konulu Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin söz konusu kararında geçen 3402 Sayılı Kanununun 12. maddesinin 3. fıkrası aynen şöyledir; *“Bu tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz”*.

Yukarıda ki anlatımlar ve kanunun açık düzenlemesi karşısında somut olayda yer alan sürenin “hak düşürücü süre” olduğu o kadar açık ve kesin olmasına rağmen Yargıtay bunu gözetmeden MK m. 2’ye gidiyor. MK m. 2 bir temel hukuk kuralıdır. Hukukta herhangi bir konuda açık bir düzenleme var iken MK m. 2 ye gidilemez. Somut olayda hak düşürücü süre söz konusu olduğundan hâkim bu süreyi kamu düzeni nedeniyle re’sen gözetecektir. Oysa Yargıtay bunu yapmadığı gibi karşı taraf bunu ileri sürmesine rağmen bunu yine dikkate almıyor ve üstelik hak düşürücü sürenin geçmiş bulunduğuna ilişkin itirazı kötü niyetli kabul edip MK m. 2’ye aykırı buluyor. Böylece MK m. 2’nin içini boşaltmış oluyor. Bütün hak ve borçların yerine getirilmesinde ilgili herkesin dürüstlük kuralına uygun davranması gerekir. Ancak hukukta hak düşürücü süre gibi bir düzenleme var iken, gidip MK m. 2’yi amacı dışında kullanmak doğru ve yerinde olmamıştır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 12.06.2000 T. 2000/4507 E. 2000/5443 K. sayılı kararı ile; Kanunda açıkça düzenlenen hak düşürücü süreyi göz ardı edip, genel hukuk kurallarına aykırı olarak MK 2. maddesindeki dürüstlük kuralına dayanıp yerel mahkeme kararını bozması, sevgi ve rahmetle andığım değerli hocamız İsmet Sungurbey’in deyimi ile “kötü hukukçuluk” olmuştur.

Yargıtay’ın diğer birçok kararında olduğu gibi Yargıtay 16. Hukuk Dairesi de 24. 10. 2003 tarihli bir kararında da bu konuyu işlemiş ve çok açık olan kanun hükmü karşısında doğru bir şekilde kararını şu şekilde kurmuştur. “3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/3. maddesi gereğince tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren 10 yıl geçtikten sonra Kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanılarak itiraz olunamaz ve dava açılmaz. Kanunda öngörülen bu süre hak düşürücü nitelikte olup, mahkemece re’sen dikkate alınması zorunludur. Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekir” (**Yargıtay 16. Hukuk Dairesi’nin 24.10.2003 T. 2003/10272 E. 2003/9776 K.**)

Ancak ne var ki devletin hakkını her zaman bireyden üstün tutan hukuk an-

layışımız buraya da bir istisna koymuş, devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan yerler hakkında açılacak olan davalarda on yıllık sürenin uygulanmayacağını belirtmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 03.12.2008 T. 2008/7-717 E. 2008/722 K. Sayılı Kararında özetle; “Dava, tapu iptali ve tescil istemidir. Devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan yerler hakkında Hazine tarafından açılacak olan davaların 10 yıllık hak düşürücü süreye tabi değildir”. Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.11.1998 T. 1998/1-825 E. 1998/964 K. Sayılı Kararında özetle; “Maliye Hazinesi tarafından açılan davanın konusu, deniz kıyısındaki taşınmazların devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden olduğu, özel mülkiyete konu teşkil edemeyeceği iddiası ile açılan tapu iptali ve tescil dışı bırakma isteğinden ibarettir. Olayda dava Hazine tarafından 766 sayılı Yasanın yürürlüğü zamanında açılmış ve gene bu Yasanın yürürlüğü sırasında görülerek karara bağlanmış, ancak dava bitirilip karara bağlandıktan sonra 3402 sayılı Yasa yürürlüğe girmiştir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere dava açıldığı sırada 766 sayılı Yasanın 31/2. maddesindeki 10 yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması söz konusu değildir. Başka bir anlatımla yerleşmiş kararlılık kazanmış Yargıtay İçtihatlarına göre Hazine'nin açtığı bu dava hak düşürücü süreye tabi değildir....”.

Aslında tam da burada sormak gerekir, “sen devlet olarak 2012 yılına geldiğimiz şu zamanda ülke topraklarında hala kadastro uygulamasını tamamlamamış, tapulama işlemini bitirmemişsin, yurttaşlarında bir hukuk bilinci geliştirememişsin ve artık insanların çoğunun ekonomik, eğitim yahut başka nedenlerle kendi topraklarından ayrı yerlerde bulunduğu bu çağda gıyapta ve tanık beyanlarından ibaret bir mülkiyet prosedürü geliştirmişsin, sonra da vatandaşına 10 yıl geçti itiraz etmedin hakkın düştü” diyorsun ve diğer yandan da konu devlet arazisi olunca da hak düşürücü süre işlemez diyerek her zaman olduğu gibi güçlü devleti güçsüz vatandaştan üstün tutuyorsun.

# § 37 TAKAS

Doç. Dr. Bilgehan ÇETİNER<sup>1</sup>

## I. KAVRAM ve İŞLEVİ

Takas kısaca aynı cins iki borcun, borçlularından birinin tek taraflı beyanı ile azı oranında sona erdirilmesi olarak tanımlanabilir. Takas, Türk Borçlar Kanunu'nda (m. 139-145) borçların sona ermesini düzenleyen kısımda, ifa dışında kalan diğer sona erme sebeplerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla takasın ilk ve en önemli işlevi, borcu, ifa edilmesine gerek olmaksızın sona erdirmesi ve böylelikle ifa masraf ve külfetinden borçluyu kurtarmasıdır. Nitekim uygulamada çoğunlukla karşılıklı para borçlarında gündeme gelen takas, borçluların ayrı ayrı ifa zorunluluğunu ortadan kaldırması ve neticede her iki tarafı da alacaklarını tahsil etmiş duruma getirmesi bakımından büyük pratik öneme sahiptir.

Takasın bir diğer fonksiyonu da alacaklıya, alacağını elde edememe riskine karşı etkili bir güvence sağlamasıdır<sup>2</sup>. Hatta bazı yazarlar, bu özelliğinden ötürü takas hakkını, alacaklının “kendi borcu üzerinde rehin hakkı” olarak nitelendirmektedirler<sup>3</sup>. Bu bağlamda takas hakkı, alacaklıya, ifa güçsüzlüğü veya herhangi bir nedenle muaccel olan borcunu ifadan kaçınan borçluya karşı ödemezlik def'i (TBK m. 81), hapis hakkı (MK m. 950 vd.) ve diğer alıkoyma hakları ile rehin hakları yanında tanınmış önemli bir kanuni güvence teşkil etmektedir. Hatta takas hakkı, kullanıldığı anda sahibine hem borcundan kurtulma hem de alacağına kavuşma imkânını sağlaması nedeniyle, alacaklıya diğer teminat haklarına kıyasla daha etkin bir koruma sağlamaktadır. Ancak şunu da hemen belirtelim ki takas hakkı, her ne kadar bir yönüyle teminat hakkı niteliği taşısa da, koşulları ve hukuki sonuçları itibarıyla gerek ödemezlik def'inden ve gerekse diğer alıkoyma ve rehin haklarından önemli farklılıklar göstermektedir. Bu farklılıklar ilerleyen kısımlarda takas hakkının koşulları ve hükümleri incelenirken yeri geldikçe değinilecektir.

Aynı cins borçları azı oranında sona erdirmeye hakkı olarak tanımlanan takas hakkı, kanundan doğan ve kanuni koşullara tabi bir yetki olarak karşımıza çıkabileceği gibi, bazen de koşulları ve ileri sürülme şekli taraflarınca belirlenmiş bir sözleşmeden de doğabilir. Bu kapsamda taraflar örneğin “muaccel olma” yahut “karşılıklılık” koşullarından vazgeçebilecekleri gibi, takas beyanına gerek olmak-

1 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

2 Aral, F., Türk Borçlar Hukukunda Takas, 2. Bası, Ankara 2010, s. 27.

3 Bkz. örneğin Weigelin, E., Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld, Hannover 1904, s. 44 vd.

sızın takasın hüküm ve sonuçlarını doğuracağını kararlaştırabilirler<sup>4</sup>. Uygulamada özellikle bankalarla yapılan kredi sözleşmelerinin genel işlem koşulu niteliğindeki hükümleri arasında, bankaların, kendi alacakları muaccel olmadan önce de takas beyanında bulunmaya yetkili olduklarına dair kayıtlara yer verdikleri görülmektedir<sup>5</sup>. Ancak şunu belirtelim ki, aynı cinsten olmayan iki borcun tek taraflı beyanla sona erdirilebilmesine ilişkin bir sözleşme koşulunda, taraflar “takas yetkisi”nden söz etseler dahi, burada artık kanuni koşulları değiştirilmiş takastan değil, ifa yerine edim yoluyla borcun sona erdirilmesi gündeme gelecektir<sup>6</sup>.

## II. TAKASIN KOŞULLARI

### 1. Tarafların Karşılıklı Olarak Birbirinden Alacaklı Olması

#### a) Genel Kural

Takas hakkının varlığı için takas beyanında bulunacak kişi ve karşı tarafın birbirlerinden hem alacaklı hem de borçlu olmaları gereklidir. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken nokta, karşılıklı alacakların ödemezlik def’inde şart koşulduğu gibi sinellagmatik ilişki içerisinde bulunmaları zorunlu değildir. Taraflar arasında tamamen farklı hukuki ilişkilerden doğmuş aynı cinsten iki alacağın bulunması ve bu alacaklar bakımından tarafların karşılıklı alacaklılık ve borçluluk durumunun bulunması yeterlidir. Ayrıca takas hakkına ilişkin bu koşul, onun aynı teminat hakları (alıkoyma hakları, rehin hakları) ile olan farkını da ortaya koymaktadır. Zira diğer teminat haklarında karşı tarafın talep hakkı hukuki niteliği itibariyle çoğu zaman aynı hakka dayanmaktadır ve bu durumda bu kişinin teknik anlamda “alacaklı” olarak nitelenebilmesi mümkün olmayacaktır. Yine hapis hakkında olduğundan farklı olarak takasta, alacaklar arasında bir bağlantının bulunması (Konnexitaet) da gerekmez.

Karşılıklı alacaklılık ilişkisinin bir diğer doğal sonucu ise, takas beyan edenin ancak kendisine ait olan ve karşı tarafın borçlusu olduğu bir alacak için takas hakkına sahip olmasıdır. Bu sebeptendir ki, kefil asıl borçlunun alacaklıdan olan bir alacağını kendisinin kefaletten doğan borcu ile takas edemeyeceği gibi, eser sözleşmesinde iş sahibi, alt yükleniciye olan borcunu, asıl yükleniciden olan alacağı ile takas edemez<sup>7</sup>. Aynı esas tam üçüncü kişi yararına sözleşmeler<sup>8</sup> bakımından

4 Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2011, s. 606

5 Aral, s. 29.

6 Aral, s. 30.

7 Oğuzman/Öz, s. 608; BGE 44 II 258.

8 Her ne kadar madde metninde tam veya eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ayırımı yapılmamış olsa da doktrinde haklı olarak kabul edildiği üzere burada hükmün kapsamına yalnız tam üçüncü kişi yararına sözleşmeler girecektir. Zira eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede taahhüt ettiren, taahhüt edilen borç üzerinde tasarruf etme yetkisine sahiptir. Bu kapsamda takas veya ibra yoluyla onu sona erdirebilecektir. Bkz. Aral, 143 vd.

TBK m. 141’de şu şekilde ifadesini bulmuştur: “**Üçüncü kişi yararına borçlanan kişi, bu borcu ile sözleşmenin diğer tarafından olan alacağını takas edemez**”. Buradaki durumu, üçüncü kişi yararına sözleşmelerin tipik bir uygulamasını oluşturan lehdarı üçüncü kişi olarak belirlenen sigorta sözleşmesi bağlamında şöyle örneklendirebiliriz:

*Bir üçüncü kişi yararına hayat sigortası yaptıran S, henüz muaccel sigorta prim borçlarını tamamını ifa etmemişken, sigorta konusu risk gerçekleşmiştir. Sigorta lehdarı Ü’nün sigorta şirketinden alacağını talep etmesi halinde, sigorta şirketi sigortalı S’den olan alacağı nedeniyle sigorta alacağına karşı takas talebinde bulunabilmesine imkân yoktur.*

Öte yandan üçüncü şahıs veya halefleri, kendisi lehine yapılan sözleşmeden doğan alacak hakkını kullanacağını taahhüt edene bildirinceye kadar, taahhüt ettiren bu alacakla taahhüt edenin kendisine karşı sahip olduğu alacağı takas edebilecektir. Bu sonuç TBK m. 129/f. 2’den ileri gelmektedir. Ve taahhüt ettiren bildirimin yapılmasıyla takas yetkisini kaybedecek ve TBK m. 141 uygulama alanı bulacaktır.

### b) İstisnaları

Takas hakkının doğumu için aynı kişiye karşı hem alacaklı hem de borçlu olma koşuluna sözleşmeyle istisna getirilmesi mümkündür. Bunun dışında ayrıca kanunda karşılıklılık koşuluna getirilmiş istisnaların bulunduğu da görülmektedir.

(aa) Bunlardan ilki alacağın devri bakımından TBK 188’de düzenlenmiştir. Buna göre:

*“Borçlu devri öğrendiği sırada devredene karşı sahip olduğu savunmaları, devralana karşı da ileri sürebilir.*

*Borçlu, devri öğrendiği anda muaccel olmayan alacağını, devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması koşuluyla borcu ile takas edebilir”.*

Görüldüğü üzere TBK m. 188’de öngörülen iki halde de borçlu, başka bir kişiden olan alacağını (alacağını devreden) yine başka bir kişiye olan borcu ile (alacağı devralan) takas edebilmektedir. Buna göre borçlu, alacağın devredilmesinden önce devredenden bir alacak kazanmış ise, bu alacağın devirden önce muaccel olmuş olması yahut devirden sonra muaccel olmakla birlikte muacceliyetin borçlunun devirden haberdar olmadığı devrede gerçekleşmesi yahut da söz konusu alacağın devredilen alacaktan önce veya onunla aynı anda muaccel olması halinde alacağı devralana karşı takas hakkına sahip olacaktır<sup>9</sup>. Bununla birlikte borçlu,

<sup>9</sup> Devir borçlusuna tanınan bu istisnai takas hakkının, alacağın devralana, bütün avantaj ve dezavantajlarıyla (buna borçlunun takas hakkı da dahil) geçeceği kuralı ve alacağın devri kendi iradesi dışında gerçekleşen

alacağı devredene karşı sahip olduğu karşı alacağı, devirden sonra kazanmışsa, borçlunun takas hakkı ancak alacağı devredenden alacağı iyiniyetle, yani devreden hala alacağın sahibi olduğuna inanarak da kazanmış olması gereklidir<sup>10</sup>.

**(bb)** TBK m. 140'a göre asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı buldukça, kefil de alacaklıya ifada bulunmaktan kaçınabilir. Esasen burada borçlununkinden ayrı olarak kefile tanınmış bir takas yetkisi yoktur; kefil yalnızca borçlunun takas hakkına bağlı olarak bir kanuni def'i hakkına sahip kılınmıştır. Bir başka ifadeyle kefil, TBK m. 140'da öngörülen def'i hakkına dayanarak borçlunun takas yetkisine sahip olduğu süre boyunca<sup>11</sup> kefalet sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmekten kaçınabilecektir<sup>12</sup>. Ancak hemen belirtelim ki, kefil asıl borçlunun takas hakkını kullanmış olması halinde içinde bulunacağı hukuki konumdan daha iyi bir konuma, TBK m. 140'da öngörülen def'i ile konulamaz. Yani borçlunun takas yetkisini kullanması ile borcu tamamen sona ermiyorsa kefil ancak takas ile asıl borcun sona ereceği miktar kadar ödemedi kaçınabilir ve bu duruma bağlı olarak kefalet borcunda bir indirim yapılmasını isteyemez<sup>13</sup>.

**(cc)** Takasın karşılıklılık koşuluna getirilmiş gerçek bir istisnaya TBK m. 127/b. 1 ve MK m. 884 hükümlerinin birlikte uygulanması ile de ulaşılmaktadır. Buna göre başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir ayni hakkı bulunduğu takdirde alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişi, ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olacaktır. Buna paralel olarak MK m. 884'e göre borçtan şahsen sorumlu olmayan rehinli taşınmaz maliki, borçluya ait koşullar içinde borcu ödeyerek taşınmazın üzerindeki ipoteğin kaldırılmasını isteyebilecektir. Bu hükümler kapsamında üçüncü şahıs, rehinli alacaklıya karşı bir alacak hakkına sahip olması halinde bu iki alacağı takas edebilecek ve rehnedilen malını rehinden kurtarabilecektir<sup>14</sup>. Her ne kadar kanun söz konusu sonucun doğabilmesinin koşulu olarak üçüncü kişinin borcu "ifası" veya borcu "ödemesi"nden bahsetmekte ise de, borcun ifası yerine karşı alacağına

---

borçlunun hukuki durumunun devirle kötüleşmemesi gerektiği düşüncesinden kaynaklandığı kabul edilmektedir. Bkz. **von Tuhr/Escher**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationen Rechts, Bd. II, Zürich 1974, s. 366, 367.

10 **Aral**, s. 52.

11 Asıl borçlu kefalet sözleşmesinden önce takas hakkından geçerli surette feragat etmişse, artık kefilin def'i hakkına dayanak teşkil edebilecek bir takas hakkından söz edilemeyeceğinden TBK m. 140 uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak borçlunun sonradan takas hakkından feragat etmesi halinde ise kefilin, yine de TBK m. 140'da öngörülen def'i hakkını kullanabileceğini kabul etmek yerinde olacaktır. Zira TBK 591/f. 2 uyarınca asıl borçlu kendisine ait olan bir def'iden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def'ii alacaklıya karşı ileri sürebilecektir.

12 **Kılıçoğlu, A.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, 14. Bası, s. 829.

13 **ZürcherK-Aeppli**, Art. 121, Rn. 47.

14 **Aral**, s. 54.

dayalı olarak takas yoluna başvurulabilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır<sup>15</sup>.

## 2. Karşılıklı Alacakların Konusunun Aynı Türden Olması

Takas hakkının doğumu için bu koşulun aranmasının temelinde yatan düşünce takas beyanının yöneltildiği karşı tarafın rızası aranmaksızın esas alacağın yerini takas alacağının almasıdır<sup>16</sup>. Ancak bu şekilde karşı tarafın ifaya olan menfaati gerçekleşmiş olacaktır. Bu koşul ayrıca takas def'ini, ödemezlik def'inden de ayırmaktadır. Şöyle ki ödemezlik def'inde böyle bir koşul bulunmadığı gibi esasen karşılıklı alacakların konusunun farklı türden olduğu durumlarda ödemezlik def'i teminat fonksiyonunu ifa edecektir.

Karşılıklı edimlerin aynı türden olması koşulunu en iyi karşılayan ve uygulamada da takasın en sık rastlanıldığı alacaklar para alacaklarıdır<sup>17</sup>. Ancak alacaklardan birinin konusunun yabancı para borcu teşkil ettiği hallerde “aynen ödeme” kaydı mevcut ise, Türk parası ile ifa edilecek alacak ile takas edilemeyecektir<sup>18</sup>. Böyle bir kaydın bulunmadığı hallerde ise TBK m. 99/f. 2 hükmü uyarınca yabancı para borçlusu Türk parası ile ödeme yapma seçimlik yetkisine sahip olduğundan yalnızca o takas hakkına sahip olacak; borcunun konusu Türk parası olan diğer tarafın böyle bir hakkı bulunmayacaktır<sup>19</sup>.

Aynı türden karşılıklı alacakların bulunması koşulu bağlamında ele alınacak bir diğer husus ise, özellikle uygulamada sıkça takasın, mal değişim sözleşmesi (trampa) ile özdeş kullanımı hatasıdır. TBK m. 282 vd. hükümlerinde düzenlenen trampa sözleşmesi, hukuki niteliği ve hukuki sonuçları itibarıyla takastan tamamen farklı bir kavram ve olgudur. Her şeyden önce trampa bir sözleşmedir ve tarafları arasında mal değişimi borcunu doğurur. Oysa takasta ise tek taraflı yenilik doğurucu bir işlem mevcuttur ve muaccel alacakların azı oranında sona ermesi hukuki sonucu ortaya çıkar. Trampa sözleşmesinde tarafların karşılıklı olarak aynı türden şeylerin zilyetlik ve mülkiyetini geçirme borcunu üstlenmiş olmaları ha-

15 Aynı görüşte **von Tuhr/Escher**, s. 194. Bazı yazarlar alacaklının, borçlanılan edimin aynen ifası yerine ifa ikamelerini kabul etmek zorunda olmadığından bahisle üçüncü şahsın takas hakkının bulunmadığını ileri sürmekte iseler de, burada takas hakkının bir diğer koşulu olan takas edilecek alacakların aynı türden olması zorunluluğu karşısında üçüncü kişinin takas beyanında bulunmasının bir ifa ikamesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ayrıca aynı durumda alacaklının edimin aynen ifasına ilişkin korunmaya değer bir hukuki menfaatten söz etmeye de imkan yoktur. Aksi görüşte **ZürcherK-Aepli**, Art. 120, Rn. 130 vd.

16 **Aral**, s. 56.

17 Para alacakları dışında konusu misli şeylerden oluşan karşılıklı alacaklar bakımından da aynı türden olma koşulu gerçekleşecektir. Ancak bu duruma uygulamada nadir rastlanmaktadır.

18 **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 1016; **Eren**, s. 1228.

19 Aynı görüşte **Oğuzman/Öz**, s. 610.

linde dahi bu sonuç değişmeyecektir. Zira takas bu durumda dahi ancak trampa sözleşmesinin ifası aşamasına ilişkin bir olgu olarak karşımıza çıkacaktır. Bir başka deyişle aynı türden şeylerin karşılıklı olarak borçlanıldığı trampa sözleşmesinde taraflardan birisi borçların aynen ifası yerine diğer kanuni (yahut sözleşmesel) koşulları da varsa ayrıca takas beyanında bulunabilecektir. Ancak şunu da hemen belirtelim ki, aynı türden olmakla birlikte ifa yerlerinin farklı olması yahut kalite veya diğer farklılıkları nedeniyle alacakların konusunu oluşturan edimler arasında değer farkı mevcut ise, bu farkın takasla birlikte tazmin edilmesi gerekecektir<sup>20</sup>.

### 3. Takas Beyanında Bulunacak Kişinin Alacağıın İfasının İstenebilir, Borcunun İfa Edilebilir Olması

#### a) Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 139/f. 1'de yer alan "...her iki borç muaccel ise...takas edilebilir" ifadesi takas edilecek alacakların muaccel olmalarının şart koşulduğuna işaret etmekteyse de doktrinde haklı olarak kabul edildiği üzere bu ifade bir yönüyle geniş, bir yönüyle de dardır.

İfadenin anlamının geniş olması, takas beyanında bulunacak borçlunun kural olarak vadeden önce erken ifada bulunabilme yetkisine sahip olmasından ileri gelmektedir. Gerçekten de TBK m. 96 uyarınca sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini vadeden önce ifa edebilir. Bu durumda aynı borçlunun vadeden evvel, yani kendi borcu muaccel olmadan takas beyanında bulunmasına da engel yoktur. Öte yandan faiz ödemeli tüketim ödücü sözleşmelerinde vade, alacaklı lehine kararlaştırılmış olduğundan işin özelliği gereği vadeden önce ifa ve dolayısıyla takas mümkün değildir. Bu ayırım tarafların vade kararlaştırdıkları borç ilişkileri bakımından önem taşıyacaktır. Diğer hallerde TBK m. 90 uyarınca ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç doğumu anında muaccel olacağından, bu tür borçlar bakımından borcun doğumu ile ifası mümkün olduğu gibi borçlunun takas beyanında bulunabilmesi de mümkün olabilecektir. Aynı sonuç eksik borçlar için de geçerlidir. Takas beyanında bulunacak kişinin borcu eksik borç ise bunu ifa etmesine hukuken engel bulunmadığına göre takas edememesi için de bir neden yoktur<sup>21</sup>. Buna karşın geciktirici şarta bağlı borçlarda, borcun doğumu şart koşulan olayın gerçekleşmesine bağlanmış olduğundan bu olay gerçekleşip borç doğmadıkça borçlunun takas beyanında bulunmasına imkân yoktur.

Takas beyanında bulunacak kişinin diğer taraftan olan alacağı bakımından ise

20 Von Tuhr/Escher, s. 194.

21 Eren, s. 1229.

TBK m. 139/f. 1'de yer alan ifade dardır. Zira takas beyanında bulunacak kişinin alacağına sadece muaccel olması yeterli değildir; ifasının da talep edilebilir olması gereklidir<sup>22</sup>. Bu kapsamda örneğin takas beyanında bulunacak kişinin karşı taraftan olan alacağı eksik borç niteliğinde ise bu alacak dava ve icra yoluyla takip edilebilir olmayacağından takas da edilemeyecektir<sup>23</sup>. Ancak hemen belirtelim ki, kanun eksik borçlardan zamanaşımına uğramış borçlar bakımından bu genel esastan belirli ölçüde ayrılmıştır. Şöyle ki, TBK m. 139/f. 3 hükmüne göre: “**Zamanaşımına uğramış bir alacağın takası ancak takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olması koşuluyla ileri sürülebilir**”. Bu hükmü aşağıdaki örnekte şu şekilde açıklayabiliriz:

*S, A ile 01. 01. 2009 tarihinde akdetmiş oldukları satım sözleşmesi nedeniyle 1. 000 TL alacaktır. A ise S'den TBK 147/b. 1 uyarınca beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olan ve 01. 01. 2005 yılında muaccel olmuş 1. 000 TL tutarında bir kira alacağına sahiptir. S, Adan alacağını 2009 yılında talep ederse A'nın alacağı zamanaşımına uğramamış olacağından sorunsuz takas beyanında bulunabilecektir. S aynı alacağı varsayalım 2011 yılında isterse esasen A'nın S'den alacağı bu arada zamanaşımına uğramış olması nedeniyle takas beyanında bulunamayacağını söylememiz gerekirdi. TBK m. 139/f. 3 ise işte böyle durumlarda takasın ileri sürülüp sürülemeyeceğini belirlerken diğer tarafın alacağını talep ettiği tarihe değil takasın ileri sürülebileceği tarihe göre belirlememiz gerektiğini kabul etmektedir. Bu durumda A'nın takas ileri sürebileceği tarih 2009 yılı olduğundan ve bu yıl itibarıyla de henüz A'nın S'den olan kira bedeli alacağı zamanaşımına uğramamış olduğundan, S alacağını 2011 yılında dahi talep etse A takas beyanında bulunabilecektir.*

Takas beyanında bulunacak kişinin, karşı taraftan olan alacağının ifa edilebilir olması koşulu kapsamında ele alınacak bir diğer husus, karşı tarafın bir def'i (örn. ödemezlik def'i yahut tartışma def'i) ileri sürebilme hakkına sahip olduğu hallerde de bu koşulun gerçekleşmiş kabul edilip edilemeyeceği sorunudur. Alman Medeni Kanunu'nda (BGB § 390)<sup>24</sup> kendisine karşı def'i ileri sürülebilecek alacakların takas edilemeyeceği açık biçimde hükme bağlanmıştır. Kanunumuzda bu duruma ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Doktrinde ise iki görüşün savunulduğu görülmektedir. Bunlardan ilkinde göre<sup>25</sup>, Alman Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemeye paralel olarak, takas beyanının muhatabının borcuna ilişkin bir def'i ileri sürebilecek durumda olması yeterlidir. Buna göre takas alacağının borçlusu takası engellemek için takas beyanı üzerine def'i hakkını ileri sürmek zorunda de-

22 Oğuzman/Öz, s. 611.

23 von Tuhr/Escher, s. 196; Eren, s. 1229.

24 BGB § 390: “Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden.”

25 Aral, s. 84 ve dn. 197'de anılan yazarlar.

ğildir. Bir diğer görüşe göre ise<sup>26</sup>, def'i ileri sürülebilecek alacaklar da takas edilebilir; ancak karşı taraf def'i ileri sürerse takas hükümsüzleşir. Kanaatimizce bu ikinci görüş, def'i haklarının hukuki niteliğine daha uygun olması itibariyle tercih edilmelidir. Zira def'i, şartları gerçekleşmekle birlikte hak sahibince ileri sürülmedikçe tek başına hukuki sonuç doğurabilme yeteneğinden yoksundur. Ancak karşı taraf def'i hakkına başvurursa takas beyanı artık hüküm ifade etmeyecektir<sup>27</sup>.

### b) İhtilafı Alacakların Takası

Takas edilecek alacakların ihtilafı olmasının takas edilmelerine engel olmayacağı, TBK m. 139/f. 2'de açık biçimde hükme bağlanmıştır. Böylelikle takas beyanında bulunana karşı, diğer tarafın, alacağın mevcut olmadığı, sona erdiği yahut geçersiz bir hukuki ilişkiye dayandığı vb. gerekçelerle itiraz etmesi takas beyanında bulunulmasına engel teşkil etmeyecektir. TBK m. 139/f. 2'nin *ratio legis*'i takas hakkının kullanımına karşı tarafın keyfi ihtilaflar çıkarmak suretiyle engel olmasını önlemek olarak açıklanmaktadır<sup>28</sup>. Öte yandan ihtilafı bir alacağın takas edilebilmesi, söz konusu ihtilafın alacaklı lehine çözümlenmiş olması sonucunu da doğurmayacağı açıktır. Takas beyanı, bu noktada bir nevi ödemelik def'ine benzer bir işlev görür; yani ihtilaf çözümlenene kadar, takas beyan edenin kendi borcunu ifadan kaçınabilmesine imkân tanır<sup>29</sup>. Dolayısıyla ihtilaf takas beyan eden lehine sonuçlanırsa, takas kesin olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracak; buna karşın alacağın mevcut olmadığı, ifasının talep edilebilir olmadığı, takas beyan edenin iddia ettiği miktarda olmadığı tespit edilirse, duruma göre takas tamamen yahut kısmen hükümsüz hale gelecek ve buna bağlı olarak da beyan da bulunan borçlu ifade gecikmenin hukuki sonuçları ile karşı karşıya kalacaktır<sup>30</sup>.

## 4. Takasa Engel Bir Durumun Olmaması

### a) Sözleşmeden Doğan Takas Engeli (Takastan Feragat Sözleşmesi)

TBK m. 145'e göre borçlu, takas hakkından önceden de feragat edebilir. Hükümün lafzından her ne kadar takas hakkından feragatin tek taraflı bir beyanla gerçekleşebilmesinin mümkün olduğu şeklinde bir anlam çıkmakta ise de, doktrinde hâkim olan görüş bunun ancak tarafların anlaşması ile mümkün olacağı yönündedir<sup>31</sup>. Benzer bir duru hapis hakkına ilişkin olarak MK 951/f. 2'de de yer

26 Oğuzman/Öz, s. 611; von Tuhr/Escher, s. 196.

27 Daha önce değinildiği gibi TBK m. 139/f. 3'de zamanaşımı def'i bakımından istisnai bir öngörülmektedir.

28 Aral, s. 98; Oğuzman/Öz, s. 612

29 Oğuzman/Öz, s. 612.

30 Oğuzman/Öz, s. 612.

31 Eren, s. 1230; Aral, s. 103; Oğuzman/Öz, 613; Aksi görüşte (yani tek taraflı feragatin mümkün olduğu görüşünde) von Tuhr/Escher, s. 198.

almaktadır<sup>32</sup>. Kanun koyucunun her iki durumda da, hukuk düzenince alacaklının menfaati gözetilerek tanınmış haklar olan takas ve hapis hakkının, yine birer ihtiyari hak olduklarının ve tarafların anlaşması ile bertaraf edilebileceklerinin altını çizmekte olduğunu görmekteyiz<sup>33</sup>.

Alacaklının bu bağlamda üstlendiği yükümlülük, açık veya örtülü olarak kararlaştırılabilir. Hangi durumlarda sözleşmeyle takas hakkından örtülü biçimde vazgeçildiğinin tespiti taraf iradelerinin güven ilkesine göre yorumlanması ile ortaya çıkarılacaktır. Öte yandan doktrinde yine aynı ilkeden yola çıkılarak bu konuya ilişkin bazı örnek durumlar geliştirilmiştir. Bunlardan bazıları şunlardır:

- (1) Alman Medeni Kanunu § 391/f. 2'ye göre, takas beyanında bulunacak olan borçlunun ediminin belirli bir yerde ve zamanda ifasının kararlaştırılması durumunda, şüphe halinde, başka bir ifa yeri kararlaştırılmış olan karşı alacak ile takas edilemeyeceği kabul edilir. Kanun burada takas hakkından zımnen vazgeçildiğini karine olarak kabul etmektedir. Her ne kadar benzer bir hüküm bizim kanunumuzda yer almasa da somut olayın özellikleri de gözetilerek bizim hukukumuz bakımından da benzer durumda aynı sonuca varılabilir<sup>34</sup>.
- (2) İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına göre, “nakden ödeme kaydı” ancak borçlunun takas beyanının hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceğini bilmesi halinde; “kasaya ödeme kaydının” alacaklının fiili ödemede menfaati olduğunun borçlu tarafından bilinmesi halinde takastan feragat edilmiş olacağını kabul ettiği görülmektedir<sup>35</sup>.
- (3) MK m. 951/f. 2 borçluya, tek taraflı olarak, yani alacaklının kabulüne gerek olmaksızın, eşyanın tesliminden önce veya teslimi sırasında vereceği talimatla alacaklının hapis hakkını kullanmasına engel olma imkânı tanımaktadır. Benzer şekilde alacaklının, sözleşmenin kuruluşu esnasında borcun aynen ifasında özel bir menfaati olduğunu açıkça ifade etmiş olması yahut borçlunun güven ilkesi gereği bunu bilmesinin gerektiği hallerde, sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olsa da bir feragat anlaşmasının varlığından söz edilebilecektir<sup>36</sup>.
- (4) Daha ziyade sözleşme ilişkisine üçüncü bir kişinin katılımının olduğu

32 MK m. 951/f. 2'ye göre “*alacaklının üstlendiği yükümlülükle veya borçlunun teslim sırasında ya da daha önce verdiği talimatla veya kamu düzeniyle bağdaşmayan hallerde de hapis hakkı kullanılamaz*”.

33 Bu konuda hapis hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çetiner, B. , Hapis Hakkı, İstanbul 2010, s. 109.

34 ZürcherK-Aepli, Art. 126, Rn. 25.

35 Bkz. BGE 57 II 486 vd. ; BGE 42 II 54 (Aral, s. 105).

36 Karş. BGE 87 II 27.

sözleşmelerde de takastan feragat daha sık gündeme gelecektir. Bunun temelinde yatan düşünce, ancak bu tür durumlarda alacaklının *normal ölçütlerin ötesinde* bir güven korunmasına mazhar olduğu düşüncesidir. Zira alacaklı, üçlü bir ilişkinin bulunduğu hallerde takas hakkının kullanımından iki şekilde etkilenmektedir: İlki kendisine ait olan alacak hakkı ortadan kalkmakta, ikincisi ise üçüncü kişi ile olan hukuki ilişkisi bundan doğrudan etkilenmektedir. Özellikle de borçlunun, sözleşmede yer alan hükümlerden yola çıkarak alacaklının üçüncü kişi karşısında zor durumda kalacağını biliyor olmasının gerektiği durumlarda, alacaklının, borçlunun ileri süreceği takas hakkına karşı korunmasının haklı bir nedene dayandığı kabul edilmelidir<sup>37</sup>.

### b) Kanundan Doğan Takas Engelleri

TBK m. 144'de 3 bent halinde sayılan alacaklar, takas haklarının doğumundan sonra ancak alacaklılarının rızasıyla takas edilebilirler. Madde hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere burada sayılan haller takas hakkının doğumuna değil, kullanımına engeldir. Yani alacaklısı rıza göstermedikçe doğmuş takas hakkı kullanılamaz. Bu hüküm dışında ayrıca takas hakkının kullanımına engel bir başka durum Avukatlık Kanunu m. 165/f. 2'de öngörülmektedir.

#### aa) Tevdi Edilmiş Eşyanın Geri Verilmesine veya Bedeline İlişkin Alacaklar (TBK m. 144/b. 1)

Bir saklama sözleşmesi çerçevesinde verilmiş bir şeyin iadesine ilişkin alacağın takas edilememesinin temelinde yatan düşünce, alacaklının eşyanın iade olunacağına olan güveninin korunmaya değer olması ve özellikle borçlunun takas yoluyla iadede kaçınmasının alacaklı için şaşırtıcı bir durum teşkil etmesi ve bu durumun MK m. 2/f. 2 anlamında bir hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceğidir<sup>38</sup>. Hemen belirtelim ki, alelade saklama sözleşmelerinde TBK m. 144/b. 1 hükmünün uygulanmasına çoğu zaman gerek kalmayacaktır. Şöyle ki, bu sözleşmeye göre tevdi edilen şeye ilişkin iade borcu parça borcu olduğundan takas hakkının doğumu için gerekli koşullardan karşılıklı alacakların aynı türden olması koşulu olayların büyük kısmında gerçekleşmemiş olacaktır<sup>39</sup>. Ancak misli şeylerin saklanmasına ilişkin sözleşmelerde, iade borcunun konusunu, saklayanın kendisine

37 Benzer bir sonucu hapis hakkı için kabul eden **Çetiner**, s. 110, 111.

38 Aynı gerekçeyle hapis hakkının ileri sürülmesinin de, özellikle ücretsiz saklama sözleşmelerinde hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceği konusunda bkz. **Çetiner**, s. 115, 116.

39 Saklama sözleşmesine dayanan iade alacağının parça borcu olduğu durumlarda takas hakkı ancak borcun konusunu oluşturan şeyin saklayanın kusuruyla telef olması yahut iyiniyetli 3. kişiye devredilmiş olması nedeniyle iade borcunun tazminat borcuna dönüştüğü durumlarda gündeme gelebilir. Bu durumda TBK m. 144/b. 1 uyarınca alacaklının rızası olmadıkça takas hakkının ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Bkz. **Aral**, s. 112; **Oğuzman/Öz**, s. 615.

bırakılan para yahut misli eşyayı aynen değil mislen geri vermesi oluşturduğundan takas hakkı gündeme gelebilecektir. Bu durumda TBK m. 144/b. 1 uyarınca alacaklının rızası olmadıkça saklayanın takas hakkını ileri sürebilmesine imkân bulunmamaktadır<sup>40</sup>.

**ab) Haksız Olarak Alınmış veya Aldatma Sonucunda Alıkonulmuş Eşyanın Geri Verilmesine veya Bedeline İlişkin Anlaşmalar (TBK m. 144/b. 2)**

TBK m. 144/b. 2’de öngörülen bu durumda da esasen MK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralının bir uygulaması karşımıza çıkmaktadır. Bir kimsenin hukuka aykırı davranışından kendi lehine menfaat sağlayamayacağı kuralının takas hakkına uygulanması söz konusudur<sup>41</sup>. Hükümün kapsamına giren olaylara örnek olarak şunlar verilebilir. Hile yahut tehdit ile iradesi sakatlanan kişinin sözleşme uyarınca verdiklerinin iadesi borcu; vekilin vekâletin sona erdiğini bilmesine rağmen tahsil ettiği paraları vermemesi; bankanın cari hesap sözleşmesi akdettiği müşterisi adına sözleşmenin feshine rağmen üçüncü kişiler tarafından yatırılan paraları takas beyanı ile müşteriye ödemekten kaçınması vb.<sup>42</sup> Burası için de ayrıca belirtelim ki, iade borcunun konusunu parça borcu oluşturduğu durumlarda takas hakkı, aynı türden alacaklar söz konusu olmadığından doğmayacaktır.

**ac) Özel Nitelikleri Gereği Doğrudan Alacaklıya Ödenmesi Gereken Alacaklar (TBK m. 144/b. 3)**

Nafaka ve işçi ücreti gibi alacaklının<sup>43</sup> ve ailesinin bakımı için zorunlu olan para alacaklarının doğrudan alacaklıya ödenmesini bunların geçimi için zaruri gören kanun koyucu alacaklının rızası olmaksızın takasına engel olmuştur. Hükümde sayılan alacaklar örnek kabilinden olup, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacağı, ölünceye kadar gelir alacağı vb. alacakların da yine TBK m. 144/b. 3 kapsamına girdiği kabul edilmektedir<sup>44</sup>.

**ad) Avukatların Vekâlet Ücreti**

Avukatlık Kanunu m. 165/f. 2’ye göre dava sonunda, kararlar tarifeye dayanıla-

40 Bu hüküm özellikle bankacılık uygulamasında özel bir öneme sahiptir. Zira hâkim görüşe göre tasarruf mevduatı sözleşmesinin bir usulsüz tevdi (misli şeylerin saklanmasına ilişkin sözleşme) olarak kabul edilmesi nedeniyle banka müşterisi (iade alacaklısının) önceden rızası olmaksızın, bankaların başka hukuki sebeplerden doğan alacakları için takas hakkı ileri sürebilmelerine TBK m. 144/b. 1 engel teşkil edecektir.

41 ZürcherK-Aeppli, Art. 125, Rn. 40.

42 Daha fazla örnek için bkz. Aral, 115 vd.

43 Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun Almanca ve İtalyanca metinleri dikkate alınmaksızın, Fransızca metninden çevrildiği anlaşılan mevcut BK m. 123/b. 2’deki “borçlunun” ifadesinin yeni Kanunumuzda “alacaklı” olarak düzeltilmesi beklenirken maalesef aynı hatalı ifade TBK m. 144/b. 3’de de tekrarlanmıştır.

44 Oğuzman/Öz, 616.

rak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, hacedilemez. Bu hüküm esasen sözleşmeden doğan takas hakkı açısından önem taşıyacaktır. Zira kanundan doğan takas hakkında iş sahibinin borcunun, avukatın vekalet ücreti alacağı ile takası zaten alacakların karşılıklı olması koşulunu sağlamaması nedeniyle mümkün değildir.

### III. TAKASIN İLERİ SÜRÜLMESİ

#### 1. Genel Olarak

Kanuni yahut sözleşmesel koşullarının gerçekleşmesi ile doğan takas hakkı tek taraflı yenilik doğuran bir hukuki işlem ile kullanılır. Takasın *ipso iure* gerçekleştiği Roma ve Fransız Hukuklarından farklı olarak Türk-İsviçre Hukuklarında takasın hüküm doğurabilmesi için kural olarak buna uygun beyanın karşı tarafa yöneltilmesi ve varması gereklidir (TBK m. 143/f. 1/c. 1). Bununla birlikte tarafların sözleşmeyle aksine düzenleme yapabilmeleri mümkün olduğu gibi, bu kuralın yine kanundan doğan istisnaları da mevcuttur. Örneğin MK m. 236/f. 1/c. 2<sup>ye</sup> göre edinilmiş mallara katılma yasal mal rejiminde tasfiye sonucu ortaya çıkan ve her bir eş için ayrı ayrı belirlenen katılma alacakları kanunen takas edilir. Yine TBK m. 143/f. 2<sup>'de</sup> cari hesaplara ilişkin atf yapılan özel teamüllere göre cari hesapta yer alan alacaklar topluca takas edilmekte ve bakiye alacağın karşı tarafça kabul edilmesi ile hüküm ifade etmektedir.

Hukuki niteliği itibariyle yenilik doğuran bir hak olan takas hakkı, kural olarak yenilik doğuran haklara ilişkin özellikleri göstermektedir<sup>45</sup>. Bir başka deyişle takas hakkı bir defa kullanılmakla ortadan kalkar; takas beyanında bulunması herhangi bir zamanaşımı yahut hak düşürücü süreye tabi değildir<sup>46</sup>; kural olarak şarta bağlanamaz<sup>47</sup>; takas beyanı geri alınamaz; takas hakkı tek başına başkasına devredilemez.

#### 2. Takasın Davada İleri Sürülmesi

Takas hakkı dava dışı yenilik doğurucu bir işlem ile kullanılabilceği gibi karşılık dava yoluyla veya davada savunma vasıtası olarak da ileri sürülebilir. Yine takasın davada ileri sürülmesi ile davada ilk defa takas hakkının ileri sürülmesi yahut da davadan önce takas beyanında bulunulduğunun davada savunma olarak sunulması şeklinde olabilecektir.

Takasın dava dışı kullanılması halinde, takas beyanında bulunanın kendisine

45 Eren, s. 1225; Kılıçoğlu, s. 834; Oğuzman/Öz, s. 614.

46 Takasa konu alacakların zamanaşımına tabi olması bundan ayrı bir durumdur. Zamanaşımına uğramış alacağın takasına ilişkin özellikler bakımından bkz. yukarıda II/3/a altındaki metin.

47 Şartın yarattığı durumun karşı taraf için zararlı bir sonuç doğurmuyorsa, özellikle de iradi şartın söz konusu olduğu hallerde takas hakkının şarta bağlı olarak yapılabilmesi mümkündür.

karşı açılan davada bunu ileri sürmesi maddi hukuk anlamında bir itiraz olacaktır. Zira takas, kanunda borcu sona erdiren nedenler arasında düzenlenmektedir ve bunun mahkemede ileri sürülmesi de itiraz niteliğindedir<sup>48</sup>. Mahkeme, dava dışı yapıldığı ileri sürülen takas savunması karşısında ya takas sebebiyle alacağın ortadan kalktığı gerekçesiyle davanın reddine yahut da hukuken geçerli bir takas bulunmadığından davanın kabulüne karar verebilecektir<sup>49</sup>. Son durumda davanın kabulüne ilişkin kesin hükmün kapsamına davalının takas alacağının bulunmadığının girip girmeyeceği hususunda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin<sup>50</sup> şu kararı yol gösterici olacaktır:

*“Davalı savunmasında davacıda alacağı olduğunu, bu konuda dava açtığını, önceki davada davacının mahsup savunması ileri sürmesine rağmen incele-nip reddedildiğini ileri sürerek bu davanın reddini istemiştir. Gerçekten mah-sup savunmasının sabit bulunmaması nedeniyle önceki bir davada reddedil-miş olması mahsuba konu kira alacağının ikinci bir davada dava edilmesine engel kesin hüküm sonucunu doğurur.”*

Karar gerekçesinde yer alan tespit bakımından şu şekilde bir ayırım yapılması zorunludur: Takas beyanına dayanan savunmanın yerinde bulunmaması karşı alacağın bulunmaması nedenine dayanıyorsa kesin hüküm kapsamında yer alır; buna karşın savunmanın kabul edilmemesi takasın diğer şartlarının bulunmaması sebebine dayanmakta ise kesin hüküm sadece takasın bulunmadığının tespitini kapsayacaktır<sup>51</sup>.

Takasın ilk defa davada ileri sürülmesinin bir maddi hukuk işlemi mi yoksa yalnızca usul işlemi mi olduğu doktrinde tartışmalıdır<sup>52</sup>. Hakim görüş ve yargı içtihatları bunun hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ilişkin özellikleri taşıyan “çifte mahiyetli bir işlem” olduğu yönündedir<sup>53</sup>. Buna göre ilk defa davada ileri sürülen takas diğer usul işlemlerinde olduğu gibi def’i olarak cevap dilekçesinde belirtilmek zorundadır. Ancak davacı sonradan ileri sürülen takasa “savunmayı genişletme yasağına aykırılık” nedeniyle karşı koymaz ise, takas def’ini mahkeme dikkate alacaktır<sup>54</sup>.

48 **Pekantez/Atalay/Özekes**, Medeni Usul Hukuku, 9. Bası, Ankara 2010, s. 339, 340; YHGK, 12. 04. 1967, 280/195 (RKD, 1967/6, s. 87-89); 15. HD, 11. 05. 2004, 6413/2638 (Kazancı İçtihat Bankası). Maddi hukuk anlamında itiraz olarak kabul edilen olguların davada mutlaka savunma ileri sürülmüş olması gerekmemektedir. Dosya içeriğinden anlaşılıyorsa hâkim bunu resen dikkate almak zorundadır.

49 **Aral**, s. 207.

50 Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin Seçilmiş Son İçtihatları 1967-1968, Ankara Barosu Dergisi Eki, s. 25.

51 **Aral**, s. 210

52 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Topuz, G. /Topuz, S.** , Takasın Davada İleri Sürülmesi, AÜHFD 2008, s. 719, 723 vd.

53 **Topuz/Topuz**, s. 724 ve dn. 24-25’de anılan yazarlar. Ayrıca YHGK 12. 04. 1967, 280/195 (RKD, 1967/6, s. 87-89).

54 Y. 12. HD, 12. 05. 2004, 762/7235 (YKD 2005/2, s. 221).

Öte yandan çifte mahiyetli işlem görüşünün de bazı aksayan yönleri olduğu açıktır. Zira cevap dilekçesinde belirtilmeyen ve sonradan itiraza uğrayan takas beyanının dikkate alınmaması, takas hakkının tek taraflı ve karşı tarafa varmakla yenilik doğuran bir hak olması niteliği ile bağdaşmamakta ve kanunda olmayan istisna yaratmaktadır. Ayrıca davanın başka bir nedenle reddedilmesi yahut davanın davasından feragat etmesi halinde ilk defa davada kullanılan takas hakkı hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olacağından, esasen alacağı için takas beyanında bulunma arzusunda olmayıp sırf davada savunma amacıyla bunu gerçekleştiren alacaklının menfaatleri zedelenmiş olacaktır<sup>55</sup>. İşte bu nedenlerle doktrinde takasın davada terditli olarak ileri sürülebileceği kabul edilmektedir<sup>56</sup>. Buna göre davalı öncelikle borçlu olmadığı yahut borcunun zamanaşımına uğradığı vb. def'ilerini ileri sürebilecek, bunların mahkeme tarafından kabul görmemesi halinde davacıdan alacağı bulunduğunu belirterek takas beyanında bulunabilecektir. Böylelikle davanın başka bir nedenle reddi halinde takas hüküm ve sonuç doğurmayacak ve davalı takas hakkını muhafaza edecektir. Bu görüşün devamı olarak davalının, karşı alacağının ihtilafsız olması halinde dahi mahkemenin öncelikle dava konusu alacağın mevcut olup olmadığını tespit etmesi ve alacağın mevcut olduğu kanaatine varırsa takas def'ini dikkate alarak davanın reddine karar vermesi gerekeceği kabul edilmektedir<sup>57</sup>.

#### IV. TAKASIN HÜKÜM ve SONUÇLARI

Türk Borçlar Kanunu m. 143/f. 1/c. 2'ye göre takas iradesinin alacaklıya bildirilmesi ile her iki borç takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer. Alacak miktarlarının farklı olması halinde küçük borç oranında miktarı azalan büyük borç, feri borçlarla birlikte devam eder. Bu noktada hemen belirtelim ki, büyük borç takas beyanında bulunan tarafa aitse, takas beyanı TBK m. 84/f. 1 anlamında kısmi niteliği taşıyacağından alacaklı borcun tamamı belli ve muaccel ise kısmi ifayı reddedebileceğinden alacaklının rızası olmadan takas beyanında bulunulamayacaktır<sup>58</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m. 143/f. 1/c. 2'nin açık hükmü gereği, karşılıklı alacaklar "takas edilebilecekleri andan itibaren" sona ereceklerdir. Burada kastedilen koşulların gerçekleşmesiyle takas hakkının doğduğu andır. Esasen yenilik doğurucu bir hak niteliğinde olan takas hakkının kullanılmasıyla, bir başka deyişle takas beyanının karşı tarafa varmasıyla hukuki sonuçlarını doğurması gerekirken, kanun koyucu genel kuraldan ayrılarak takas beyanına geçmişe etkili sonuç doğurması

55 Topuz/Topuz, s. 724, 725.

56 Topuz/Topuz, s. 725, dn. 729'da anılan yazarlar.

57 Aral, s. 222; Topuz/Topuz, s. 727

58 Aral, s. 196; karşı görüşte Oğuzman/Öz, s. 618.

imkânını tanımıştır. Takas hakkının doğumu anı aynı zamanda takasa tabi tutulacak alacakların kapsamının da belirlenmesi açısından önem taşır. Bu bağlamda örneğin, söz konusu tarih itibariyle doğmuş faiz ve cezai şart alacakları da takas edilecek alacakların kapsamına dâhil edilecektir<sup>59</sup>.

Takasın geçmişe etkili hüküm doğurmasının bir diğer sonucu ise, takas edilen alacağa ilişkin temerrüt halinin takasın hüküm doğurduğu andan itibaren bütün sonuçları ile sona ermesidir. Ancak bu esnada alacaklı sözleşmeden dönme (yahut sözleşmenin feshi) hakkının kullanmışsa, sonradan yapılan takas beyanının borçlunun temerrüdünün bu sonucunu da ortadan kaldırıp kaldırmayacağına ilişkin kanunda bir hüküm yoktur. Alman Medeni Kanunu § 352 hükmüne göre borçlunun, borcundan takas yoluyla kurtulma imkanı bulunmakta idiye ve bunu dönme beyanından hemen sonra gerçekleştirdiği takdirde borcun ifa edilmemesi sebebine dayanan dönme beyanı hükümsüz olacaktır<sup>60</sup>. Bizim hukukumuz bakımından ise sözleşmeden dönme hakkı kullanılmadan evvel borçluya mehil verilmesinin gerektiği durumlarda, bu süre içerisinde takas hakkını kullanmayan alacaklının artık korunmaya değer bir menfaatinden bahsedilemeyeceğini; ancak mehil tanınmasına gerek olmaksızın sözleşmeden dönülmesi halinde ise, Alman Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeye paralel olarak borçlunun, dönme beyanının kendisine ulaşmasından itibaren makul bir süre içerisinde takas hakkını kullanarak dönme beyanını etkisiz kılabileceğinin kabul edilmesi menfaatler dengesine uygun bir çözüm olacaktır<sup>61</sup>.

## V. TAKAS ve MAHSUP

Yargı içtihatlarında, mevcut Borçlar Kanunu'nda ve uygulamada birbirinin yerine kullanılan bu iki kavram tamamen farklı iki hukuki olguyu ifade etmektedirler. Mahsup, belirli nedenlerle alacak miktarından indirim yapılması olarak tanımlanmaktadır<sup>62</sup>. Takastan ayrıldığı en önemli nokta, bu indirim nedenlerinin birer karşı alacak niteliği taşımamasıdır. Yalnızca alacağın gerçek miktarının belirlenmesi için kanunen yahut anlaşma gereği alacak tutarından belirli meblağların indirilmesi işlemdir. Takasta olduğu gibi yenilik doğuran bir hakkın kullanımı söz konusu olmayıp alacağın hesabına ilişkin bir itirazdır. Dolayısıyla yalnızca borçlu değil, ilgili herkes (örneğin kefil) ileri sürebileceği gibi dava dosyasından anlaşılan bir durum olması halinde hâkim de re'sen dikkate alır<sup>63</sup>.

59 Aral, s. 199.

60 "Der Rücktritt wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit wird unwirksam, wenn der Schuldner sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach dem Rücktritt die Aufrechnung erklärt".

61 Karş. Von Tuhr/Escher, s. 207-208.

62 Aral, s. 23; Oğuzman/Öz, s. 619.

63 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 798.

Kanunen alacaktan mahsup edilmesi öngörülen değerlere ilişkin şu örnekler verilebilir:

- (1) Haksız zilyetlikte zilyetliğin iadesinde zilyedin elde ettiği ürünler, yaptığı giderler nedeniyle doğan alacaklarına mahsup edilir (MK m. 994/f. 3).
- (2) Kullanıma elverişli bulundurduğu sürece kiralanan, kiracının kendisinden kaynaklanan bir sebeple kullanılmasa veya sınırlı olarak kullanılsa bile kiracı, kira bedelini ödemekle yükümlüdür. Bu durumda, kiraya verenin yapmaktan kurtulduğu giderler, kira bedelinden indirilir (TBK m. 324).
- (3) İşveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir (TBK m. 408).

Gerek takastan ve gerekse mahsuptan farklı bir olgu daha vardır ki, o da kanunun herhangi bir meblağı dikkate almaksızın bir alacakta doğrudan indirim yapılmasını öngördüğü hallerdir. Tipik örneği fahiş cezai şartın kanunen indirime tabi tutulmasıdır (TBK m. 182/f. 3). Dikkat edilirse burada ne bir karşı alacaktan söz edilebilir ne de mahsupta olduğu gibi bir hesap kaleminin dikkate alınması söz konusudur<sup>64</sup>. Tamamiyle hakim takdir yetkisine (MK m. 4) göre belirlenen bir indirim gündeme gelmektedir.

64 Aral, s. 24.

## XI. OTURUM TARTIŞMALAR

**Av. Kübra TUTAN:** Merhabalar. Benim bir sorum olacak takasla ilgili, takas mutlaka bir karşı davayla mı açılmalıdır? Takas ileri sürülürken bir karşı dava şeklinde mi sürülmeli?

**Doç. Dr. Bilgehan ÇETİNER:** Hayır, takas bir defa her şeyden önce dediğim gibi dava dışı ileri sürülebilir. Bunu belirtelim. Davada ileri sürülmesi noktasında mutlak karşı dava olarak ileri sürülmesi gerekmiyor. Cevap dilekçesinde de dediğim gibi veya hatta sonrasında da takasın ileri sürülebilmesi mümkün. Takasın ileri sürülmesi dediğim gibi hukuki sonuçlar itibariyle ihtilaf bu durumda dediğim gibi terditli olarak ileri sürülmüş olması halinde özellikle ilk etapta alacak var mı, yok mu o tespit edilecek, sonrasında da zaten alacak var diye tespit edilirse, dediğim gibi bu durumda artık takas hüküm ve sonuçlarını doğuracak ve dava reddolacaktır. Yani karşı dava olarak ileri sürülebilir, ama zorunluluk yok.

**Av. Soner BÜYÜKDİKMEN:** Benim sorum Sayın Mehmet Erdem'e zamanaşımının başlangıcıyla ilgili. Hocam, şimdi kesinleşmiş bir icra takibi neticesinde haciz baskısı altında çekle ödeme yapmak zorunda kalan bir kişi müşteri çeklerini, ileri tarihli olan müşteri çeklerini alacaklıya veriyor ve bunu haciz baskısı altında vermek zorunda kalıyor ve sonra istirdat davası açması için mevcut yasa da bir yıllık zamanaşımı süresi var. Bu zamanaşımı süresi çek bir ödeme aracıdır, bu çeki verdiği tarihten itibaren mi başlar, yoksa ileri tarihli olan çeklerin banka tarafından ödendiği tarihten itibaren mi başlar sizce?

**Doç. Dr. Mehmet ERDEM:** Ödeme yaptığı tarihten itibaren başlayacağını düşünüyorum.

**Av. Soner BÜYÜKDİKMEN:** Yani bankanın ödediği tarih itibariyle mi?

**Doç. Dr. Mehmet ERDEM:** Kendi ödediği tarih itibariyle.

**Av. Soner BÜYÜKDİKMEN:** Yani ilk çeki teslim ettiği tarihten itibaren mi başlar? Bunu karşı taraf vekili duymasın inşallah.

**Doç. Dr. Herdem BELEN:** Başka sorusu olan var mı? Yok herhalde.

**Av. İsmail ALTAY:** Soru değil, Mehmet Hocam çok güzel bir konuya değindi. Büyük Millet Meclisinde iki tane komisyon kuruluyor. Bir tanesi aynı zamanda ticareti, Ticaret Kanununu çalışıyorlar, diğeri de yine aynı zaman dilimi içinde

Borçlar Kanunu çalışıyorlar. Türkiye Büyük Millet Meclisi tüzekşiliği iki ayrı komisyonda çalışıyor ve kusurlu iki tane mevzuat çıkartıyor, kanun çıkartıyor. Bir-birinden habersiz çıkartıyor, ama habersiz olmaması gerekir.

**Doç. Dr. Mehmet ERDEM:** Şu kadarını söyleyeyim, bırakın Türk Ticaret Kanunuyla Borçlar Kanunu arasındaki uyumsuzluğu, Borçlar Kanununun kendi içinde uyumsuzluk var. Bir tarafta tazminat diyor, bir tarafta giderim diyor.

**Av. İsmail ALTAY:** Demek ki kusurlu iki tane kanun çıkarttılar. Bundan da tabii bir sorumluluk doğar mı, bu da düşünülebilir. Bunu ayrıca konuşuruz, ama 27'sinde güzel bir toplantı yapacağız. Eleştiriler, bir arkadaşımız da, bir hocamız da bu iki kanundaki uyumsuzlukları ve dediğiniz gibi kendi içindeki uyumsuzlukları da tespit ederse, çünkü bu çalışma Meclise de gidecek ve Mustafa kardeşime de, arkadaşşıma da teşekkür ediyorum. Biz özellikle bu Yargıtay kararının incelenmesini istedik. Dün 9. Hukuk Dairesi Başkanı Mustafa Bey yanımda oturuyordu, beraberdik. Sordu bana, dedi ki, Yargıtay kararları yayınlanıyor mu, size geliyor mu, baro olarak size geliyor mu? Yok, hayır üstat dedim. Yani benim zamanımda biz verilmesi için elimizden geleni yapıyorduk dedi, şimdi saklıyorlar dedi. Her zaman saklıyorlardı. Niçin böyle garabet kanunlar var? Şimdi sakladıkları takdirde bu garabet kararlar çıkar. Özellikle eleştirmemiz lazım. Biz buraya birilerini tatmin etmek için bu kürsüleri kurmuyoruz, biz İstanbul Barosu olarak eleştirmek için kuruyoruz. Niçin eleştiriyoruz? Doğruyu bulmak için, ben sabah bankaları eleştirdim, bankalar tu kaka diye eleştirmedim, doğruyu bulalım diye eleştirdim. Yargıtayı doğruyu bulalım diye eleştiriyoruz, Meclisi aynı şekilde, ne olur böyle kararlar varsa bize iletin, bunları da işleyelim, çalışalım, daha çok çalışalım ve elbirliğiyle doğruya varalım. Teşekkür ederim.

**Doç. Dr. Herdem BELEN:** Biz teşekkür ederiz. Bu oturumumuzu da tamamladık, şimdi 15 dakika çay, kahve arası vereceğiz, ama önce katılımcılara birer teşekkür armağanı sunacağız. İsmail Altay, buyurun lütfen.

## XII. OTURUM

### Oturum Başkanı

#### Av. Kazım KOLCUOĞLU\*

Evet, öncelikle bu güzel günde, ama hukukçular için güzel konuda bir arada bulunup, bu tartışmayı birlikte yapmak ve bu tartışmanın gerçekten bize daha faydalı, yararlı olabilmesi bakımından burada konuşmacı olarak görev alan çok değerli öğretim üyelerine ve meslektaşlarımıza huzurunuzda teşekkür etmek istiyorum. Sizler de katıldığınız için sizlere de teşekkür etmek istiyorum. Aslında bu tip bu nitelikteki toplantılar benim başkan olduğum dönemde başlatıldı ve çok yararlı olduğunu zaman içerisinde gördük ve bu toplantıların hepsini kitap halinde yayınladık. Bu yayınladığımız kitapların birçok meslektaşımız yararlanma olanağını buldu. Hatta şimdi bir baro televizyonu gibi internette direkt yayınlama olanağı da sağlandı. Bundan sonra bu tip toplantılar artık internette de takip edilme olanağı bulacak ve böylece İstanbul Barosu mensubu hukukun uygulayıcıları, hukuku savunmak çok önemli, ama uygulamasını da sağlamak büyük önem taşıyor. Türkiye’de hukuku herkes savunuyor, ama uygulayanlara baktığınız zaman hukuku uygulamıyor. Uygulanması çok büyük önem taşıması bakımından bu uygulamadan bizzat içinde olan avukatlar burada büyük bir görev ve sorumluluk içerisinde olduklarını görüyoruz. Onun için bu tip toplantıların önemi böylece daha da artmış oluyor.

Bir ikinci konu çok değerli hocamız İsmet Sungurbey benim de hocalığımı yaptı, çok sevdiğim, sadece hoca olarak değil, aynı zamanda ben onunla arkadaş da olma fırsatını elde ettim. Çünkü ben öğrencisi olduktan sonra o zaman 1968’de Türkiye Milli Gençlik Teşkilatı Genel Başkanlığı yaptığım dönemde hoca benimle beraber o teşkilatın komisyonunda severek çalışmıştı ve öyle bir hocaydı ki, insanları o kadar çok severdi ki, yalnız benimle değil, bütün öğrencileriyle hem hocaydı, hem öğrencilerinin arkadaşısıydı, kapısı herkese açıktı. Hangi öğrenci kendi konusuyla ilgili olup olmaması önemli değil, sorunu olan herkes hocanın kapısını açar, içeri girer, hocadan bu konuda yardım isterdi, hiç kimseye kızmazdı, herkese elinden geldiği kadar yardım etmeye çalışırdı ve sadece üniversitede değil, evine de gidebilirdiniz ve evine de aynı şekilde bir Pazar günü hocam geldim, kafama şu konu takıldı, sizinle danışmak istiyorum diye gittiğiniz zaman bile sizi misafir olarak alırdı, kahve ismarlardı ve o konuyu tartışır ve gönderirdi. Öyle bir insandı

\* İstanbul Barosu Önceki Başkanı

ve öyle bir öğretim üyesi ve bilim adamının armağan olarak bu toplantının yapılmasını sağlayan başta İsmail arkadaşımız olmak üzere İstanbul Barosu yönetimine ben ayrıca teşekkür etmek istiyorum. Böyle bir isimle böyle bir toplantıyı düzenledikleri için.

Bu kısa açıklamadan sonra hemen zamanımız da kısıtlı olduğu için toplantının devamına başlayalım diye düşünüyorum. Şimdi 38, 39 ve 40 numaralı 3 tebliğimiz var. 1. Tebliğimiz çok değerli bilim adamı Prof. Dr. Tufan Ögüz tarafından yapılacak “İfa İmkansızlığı” konusunda, hocam, buyurun.

## § 38 İFA İMKANSIZLIĞI

Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ<sup>1</sup>

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Söylediklerinize bir hususu ekleyip merhum İsmet Sungurbey Hocamızı anarak başlayayım. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>2</sup> kabulü ve yürürlüğü öncesinde İstanbul Barosu'nun da aralarında olduğu çeşitli kuruluşlar değerlendirme toplantıları düzenlediler. TBK çeşitli açılardan hem övüldü hem eleştirildi. Bununla birlikte eleştirilerin övgülere oranla daha ön planda olduğunu söylemek mümkündür. Şunu ifade etmek gerekir ki, Sungurbey Hoca yaşasaydı, TBK ile ilgili değerlendirmelerde eleştiri kavramını daha iyi görme imkânı bulunabilirdi.

Ben ifa imkânsızlığına ilişkin temel esaslara ve TBK'nin konuya ilişkin getirdiği sınırlı yeniliğe değineceğim. Bunun için öncelikle ifa imkânsızlığı kavramının anlamı ve sonuçları üzerinde duracağım. İmkânsızlık üst başlığı altında ifa imkânsızlığı, borç ilişkisinde ifanın mümkün olmamasını ifade etmektedir. İfa imkânsızlığı sözleşmenin kurulması sırasında veya sonrasında ortaya çıkabilir. Ancak sözleşmenin kurulması sırasında yani başlangıçta ortaya çıkan imkânsızlığın, ifa imkânsızlığı olarak değerlendirilebilmesi için subjektif olması gerekir. Başlangıçtaki imkânsızlık objektif ise ifa imkânsızlığı söz konusu olmaz. Bu halde, imkânsızlık TBK'de kesin hükümsüzlük sebebi olarak öngörülmüştür (TBK m. 27/I). Konuya ilişkin TBK m. 27/I hükmü "*Kanunun emredici hükümlerine, ah-laka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*" şeklinde ifadesini bulmuştur. Buna göre sözleşme kurulduğu sırada, edim, objektif yani herkes için imkânsızsa, bu halde sözleşme kesin hükümsüz olup ifa imkânsızlığından bahsedilemez.

Buraya kadar olan açıklamalarımız doğrultusunda, sözleşmenin kurulması sırasında objektif olarak ortaya çıkan ve kesin hükümsüzlük sebebi başlangıçtaki imkânsızlığın, geçerli bir sözleşmeden doğan borcun ifasının mümkün olmaması anlamında ifa imkânsızlığı kavramının dışında kaldığı açıkça görülmektedir. Özetle, ifa imkânsızlığı, geçerli bir sözleşmeden doğan borcun ifasının mümkün olmadığı durumlarda söz konusu olur. Bu noktada TBK bakımından yasa koyucu 818 sayılı BK'den<sup>3</sup> farklı bir düzenleme yapmış değildir. TBK ve BK, bu konuda İs-viçre Borçlar Kanunu sistemini benimsemiştir. Bu sistem isabetli bulunabilmekle

1 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

2 TBK olarak anılacaktır.

3 BK olarak anılacaktır.

birlikte gerekçe ve komisyon çalışmalarında herhangi bir tartışma veya araştırma yapılmamış olması bazı Batı ülkelerinin başlangıçtaki imkânsızlığın kesin hükümsüzlük yaptırımını ortadan kaldırmasına yönelik birtakım eğilimlerin varlığı karşısında eleştirilebilir.

Borcun ifasının mümkün olmamasına ilişkin yapılacak değerlendirmede meseleye alacaklı veya borçlu açısından bakıldığında farklı sonuçlara ulaşılmaktadır. Başka deyişle ifanın gerçekleşmesinin, borçlu açısından mümkün olup olmadığı veya alacaklının ifayı cebri icra yolu ile elde edip edemeyeceği noktalarından değişik bakış açıları bulunmaktadır. Bu konudaki genel eğilim imkânsızlığın borçlu açısından ifanın gerçekleştirilebilmesinin mümkün olup olmamasına göre belirlenmesidir. Buna göre ifa imkânsızlığı, borcun hukukî veya maddî bir sebeple yerine getirilemeyeceği hallerin bütünüdür. Örneğin, borç konusu kamu malının devri hukukî veya telef olması maddî imkânsızlık olarak karşımıza çıkabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, ifanın gerçekleştirilmesinin aşırı derecede güç olduğu durumları, imkânsızlık dışında bırakmak gerekir. Bu halde ifa imkânsızlığı değil konumuz dışındaki aşırı ifa güçlüğü söz konusu olacaktır.

İfa imkânsızlığı, borçlunun bundan sorumlu olup olmaması açısından TBK m. 112 ve m. 136 hükümlerinde farklı esaslara tabi tutulmuştur. İfa imkânsızlığının sonuçlarını borçlunun sorumlu olup olmaması açısından ikiye ayırarak düzenleyen bu anlayış, BK m. 96 ve m. 117 hükümlerinin yansımasıdır. Bu belirleme doğrultusunda ifa imkânsızlığının sonuçları açısından TBK'nin, BK'deki temel esası muhafaza ettiği anlaşılmaktadır. BK m. 96'nın karşılığı TBK m. 112 hükmü "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre gereği gibi ifa edilmeme dışında borcun hiç ifa edilmemesi de ifa imkânsızlığını kapsayan bir kavram olarak borçlunun sorumluluğunu gerektirmektedir.

Türk Borçlar Kanunu m. 112 uyarınca, ifası gerçekleşmeyen edimin yerini alacaklının malvarlığında doğan zararın giderilmesini sağlayacak olan tazminat olacaktır. Tazminat, alacaklının ifa menfaatinin, ifaya olan çıkarının karşılanmasına hizmet etmektedir. Alacaklının ifa menfaati, borcun gereği gibi ifası gerçekleşmiş olsaydı malvarlığının alacağı hal ile imkânsızlık nedeniyle aldığı hal arasındaki farktır. Bu fark, olumlu ya da başka ifadeyle müspet zarar olarak adlandırılmaktadır. Anılan farkın edimin değerini ifade ettiğinde tereddüt bulunmamakla birlikte yalnızca bundan ibaret olmadığını da belirtmek gerekir. Bazı hallerde, imkânsızlık yüzünden alacaklının malvarlığında edimin değeri dışında zarar doğabilir. Başka ifadeyle, edimi elde edememiş olmanın yanında, alacaklı imkânsızlık nedeniyle

kar kaybına uğrayarak malvarlığının artması imkânından yoksun kalabilir veya doğan fiili zarar malvarlığının azalması sonucunu doğurabilir. Özetle, bu hallerde edimin değerini aşan zararın, müspet başka ifadeyle olumlu tazminat olarak talep edilebilmesi mümkündür.

Bu noktada tazminata ilişkin olarak teorik önemi bulunan ve doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe değinmekte yarar vardır. Buna göre, ifa imkânsızlığı borcu sona erdirir. Bu bakış açısı ile imkânsızlığın borçlunun kusuruyla veya kusuru olmaksızın ortaya çıkması arasında fark bulunmamaktadır. İfa imkânsızlığının borçlunun kusuru ile ortaya çıkmasının kusursuz ifa imkânsızlığından farkı, borçlunun alacaklının malvarlığında oluşan zararı giderme yükümlülüğünde kendini gösterir. İmkânsızlaşan borç sona erer; tazminat borcu doğar. Bu görüş doğrultusunda, tazminat ödeme borcu; imkânsızlaşan edimin yerini almayıp, onun devamı niteliğinde olmayan yeni bir borçtur. Bu nedenledir ki, anılan tazminat borcuna asıl borcun tabii olduğu hükümler uygulanmayacaktır. Oysa tazminatın imkânsızlaşan edimin yerini aldığı ve onun devamı olduğunu kabul eden görüş uyarınca, tazminat borcuna asıl borcun tabii olduğu hükümler uygulanacaktır. Örneğin, borca ilişkin zamanaşımı tazminat alacağına karşı da ileri sürülebilecektir.

Konuya ilişkin esas tartışma karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kendini göstermektedir. Buna göre kusuru ile borcu imkânsızlaşan tarafın tazminat ödemesi karşısında alacaklı edimini mi ifa edecek yoksa ifa etmeyip tazminatla edimi arasındaki farkı mı talep edecektir? Bu tartışma karşısında, doktrinde mübadele ve fark adlandırmalarıyla iki teori savunulmaktadır. Tazminatın mübadele teorisi uyarınca hesaplanması halinde, imkânsızlaşan edim borçlusu tazminat ödeyecek, alacaklı da bu tazminat karşılığında kendi edimini ifa edecektir. Doktrinde hâkim görüşü karşılayan fark teorisinde ise zarar; imkânsızlaşan edimle karşı edim arasındaki değer farkı olarak tazmin edilecektir. Özetle mübadele teorisinden farklı olarak alacaklı edimini ifa etmeme imkânına sahip olacaktır.

İfanın imkânsızlığından borçlunun sorumlu olduğu ihtimal açısından yukarıda değindiğimiz TBK m. 112 hükmünün temel esaslarından sonra BK m. 117'nin kısmen karşılığı olan TBK m. 136 hükmünde düzenlenen durum ele alınacaktır. TBK m. 136/I hükmü "*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer*" şeklinde kaleme alınmıştır. Buna göre imkânsızlığın borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle ortaya çıkması halinde borçlu borcundan kurtulacaktır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, imkânsızlaşan edimin borçlusunun karşı edim alacağına durumu TBK m. 136/II c. 1 hükmünde "*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri*

*vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder*” şeklinde düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca, borçlu karşı edim alacağını talep hakkını kaybedecek; edimin ifa edilmiş olması ihtimalinde ise sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade edecektir. Doktrinde iadenin, sona eren sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi talebi ile isteneceği kabul edilmektedir (conductio ob causam finitam). Buraya kadar değindiğimiz hususlarda TBK m. 136/I, II hükmü, BK m. 117 hükmünden maddî anlamda bir farklılık taşımamaktadır. Buna karşılık TBK m. 136/III hükmü BK m. 117’de yer almayan bir yenilik olarak ifade edilebilir. TBK m. 136/III “*Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksiz bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür*” şeklinde düzenlenmiştir. Hükümde, borçlu bakımından imkânsızlığı bildirme ve zararın artmasına engel olma yükümlülüğünü öngördüğünü ifade etmek mümkündür. Gerekçede de belirtildiği üzere anılan yükümlülük esas itibariyle Dürüstlük Kuralı’ndan kaynaklanmaktadır (MK m. 2).

İfa imkânsızlığı bakımından TBK m. 137’de bir yenilik öngörülmektedir. Kısmi ifa imkânsızlığı başlıklı TBK m. 137 hükmü “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Ancak bu kısmi ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer. -Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır*” şeklinde düzenlenmiştir. Esasen anılan hükmün yokluğunda da öngörülen sonuca varılması mümkün olmakla birlikte, BK’den farklı olarak TBK’de durum açıkça düzenlenmiştir.

Buraya kadar değindiğimiz noktalar ışığında, ifa imkânsızlığına ilişkin TBK düzenlemelerinin, imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olması ve olmaması ayırımını koruduğunu; borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı bakımından imkânsızlığı bildirme ve zararın artmasına engel olma yükümlülüğünü öngören TBK m. 136/III ve kısmi ifa imkânsızlığını kapsayan TBK m. 137 dışında BK düzenlemelerinden farklılık taşımadığını söylemek mümkündür.

Son olarak, BK m. 97 hükmünün karşılığı TBK m. 113 hükmüne yapma borçlarının ifa edilmemesi açısından değinilecektir. TBK m. 113/I hükmü “*Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır*” şeklinde ifadesini bulmuştur. Hüküm doğrultusunda, yapma borcu ifa edilmediğinde, alacaklı borcun kendisi veya üçüncü kişi

tarafından yapılmasına izin verilmesini isteyebilecek ve ifa masraflarını borçlu karşılayacaktır. Hükmün ifadesi bu olmakla birlikte, niteliği tartışmalıdır. Doktrinde baskın görüş, TBK m. 113 düzenlemesinin borcun aynen ifasını sağlayan bir hüküm olduğunu savunmaktadır. Konuya borçlu açısından yaklaşan bu görüş, borçlunun ifayı gerçekleştirme imkânı olmasına rağmen bundan kaçınmasını imkânsızlık olarak değerlendirmemektedir. Buna karşılık azınlıkta kalan diğer görüş ise, TBK m. 113 düzenlemesinin aynen ifayı sağlamaya elverişli olmadığını savunmaktadır. Anılan görüş konuya alacaklı açısından bakmakta; alacaklının ifayı elde edemeyeceği durumları tümüyle ifa imkânsızlığı olarak değerlendirmektedir. Buna göre, işi görmeyeceğini beyan eden borçlunun zorla çalıştırılmasının mümkün olmadığı hukuk düzeninde, yapma borcunun ifasının cebri icra yolu ile elde edilemeyeceği ve bu durumda da ifa imkânsızlığının varlığı savunulmaktadır. Bu doğrultuda TBK m. 113 düzenlemesi alacaklının ifa masraflarından oluşan zararının giderilmesini sağlayan bir tazminat hükmüdür. Her iki görüş arasındaki pratik farklılık, borçlunun kusurunun bulunup bulunmamasında kendini gösterir. Baskın görüş kabul edildiğinde, ifanın gerçekleşmesi için yapılan masrafların ödenmesi açısından ifa etmemede borçlunun kusurlu olup olmaması önem taşımaz. Ancak ikinci görüş kabul edildiğinde, masrafları alabilmek için borçlunun kusursuzluğunu ispat edememesi gerekir. Kanaatimce ikinci görüş daha isabetlidir. İlginize teşekkür ederim.

## § 39 AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

Doç. Dr. Başak BAYSAL\*<sup>1</sup>

Öncelikle birkaç teşekkürüm var. Doç. Dr. Herdem Belen bu sempozyuma büyük emek verdi. İlk olarak organizasyondaki titizliği için ona teşekkür etmek isterim. Sanıyorum bağlantıya geçmemize araştırma görevlisi Duygu Koçak Diker vesile oldu–kendisiyle Hamburg’tan tanışıklığımız var – ona da bunun için teşekkür ediyorum. İstanbul Barosu’na da, bu vesileyle, bu konuda bana da söz hakkı verdiği için teşekkür ediyorum. Sayın Başkan babamdan bahsetti, Av. Ufuk Gökay Baysal. Huzurunuzda yalnız bir tek şey söylemek istiyorum: Bugün kendisinin doğum günü. Buraya beni dinlemeye geldi. Bu şekilde onun vaktinden de çalmış oldum. İşte baba-kız hukukçuluğa adanmışsınız dediniz. Biraz öyle galiba çünkü insanın doğum gününde böyle bir konuyu dinlemesi ne kadar eğlenceli bilemedim. Bu nedenle kendisine de huzurunuzda teşekkür ediyor, doğum gününü bu vesileyle kutluyorum.

Şimdi benim konum aşırı ifa güçlüğü. TBK’nın 138. maddesi oldukça tartışmalı bir madde. Özellikle kanun yürürlüğe girmeden önce, kanun tasarı aşamasındayken büyük tartışmalar koparan bir madde. Bunun nedeni borçlar hukukunun temel ilkesi olan ahde vefa ilkesine getireceği önemli istisna. Bildiğiniz gibi sözleşme tarafları eğer bir söz vermişlerse, borçlar hukukunun en temel ilkesi olan ahde vefa ilkesi nedeniyle, bu söze uygun davranmak zorundadırlar. Sözleşmeye bağlılık, ahde vefa ilkesinin en basit tanımı herhâlde budur. Bu nedenle çok büyük yenilik, Türk Borçlar Kanunu’nda az sayıda diyebileceğimiz yeniliklerden bir tanesi. Dolayısıyla uygulamayı ben de uygulamacılar kadar merak ediyorum. TBK m. 138 yürürlüğe girdikten sonra uygulamacılar bu hükmü nasıl dava konusu yapacaklar, özellikle bunu merak ettiğimi de hemen belirtiyim.

Aşırı ifa güçlüğü terimini tercih etmiyorum, bu konudaki doktrinel tartışmalara girmek istemiyorum, ama Tufan Hoca da tebliğinde belirtti, aşırı ifa güçlüğü imkânsızlığa yakın bir kavramdır. Yani neredeyse imkânsızlığa çeyrek var. Nitekim aynı anlayışla imkânsızlık başlığı altında düzenlenmiştir. Halbuki, sözleşmenin uyarlanması imkânsızlıkla aslında pek de ilgisi olmayan bir kurumdur. Ekonomik krizleri hepimiz biliyoruz, uyarılama davalarının nasıl ortaya çıktığını biliyoruz. Özellikle para borçlarının ifasında, ödemelerde ortaya çıkar. Para borcunun ifası

1 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı

söz konusu olunca biz imkânsızlığı düşünemeyiz. Çünkü ödeme güçsüzlüğünden kaynaklanır. Esasen ekonomik krizlerin yarattığı bir kurum olan uyarlamaya da aşırı ifa güçlüğü denilmesi bu nedenle yerinde olmamıştır. Ama dediğim gibi doktrinel tartışma, çok fazla girmeyeceğim.

Ahde vefa ilkesinin istisnası olduğunu belirttik. Hükmün gerekçesinde de bu açıkça yazıyor. Gerekçede aslında bir Alman teorisi olan işlem temelinin çökmesinden bahis var. Bununla birlikte, TBK m. 138'in bu teoriyle ve bu teorinin somutlaştığı § 313 BGB ile hiç bir ilgisi bulunmamaktadır. Ben yine de Alman işlem temelinin çökmesi teorisinin getirdiği objektif kriterlerden hâlâ faydalanabileceğimiz görüşündeyim. Bu da ayrıntılı bir tartışma, detaylara ne yazık ki tebliğ kapsamında girmemiz mümkün değil.

Özetle, hem doktrinde savunduğum görüşlerimle çelişmemek adına hem de daha kapsayıcı bir ifade olduğu için sözleşmenin uyarlanması ifadesini aşırı ifa güçlüğü ifadesi yerine kullanmayı tercih ediyorum.

Sözleşmenin ifası sürecinde belli güçlüklerle de karşılaştınız, o sözleşmede söz verdiğiniz gibi, edimi söz verdiğiniz şekilde ifa etmek zorundasınız. Dolayısıyla bundan kaçış yok. Siz ne kadar zorlanırsanız zorlanın, ortaya çıkan değişiklik sizi ne kadar zorlarsa zorlasın; kural ediminizi, söz verdiğiniz şekilde, ifa etmenizdir. İşte TBK m. 138 buna bir istisna getirmiştir.

TBK m. 138 aslında büyük bir yenilik mi getirmiştir, tartışılır. Çünkü Yargıtay uygulamasının geldiği bir aşama var. Meslektaşım İsmail Altay banka kredi sözleşmelerindeki durumu anlatacağı, sanıyorum tebliği iptal olmuş, ona da kısaca değinirim. Ben daha çok meslektaşım anlatacak diye konuyu biraz hızlıca geçecektim. Hepimizin bildiği gibi 1994 2001 ekonomik krizlerinin, Yargıtay uygulamasında da yansıması oldu. Bu da neydi? Haluk Burcuoğlu Hoca'nın kulaklarını çınlatalım: Dolar bir günde üç katına çıktı. Tabii ödeme güçsüzlüğü öyle bir boyuta geldi ki, bir borçlunun, "param bitti, ödeyemiyorum" gibi sıradan bir ödeme güçsüzlüğü söz konusu değil. Tüm toplumu etkileyen bir sorun ortaya çıktı. Nitekim, Yargıtay uygulaması daha öncede sözleşmenin uyarlanmasını kabul etmesine rağmen, deyim yerindeyse, kararlarında büyük patlamayı bu ekonomik krizler sonrası yaptı. İşte sözleşmenin uyarlanması konusunda bazı ilkelerde bu Yargıtay kararlarında oluştu ve devam etti.

İki tane Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararından alıntı yapalım:

**TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDAN ÖNCE YARGITAY UYGULAMASI**  
**HUKUKİ TEMEL: DÜRÜSTLÜK KURALI**

“karşılıklı sözleşmelerde *edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişimler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçlendirmesi durumunda “İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ” gündeme gelir. İşte bu bağlamda hakim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edinimi yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verilebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar. (...) işlem temelinin çöküşüne ilişkin uyumsuzlukların giderilmesinde kaynak olarak M.K’nun 1, 2 ve 4. maddelerinden yararlanılacaktır. İşlem temelinin çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralının gereğidir. Diğer bir anlatımla durumun değişmesi halinde sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur.” (YHGK, E. 2003/13-332, 2003/340, T. 7.5.5203; YHGK, E. 2003/13-599, 2003/599, T. 15.10.2003.)*

“İşlemin temelinin çöktüğünü kabul eden hakim duruma göre *alacaklı lehine borçlunun edinimi yükseltmeye borçlu lehine onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar vermek suretiyle sözleşmeyi değişen şartlara uydurur. Bir başka deyişle kaynak olarak TMK’nun 1, 2, ve 5. maddelerinden yararlanılacaktır. İşlem temelinin çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralının gereğidir.” (YHGK E. 2010/14, K. 2010,-15, T. 27.1.2000; YHGK 1998/835, T. 18.11.1998)*

Görüldüğü üzere, sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temeli dürüstlük kuralı olarak belirlenmiş. Edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişimler yüzünden altüst olması durumunda işlem temelinin çökmesi gündeme gelir. Kararlarda, Yargıtay, durumun değişmesi halinde sözleşmede ısrar etmenin dürüstlük kuralına aykırı olması hâlinde sözleşmedeki edimlerin uyarlanabileceğini kabul etmiştir.

İkinci Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı da önemli. Alacaklı lehine borçlunun edinimi yükseltmeye, borçlu lehine onun tamamen veya kısmen edim yükümünden kurtulmasına karar verilebileceği belirtilmiş kararda. Bunun TBK m. 138’de getirilen bir ifade ile ilişkisine de değineceğim ileride.

Gördüğümüz gibi, bu kararlar TBK m. 138 öncesinde verilmiş, ahde vefa ilkesi düşünüldüğünde önemli kararlar. Yalnız Yargıtay uygulamasında bir aksaklıktan da bahsetmeden geçemeyeceğim. Kira sözleşmeleri söz konusu olduğunda kolaylıkla kabul edilen uyarlama, banka kredi sözleşmesi söz konusu olduğunda, birtakım bahanelerle diyeceğim, zira hukuki temeli sağlam değil, kabul edilmemiştir. İşte bankaların ekonomik durumu, ekonomik pozisyonu gereği banka kredi sözleşmelerinin uyarlanması mümkün olmadı. Bakınız slayta yansıttığım kararlarda bu net olarak görünüyor.

## TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDAN ÖNCE YARGITAY UYGULAMASI

- **Kira Sözleşmeleri (Uyarlama şartları gerçekleşmiştir)**

1994 yılı başlarından itibaren umulanın üstünde hareket gösteren ve giderek aralıksız şiddetini artıran ekonomik krizin ve bu krize bağlantılı ve zorunluluk altında hükümetçe alınan bir dizi ekonomik karar ve tedbirlerin tabii sonucu ortaya çıkan, sözleşmedeki yabancı paranın Türk Parası karşısındaki daa tarihi itibariyle değer artışı tesbit edilmeli böylece belirlenecek iki değer arasındaki farklılık miktarı, sözleşmedeki özel hükümler, kiralanın niteliği, kullanma alanı; konumu, bölgede idra parasında etkileyecek normalin üstündeki imar ve ticari gelişmeler gibi değişiklikler, emsal kira paraları, vergi ve amortisman giderlerindeki artışlar ile, somut olayda görülen objektif etkenlerle karşılaştırılıp, değerlendirilmeli, sonuçta işlem temelinin çöktüğü, sözleşmedeki çıkar dengesinin katlanılamayacak derecede davacı aleyhine bozulduğunun benimsenmesi halinde, kiracının ne miktar kira parasından sorumlu olacağı belirlenmeli, böylece sözleşmedeki kira parasını tarafların amacına uygun objektif iyiniyet hak ve nesafet (MK. m. 4,2/1) kurallarının elverdiği ölçü ve düzeyde yine yabancı para olarak uyarlanmalıdır. (Y. 13. HD. 12.12.1994, E. 1994/6791, K. 1994/9014)

- **Banka Kredi Sözleşmeleri (Uyarlama şartları gerçekleşmemiştir)**

“Dövizde endeksli Yuva Kredisi sözleşmesi tarafların serbest iradeleri ile kurulmuş olup her ay ana paradan ödenen miktar düşüldükten sonra tekrar faiz yürütüldüğüne göre, faize faiz uygulaması olmadığı, BK m. 83. maddesine göre yabamcı para üzerinden işlem yapılmasının mümkün olduğu, davacının TL'ye uyarlama istediği halde bu husustaki davalı tekliflerini de kabul etmediği, (...) hakimın sözleşmeye müdahalesi için 'sözleşmenin tahmin edilemeyen olması veya tahmin olunup da taraflarca gözönüne alınmış olması ve bu durumun odalar arasında hüsnüniyete aykırı fahiş fark meydana getirmesi' şartlarının gerekli olup, Türkiye'deki yıllardır seyreden enflasyon nazara alındığında olağanüstü bir durum (değildir), (...). Davalı bankanın davacı tarafça alınan kredi bakımından teklif ettiği uyarlamaya ilişkin koşullar uğunün ekonomik koşullarına uygun olduğu (...) anlalılmış bulunmasına (...) göre ve bu durumda davacının işbu davayı açmakta haklı olmadığı sonucuna varılmakla (...); (Y. 11. HD. 12.12.1994, E. 1994/5786, K. 1994/9585 (Aynı yönde, Y. 11. HD. 01.04.2002, E. 2001/10794, K. 2002/2780)

Bu kararlar biraz da TBK m. 138'in hikâyesini oluşturdu aslında. Yargıtay kriterlerinin tutarsızlığı bu konunun bir hükümlerle düzenlenmesi görüşünün Komisyon'da ağırlık kazanmasına yol açtı. Aynı ekonomik krizde, bazı sözleşmelerin uyarlanmasını kabul ederken, diğer bazı sözleşmenin taraflarından biri banka diye kabul edilmemesi tutarsızlık olarak değerlendirildi. İşte TBK m. 138'in yürürlüğe girmesinin kanımca nedenlerinden bir tanesi de buydu. Kararlarda hep bankanın özel durumlarının sözleşmenin uyarlanması istendiğinde dikkate alın-

ması gerektiğine atıf var. Nedir bankanın bu özel durumları? İşte ekonomiye etki eden kuruluşlar olması vesaire, ama hepimiz biliyoruz ki, bunlar hukuki olmaktan çok, politik gerekçeler aslında.

### TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDAN ÖNCE YARGITAY UYGULAMASI AİLE HUKUKU SÖZLEŞMELERİ

“Taraflar, açılan boşanma davası sonucunda; MK’nun 134/3. maddesi gereğince “anlaşmalı olarak” boşanmışlardır. Aralarında yaptıkları sözleşme, niteliği itibarıyla Medeni Kanun hükümlerinden kaynaklanmakta ise de; genel sözleşme hükümlerine tabidir (...) Sözleşmenin yapıldığında karşılıklı idimler arasında mevcut lan denge sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılmayacak derecede bozulmuşsa, taraflar artık o akitle bağlı tutulmazlar, değişen bu koşullar karşısında Medeni Yasa’nın 2. maddesinden yararlanarak sözleşmenin yeniden düzenlenmesini mahkemeden isteyebilirler” (Y. 3. HD. E. 2005/5426, K. 2005/5859, T. 26.5.2005).

**Boşanma protokolünün uyarlanamaması:** “Borçlar Kanunu’nun 19 ve 20. maddelerine aykırı bulunmayan karşılıklı sözleşmede, edimler arasındaki denge, umulmadık gelişmeler yüzünden sonradan bozulacak olursa (örneğin olağanüstü dalgalanmalarda edimler arasındaki denge alt-üst oluyor ve bu yüzden ifa aşırı derecede zorlaşıyorsa) güven sorumluluğu ve ivazsız iktisabın korunmazlığı ilkesi (MK. mad. 2) gereğince sözleşme koşulları değişen maddi koşullara uyarlanır. Buna göre, sözleşenlerin eğer gelişmeleri baştan kestirebilselerdi, sözleşmeyi bambaşka koşullarla kurmuş olacakları söylenebiliyorsa, ayrıca, beklenmeyen gelişme yüzünden sözleşmeye baştan kararlaştırılmış koşullarla olduğu gibi katlanmak taraflardan biri için özveri sınırının aşılması anlamına geliyorsa, nihayet, yasal ve sözleşmesel risk dağılımı çerçevesinde taraflardan sözleşmeye baştan kararlaştırılmış koşullarla bağlı kalmaları beklenemiyorsa sözleşmeye Hakim’in müdahalesi gündeme gelir”. (Y. 3. HD. E. 2003/6477, K. 2003/6152, T. 20.5.2003, ayrıca bkz. Y. 3. HD. E. 2003/1941, K. 2003/2097, T. 4.3.2003; Y. 3. HD. 07.10.2004, E. 2004/11065, K. 2004/10658)

Peki sözleşmenin uyarlanmasının uygulama alanı kira sözleşmesi, banka kredi sözleşmeleriyle mi sınırlı? Hayır, Yargıtay yakın tarihte aile hukuku sözleşmelerinin de uyarlanmasını kabul etmeye başladı.

Aile hukuku sözleşmesi olarak özellikle de boşanma protokollerinin uyarlanmasını kabul etti. Bu sözleşmeler, aile hukuku alanında düzenleme getirirler de, aslında borçlar hukukunun genel hükümlerine tabi sözleşmelerdir; bu bakımdan Yargıtay uygulaması yerinde olmuştur.

Yargıtay uygulamasını ve bazı kararları bu şekilde gördükten sonra gelelim 138. maddenin Yargıtay uygulamasıyla çözüm bulunan uyarlama sorunlarına nasıl bir değişiklik getireceğine:

TBK m. 138'de aranan şartlar slaytta gösterildiği şekilde sıralanabilir.

### **TBK m. 138 ŞARTLAR**

1. Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır;
2. Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır;
3. Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın estenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirilmiş olmalıdır.
4. Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Bu şartlar böyle sıralanınca sanki çok uzun konuşacak gibi duruyorum, ama merak etmeyin, çok hızlıca geçmek durumundayım, konu uzun zira.

İlk şart öngörülemezlik şartı olarak adlandırılıyor. Temel şarttır çünkü eğer ortaya çıkan durum, sözleşme yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum değil ise bu sözleşme kurulurken bunun öngörüldüğünü ve dolayısıyla da riskin üstlenildiği anlamına gelir. Sözleşmenizi buna göre akdedersiniz, sizden bu beklenir. Bu değişikliği bilmeseniz bile, eğer öngörmeniz bekleniyorsa yine aynı şekilde bu şart işler.

Yargıtay uygulamasından merak edilen bir konuya değinmek isterim. Ekonomik krizin sürekli yaşandığı bir ülkedeyiz. Yargıtay acaba şunu diyebilecek mi ki: *“Ekonomik kriz Türkiye’de artık olağandır. Ekonomik krizi her sözleşen tahmin etmelidir”*. Yargıtay’ın nitekim böyle bir kararı da var.

### 1. ŞART: ÖNGÖRÜLEMEZLİK

*Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum*

ÖNGÖRÜLEMESİ DE BEKLENMEYEN BİR DURUM

“Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı, belli ekonomik dar boğazlardan sonra meydana geldiği de **bilinen bir gerçektir.** Yabancı para karşısında sürekli değer kaybeden Türk Parası yerine döviz ile sözleşme yapan ve borç altına girenlerin **ülkedeki geçmişte yaşanan yüksek enflasyon ve ekonomik krizler karşısında dövizle borçlanmada bu tür artışların yaşanabileceğini öngörmesi, dövizin seyri karşısında davalının bunu tahmin etmesi gerekir.**” (Y. 13. HD. 2005/874)

Evet bu söylenebilir. Her ekonomik kriz uyarılma imkânı vermez zaten, çünkü tekrar tekrar altını çiziyorum, sözleşmeye bağlılık ilkesi rafa kalkmış değildir, kalkamaz. Borçlar hukukunu o kadar temelden sarsamazsınız. İktisatçı değilim ama ekonomik krizin herhalde boyutları farklıdır ve ölçülebilir. Şu anda bazı ekonomistlere sorsanız ekonomik krizde olduğumuzusöyleyebilirler. Zaten Türkiye’de kime sorsanız her an krizdeyiz biz. Dolayısıyla bu şu demek değil: Türkiye’de zaten ekonomik kriz var, ben ödeyemiyorum, sözleşmeyi uyarlayalım. O zaman açıkçası bizim mesleğimiz de zorlaşır diye düşünüyorum. O yüzden Yargıtay kararındaki vurgu önemli. Her ekonomik krizde uyarılma olmaz, borçlunun ya da alacaklının mahvına sebep olacak bir ekonomik kriz gerekir. Bu yaşandı. 2001 krizi buna çok iyi bir örnektir.

Yargıtay uygulamasında öngörülemezlilik şartının ele alındığı bir konu daha var. Bu da tacirin sözleşmenin uyarlanmasını talep etmesi.

### 1. ŞART: ÖNGÖRÜLEMEZLİK

**Tacirin sözleşmenin uyarlanması talebi**

- “Tacir Maliye bakanlığının döviz tahsis etme veya etmeme hususundaki yetkilerini herkesten iyi bilmeli ve basiretli ve tedbirli bir tacir gibi davranmalıdır” **YHGK., 18.4.1984 T., E. 11-139, K.426**
- “Hammadde üretimindeki düşüklük karşısında tacirler tedbirli bir iş adamı gibi hareket etmeli ve ihtiyaçları olan malzemeyi daha önce depo etmelidirler” **Y. 15. HD., 2.6.1987 T., E. 26, K. 2433**

Görüldüğü üzere tacir söz konusu olduğu zaman uyarlamaya çok sıcak bakmıyor Yargıtay. Basiretli tacir olmanın bir gereği olarak öngörmelidir. Doğrudur, basiretli tacir bazı şeyleri daha iyi öngörebilir, öngörmelidir, ticari riski daha fazla almalıdır. Ancak basiretli tacir olmak, değişikliğin onun mahvına sebep olabileceği anlamına gelmez. Ticari risk böyle anlaşılmaz. Hiç bir zaman uyarlama talep edemez demek yerinde değildir. Yani kategorik olarak reddetmek kanımca uygun değil. Şu ana kadarki Yargıtay uygulaması yalnız bu yönde, hemen belirtiyim. Kararlara biraz göz atmak gerekirse, öngörülemezlik unsurunun eksikliğinden Yargıtay açıkça bunu reddediyor. Nitekim TBK m. 138 yürürlüğe girince de büyük ihtimal yine böyle devam edecek. Sözleşmenin uyarlanmasının kanun hükmü hâline gelmesi bu konuda bir değişiklik yaratır mı şüpheliyim.

İkinci şart bu durumun borçludan kaynaklanmamış olmasıdır.

## 2. ŞART: BU DURUM BORÇLUDAN KAYNAKLANMAMIŞ OLMALIDIR

Sadece borçlu ifadesi yer almış. “Mağdur taraf” ifadesi olarak yorumlamak gerekir zira alacaklı da uyarlama talep edebilir.

“Hakim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verilebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar”. (YHGK. E. 2003/13-332, 2003/340, T. 7.5.2003; YHGK, E. 2003/13-599, 2003/599, T. 15.10.2003).

“İşlemin temelinin çöktüğünü kabul eden hakim duruma göre alacaklı heline borçlunun edimini yükseltmeye borçlu lehine onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar vermek suretiyle sözleşmeyi değişen şartlara uydurur. Bir başka deyişle sözleşmeye müdahale eder. (YHGK E. 2010/14-14, K. 2010-15, T. 27.1.2010; YHGK 1998/815, 1998/835, T. 18.11.1998).

TBK 138. maddede sadece borçludan bahsedilmiş. Borçlu ifadesinde bir aksaklık var. TBK m. 138 lafzi yorumlanırsa sanki borçlu uyarlayabilir, alacaklı uyarlayamaz gibi bir anlam çıkıyor. “Borçlu” ifadesi yanlış, “mağdur taraf” ifadesinin kullanılması gerekirdi. Çünkü sözleşmenin uyarlanmasını alacaklı da isteyebilmelidir. Nitekim Yargıtay uygulaması bu yöndedir. Ben bunu çeşitli kereler dile getirdiğimde hep şu cevabı aldım: “Karşılıklı sözleşmelerde borçlu hem alacaklı, hem borçludur, dolayısıyla ifadenin bu şekilde kullanılması doğrudur”. O zaman size karşılıklı sözleşmelerden hemen bir örnek vereyim. Yıllardır Yargıtay uygulamasında kiralayanın da sözleşmeyi, yani kira bedelini uyarlayabileceği kabul edilmektedir. Kira bedeli değişen koşullar sonucu her zaman yüksek kalmaz ba-

zen de bu tür öngörülemez değişiklikler kira bedelinin çok düşük kalmasına yol açar. Bunun sonucunda bazı kira sözleşmelerinde kiralayan o kadar az kira bedeli almaya başlar ki, bu dürüstlük kuralına aykırı hâle gelir. Yargıtay bu durumda kira bedelinin yükseltilebileceğini yani uyarlamayı kabul etmektedir. Şimdi peki kira bedeli kiralayan açısından borç mudur? Hayır, kira bedeli kiralayan açısından elbette ki alacaktır. Demek ki kiralayan kira bedelinin uyarlanmasını talep ederken alacağına uyarlanmasını talep etmektedir. Karşılıklı sözleşme de olsa borçlu sıfatını kullandığı bir durum yoktur. Nitekim kararlarda gördük: Yargıtay alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeyi, borçlu yararına da onu edim yükünden tamamen veya kısmen kurtarmayı kabul etmiş. Bu nedenle hükmü çok lafzî yorumlarsak sadece borçlu uyarlayabilir diyebiliriz ama elbette bu hükmün bizi Yargıtay uygulamasından geri götüreceğini düşünmek de gerçekçi değil. Bu nedenle sanıyorum başta bazı tereddütler yaşanır da, herhalde uygulamada oturacaktır, bir sorunla karşılaşmayacaktır diye düşünüyorum.

## 2. ŞART: BU DURUM BORÇLUDAN KAYNAKLANMAMIŞ OLMALIDIR

Uyarlama isteyen davacının değişen hal ve şartların ortaya çıkmasına **kendi kusuru** ile sebebiyet vermemelidir.

YHGK 11.2.1998, E. 1998/13-4, K. 1998/87

Durumun borçludan kaynaklanmamış olması gerekmektedir. Dikkat edin, kusur ifadesi kullanılmıyor, doğrudur. Çünkü illa kusurlu bir hareketi gerekmez. Kusur çok daha teknik ve bazı beklentilerin olduğu bir kavram. “Borçludan kaynaklanmamış olması” ifadesi o açıdan yerinde. Bu ne demek? Borçlu değişikliğin oluşmasına kusurlu veya kusursuz herhangi bir katkıda bulunmayacak demek. Ona isnat edilebilir bir durum olmayacak. Bu özellikle temerrüde düşmüş kişinin uyarlama talep edememesi konusunda tartışma yaratan bir konudur. Bildiğiniz gibi temerrüt kusurdan bağımsızdır. Ancak borçludan kaynaklanan bir sebep olduğu için temerrüde düşmüş kişinin uyarlama talep edemeyeceği kabul edilmektedir. Bu şartın tipik uygulaması budur. Bunun da sınırı şu olabilir: Eğer borçlunun temerrüde düşmekte kusuru yoksa o yine de uyarlama talep edebilir. TBK m. 119 fıkra 2'nin kıyasen uygulanması kabul edilmektedir. Başka bir uygulaması da şöyle olabilir: İfa güçlüğüne doğuran durum ortaya çıkmış, durum değişikliği ortaya çıkmış ama ifa güçlüğüne düşen herhangi bir bildirimde bulunmamış. Demin Hocamız da tebliğinde işaret etti. Bu durum 136'nın son

### 3. ŞART:

Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır.

fıkrasına benzer bir durum. Hatta, az önce tebliğ esnasında aklıma geldi, kıyasen uygulanması da düşünülebilir. Eğer bildirmemişse ve bundan dolayı artık durum ağırlaşmışsa, yine ondan kaynaklanan bir sebep olarak ele alınabilir.

Dürüstlük kurallarına aykırı düşecek bir durum söz konusu olmalıdır. Bu zaten Yargıtay uygulamasında da bu şekilde kabul edilmekteydi. Sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temeline vurgu yapan bu şart kendiliğinden de anlaşılır bir şart. Ahde vefa ilkesine getirilen bu istisnanın kabul edilmesinin nedeni zaten bu şart.

### 4. ŞART:

Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Y.13. HD. 21.04.2003, E. 2002&15326, K. 2003/4726

*"(...) uyarılama, uzun ve sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olabilir. (...) satım bedelinin ödenmesine yönelik **edimlerin çok büyük bir kısmının yerine getirilmiş olması (...)** dolayısıyla olayda uyarılama koşulları mevcut değildir."*

Dördüncü şart Türk uygulamasından değil, Türk öğretisinden kaynaklı bir şart. Borcunu ifa etmemiş olması gerekir, borcunu ifa etmişse artık ifa güçlüğünden de bahsedilemez. Ancak borcunu ifa etmiş olsa bile, ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak bunu yapmışsa yine de uyarılama talep edebilmelidir. Bu Tekinay Hocamızın görüşüydü, Haluk Burcuoğlu Hocamızın görüşüydü. Nitekim maddeye yansımaları bulan da bu görüştür. Tamam, ifa etmiş olabilir, ifa etmesi zaten güçlükte olmadığını gösterir. Ama bazı durumlar vardır ki, aslında ifa etmiş olması onun mahvına neden olmuştur ama borçlu örneğin icra korkusu, borçlu kalmak korkusu nedeniyle yine de borcunu ifa etmiştir. Buna da bir çare bulunması gerekir. İşte haklarını saklı tutarak ifa etmişse, TBK m. 138 yine de uyarılama imkanını ona tanımaktadır. Yalnız tabii benim merak ettiğim: Bu saklı tutma nasıl ispatlanacak? Çekinmeden anlaşılması gereken nedir?

Naçizane benim görüşüm zaten bazı istisnai durumlarda, çekince olsun olmasın, edimin ifa edilmiş olması uyarlamayı engellemez. Şöyle ki adaletsizlik bariz ise edimin ifa edilmiş olması uyarlamayı engellememelidir. Sözleşmenin uyarlanması zaten dürüstlük kuralı temelinde değerlendirilmiş bir kurum olduğu için dürüstlük kuralına aykırı bir durum var ise zaten çekinceye gerek olmadan sözleşme uyarlanabilmelidir. Uygulama bu konuda nasıl şekillenecek merakla bekliyoruz.

### SONUÇLAR

TBK m. 138:

Borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara *uyarlamasını* isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.

Şartlar gerçekleşmiş ise önce sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması istenecek, talep edilecek. Bu mümkün olmazsa sözleşmeden dönülebilecek. Dolayısıyla bütün şartlar gerçekleşmiş, hepsi tamam, sözleşmeden dönmek istiyorum, olmaz! Öncelikle sözleşmenin değişen bu şartlara uyarlanması denenecek. Eğer uyarlamaya rağmen adaletsizlik giderilemiyorsa, işte o zaman sözleşmeden dönme söz konusu olabilecek. Çok tartışmalı bir konu, kısa geçeceğim: Hükümde sözleşmenin uyarlanmasının hâkimden isteneceği söyleniyor. Burada da çok tartışma yaşadık hükmün kanunlaşmasından önce. Sözleşmeden dönme Türk hukukunda, hepimizin bildiği gibi, hâkimden talep edilmez, bazı hukuk sistemlerinde hâkimden talep edilebilir ancak Türk hukukunda yenilik doğuran haktır. Şimdi nasıl olacak? Uyarlama hâkimden talep edilebilir. Peki, sözleşmeden dönme ne olacak? Yenilik doğuran hakkımızı kullanabilmek için önce gidip bir hâkim kararı alacağız, ondan sonra mı kullanacağız? Tabii uygulamada bunların hepsi bir arada yapılacağı için sorun çıkmaz gibi duruyor, ama şöyle bir sorun var: Bu dava inşai dava olduğuna göre, uyarlama karardan sonraki döneme etkili olacak. Bu ne demek? Davayı açtınız, kazandınız. Uyarlama hüküm tarihinden itibaren geçerli. O zaman aradaki mahkeme süreci ne olacak? 2-3 sene geçmiş uyarlamanın asıl gerekli olduğu dönemde uyarlama yok. Uyarlamayı yenilik doğuran hak olarak kabul ettiğim için ben sorunu bu şekilde aşabiliyordum, ama hâkim ifadesi hükümde çok açık bir şekilde getirildi. Bu nedenle uygulamayı bu konuda özellikle merak ediyorum, adaletsizlik doğduğu anda uygulama zorunlu bir çözüm getirecek, o zaman da beraberce göreceğiz. Söyleyeceklerim bu kadar, tartışmalarla renklendirebiliriz diye düşünüyorum. Sabrınız için teşekkür ediyorum.

## § 40. BANKA KREDİLERİNDE UYARLAMA DAVALARI

Av. İsmail ALTAY<sup>1</sup>

Sayın başkan teşekkür ederim. Başkanımız Av. Kazım Kolcuoğlu'na geç kalmış bir teşekkürü buradan yapmak isterim. 2003 yılında TMSF'de yönetim değiştikten çok kısa bir süre sonra, kurumdan istifa ederek serbest avukatlığa geçmiştim. 2006 yılındaki Baro seçimleri döneminde başkanımıza "Banka ve Finans Hukuku Komisyonu" kurmak istediğimi ilettim. Seçimleri kazandık ve komisyonumuzu kurduk. Kurucu başkan olarak görev yaptığım dönem boyunca, başkanımız bir dediğimizi ikiletmedi, özgürce çalışma imkan verdi. O dönemde, tam onbir panel bir yasa tasarısı çalışması yaptık ve panellerimizi 1200 safalı kitap haline getirdik. Kitabın önsözünde, başkanımıza teşekkür yazısı yazmıştım. Ancak 2008 yılında yapılan seçimde başkanımız aday olmadı. Hatırlarsınız Önce İlke Çağdaş Avukatlar Grubu adına başkan aday olarak Av. Muammer Aydın seçime girmiş ve kazanmıştı. Kitaptaki tüm eserlerin toplanması, kitabın yayın kararı ve yayın evine verilmesi Kazım beyin döneminde yapılmış ancak basımı ise o döneme yetişmemişti. Kitap, Muammer beyin başkanlığı döneminde yayınlandı. Kitap yayınlandığında baktım ki kaleme aldığım önsöz değiştirilmiş. Benim yazdığım "*Baro Başkanımız Sayın Av. Kazım Kolcuoğlu başta olmak üzere tüm yönetim kurulu üyelerine ... teşekkürlerimi sunuyorum*" cümlesindeki isim çıkartılarak yerine "... Av. Muammer ..." yazılmış. Çok acemice bir silme girişimi olmuş, soyad bile yazılmamış. Hoş olmamış tabii. Bu vesileyle başkanımıza kitapta yazdığımız halde yayınlamadığımız teşekkürü, sizler huzurunda tekrar ediyorum.

Sayın hocam Prof. Dr. İsmet Sungurbey anısına düzenlediğimiz konferanslar dizisinde, bugün sizlerle banka kredilerinde uyarlama davaları ile ilgili tecrübelemi paylaşacağım.

Sayın hocam Başak Baysal, yeni Borçlar Kanunu'muzdaki "**aşırı ifa güçlüğü**" konusunu anlatarak, bugünlerde dövizzede olarak andığımız bankalardan Japon Yeni ve İsviçre Frank'ına endeksli konut kredisi kullanan kişilerin davalarının dayanağı olan kanun maddesini anlatmış oldu. Ben döviz zedelerin açmış oldukları uyarlama davalarının her iki yanında yer aldım. 1994 krizi döneminde fakültede

<sup>1</sup> İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyesi

öğrenci olduğum için, o zamanki davalarda yerimi alamadım ama 1999-2001 krizi döneminde genç bir Demirbank avukatı olarak davalı vekilliği yaptım.

O dönemlerde, yani 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun geçerli olduğu dönemde, davanın dayanağı olan madde 117'de düzenlenen "**kusursuz ifa imkansızlığı**" hükmüydü. Kural olarak taraflar arasında kurulan sözleşmelerin ayakta tutulması prensibi (pacta sunt servanda) asıldır. Ancak sözleşmenin ayakta tutulabilmesi, taraflar arasındaki, sözleşmenin kurulması sırasında var olan ekonomik denge- nin devam ediyor olmasına bağlıdır. Hukuki tüm prensiplerin ruhu adalettir. Bu nedenle "ahde vefa" ilkesinin sınırını da, bu ilkenin sivri köşelerini törpüleyen ve taraflarca daha adil hale getiren "**sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması**" (clausula rebus sic stantibus) gerekliliği oluşmaktadır. Doktrinde "**Emprevizyon**" (beklenmeyen hal) olarak adlandırılan teori uyarınca, sözleşmenin kurulmasından sonra içerdiği şartlarda önemli değişikliklerin meydana gelmesi, sözleşmenin kurulduğu an ile ifa anı sırasında bulunması gereken uyumun çökmesi durumunda, sözleşmenin değişen şartlara uygun hale getirilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin uyarlanması, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 245/b-2 (bağışlama taahhüdünden rücu), 282 (hasılat kirasında kiradan indirim hakkı) ve 365. (istisna sözleşmesi) maddelerinde düzenlenmiştir. Bu özel hallerin dışında, genel olarak hukuk sistemimizin temelini oluşturan, MKm. 2'de de düzenlenmiş bulunan *doğruluk ve dürüstlük* kuralları gereğince de sözleşmenin uyarlanması kabul edilmektedir. Kanımızca uygulamada da **BK'nın 117.** maddesinde düzenlenen "kusursuz ifa imkansızlığı" hükümleri de temel alınarak, edimler arasındaki önceden öngörüle- lemeyen uyumsuzluklar mahkemelerce giderilmiş ve sözleşmeler taraflar için adil bir düzlemde ayakta tutulmuştur. Bilindiği üzere uyarlamanın koşulları şunlardır:

- Sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmuş olması
- Sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların önceden tahmin etmesi, ön- görmesi ve göz önünde tutması mümkün olmayan olağanüstü olayların meydana gelmesi,
- Edim dengesinin bir taraf aleyhine bozulması,
- Ortaya çıkan yeni koşulların bir tarafın edimin ifasını güçleştirmesi ve borçlunun bunda kusurunun bulunmaması.

Bizdeki dövizle endeksli krediler nedeniyle açılan davaları kısaca "**Üç Kriz, Tek Dava, Üç Karar Dönemi**" olarak adlandırabiliriz. Yargı, bankaların aynı müşteri profiline verdiği aynı tip kredilere, üç kriz döneminde farklı kararlar vermiştir.

1994 krizini hatırlarsınız. Çiller Hükümeti'nin 5 Nisan Kararlarından sonra, her şey yerle bir olmuştu. O dönemde açılan uyarılama davalarında Yargıtay'ın emsal niteliğindeki, uyarılama yapılması gerektiğine ilişkin çok güzel kararları vardı<sup>2</sup>.

- 2 **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1996/11-674, K. 1997/87, T. 19. 02. 1997:** "Taraflar arasındaki "sözleşmenin uyarlanması" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul Asliye 7. Ticaret Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 7. 2. 1995 gün ve 1994/739 E. 1995/84 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 7. 11. 1995 gün ve 1995/7362-8393 sayılı ilamı ile; (... Davacı, davalı bankadan aldığı konut kredisiyle diğer davalıdan 2 adet konut satın aldığını, döviz olarak aldığı konut kredisinin geri ödenmesinin devam ettiğini, ancak Nisan 1994'te hükümetçe alınan ekonomik kararlar ve yaşanan ekonomik kriz nedeniyle döviz kurlarında beklenmedik biçimde artış meydana gelmesi nedeniyle işlem temelini çöktüğünü edimler arasındaki dengeyi kendi aleyhine bozulduğunu ileri sürerek sözleşme tarihindeki döviz kuru üzerinden borcun TL'ye çevrilmesine ve aylık 5. 5 basit faiz uygulanmasına, sözleşmenin bu şekilde uyarlanmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece davalı Toplu Konut İdaresi hakkındaki davanın husumet yönünden, diğer davalı hakkındaki davanın ise esastan reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından temyiz edilen karar, Dairemizin 29. 06. 1995 gün ve 3179-5495 sayılı ilamı ile onanmıştır.

Davacı vekili bu kez karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

Davacı taraf, davalı bankadan kullandığı dövize endeksli kredinin geri ödenmesi döneminde döviz kurlarında beklenmedik oranda artış olduğunu, bu yüzden edimler arasındaki dengeyi kendisi aleyhine bozulduğunu, işlem temelini çöktüğünü iddia etmiş ve sözleşmenin yeni koşullara uyarlanarak borcun Türk Lirası kredisine çevrilmesini talep etmiştir.

Davalı banka kredinin Türk Lirası kredisine çevrilmesi yönünde bir öneride bulunmuş ise de, davacı dava dilekçesindeki tek seçenek halinde sunulan bu önerinin kabul edilemez koşullar içerdiğini iddia etmiştir.

Ekonomik ağırlıklı 5 Nisan 1994 kararlarının banka kredileri ve özellikle kredi borçluları yönünden olumsuzluk doğurup doğurmadığı uygulamada tartışma konusu olmakla beraber bankalar genel eğilim olarak iyiniyet gösterip müşterilerine kredi geri ödemelerini Türk Lirasına çevirme önerisinde bulunmuşlar ve buna ilişkin çeşitli seçenekler sunmuşlardır. Davalı bankanın da bu yönde bir önerisi varsa da, başlangıçta Türk Lirası olarak açılmış kredilere uygunluğu irdelenmeden tek seçenek halinde sunulan Türk Lirasına çevirme önerisinin davacı kredi borçlusunu tarafından kabul edilmesini beklemek iyi niyetli bir davranış olmaz.

O halde, mahkemece, davalı bankadan sorularak, eğer bu krediyi Türk Lirası olarak açmış olsa da, hangi miktarda ve hangi koşullarda geri ödemeli olarak açabileceği, kredinin ilk açılışından dava tarihine kadar ne durumda olabileceği saptanmalı, getirilen bu seçeneklere göre, tarafların anlaşamaması halinde, banka kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak dava konusu kredi ile aynı miktarda kredilerdeki geri ödemelerin Türk Lirası olan ve fiilen açılmış bulunan kredilerin bilirkişi raporunda gösterilmesi istenmeli ve ondan sonra mahkemece bu rapordaki tespitlerin değerlendirilmesi yapılarak sonucu çerçevesinde bir karara varılması gerekirken, yazılı biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiş olup, davacı vekilinin karar düzeltme isteğinin kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeye yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'na incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

**KARAR:** Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık ilkesi (Ahde vefa-Pocta Sunt Servanda) yanında sözleşme serbestisi ilkeleri kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre kişiler, özel hukuk alanında özel ve tüzel kişilerle olan ilişkilerini, var olan hukuk düzeni içinde kalmak koşuluyla diledikleri gibi düzenlemek, diledikleri konuda diledikleri ile diledikleri tipte sözleşme yapmak hak ve özgürlüğüne sahiptirler. Bu olanak, Borçlar Kanunu'nda öngörülen (sözleşme serbestliği) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak ve irade özerkliği (sözleşme hürriyeti) kavramı, Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır.

O halde kişiler sözleşme serbestliği ilkesine göre "kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, hukuka (yani buyurucu ve yasak koyan hukuk kurallarına), ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşmelerin fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal

sınırlar içinde serbestçe tayin etmek hakkını haizdir. Diğer taraftan Devletin para ve kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının düzenli işlemlerini sağlayıcı tedbirler yanında, tüketicileri koruyucu tedbirleri de alacağı Anayasa tarafından düzenlenmiştir. (Anayasaya m. 167. ve 172)

Ahde vefa ilkesine göre; sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlerine riayet olunmalıdır. Sözleşmeye bağlılık ilkesi hukuki güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden biridir. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, edimler arasında mevcut olan denge, şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir.

Buna göre akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli surette değişmişse, artık taraflar sözleşme ile bağlı olmamalıdır. Bu görüş doktrinde "Emprevizyon Teorisi" adıyla anılır. (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler 7. Bası. İst. , 1993 sh. 1005) İşte edimler arasındaki dengeyi aşırı derece bozan olağanüstü haller harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki olağanüstü yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi hallerde sözleşmeye bağlılık ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık sözleşmeye sıkı sıkı bağlı kalmak adalet, hakaniyet ve objektif hüsnüniyet (MK'nun m. 2/2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Bu adaletsiz sonuçları bertaraf etmek için, bugün İsviçre-Türk Hukukunda çoğunlukla dayanan esas, dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin, olağanüstü değişmeler yüzünden altüst olması ifasını güçleştirmesi ve belki de imkansız hale gelmesi durumunda "işlem temelinin çökmesi" gündeme gelir. Bu gibi hallerde emprevizyon veya Clausula rebus sic stantibus kuramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması için hakimin sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir. Hakim bu gibi hallerde ya sözleşmeyi ortadan kaldıracak, ya da sözleşme koşullarının olağanüstü olgulara uyarlanmasına ve böylece sözleşmede bozulmuş olan dengeyi yeniden sağlayacaktır. Öğreti ve uygulamada tarafların yaptığı akidde, önceden açık veya kapalı olarak koşulların olağanüstü ölçüde değişmesi işlem temelinin kısmen veya tamamen çökmesi halinde, adalet, doğruluk ve dürüstlük kurallarına dayanarak "Akdi Uyarlama" benimsenmiştir. (Bkz. Kemal Tahir Gürsoy, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus, Emprevizyon Nazariyesi 1950, sh: 50 vd. , Kemalettin Birsen, Medeni Hukuk Dersleri, 1945 sh: 73 vd; Ferit Hakkı Saymen, Türk Medeni Hukuk Cilt I, Umumi Prensipler, 1948, sh: 284 vd. Borçlar Hukuku Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop 7. Bas, İst. 1993 sh: 1005, M. Kemalettin Oğuzman, Borçlar Hukuku Dersleri cilt I, 4. Bası İst. 1987 sh: 123, İbrahim Kaplan, Hakimin sözleşmenin müdahalesi, Sözleşmenin yorumu, sözleşmenin tamamlanması, sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanması Ank. 1987 sh: 113 ve 114, Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm İst. 1992 sh: 186 vd. , Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, Prof. Dr. H. Burcuoğlu İst. 1995 sh: 4 vd. , Y. H. G. K. 'nun 3. 2. 1988 gün E. 1987/11-411 K. 1988/66, Y. H. G. K. 'nun 1. 7. 1992 gün E. 1992/13-360 K. 1992/425, Y. 13. H. D. 'nin 6. 4. 1995 gün E. 1995/145 K. 1995/3339 sayılı içtihatları) sırası gelmişken hemen belirtelim ki: bu davalarda hakimin göz önünde tutacağı temel esaslar genel hatları ile şunlar olabilir. Sözleşmeye bağlılık ve saygı esastır, uyarlama daima yardımcı çözüm olarak düşünülmelidir. Karar verilirken sözleşmeye yönelik ve bağlantılı değerlendirmeler yapılmalı, özellikle tarafların farazi iradeleri yani taraflar sözleşmede açık kalmış hukuki meseleyi sözleşmenin in'ikadı sırasında düzenlemiş olsalar da doğru ve makul düşünen taraflar olarak neyi kararlaştırabileceklerinin tespitine önem verilmelidir.

Somut olaya gelince; davacı, davalı banka ile 17. 6. 1993 gün ve 80170 sayılı Dövizde Endeksli (83. 000) ABD dolarlık konut kredisi, keza 28. 7. 1993 gün ve 80279 numaralı sözleşme ile yine dövizde endeksli (207. 500) DM. 'lık Konut Kredi Sözleşmesi yapmış ve krediler Ataköy'de Konut Pazarlayan Toplu Konut İdaresi'nin hesabına aktarılmış ve bu kredi ile davacı adı geçen idareden üç odalı ve bir odalı konut satın almış ve konutlar davalı banka lehine 1 dereceden ipotek edilmiştir. Dolar üzerinden alınan krediye aylık % 1 üzerinde faiz ödenecek ve kredi sözleşmesinin ayrılmaz parçası olan geri ödeme planına göre 17. 6. 1993'de başlamak ve ilk taksiti 830 ABD doları olmak üzere azalan oranlarda 120 ay içinde ödeneceği belirtilmiştir. Davacının 9 ay boyunca dolar üzerinden ödeme yaptığı ve davanın açılma tarihi itibarıyla 82. 446 Dolar borçlu olduğu belirtilmiştir.

Davacının DM üzerinden aldığı krediye aylık % 1. 20 faiz yürütüleceği ve geri ödeme planına göre ilk taksit ödemesinin 28. 7. 1993 tarihinde başlayacağı ilk taksiti 2490 DM olmak üzere azalan oranlarda ve 120 ay içinde ödeneceği kararlaştırılmış, davacının bu borcu için 9 ay boyunca DM üzerinden ödeme yaptığı ve dava tarihi itibarıyla 187. 869 DM borcu kaldığı görülmüştür.

Davacı, Dövizde endeksli Konut Kredisinin, 5 Nisan 1994 tarihli ekonomik kararlar sonucu ödenemez hale

2001 krizini de hatırlarsınız. Hukuk tarihimizdeki en ilginç Anayasal hareketi yaşamıştık. Dönemin Cumhurbaşkanı, Başbakan'a Anayasa kitapçığı fırlatmış, o da çıpalı kuru çıpasından kurtararak dövizi fırlatmıştı. Çıpa, sopaya dönüşmüş, halkın kafasına inmişti. Biz insan hakları ve özgürlükler mücadelesi ile ilgilenen hukukçular, şaşır kalmıştık bu anayasal harekete.

Kriz yaşanmadan önce, banka avukatı olarak, davalarımızı ve icra takiplerimizi bir tarafa bırakarak, haldır haldır dövize endekli konut kredisi kullanan müşterilerden ipotek almak için tapu müdürlüklerini dolaşıyorduk. Çok düşük

geldiğini, beklenilmeyen halin oluştuğunu o nedenle sözleşme tarihindeki kur üzerinden aylık 5.5 Basit faiz hesabı ile ödemeler çıktıktan sonra borcunun TL olarak tespitini istemiştir.

Ekonomik ağırlıklı 5 Nisan 1994 kararlarının banka kredileri ve özellikle dövize endekli kredi borçluları yönünden olumsuzluk doğurup doğurmadığı uygulamada tartışma yaratmıştır. Bankalar, genel eğilim olarak iyiniyet gösterip müşterilerine kredi geri ödemelerini Türk Lirasına çevirme önerisinde bulunmuşlar ve buna ilişkin çeşitli seçenekler sunmuşlardır. Somut olayda davalı bankanın da Türk Lirası bazında seçenek sunduğu anlaşılmaktadır.

Bankalar hükümetin izniyle faaliyette bulunan, özkaynaklarından ziyade faiz karşılığında topladıkları mevduatı, Türk ekonomisinin gelişme hedefleri doğrultusunda kredi olarak ekonominin kullanımına sunan ticari kuruluşlardır. Yine başlıca kaynakları yurt dışından sağlanan prefinansman ve sendikasyon kredileri, bankalar arası para piyasası, İnterbank, T. C. Merkez Bankası, Varlığa Dayalı Menkul kıymet ihracı, menkul kıymet alım-satımı, repo işlemleridir. Bu kaynaklardan sağlanan olanaklara karşı, bunlara faiz ödemesinde bulunurken kur değişimleri nedeniyle kambiyo zararına maruz kalabilecekleri, kambiyo zararlarını asgariye indirmek ve taahhütlerini karşılayabilmeleri hususunda kur riski ve döviz likiditesi düzenlemelerine, para otoritelerinin (Hazine ve Merkez Bankası) uyguladıkları Disponibilet ve mevduat munzam karşılığı yükümlülüklerine uymak zorunda buldukları çok açıktır. Öte yandan bu faktörler direkt maliyeti oluşturduğu gibi, personel, kira, reklam, kırtasiye, büro makinaları, sabit kıymet amortismanları ve benzeri unsurların da maliyete ekleneceği belirgindir.

Öncelikle belirtelim ki; davalı bankanın bu özel durumlarının sözleşmenin uyarlanması yapılırken gözden uzak tutulmasına özen gösterilmesi gerekir. Az yukarıda açıklanan uyarlama durumunun kendine özgü hukuki esaslarının ışığı altında mahkemece, daha çok dövize endekli krediler konusunda, uzman ve üniversitenin ekonomi, bankacılık, ticaret hukuk kürsülerinde görevli öğretim üyelerinden bilirkişi kurulu oluşturulmalı, sözleşmede intibak boşluğunun davalı banka tarafından doldurulmak istendiği olgusu dışlanmamalı, davalı banka ile diğer bankalardan dava konusunu kapsayan kredinin Türk Lirası olarak açılmış olması durumunda, hangi miktar ve koşullar altında geri ödemesi yönünden açılma olanakları araştırılmalı, ekonominin olağanüstü etkinlikleri altında kalan kredinin, akdin kurulduğu tarihten dava tarihine kadarki zaman dilimi içerisinde aldığı olumlu ve olumsuz tüm olgular ve seçenekler her türlü alternatifler belirlenmeli, tespit edilen bu seçeneklere göre, davalı banka kayıtları da incelenerek dava konusu kredi ile aynı miktarlı ve geri ödemesi Türk Lirası olan ve fiilen açılmış bulunan krediler tespit edilmeli, her iki kredi yönünden gerekçeleri ve dayanakları gösterilmiş, Yargıtay denetimine uygun karşılaştırmalar yapılmalı, yine bizzat bankalarca önerilen belli tarihler itibarıyla, dondurulmuş olan döviz kurlar çıkış noktası oluşturularak ve bunlar Türk Lirasına çevrilme suretiyle aylık taksitler belirlenmeli, daha sonra yabancı para cinsinden edimlerin değişen ekonomik koşullara intibakı işleminde, saptanacak miktarın, öncelikle yabancı para olarak tespiti yapılmalı, ayrıca bankalarca, yabancı paranın dondurulmasına ilişkin belli öneri tarihleri itibarıyla, Türk Lirası karşılığı bulunup; bundan böyle ödemelerin; uyarlanmış Türk Lirası miktarı ile bunun faizi saptanmalı, tüm deliller, belirlenen seçenekler, tarafların amacına uygun objektif iyiniyet, hakkaniyet ve nesafet (HK. m. 4; 2) kurallarının elverdiği ölçüde ve düzeyde değerlendirilip tartışılmalı, hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir. Az yukarıda açıklanan nedenler altında; Özel Dairenin bozma kararına uyulması gerekirken eski kararda direnilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır. SONUÇ: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı HUMK'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 19. 2. 1997 gününde oybirliği ile karar verildi. ”

geliri olan müşteriler de dövize endeksli kredi kullanarak ev almak için bankalara başvurmuşlardı. O zaman (ve bu tip kredilerin kullanılması için müşterinin ikna edilmesi için her zaman) “*kira öder gibi kredi öde, ev sahibi ol*” denirdi. İpotek için tapu müdürlüğüne gittiğimizde, müşterilerle sohbet etme imkanımız olurdu. “Bu yıl kredi taksitlerini ödemekte zorlanacağız ama gelecek yıl zam alınca rahat öderiz” diyorlardı. Her yıl enflasyon dönemindeki gibi yüksek zam alacaklarını sanıyorlardı. Ertesi yıl, pek fazla zam alamadıkları gibi, bir de ekonomik kriz nedeniyle devalüasyon oldu. Tam bir facia yaşandı. İnsanlar yargıya koştular, insaf göstermeyen bankalar karşısında adil çözüm aradılar. Ama Yargıtay karar değiştirdi, “bu ülkede zaman zaman ekonomik kriz olur, bunu öngörüp dövize endeksli kredi kullanmasaydın” dedi ve vatandaşı kaderi ile, bankaları da fahiş karları ile baş başa bıraktı.

2008 krizi ise dünya ekonomik krizi oldu. 1929 Büyük Buhran ile kıyaslanan bir krizdi. Başbakan “teğet geçti” dedi. Medyası bunu “dokunmadan geçti”, “iskaladı” gibi algılatmak istedi. Oysa “teğet”, “*bir noktada temas etme*” demektir. Kriz de her eve temas etti. Özellikle de dövizde olarak anılan, bankalardan barınma ihtiyaçlarını karşılamak için, bankaların bizzat hazırlayarak pazarladığı, krizlerden bile etkilenmediği, on yıldır kurda artışın yaşanmadığı iddiası ile ikna edilen Japon Yen’i ve İsviçre Frank’ına endeksli döviz kredileri kullananlara dokundu. Hem de çok kötü dokundu. Bankalar açısından ise, müşteri hedeften vurulmuş, kurun artması ile cepleri dolmuş oldu.

Bu kredilerin özelliği, TL kredilerine göre çok ucuz olmaları, bunun karşılığında da kurun yükselmesi riski içermeleridir. Yani tüketici bir kumar oynamaktadır. Daha ucuz olan dövize endeksli krediyi almayı seçerse, TL kredisine göre daha az kredi taksiti ödeyecek. Ama eğer bir ekonomik krizle karşılaşınca, papazı bulacak. Ama Türk halkınca hiç bilinmeyen Japon Yeni ve İsviçre Frank’ına endeksli krediler pazarlanırken, bu para birimlerinin krizlerden bile etkilenmeyen para birimleri olarak lanse edildiğini incelemelerimiz sırasında gördük. Yani bankalarca tüketicinin özgür iradesinin etkilendiğini ve büyük bir risk ile karşı karşıya bırakıldığını gördük.

Şimdiye kadar, bakan ve bankacılık otoriteleri olduğu iddia edilen kişilerin açıklamaları, banka da dövizin yükselişinden zarar ettiği yönünde. Peşinen söyleyeyim, bu kocaman bir yalandır. Koca koca adamlar, gözlerimizin içine baka baka, nasıl olsa bankacılıktan vatandaş anlamaz diye gerçekleri karanlıkta bırakıyor. Oysa gerçek, bankaların kriz çıkacağını bildikleri için döviz kredisinden kar edeceğini hesaplayarak bu finansal ürünleri geliştirmeleridir. Unutmayın ki, bankaların uzman olduğu ve iştiğal ettiği konu, uluslar arası finans piyasalarıdır. Kriz,

sana bana krizdir. Kapitalist sistemde, finansal piyasalarda, **“her kriz, bir kar fırsatıdır”**. Her şey olağan gitse, vahşi kapitalist ahlaka sahip olanlar umduklarınca para kazanamazlar. Aşırı paralar kazanmanın yolu, krizi değerlendirmektir bu ahlak anlayışı için. Olağan üstü bir şeyler olmalı ki, birileri çok para kazansın. Savaş dönemi yaratılan kara borsalar da bunun gibidir. Birilerinin para kazanabilmesi için de birilerinin kaybetmesi gerekir. Malum, hiçbir fani yoktan var edemez.

Mahkemeler ve Yargıtay, size biraz sonra anlatacağım gerçekleri görmezden gelerek, *“krizi beklemen gerekirdi, kullanmasaydın kardeşim”* tarzında kararlar vermeye başladı. Tabi bu kararların çıkmasında, bu bakış açısının doğmasında bankacılığı bilmeyen meslektaşların doğru savunma yapmaması, hakimlerin ön yargıları ve bankaların ekonomik gücünün çok etkisi oldu. Sonuçta, bahsettiğim *“vahşi kapitalist ahlak”* Türk Milleti adına karar veren yargının onayını aldı. Oysa bir grubun çıkarları adına karar veren değil, *“Türk Milleti Adına”* halkımız adına karar vermesi gereken mahkemelerin bakış açısı daha geniş olması gerekirdi. Önemsiz görülen, iş yükü gibi görülen o tozlu pembe yırtık dosyaların içinde, insanların dünyası var, geleceği var, adalet umutları var. Müddeabihin hiçbir değeri yok. Toplumun her bireyi gibi, her bir dosyanın içine sıkıştırılmış koca dünyalar adalet bekliyor. Devletin görevi bu adaleti dağıtmak. Hakim burada *“devletin yüzü, ağzı, iradesi”*dir. Adaleti dağıtamazsa, toplumu bir arada tutan cihaz olan devleti yıkıyor. İşte kürsülerin arkasında *“Adalet, Mülkün (Devletin) Temelidir”* yazısı budur. Toplumun oluşturduğu devletin yıkılıp yıkılmaması, bir yönüyle de adalet mekanizmasının nasıl işlediğine bağlıdır.

Şimdi konu ile aşağıdaki tespitlerimi ve çözüm önerimi sizlerle paylaşmak isterim<sup>3</sup>:

#### TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ BAŞKANLIĞI DİLEKÇE KOMİSYONU BAŞKANLIĞI'NA

**İLGİ:** 57747603/358 sayılı ve 21. 03. 2013 tarihli yazınız.

Sayın Başkanlığınızca, *“dövizde endeksli krediler”* konusundaki şikayetler incelenerek, konu hakkında uzmanlığım doğrultusunda rapor hazırlamam talep edilmektedir. Finans hukuku alanında çalışma yapmaktan olduğumdan, gerek bankaların işleyiş sistemi, gerekse sözleşmenin taraflarını uzlaştırarak, temelden sarsılan sözleşmeyi ayakta tutma fonksiyonunu yerine getiren ve son tahlilde *“özel hukuk boyutuyla toplumsal barışı koruma”* görevi gö-

3 Bu sunumu yaptıktan sonra, dövizdedelerin sorunun çözülmesi için TBMM'ne başvurmaları üzerine, konunun incelenmesi için Dilekçe Komisyonu kuruldu. Komisyon Başkanlığı, 57747603/258 sayılı ve 21. 03. 2013 tarihli yazısı ile beni bilirkşiş atayarak, tespit ve görüşlerimi bir rapor halinde sunmamı istedi. Bu rapor, panelde yaptığım sunumdan daha fazla tespitleri içerdiği için, okuyucuya daha yararlı olabileceği umuduyla, raporun tam olarak yayınlıyorum.

ren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Aşırı İfa Güçlüğü" kenar başlıklı 138. maddesi açısından olayları değerlendirerek, görüşlerimi ve ayrıca bu görev tarafıma verilmeden önce ve sonra, tüketiciler ve banka vekilleri ile yaptığım toplantılar sonucu edindiğim bilgileri aşağıdaki şekilde sizlere arz edeceğim.

## 1. KONUNUN İNCELENMESİ

Sayın Başkanlığınıza başvuruda bulunan çeşitli bankalardan "dövizde endeksli konut kredisi" kullanan tüketiciler, kendilerine "dövizzede" adını vermektedirler. İşte bu terim, şikayet nedenlerini de ortaya koymaktadır. Yapmış olduğumuz incelemeler sonucunda şu hususları tespit ettim.

**1.1.** Bankalar, özellikle 2007 yılının sonunda doğru, "*İsviçre Frank'ına Endeksli Kredi*" ve "*Japon Yen'ine Endeksli Kredi*" adı verilen finansal ürünler üretmişlerdir. Bu ürünler, yoğunlukla konut ve ihtiyaç kredisi olarak tüketicilere kullanılmıştır.

**1.2.** Bankalar, bu finansal ürünü oluşturduktan sonra, basını kullanmak suretiyle "*en istikrarlı para biriminin JPY ve CHF olduğunu*" ileri sürerek müşterilerine bu para birimlerine endeksli kredileri pazarlamışlardır. Nitekim internet üzerinden yaptığım araştırma sonucu, Anadolu Bank Genel Müdür Yardımcısının bazı internet sitelerinde yaptığı açıklamalara ulaştım. (<http://www.emlakakademi.com/konut-kredisinde-japon-yeni-donemi/#more-562><sup>4</sup>)

4 <http://www.emlakakademi.com/konut-kredisinde-japon-yeni-donemi/#more-562>

### **Konut kredisinde japon yeni dönemi**

[Anadolubank banka faizleri japon yeni konut kredisi Recep Atakan](#)

**Hem dövizle hem çok daha düşük faiz oranıyla borçlanmak isteyenler, bu haber sizin için!**

Sundukları Japon Yeni cinsinden konut kredisinin yoğun talep gördüğünü söyleyen Anadolubank Genel Müdür Yardımcısı Recep Atakan, "Japon Yeni'nin, YTL'ye oranla faiz oranları çok daha cazip olduğu için tercih ediliyor" dedi.

Mortgage'nin yürürlüğe girmesinin ardından, bankalar konut kredilerinde çeşitlendirmeye gitti. Sabit, değişken, sabit + değişken faiz oranlarıyla kredi veren bankaların yanı sıra, bir çok banka da döviz cinsinden konut kredisi veriyor.

Euro ve dolar cinsinden konut kredisi, bir çok bankanın portföyünde bulunurken, Anadolubank sektörde ilk ve tek olarak uyguladığı Japon Yeni cinsinden konut kredisiyle dikkat çekiyor. Anadolubank'ın Japon Yeni cinsinden konut finansmanını 2 aydır uyguladığı söyleyen **Anadolubank Perakende Bankacılıktan Sorumlu Genel Müdür Yardımcısı Recep Atakan, Japon Yeni cinsinden konut finansmanın çok ilgi gördüğünü belirtti.**

Piyasada ilk ve tek Japon Yeni üzerinden konut kredisi veren banka olduklarının altını çizen Atakan, günlük bazda verdikleri kredilerin neredeyse %30'a yakınına Japon Yeni üzerinden verdiklerini kaydetti.

**En düşük faiz Anadolubank'ta**

Japon Yeni'nin piyasadaki en düşük paralardan biri olduğunu vurgulayan Atakan şunları söyledi: "**Japon Yeni'ni ucuzda buluyoruz, bu nedenle düşük faizle müşterilerimize sunabiliyoruz. Düşük faizle sunduğumuz için Japon Yeni üzerinden konut kredisi çok cazip bir hal alıyor ve tercih nedeni oluyor.**"

- 1.3. Anılan kredilerin özellikle 2008 yılının yaz aylarında daha yoğun kullanıldığını gözlemledim. Yaptığım çeşitli toplantılarda, şikayetçilerin genelde 2008 yılının Haziran, Temmuz ve Ağustos aylarında bu kredileri kullandıklarını tespit ettim. Kurların aşırı yükselmesi ise o yılın Eylül ayında başlamaktadır.
- 1.4. Kredileri kullanan kişilerin çok büyük bir çoğunluğu (benim görüştüğümün tamamı), temel ihtiyaçları olan “barınma ihtiyacına” çözüm bulmak için konut kredisi kullanmışlardır. Bankalar o dönemde “*kira öder gibi kredi öde, ev senin olsun*” tarzında reklam yapmaktaydı ve bu herkes tarafından dile getirilmekteydi. Tüketiciler de bu mantıklı önerinin etkisi ile kira öder gibi ödeme yaparak ev sahibi olmak için bankalardan kredi kullanmak istemişlerdir. Yapmış olduğumuz toplantı ve inceleme fırsatı bulduğum dava dosyalarından edindiğim bilgiye göre; kredi ile konut almak isteyen tüketiciler, TL kredisi ya da USD ve EURO’ya endeksli kredilerin yüksek faiz oranlarını ödeme güçleri olmadıkları için, banka memurlarının kendilerini özellikle JPY veya CHP endeksli kredilere yönlendirdiklerini ifade etmektedirler. İkna etmek için de geçmiş yıllara ilişkin 7 ya da 10 yıllık kur artışlarını göstermişlerdir. Tabi enflasyonist dönemi de anlatarak, kurun istikrarlı olduğu, krizlerden bile etkilenmediği dile getirilmiştir.
- 1.5. Yapmış olduğumuz toplantı ve inceleme fırsatı bulduğum dava dosyalarından edindiğim bilgiye göre; kredi ile konut almak isteyen tüketiciler,

---

Japon Yeni ile aldığımız konut kredisi ile YTL cinsinden aldığımız konut kredisini kıyasladığımızda, Japon Yeni’nde her sene % 15 fayda sağlıyorsunuz. Döviz endeksli konut kredisi kullanmak isteyen tüketicilere ben ısrarla Japon Yeni üzerinden borçlanmasını tavsiye ediyorum.”

Bankaların konut kredileri arasında 120 aya % 1, 29 faiz oranıyla en düşük oranı sunduklarını ifade eden Atakan, konut kredilerinde yaşanan düşüşü şöyle değerlendirdi: “Seçim bittikten sonra, iç siyasal risk ortadan kalktığı için piyasalar bundan pozitif etkilendi. Bankalar pozitif etkilenmeyle faiz indirimine gitti.”

2008’in başında faizler %1

Ayrıca uzun vadeli pasif yaratmada sıkıntı olduğu için bunu sadece yurtdışında yaratabiliyorsunuz. Yurtdışı piyasalarındaki faiz hareketleri iç piyasalardaki fiyatları belirliyor. Yurtdışında sağlanan kaynaklar bize faiz indiriminin sağlanabileceğini söyledi.

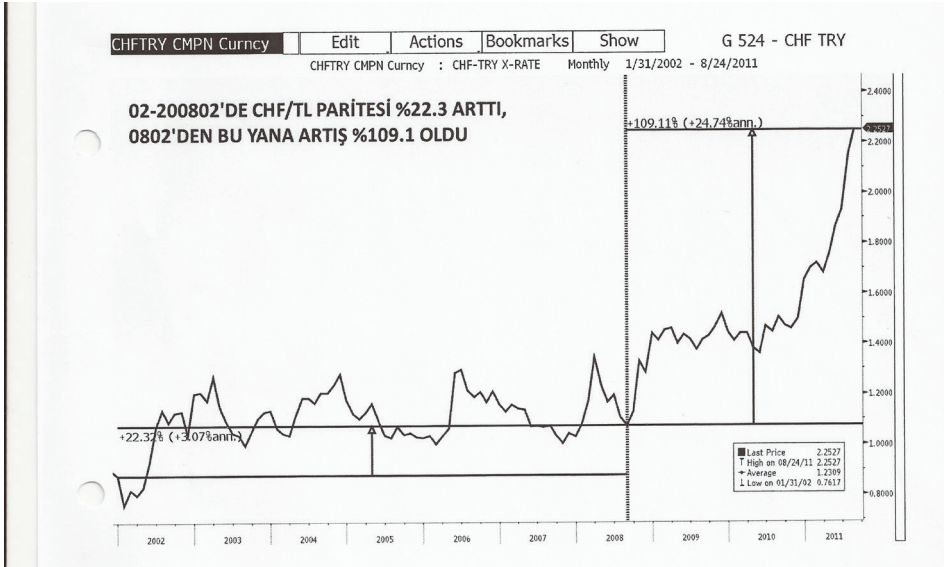
Şu an yaptığımız az kâra razı olup, daha fazla müşteri kazanabilmek için faiz oranlarımızı mümkün olduğunca düşük tutmaya çalışmak. Piyasadaki en düşük konut kredisi faiz oranlarını şu an biz veriyoruz ama en düşük olmak gibi bir idealimiz yok, çünkü bankacılık bir ideal üzerine yapılacak bir şey değil.

Atakan, konut kredisi faiz oranlarının, kritik eşik olan “% 1’in altına iner mi?” sorumuza ise şu cevabı verdi:

“Uzun vadeli yaratılacak paralardan rahat konut kredisi verilebilmesi için, bono bileşiklerinin yüzde 13-14 seviyelerine inmesi lazım. Konut kredisi faiz oranlarının, % 1’in altına inmesi 2008’in ilk yarısını bulur diye düşünüyorum.”

Kaynak : EED

TL kredisi ya da USD ve EURO'ya endeksli kredilerin yüksek faiz oranlarını ödeme güçleri olmadıkları için, banka memurlarının kendilerini özellikle JPY veya CHP endeksli kredilere yönlendirdiklerini ifade etmektedirler. İkna etmek için de geçmiş yıllara ilişkin 7 ya da 10 yıllık kur artışlarını göstermişlerdir. Tabi enflasyonist dönemi de anlatarak, kurun istikrarlı olduğu, krizlerden bile etkilenmediği dile getirilmiştir.



*Kaynak: BloombergHT Kanalı 24. 08. 2011 tarihli program*

- 1.6. Bankaların finansal ürün olarak hazırladıkları kredilerde, özellikle seçmiş oldukları CHF ve JPY kurlarının geçmişi ve artış anı çok dikkat çekicidir. Ülkemizde en çok kullanılan döviz türü olan USD ve EURO kurunda ya da yatırım araçlarında rastlanmayan aşırı artış, sadece bu iki kurda rastlanmaktadır.

2008 yılında dünyadaki finansal kriz, bankaların ve finans kurumlarının oluşturdukları türev araçlar nedeniyle yaşanmıştır. Mortgage kredilerin türev araçlarının sağlıksız ve şişirilmiş olması nedeniyle yaşanan bu kriz, maalesef ülkemizi de etkilemiştir. Örneğin **bankaların müşterilerine kredi kullanırken ileri sürdüğü “en istikrarlı ve krizlerden dahi etkilenmeyen” JPY hızla yükselmiştir. Günümüze gelinceye dek bu artış devam etmekte ve bu artışın ucu açık görünmektedir.** Yaşanan dünyadaki ekonomik krizin, 1929 yılındaki büyük buhran ile eş değerde olduğu, hatta o dönemde birçok bilim adamı ve ekonomistlerce, kapitalizmin yıkılmasına neden olacak derecede büyük bir kriz olduğu ileri sü-

rülmekteydi. Dünya piyasalarının bir parçası olan ülkemiz de bu krizden kaçma imkanına sahip değildir. Kurlardaki karşılaştırmalı değişim şu şekildedir:

Kur / 2008	Oca. 08	Şub. 08	Mar. 08	Nis. 08	May. 08	Haz. 08	Tem. 08	Ağu. 08	Eyl. 08	Eki. 08	Kas. 08	Ara. 08
1 USD / TL	1, 1682	1, 1666	1, 2245	1, 3246	1, 2778	1, 2255	1, 2351	1, 1604	1, 1846	1, 3075	1, 5282	1, 5934
1 EUR / TL	1, 7143	1, 736	1, 8588	2, 0751	1, 9847	1, 9036	1, 9491	1, 8064	1, 7344	1, 8118	1, 9614	2, 0149
1 CHF / TL	1, 0372	1, 081	1, 1783	1, 3191	1, 2247	1, 1761	1, 2135	1, 1073	1, 0786	1, 1555	1, 3207	1, 317
100 JPY / TL	1, 0468	1, 0954	1, 1886	1, 3201	1, 2282	1, 1684	1, 1698	1, 0792	1, 0977	1, 2442	1, 5422	1, 6941

Kur / 2009	Oca. 09	Şub. 09	Mar. 09	Nis. 09	May. 09	Haz. 09	Tem. 09	Ağu. 09	Eyl. 09	Eki. 09	Kas. 09	Ara. 09
1 USD / TL	1, 5367	1, 6585	1, 7257	1, 6551	1, 5872	1, 5286	1, 532	1, 4686	1, 5044	1, 4904	1, 5003	1, 5088
1 EUR / TL	2, 1392	2, 1138	2, 1732	2, 1874	2, 1068	2, 1743	2, 1567	2, 0961	2, 1563	2, 172	2, 2161	2, 2736
1 CHF / TL	1, 4403	1, 4234	1, 4683	1, 4471	1, 3955	1, 4372	1, 4147	1, 3743	1, 4219	1, 4309	1, 468	1, 5077
100 JPY / TL	1, 6847	1, 8605	1, 7735	1, 6747	1, 5964	1, 6134	1, 5824	1, 547	1, 6151	1, 6561	1, 6654	1, 737

Kur / 2010	Oca. 10	Şub. 10	Mar. 10	Nis. 10	May. 10	Haz. 10	Tem. 10	Ağu. 10	Eyl. 10	Eki. 10	Kas. 10	Ara. 10
1 USD / TL	1, 4881	1, 4904	1, 5427	1, 5188	1, 4934	1, 5875	1, 5846	1, 499	1, 5228	1, 4459	1, 4264	1, 496
1 EUR / TL	2, 1377	2, 0724	2, 0976	2, 0493	1, 9764	1, 9301	1, 9494	1, 9593	1, 9454	1, 9846	1, 9901	1, 9586
1 CHF / TL	1, 4375	1, 4075	1, 4329	1, 4429	1, 3795	1, 3602	1, 4802	1, 4343	1, 5024	1, 4783	1, 4449	1, 4886
100 JPY / TL	1, 6026	1, 65	1, 7277	1, 6232	1, 5865	1, 7474	1, 7968	1, 7285	1, 8114	1, 7369	1, 7743	1, 7842

Kur / 2011	Oca. 11	Şub. 11	Mar. 11	Nis. 11	May. 11	Haz. 11	Tem. 11	Ağu. 11	Eyl. 11	Eki. 11	Kas. 11	Ara. 11
1 USD / TL	1, 5551	1, 589	1, 6057	1, 5434	1, 52	1, 5902	1, 6151	1, 6749	1, 7447	1, 8658	1, 7948	1, 8331
1 EUR / TL	2, 0705	2, 1834	2, 2204	2, 1844	2, 2537	2, 2928	2, 3435	2, 4145	2, 4845	2, 4912	2, 4569	2, 4703
1 CHF / TL	1, 6616	1, 6867	1, 7262	1, 6734	1, 752	1, 8772	1, 9087	2, 1252	2, 2334	2, 0499	2, 0153	2, 0135
100 JPY / TL	1, 9103	1, 9461	1, 9558	1, 8438	1, 857	1, 9565	2, 001	2, 1674	2, 2721	2, 4272	2, 2954	2, 3598

Kur / 2012	Oca. 12	Şub. 12	Mar. 12	Nis. 12	May. 12	Haz. 12	Tem. 12	Ağu. 12	Eyl. 12	Eki. 12	Kas. 12	Ara. 12
1 USD / TL	1, 8859	1, 7681	1, 7522	1, 7808	1, 7599	1, 8679	1, 8079	1, 7942	1, 8206	1, 7967	1, 7928	1, 7877
1 EUR / TL	2, 4419	2, 321	2, 3353	2, 3768	2, 3166	2, 3037	2, 2823	2, 2094	2, 289	2, 3149	2, 3224	2, 3308
1 CHF / TL	2, 0073	1, 9269	1, 9372	1, 9736	1, 9274	1, 9182	1, 8999	1, 8389	1, 9058	1, 9146	1, 923	1, 9318
100 JPY / TL	2, 4516	2, 3231	2, 1619	2, 1517	2, 1913	2, 3874	2, 2695	2, 2954	2, 3241	2, 3044	2, 2405	2, 1755

Kur / 2013	Oca. 13	Şub. 13	Mar. 13	Nis. 13	May. 13	Haz. 13
1 USD / TL	1, 7793	1, 7546	1, 8042	1, 8131	1, 7959	1, 8936
1 EUR / TL	2, 3592	2, 3943	2, 3515	2, 3235	2, 3646	2, 4648
1 CHF / TL	1, 9516	1, 9366	1, 9253	1, 9138	1, 9382	1, 9841
100 JPY / TL	2, 0436	1, 9042	1, 9494	1, 9411	1, 8486	1, 8933

*Ocak 2012 tarihi, kurların en yüksek olduğu aylardan biridir.*

Döviz / TL	Ocak 2008 Kuru	Ocak 2012 Kuru	Artış Yüzdesi
USD / TL	1, 1682	1, 8859	% 61, 43
EUR / TL	1, 7143	2, 4419	% 42, 44
CHF / TL	1, 0372	2, 0073	% 93, 53
100 JPY / TL	1, 0468	2, 4516	% 134, 19

*Altı aylık periyotlarla 2008-2013 arasında dört kurun değişim grafiği şu şekildedir:*

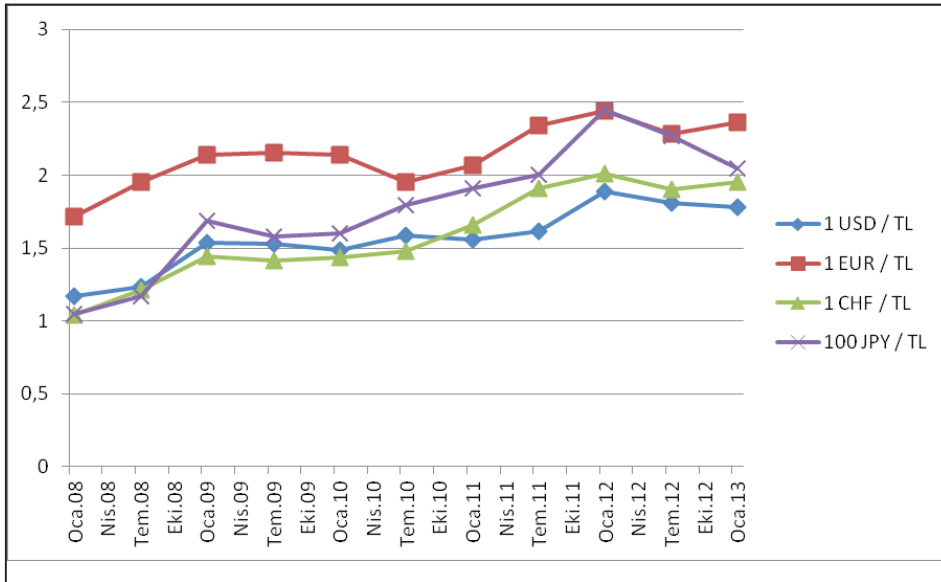
Kur	Oca. 08	Tem. 08	Oca. 09	Tem. 09	Oca. 10	Tem. 10	Oca. 11	Tem. 11	Oca. 12	Tem. 12	Oca. 13
1 USD / TL	1, 1682	1, 2351	1, 5367	1, 532	1, 4881	1, 5846	1, 5551	1, 6151	1, 8859	1, 8079	1, 7793
1 EUR / TL	1, 7143	1, 9491	2, 1392	2, 1567	2, 1377	1, 9494	2, 0705	2, 3435	2, 4419	2, 2823	2, 3592
1 CHF / TL	1, 0372	1, 2135	1, 4403	1, 4147	1, 4375	1, 4802	1, 6616	1, 9087	2, 0073	1, 8999	1, 9516
100 JPY / TL	1, 0468	1, 1698	1, 6847	1, 5824	1, 6026	1, 7968	1, 9103	2, 001	2, 4516	2, 2695	2, 0436

*Ocak 2012 tarihi, kurların ey yüksek olduğu aylardan biridir.*

Döviz / TL	Ocak 2008 Kuru	Ocak 2012 Kuru	Artış Yüzdesi
USD / TL	1, 1682	1, 8859	% 61, 43
EUR / TL	1, 7143	2, 4419	% 42, 44
CHF / TL	1, 0372	2, 0073	% 93, 53
100 JPY / TL	1, 0468	2, 4516	% 134, 19

*Altı aylık periyotlarla 2008-2013 arasında dört kurun değişim grafiği şu şekildedir:*

Kur	Oca. 08	Tem. 08	Oca. 09	Tem. 09	Oca. 10	Tem. 10	Oca. 11	Tem. 11	Oca. 12	Tem. 12	Oca. 13
1 USD / TL	1,1682	1,2351	1,5367	1,532	1,4881	1,5846	1,5551	1,6151	1,8859	1,8079	1,7793
1 EUR / TL	1,7143	1,9491	2,1392	2,1567	2,1377	1,9494	2,0705	2,3435	2,4419	2,2823	2,3592
1 CHF / TL	1,0372	1,2135	1,4403	1,4147	1,4375	1,4802	1,6616	1,9087	2,0073	1,8999	1,9516
100 JPY / TL	1,0468	1,1698	1,6847	1,5824	1,6026	1,7968	1,9103	2,001	2,4516	2,2695	2,0436



1.7. Kullanılan kredilerin teminatı olarak, hemen hemen hepsinde satın alınan taşınmaza ipotek konulmuş, bazılarında ise ipotek ile birlikte kefil de alınmıştır. Böylece banka, kredinin geri ödenmeme riskine karşı kendini teminat altına almıştır.

1.8. TCMB 2007-1 numaralı ödemeler dengesi raporu, “Dış Ekonomik Gelişmeler” başlığı altındaki 10. maddede Türkiye’deki faaliyet gösteren bankaları Japon ekonomisinin gidişatı, BOJ’un (Japonya Merkez Bankası) para politikasını değiştireceği ve JPY’nin de yükselişe geçeceği uyarısında bulunmuştur. Bu raporun yayımlanmasından sonra, -bildiğim kadarıyla- Anadolu Bank, Finansbank, Fortisbank, Tekstil Bank, İş Bankası, Garanti Bankası, Bankpozitif, dünyada yaklaşmakta olan ekonomik krizi de öngörerek JPY ve CHF para birimlerine endeksli finansal ürün üreterek pazarlamaya başlamışlardır.

1.9. Eylül 2008 tarihinde Dünyada ve Türkiye’de de etkilerini bariz bir şekilde göstermeye başlayan ekonomik kriz aslında bir günde ortaya çıkmamıştır. 15 Eylül 2008’de Lehman Brothers Inc. ’in iflas ederek tüm dünyayı saran ekonomik kriz dalgasının öncüleri başka bir deyimle de ayak sesleri, 2008’in başlarında başlayan ekonomik kriz ve bunun sonucunda da portföyünde çok miktarda konut ağırlıklı kredi müşterisi bulunan **global yatırım bankalarından New York merkezli “The Bear Stearns Companies, Inc. ”ın Mart 2008’de iflas etmesi**<sup>5</sup> ile ortaya çıkmıştır. Bu iflas, doğal olarak tüm finans dünyasının dikkatini çekmiştir. Uluslar arası finans piyasalarında işlem yapan, bu konunun uzmanı olan ve bankacılık yasası ile tanınan özel imtiyaz ile kurulup faaliyette bulunabilen bankaların bu

- 5 İzmir 2. Tüketici Mahkemesi’nin 2010/872 E. Sayılı dosyasında hazırlanan 13. 09. 2011 tarihli **Prof. Dr. Oğuz ESEN** (Bankacılık Öğretim Üyesi), **Doç. Dr. Ayla Oğuz BİNATLI** (Ekonomi Bölümü Başkanı) ve **Prof. Dr. Huriye KUBİLAY** (Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi) **imzalı bilirkişi raporu:**

**Rapor sayfa 6 ve 7:** “... Ekonomik krizler nedeniyle dolar ve avro kredilerinin riskinin artık Türk halkı tarafından anlaşılmış olması beklense de, **Japon Yeni gibi Türkiye’de sadece bir finansal ürün olarak var olan bir para birimindeki risk konusunda aynı oranda öngörülmesi beklemek doğru değildir.** Ayrıca, bankalar bu kredi kullanıldığı dönemde bu para birimindeki riskin farkındadır. Bu bilgiyi tüketiciler aleyhine kullandıkları düşünülebilir. Döviz kurundaki artış, tacir sıfatını haiz oldukları için basiretli bir iş adamı olarak davranmak yükümlülüğü altında olan bankalar için öngörülebilen olsa da (TTKm. 20, f. 2) tüketiciler için değildir.

Bankalar, tüketicileri Japon Yeni ile konut kredisi kullanırmaya güçlü bir şekilde özendirmişlerdir. **Bankacıların yönlendirmesi olmadığı taktirde sıradan bir tüketicinin Japon Yeni ile kredi talep etmesini beklemek gerçekçi olamaz.** Tüketicilerin dövizle kullanılan kredilerin riskini öngörmeleri belki aşına oldukları Amerikan Doları ve Avro kredileri için geçerli olabilir. Tüketicinin bu para biriminin riskini doğru değerlendirmesini beklemek mümkün değildir.

Genel kural olarak, gelir farklı bir para biriminden, kullanılan kredi farklı birimi cinsinden ise, o kredi döviz kuru riski taşımaktadır ve bankalar Japon Yeni konut kredilerini gelirleri Japon Yeni bir yana hiçbir dövizle endeksli olmayan tüketicilere kullanırmıştır. Burada bankaların sorumluluğu olmalıdır. **Bankalar Türkiye için “egzotik” sayılabilecek bir finansal ürün yaratmışlar, bunu da iyi pazarlamışlardır.** “Egzotik” ürünler kurumsal ve sofistike bireysel yatırımcılara kullanırmalıdır ancak **temel ihtiyaçlar için sıradan tüketicilere kullanırmalıdır sakıncalıdır.** Bunun önlenmesi için, çıkan problemler karşısında bankalar da sorumlu tutulmalıdır, zira bankalar her zaman tüketiciden daha fazla bilgi ve deneyim sahibidir, yani tüketiciler aleyhine bir bilgi asimetrisi söz konusudur. Tüketicilerin uğradığı mağduriyet sonucu hükümet de önlem almak zorunda kalmış ve 16 Haziran 2009 tarihli 27260 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Bakanlar Kurulu’nun 15 Haziran 2009 tarihinde Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Kararda değişiklik yapılmasına dair kararında 32 sayılı Kararın 17. maddesine eklenen (f) fıkrası ile “Türkiye’de yerleşik gerçek kişilerce, bu maddenin (b) ve c) fıkraları ve Bakanlıkça belirlenecek haller dışında, yurt içinden ve yurt dışından döviz veya dövize endeksli kredi kullanılamaz” ibaresi eklenerek gerçek kişilerin döviz veya dövize endeksli kredi kullanımları yasaklanmıştır.

Davacı kredi sözleşmesini Eylül 2008’de imzalamıştır. TCM>B verilerine göre Japon Yeni Ekim 2008’de %29, Kasım 2008’de %11 artmıştır. 2009 yılında Japon Yeni %31 artmıştır. **Bu koşulların sıradan bir tüketiciler için öngörülemez ve sürdürülemez olduğu açıktır.** Zira bunu öngörebilen hiçbir tüketiciler Japon Yeni kredisi kullanmaya yanaşmayacaktır. Bankaların ise öngördüğü, diğer bazı bankaların davacıya kredinin kullanırdığı tarihte Japon Yenine endeksli kredi kullanmayı durdurmalarından anlaşılmaktadır. Kanımızca, bu bankalar için olmasa da tüketiciler için olağanüstü ekonomik olay olarak kabul edilmelidir. Bankaların bu durumu öngörmüş olması beklenmelidir, ancak tüketicilerden bu düzeyde bir öngörü beklenemez. ”

**Raporun Sonuç Bölümü:** “... Yerleşmiş Yargıtay kararları ile ortaya çıkan uyarlama koşullarının somut olayda gerçekleştiği, TTKm. 20, f. 2 uyarınca basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunan bankalar tarafından öngörülebile de davacı tüketiciler tarafından katlanılamayacak hale gelen durumun öngörülmesi olanağının bulunmadığı görüşüne vardığımızı ...”

olayı bilmemesi, bu gelişmeler karşısında tedbir almaması, yaklaşan ekonomik krizi öngörememesi düşünülemez. Kaldı ki bu krizin temelinde de, bankaların türev bir enstrüman olarak ürettikleri mortgage bulunmaktadır. Bu değerlendirmeleri yapamayacak olan bankaların bankacılık yapması beklenemez ki bu durumda da BDDK'nın bankacılık yasası ile kendisine tanınan yetkileri kullanması gündeme gelebilecektir.

Tüketicilerin ve finans piyasaları dışında faaliyette bulunan tacirlerin ise bu gelişmelerden haberdar olması ve dünya çapında bir ekonomik krizin ortaya çıkmasını öngörmesi beklenemez.

Durumu “bir yelkenli geminin gözcü direğindeki bankalar ile güvertede hatta bazıları da ambarda bulunan tüketicilerin, görebilecekleri mesafenin aynı olmaması” örneği ile anlatabiliriz. Finans piyasalarının uzmanı olan ve dünya finans (para ve sermaye) piyasalarında sürekli işlem yapan, bilgi alış verişinde bulunan banka ile sadece ihtiyacı olduğunda kredi alan –ki rapor konusu olaylarda genelde barınma ihtiyacı için konut kredisi kullanılmıştır–tüketicileri eşit şartlarda değerlendiremeyiz.

- 1.10.16 Haziran 2009 tarihli 27260 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Bakanlar Kurulu’nun 15 Haziran 2009 tarihinde Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Kararda değişiklik yapılmasına dair kararında 32 sayılı Kararın 17. maddesine eklenen (f) fıkrası ile “*Türkiye’de yerleşik gerçek kişilerce, bu maddenin (b) ve (e) fıkraları ve Bakanlıkça belirlenecek haller dışında, yurt içinden ve yurt dışından döviz veya dövize endeksli kredi kullanılamaz*” ibaresi eklenerek gerçek kişilerin döviz veya dövize endeksli kredi kullanımları yasaklanmıştır. **Bakanlar Kurulunun tüketicileri koruma amaçlı bu düzenlemesi, yürürlüğe girmeden önce yapılan kredi sözleşmelerine sirayet etmemiş ve o dönem dövize endeksli kredi kullanan tüketicileri korumamıştır.**

## 2.TESPİTLER

- 2.1. Ülkemizde en yaygın kullanılan döviz USD ve EURO’dur. Tüketicilerin, özellikle Japonya ve İsviçre ile ilişkileri yoksa, bu para birimleri hakkında bilgi sahibi olmamaları doğaldır. Her iki ülke de ekonomik açıdan güçlü olduğundan, tüketicilerin gözünde “ekonomilerine güvenilir ülke” olduğu düşünülebilir. Üstelik bir “*güven kurumu*” olan bankaların da bu para birimlerine endeksli finansal ürün çıkarmaları ve tüketicileri bu ürünlere çeşitli reklam ve yapılan haberler yoluyla yönlendirmeleri, tüketicilerde bu para birimine ve dolayısıyla bankaların çıkardığı finansal ürüne güven yaratmıştır.

Kaldı ki bankalar, bankacılık ve sermaye piyasası mevzuatları ve teamül-leri gereğince, **öncelikle müşterilerinin çıkarlarını koruyucu işlemler yapmak, onları aldatmamak, bankacılık işlemi için görüşmelerin başlamasından işlemin sonuna kadar zamanında ve sürekli aydınlatmak zorundadırlar.** Buna rağmen, bankaların gerek TCMB 2007-1 numaralı ödemeler dengesi raporunu bildikleri, gerekse yaklaşmakta olan global ekonomik krizi gördükleri halde, müşterilerini aydınlatmak şöyle dursun, onların zarar edeceğini öngördükleri halde, bir davada hazırlanan bilirkişi kurulunun tanımıyla **“egzotik” bir finansal ürün oluşturarak müşterilerine pazarladıklarını** tespit etmekteyiz<sup>6</sup>.

- 6 İzmir 2. Tüketici Mahkemesi'nin 2010/872 E. Sayılı dosyasında hazırlanan 13. 09. 2011 tarihli Prof. Dr. Oğuz ESEN (Bankacılık Öğretim Üyesi), Doç. Dr. Ayla Oğuz BİNATLI (Ekonomi Bölümü Başkanı) ve Prof. Dr. Huriye KUBİLAY (Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi) imzalı bilirkişi raporu:

**Rapor sayfa 6 ve 7:** “... Ekonomik krizler nedeniyle dolar ve avro kredilerinin riskinin artık Türk halkı tarafından anlaşılmış olması beklense de, **Japon Yeni gibi Türkiye’de sadece bir finansal ürün olarak var olan bir para birimindeki risk konusunda aynı oranda öngörülül olmalarını beklemek doğru değildir.** Ayrıca, bankalar bu kredi kullanıldığı dönemde bu para birimindeki riskin farkındadır. Bu bilgiyi tüketiciler aleyhine kullandıkları düşünülebilir. Döviz kurundaki artış, tacir sıfatını haiz oldukları için basiretli bir iş adamı olarak davranmak yükümlülüğü altında olan bankalar için öngörülebilen olsa da (TTKm. 20, f. 2) tüketiciler için değildir.

Bankalar, tüketicileri Japon Yeni ile konut kredisi kullanırmaya güçlü bir şekilde özendirmişlerdir. **Bankacıların yönlendirmesi olmadığı taktirde sıradan bir tüketicinin Japon Yeni ile kredi talep etmesini beklemek gerçekçi olamaz.** Tüketicilerin dövizle kullanılan kredilerin riskini öngörmeleri belki aşına oldukları Amerikan Doları ve Avro kredileri için geçerli olabilir. Tüketicinin bu para biriminin riskini doğru değerlendirmesini beklemek mümkün değildir.

Genel kural olarak, gelir farklı bir para biriminden, kullanılan kredi farklı birimi cinsinden ise, o kredi döviz kuru riski taşımaktadır ve bankalar Japon Yeni konut kredilerini gelirleri Japon Yeni bir yana hiçbir dövize endekli olmayan tüketicilere kullanırlmıştır. Burada bankaların sorumluluğu olmalıdır. **Bankalar Türkiye için “egzotik” sayılabilecek bir finansal ürün yaratmışlar, bunu da iyi pazarlamışlardır. “Egzotik” ürünler kurumsal ve sofistike bireysel yatırımcılara kullanırlabilir ancak temel ihtiyaçlar için sıradan tüketiciye kullanırlması sakıncalıdır.** Bunun önlenmesi için, çıkan problemler karşısında bankalar da sorumlu tutulmalıdır, zira bankalar her zaman tüketiciden daha fazla bilgi ve deneyim sahibidir, yani tüketici aleyhine bir bilgi asimetrisi söz konusudur. Tüketicilerin uğradığı mağduriyet sonucu hükümet de önlem almak zorunda kalmış ve 16 Haziran 2009 tarihli 27260 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Bakanlar Kurulu’nun 15 Haziran 2009 tarihinde Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Kararda değişiklik yapılmasına dair kararda 32 sayılı Kararın 17. maddesine eklenen (f) fıkrası ile “Türkiye’de yerleşik gerçek kişilerce, bu maddenin (b) ve € fıkraları ve Bakanlıkça belirlenecek haller dışında, yurt içinden ve yurt dışından döviz veya dövize endekli kredi kullanılamaz” ibaresi eklenerek gerçek kişilerin döviz veya dövize endekli kredi kullanımları yasaklanmıştır.

Davacı kredi sözleşmesini Eylül 2008’de imzalamıştır. TCM>B verilerine göre Japon Yeni Ekim 2008’de %29, Kasım 2008’de %11 artmıştır. 2009 yılında Japon Yeni %31 artmıştır. **Bu koşulların sıradan bir tüketici için öngörülemez ve sürdürülemez olduğu açıktır.** Zira bunu öngörebilen hiçbir tüketici Japon Yeni kredisi kullanmaya yanaşmayacaktır. Bankaların ise öngördüğü, diğer bazı bankaların davacıya kredinin kullanırlıldığı tarihte Japon Yenine endekli kredi kullanmayı durdurmalarından anlaşılmaktadır. Kanımızca, bu bankalar için olmasa da tüketiciler için olağanüstü ekonomik olay olarak kabul edilmelidir. Bankaların bu durumu öngörmüş olması beklenebilir, ancak tüketicilerden bu düzeyde bir öngörü beklenemez.”

**Raporun Sonuç Bölümü:** “... Yerleşmiş Yargıtay kararları ile ortaya çıkan uyarılma koşullarının somut olayda gerçekleştiği, TTKm. 20, f. 2 uyarınca basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunan bankalar tarafından öngörülebilsede davacı tüketici tarafından katlanılamayacak hale gelen durumun öngörülmesi olanağının bulunmadığı görüşüne vardığımızı ...”

2.2. Bankalar bir para birimine endeksli kredi cinsini iki yolla oluşturabilir. Ya yurt dışından maliyeti çok düşük sendikasyon kredisi alarak, bu krediden elde ettiği parayı müşterilerine kredi olarak verirler ya da böyle bir kredi almasa bile, yabancı para birimine endeksli bir finansal ürün oluşturabilirler.

İlk ihtimal olan, bankaların yurt dışından sendikasyon kredisi almaları halinde; bankalar, ileride karşılaşılabilecekleri kur risklerine karşı kendilerini korumak için (hedding), uluslar arası finansal piyasalarda opsiyon ya da forward işlemi yaparlar. Bankacılıkta riskten korunma çok önemli olduğundan, bankaların mutad uygulaması bu şekildedir. Konuyu örnek ile açıklarsak; bankanın uluslar arası piyasalardan aldığı sendikasyon kredisinde 1 CHF = 1, 18-TL ise, opsiyon piyasaları sayesinde kendisi için bu kuru sabitler. Finansal ürünlerden faydalanma bilgi ve imkanından yoksun olan tüketiciler ise kur riskine katlanmak zorunda kalmaktadırlar. Aynı örnek üzerinden gidersek, tüketici 1, 18'dan kredi kullanmış ve ödemelerini sabit CHF (örneğin 1. 000-CHF) karşılığı TL (1. 180-TL) olarak yapmaktadır. Kurun 2, 01-TL olması halinde tüketicinin ödeyeceği meblağ artacaktır (2. 010-TL). Ancak banka için maliyet hala 1, 18-TL (örneğimize göre 1. 180-TL) olacağından, kur artışı bankanın kârı olacaktır (2, 01-1, 18 = 0, 83-TL / örneğimize göre banka 2. 010 - 1. 180 = 830-TL banka kâr edecektir). Tabi bankalar faizden de kazanmaya devam etmektedirler. Yani bankalar, bu halde kur artışından ayrıca –ve gizlice-kar elde etmektedir. Bu yöntemler nedeniyle, **paranın maliyeti taraflar (bankalar ve tüketiciler) için bir değildir.**

İkinci yöntemde ise, banka bir para birimini baz alarak (endeks gösterecek), kredi taksitlerini bu para biriminin karşılığındaki TL olarak yapmasını ister. Banka bu halde yurt dışından kredi de almadığından, katlanmak zorunda olduğu kur riski ve sendikasyon kredisinin maliyeti de bulunmamaktadır. Banka hazırlamış olduğu finansal üründe, faiz kazancından başka, kurlardaki yükselmeden de kazanç elde edecektir.

Oysa her iki halde de tüketici, kurların yükselmesi nedeniyle daha yüksek meblağda taksit ödeyecektir.

Sonuç olarak, dünyadaki ekonomik gelişmelerden haberdar olan bankalar, bu gelişmelerdeki öngörülerine uygun olarak, kredi faizinin dışında kurların yükselmesinden de kar elde edebilecekleri yeni finansal enstrümanlar (JPY ve CHF'ye endeksli krediler) üretmişlerdir. Ancak bu beklenti ve riskler hakkında müşterilerini bilgilendirdiklerine dair herhangi bir delil tarafımıza ulaşmadı.

Oysa ki bankalar, 6102 sayılı *TTK m. 18/2* gereğince **basiretli tacir** gibi davranmakla yükümlü oldukları, konusunun uzmanı ve Bankacılık Kanunu'nun tanımladığı bankacılık işini imtiyaz suretiyle yapması (*YHGK E. 1994/11-178, K. 1994/398, T. 15. 06. 1994*) nedeniyle Yargıtay Kararlarıyla “**ağırlaştırılmış özen yükümlülüğü**” altında oldukları kabul edilmeleri<sup>7</sup> ve ayrıca kredi sözleşmelerinde **banka kayıtlarının kesin delil olduğuna dair delil sözleşmesi** imzalatmaları gerekçeleriyle, müşterilerini uyardıklarını ve aydınlattıklarını ispat etme yükümlülüğü altındadırlar.

Görüşme imkanı bulduğumuz tüketiciler ise bu bilgilendirmenin yapılmadığını ileri sürmüşlerdir. Bu nedenle de tüketiciler, geçmiş yıllardaki düşük kurun devam edeceği ve banka ile anlaştıkları gibi düşük meblağlar ödeyerek kredi borçlarını kapatabilecekleri beklentisi içindedirler. Tüketici yönünden akdedilen sözleşmenin de temelini bu beklenti oluşturmaktadır. Kurların öngörülemezlik ölçüde yükselmesi, tüketiciler açısından kredi sözleşmesini temelden sarsmıştır.

- 2.3. Tüketicilerin önemli bir kısmı, barınma ihtiyaçlarını karşılamak için, JPY ve CHF'ye endeksli kredileri alarak konut almışlardır. Bankaların hazırladıkları ve tüketiciyi yönlendirdiği bu kredilerdeki para birimi hakkında tüketicilerin yeterli bilgisi bulunmamaktadır. Oysa ki bankalar kurların artabileceğini ve bir ekonomik kriz ile karşılaşılabilceğini öngörecektedirler. Nitekim bu –çoğu da 5 yıl ya da daha uzun vadeli-finansal ürünler piyasaya sürüldükten kısa bir süre sonra, dünyada ekonomik kriz meydana gelmiş ve kurlar öngörülemezlik ölçüde %100'ün üzerinde artmıştır. Bu artış tüketici için çok büyük zararlar ve hatta yıkımlara yol açarken; bankalar için ise büyük karlara vesile olmuştur.

Üstelik dikkat çekmek gerekir ki, **Türkiye’de (diğer yabancı para birimleri dahil) hiçbir şey, bankaların kredilerinde endeks olarak kabul ettiği bu iki para birimi kadar artmamış**, hayat bu ölçüde pahalılaşmamış, hiçbir yatırım bu kadar zarar (karşı taraf için ise kar) yaptırmamıştır.

Bu durumda, finans piyasalarının uzmanı olduğundan imtiyazlı olarak faaliyet gösteren ve bir güven kurumu olan bankaların, tüketicilerin zor durumundan ve tecrübesizliğinden yararlanarak, tüketicilerin hakkında yeterli bilgileri olmadığı CHF ve JPY'ye endeksli konut kredileri üreterek kullandırmaları, daha sonra kurların aşırı derecede artarak edimler arasında aşırı dengesizliğin oluşması, 818 sayılı BK m. 21’de düzenlenmiş

7 Bankalar, 6098 sayılı TBK m. 115 -818 sayılı BK m. 99- gereğince hafif kusurundan dahi sorumludur.

olan “**gabin**”<sup>8</sup> (6098 sayılı TBK m. 28 “**aşırı yararlanma**”<sup>9</sup>) hükümlerinin uygulanabileceğini düşündürmektedir.

Nitekim Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 2003/8339 E. , 2009/6999 K. sayılı ve 10. 06. 2004 tarihli emsal bir kararıyla, finansal piyasaların uzmanı ve imtiyazlı olarak çalışan bankaların da “gabin” hükümlerinden yararlanabileceğine hükmetmiştir<sup>10</sup>.

- 8 818 sayılı BK'nın “Gabin” kenar başlıklı 21. maddesi: “Bir akitte ivazlar arasında açık bir nispetlilik bulunduğu takdirde, eğer mutazarrırın müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, mutazarrır bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir.

*Bu müddet, akdin inikadından itibaren cereyan eder.”*

- 9 “**Aşırı Yararlanma**” madde başlıklı TBKm. 28: “Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.

*Zarar gören bu hakkını, düşüncesizlik veya deneyimsizliğini öğrendiği; zor durumda kalmada ise, bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde sözleşmenin kurulduğu tarihten başlayarak beş yıl içinde kullanabilir.”*

- 10 Yargıtay tüketici bir yana, bankaların dahi gabin hükümlerinden yararlanabileceğine hükmetmiştir.

Yargıtay 19. H. D. 2003/8339 E. , 2004/6999 K. sayılı ve 10. 06. 2004 tarihli kararı (Kaynak: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/19hd-2003-8339.htm>): “**DAVA** : Taraflar arasındaki karşılıklı itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı esas davanın kısmen kabulüne, karşı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraf vekillerince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

*Banka talep edilen faiz oranının fahiş olduğunu, müzayaka halinde bulunması nedeniyle bu meblağı ödeme zorunluluğu bulunmadığını belirterek gabine dayanmıştır.*

*BK'nın 1. maddesine göre tarafların karşılıklı ve birbirine uygun olarak rızalarını beyan ettikleri takdirde sözleşme kurulmuş olur. Taraflar akdin konusunu Kanun'un getirdiği sınır dairesinde serbestçe tayin edebilirler. (BK m. 19) Görüldüğü gibi hukuk sistemimizde sözleşme yapma özgürlüğü vardır. Ancak sözleşme yapma özgürlüğü de maddi ve hukuki yönden bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur (B.K m. 19-20). Gabinde sözleşme yapma özgürlüğüne getirilen bir sınır olup, kanun koyucu BK'nın 21. maddesinde öngörülen şartların oluşması halinde sözleşmede karşılıklı edimlerin kapsamının serbestçe tayin edilmesini sınırlamıştır. Hükme göre “bir sözleşmede ivazlar arasında açık bir isabetsizlik bulunduğu takdirde eğer gabin zarar görenin müzayaka halinde bulunmasından veya hiffetinden, yahut tecrübesizliğinden istifade suretiyle vukua getirilmiş ise, zarar gören bir sene zarfında akdi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilir.” Görüldüğü gibi gabinin sözkonusu olabilmesi için edimler arasında aşırı bir değer farkı olması, bu durumun diğer tarafın müzayaka (dar-da kalma) veya hiffetinden veya tecrübesizliğinden yararlanılarak meydana getirilmiş bulunması gerekir.*

*Tacir olan banka BK nun 21. maddesinde belirtilen hiffet veya tecrübesizlik hallerine dayanmazsa da müzayaka halinden istifade suretiyle meydana gelen edimler arasında açık bir nisbetsizlik bulunan hallerde akdi feshedilebilir (Karayalçın, Yaşar: Ticaret Hukuk I. Ticari İşletme Ankara 1968 S. 221; Başbuğ İrfan Başçılar Hukuku İzmir 1977 S. 90). Davalı banka kararlaştırılan faiz oranını kısmen kabul edip ödeme yaptığını göre ödenmeyen kısım yönünden sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirilmiş sayılır.*

*Bu durumda mahkemece, davacı hesabına tahakkuk ettirilen gecelik faiz oranlarının, öncelikle uyuşmazlık konusu dönemlerde (daha sonra TMSF ye devir olunan bankalar hariç) diğer banka ve aracı kurumların uyguladığı repo, ters repo ve gecelik faiz oranları araştırılarak aşırı olup olmadığı, diğer bir anlatımla sözleşmedeki ivazlar arasında açık bir dengesizlik (objektif unsuru) bulunup bulunmadığı, şayet bir nispetlilik varsa bunun bankanın aşırı oranda gecelik faizlerin uygulandığı dönemde içerisinde bulunduğu*

Ancak tüketiciler, gerek bankaların itibarlarını sarsmamak, gerekse temelden çöken sözleşmedeki aşırı ifa güçlüğüünün ortadan kaldırılarak sözleşmelerin ayakta tutulmasını amaçladıkları için, “gabin” ya da “aldatma” (hile) hükümleri doğrultusunda taleplerde bulunmuşlar, sözleşmenin değişen şartlara göre uyarlanmasını talep etmişlerdir.

- 2.4. Sözleşmeler, çoğunlukla iki taraflı hukuksal işlemlerdir. Karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasıyla kurulurlar (TBK m. 1). Taraflar, sözleşme görüşmelerini eşit söz hakkıyla yürütürler ve nihayetinde sözleşmeyi kurarlar. Kural olarak taraflar arasında kurulan sözleşmelerin ayakta tutulması prensibi (pacta sunt servanda) asıldır. Ancak sözleşmenin ayakta tutulabilmesi, taraflar arasındaki, sözleşmenin kurulması sırasında var olan ekonomik dengenin devam etmesine bağlıdır. Tarafların birbirine edimlerini ifa etmek için vermiş oldukları söz, sözleşmenin yapıma anındaki durum ve koşullar için verilmiş olup, bu koşulların devamı halinde tutulabilir. Kaldı ki taraflar, sözleşme yaparken, koşulların değişmeyeceği beklentisi içindedirler ve buna dayanarak söz verirler. Bu koşullarda köklü değişiklikler olması halinde, sözün tutulması, edimin ifa edilmesi ilkesinin gözden geçirilmesi, adil olacaktır. Hukuki tüm prensiplerin ruhu adalettir. Bu nedenle “ahde vefa” ilkesinin sınırını da, bu ilkenin sivri köşelerini törpüleyen ve taraflarca daha adil hale getiren “sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması” (*clausula rebus sic stantibus*) gerekliliği oluşturmaktadır. Doktrinde “**Emprevizyon**” (*beklenmeyen hal*) olarak adlandırılan teori uyarınca, sözleşmenin kurulmasından sonra içerdiği şartlarda önemli değişikliklerin meydana gelmesi, sözleşmenin kurulduğu an ile ifa anı sırasında bulunması gereken uyumun çökmesi durumunda, sözleşmenin değişen şartlara uygun hale getirilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin uyarlanması, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 245/b-2 (bağışlama taahhüdünden rücu), 282 (hasılat kirasında kiradan indirim hakkı) ve 365. (istisna sözleşmesi) maddelerinde düzenlenmiştir. Bu özel hallerin dışında, genel olarak hukuk sistemimizin temelini oluşturan, MKm. 2’de de düzenlenmiş bulunan *doğruluk ve dürüstlük* kuralları gereğince

*koşullara göre müzayaka halinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı (sübjektif unsur) ve yukarıda açıklanan hususlar da gözetilerek banka kayıtları üzerinde, ekonomist, bankacı ve borçlar hukuku konusunda uzman öğretim üyelerinden oluşacak yeni bir bilirkişi kurulu ile inceleme yaptırılarak alınacak rapor doğrultusunda ve varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*

**SONUÇ :** Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün davacı yararına BOZULMASINA, davacı-karşı davalının peşin öğretim üyelerinden oluşacak yeni bir bilirkişi kurulu ile inceleme yaptırılarak alınacak rapor doğrultusunda ve varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.

**Keza YHGK 2004/19-346 E. , 2004/374 K. sayılı ve 23. 06. 2004 tarihli kararı (Kaynak: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2004-19-346.htm>) ve bunun gibi birçok karar da aynı yöndedir.**

de sözleşmenin uyarlanması kabul edilmektedir. Kanımızca uygulamada da BK'nın 117. maddesinde düzenlenen "kusursuz ifa imkansızlığı" hükümleri de temel alınarak, edimler arasındaki önceden öngörülemeyen uyumsuzluklar mahkemelerce giderilmiş ve sözleşmeler taraflar için adil bir düzlemde ayakta tutulmuştur. Bilindiği üzere uyarlanmanın koşulları şunlardır:

- Sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmuş olması
- Sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların önceden tahmin etmesi, öngörmesi ve göz önünde tutması mümkün olmayan olağanüstü olayların meydana gelmesi,
- Edim dengesinin bir taraf aleyhine bozulması,
- Ortaya çıkan yeni koşullar bir tarafın edimin ifasını güçleştirmesi ve borçlunun bunda kusurunun bulunmaması.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "**Aşırı İfa Güçlüğü**" kenar başlıklı **138. maddesi** ise incelediğimiz konuya ilişkin açık bir hüküm getirmiştir<sup>11</sup>. Özellikle bu maddenin 2. fıkrasının "**Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.**" şeklinde düzenlenmesi, çok dikkat çekici ve manidardır. Böylece kanun koyucu, hukuk camiasının dikkatini –usulü dairesinde–döviz kredilerine de çekmiştir.

Madde gerekçesinde de açıkça yazdığı üzere; ahde vefa ilkesinin istisnalarından biri olan "**işlemin temelinden çökmesi**" durumunda, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde öngörülen "dürüstlük kuralları" gereğince, -imkansızlık kavramından farklı olarak-"aşırı ifa güçlüğü"nde uyarlama yapılması gerekmektedir. Borçlunun sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını isteme hakkını kullanabilmesinin şartları şunlardır:

- Sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır.

11 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Aşırı İfa Güçlüğü" kenar başlıklı 138. maddesi:

"Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemeyen ve öngörülmesi de beklenmemeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden 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 hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.**"

- Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır.
- Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır.
- Borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Emprevizyon, Alman Medeni Kanunu'nda daha net bir şekilde düzenlenmiştir. **BGB § 313 İşlemin Temelden Bozulması**<sup>12</sup>:

*“(1) Sözleşmenin temelini oluşturan hâl ve şartlar sözleşmenin kurulmasından sonra ağır bir biçimde değişmiş ve taraflar bu değişikliği öngörmüş olsalardı sözleşmeyi hiç yapmayacak veya başka bir içerikle yapacaklarsa, somut olayın özelliklerinin, özellikle de kanuni veya sözleşmesel risk dağılımının göz önünde tutulması sonucunda taraflardan birinden sözleşmeye olduğu gibi bağlı kalınmasının beklenemeyeceği durumlarda, sözleşmenin uyarlanması istenebilir.*

*(2) Tarafların sözleşmenin temeli haline gelen esaslı tasavvurlarının sonradan yanlış olduğunun ortaya çıkması, hâl ve şartların değişmesine müsvavidir.*

*(3) Sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığı veya taraflardan birinden beklenemediği durumlarda, mağdur olan taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli borç ilişkilerinde dönme hakkının yerini fesih hakkı alır.”*

İncelediğimiz konuya gelince, bankaların hazırladıkları bir finansal ürün olan CHF ve JPY'ye endeksli krediler, bankaların gerek reklam ve gerekse şubedeki pazarlama teknikleri ile yönlendirmesi sonucu tüketiciler tarafından kullanılmıştır. Uzun vadeli olan bu krediler kullanıldıktan kısa bir süre sonra, dünyadaki ekonomik kriz nedeniyle özellikle CHF ve JPY'nin kurları TL karşısında aşırı derecede değerlenmiştir. Bu kurlardaki yükselme, yaklaşık olarak USD ve EURO'nun iki katı seviyelerine ulaşmıştır. Kurlardaki bu olağanüstü artış, tüketicinin ödeme gücünü aşmıştır. Şartlar tüketicinin aleyhine gelişirken, kur artışları bankalar için ayrı bir kazanç sağlamıştır. Bu durum **“işlemin (sözleşmenin) temelden çökmesi”**ne neden olmuştur.

12 Av. Lütfü Başöz / Av. Ramazan Çakmakçı: Yeni Türk Borçlar Kanunu, Genel Gerekçeli, Madde Gerekçeli, Adalet Komisyonu Raporları, Yenilenen Kavram, Terim ve Deyimler Listesi, Karşılaştırmalı Eski ve Yeni Madde Metinleri, Eski ve Yeni Maddelerin Karşılaştırma Tabloları, Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Legal Yayınları, 2001 İstanbul, s. 227-228.

**Taraflar arasında, finansal piyasaya hakimiyet dolayısıyla öngörme imkanı açısından da farklar bulunmaktadır.** Bankalar uzmanlık alanı ve iştiğal konusu gereği uluslar arası finansal piyasaları izlemek zorunda olduklarından, finansal krizin yaklaşmakta olduğunu görebilecek durumdadırlar. Ayrıca bankalar 2007 tarihli TCMB raporunu da bilmektedirler. Tüketicilerin ise bu imkanları bulunmamaktadır. Tüketicilerin ifade ettiğine göre bankalar bu para birimlerinin geçmiş yıllarda değeri- lenmediğine ilişkin bilgi vermiş ve grafik göstermiş. Bu nedenle tüketiciler, kurların aşırı artışını öngörebilecek durumda değildirler. Tüketicilerin tanıdığı USD ve EURO'nun değeri ise, CHF ve JPY'nin yaklaşık yarısı kadar artmıştır. Bu nedenlerle, tüketicilerin -bankaların aksine-, güven müessesesi olan bankaların özel olarak kriz öncesi hazırladıkları en fazla yükselecek para birimlerine endeksli kredilerden aşırı zarar edeceklerini öngörmesi beklenemez.

Yaşanan ekonomik kriz, borçlu/tüketicilerden kaynaklanmamıştır. Aksine dünyada yaşanan ekonomik krizin sorumlusu, bankaların ürettikleri bir finansal ürün olan mortgagedir. Üstelik bankalar kendi ürettikleri bu türev finansal üründe, gerçek dışı değerlendirmeler yaparak, olmayan değerler yaratmışlardır. Bu köpük değerın patlaması sonucu, bankacılık ve finansal sistemde oluşan depresim, tüm dünya ekonomisini alt-üst etmiştir. Türk tüketici ise, hem hükümetin vaat ettiği ekonomik istikrara, hem de güven kurumu olan bankalara güvenerek, bankaların ürettiği ucuz olarak gösterilen kredi türlerini almıştır. Sonuç olarak yaşanan bu durumun sorumlusu tüketiciler değildir.

Dünya çapında yaşanan ekonomik kriz, bankaların ürettikleri CHF ve JPY'ye endeksli kredi taksitlerini etkilemiş ve tüketicilerin bankalar karşısındaki borcunu %100'den fazla artırmıştır. Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiştir.

2.5. Yukarıda incelediğimiz gibi emprevizyon şartları oluştuğu halde, Yargıtay iki dönemde birbirinden farklı emsal kararlar vermiştir.

Yargıtay 1994 krizi sonrası açılan davalarda, uyarılma şartlarının oluştuğuna hükmetmiştir<sup>13</sup>. Bu dönemde kullanılan krediler USD veya DM'ye

13 YHGK 1996/11-674 E. , 1997/87 K sayılı ve 19. 02. 1997 tarihli karar: "ÖZET : Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık ilkesi (ahde vefa-pocta sunt servanda) Yanında sözleşme serbestisi ilkeleri kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre kişiler, özel hukuk alanında özel ve tüzel kişilerle olan ilişkilerini, var olan hukuk düzeni içinde kalmak koşuluyla diledikleri gibi düzenlemek, diledikleri konuda diledikleri ile diledikleri tipte sözleşme yapmak hak

endeksliydi. Yani Türk halkı, öteden beri USD ve DM (Mark'ı) bilmekte, kullanmakta ve yatırım yapmaktaydı.

2000'li yıllara gelindiğinde Yargıtay görüş değiştirmiştir. Yargıtay Nisan 1994, Şubat 2001 ve 2004 ekonomik krizlerini örnek vererek, -genel hatlarıyla-“Türkiye’de kriz öngörülebilir ve öngörülmalıdır” demiştir. Bu kararlar verilirken, kullanılan krediler USD ve EURO kredileriydi.

Raporumuzun konusunu teşkil eden 2008 krizi ise, Türkiye’de aralıklarla yaşanan ve ülke ekonomisinin yapısından kaynaklanan bir kriz değildir. Yaşanan **dünya genelinde bir krizdir**. Üstelik hükümetin istikrar vaa-di, tüketicide yatırım yapma ve borçlanma konusunda güven yaratmıştır. Krizin etkileri ortaya çıktıktan sonra da Sayın Başbakan’ın, krizin Türkiye’yi etkilemediğini, “teğet geçtiğini” defalarca dile getirmesi, tüketici nezdinde ekonomide istikrarın sürdüğü, yatırım yapabileceği ve borçlanabileceği güvenli bir ekonomik atmosfer olduğu algısı oluşturmuştur. Nitekim TÜFE ve ÜFE oranları ortadadır. Tüm bu algı, Yargıtay karar-

*ve özgürlüğüne sahiptirler. Bu olanak, borçlar kanunu’nda öngörülen (sözleşme serbestliği) İlkesinin bir sonucudur ve bu hak ve irade özerkliği (sözleşme hürriyeti) Kavramı, anayasa tarafından teminat altına alınmıştır. O halde kişiler sözleşme serbestliği ilkesine göre “kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev’i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, hukuka (yani buyurucu ve yasak koyan hukuk kurallarına), ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşmelerin fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde serbestçe tayin etmek hakkını haizdir.*

*Bankalar hükümetin izniyle faaliyette bulunan, özkaynaklarından ziyade faiz karşılığında topladıkları mevduatı, Türk ekonomisinin gelişme hedefleri doğrultusunda kredi olarak ekonominin kullanımına sunan ticari kuruluşlardır. Bankanın bu özel durumlarının sözleşmenin uyarlanması yapılırken gözden uzak tutulmamasına özen gösterilmesi gerekir. ”*

**YHGK 1996/11-762 E. , 1997/77 K sayılı ve 19. 02. 1997 tarihli karar: “ÖZET : Hukukumuzda sözleşme serbestliği ve sözleşmeye bağlılık esas ise de, Devletin; para ve kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının düzenli işlemlerini sağlamak ve böylece tüketiciyi koruyucu tedbirler almak gibi Anayasal yükümlülüğü de bulunduğu; bankalardan dövize endeksli kredi alınması durumunda, krediyle alınan aracın, yurt dışı fiyatının döviz bazında değişmemiş olması, davanın reddi için yeterli neden olamaz.**

*Dövize endeksli krediler konusunda uzman ve üniversitenin ekonomi, bankacılık, ticaret hukuku kürsülerinde görevli bilirkişi kurulu oluşturularak davalı bankanın, ayrıca uyarlamayı öneren ve uygulayan bankaların kayıtları, döviz kurları, faiz oranları ve diğer unsurlar Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde tartışılarak, ekonominin olağanüstü etkinlikleri altında kalan kredinin, Türk Parası’na uyarlanmasının gerekip gerekmediği araştırılarak, oluşacak sonuca göre karar verilmelidir. ”*

**YHGK 1997/11-460 E. , 1997/651 K sayılı ve 17. 09. 1997 tarihli karar: “ÖZET : 1. Tarafların yaptığı akide, önceden açık veya kapalı olarak koşulların olağanüstü ölçüde değişmesi işlem temelini kısmen veya tamamen çökmesi halinde, adalet, doğruluk ve dürüstlük kurallarına dayanarak “akdi uyarlama” benimsenmiştir. Sözleşmeye bağlılık ve saygı esastır, uyarlama daima yardımcı çözüm olarak düşünülmelidir. Karar verilirken, sözleşmeye yönelik ve bağlantılı değerlendirmeler yapılmalı, özellikle tarafların farazi iradeleri yani taraflar sözleşmede açık kalmış hukuki meseleyi sözleşmenin in’ikadı sırasında düzenlenmiş olsalardı, doğru ve makul düşünen taraflar olarak neyi kararlaştırabileceklerinin tesbitine önem verilmelidir.**

2. **Hükümetçe alınan olağan üstü ekonomik kararlar sebebiyle, dövize endeksli kredi sözleşmesinin uyarlanması talebiyle açılan davanın da yukarıdaki prensipler içinde araştırılıp karara bağlanması gerekir. ”**

larının dayanağı olan öngörülebilirliği engellemiştir. Kurların ilk etapta artmasından sonra, normale döneceği beklentisi içinde olan tüketiciler, idari yolla çözüm aramışlar, bu yollardan bir sonuç elde edemeyince bir kısmı dava açarak adaleti arama yoluna başvurmuşlardır.

Öngörülebilirlik hususunu başka bir açıdan daha değerlendirmek gerekir. Raporun önceki bölümlerinde dile getirdiğim gibi, bankalar, iştiğal konuları finans olduğundan ve dünya finansal piyasalarında işlemler yaptıklarından, yaşanan tüm gelişmelerden, tüketicilere oranla çok daha önce haberdardır. Ayrıca 2007 tarihli TCMB raporunu da bilmektedirler. Bankalar, tüm bu bilgilerin ışığı altında, Türk halkının hiç tanımadığı iki para birimine endeksli finansal ürün oluşturmuşlar, bu ürünlerin (özellikle para birimlerinin) güvenilirliğini basını da kullanarak halka empoze etmiş ve pazarlamışlardır. Kriz ortaya çıktığında ise, Türk halkının tanıdığı, bildiği USD ve EURO, bankaların seçerek oluşturdukları finansal ürünün endeksi olan JPY ve CHF'nin yaklaşık yarı oranında değerlendirilmiştir. Diğer bir deyişle, bankalar ellerindeki özel bilgilerden yararlanarak, tüketicilerden daha fazla kazanç elde edecekleri (tüketicilerin ise daha fazla zarar edeceği) ürünler hazırlamışlardır. Yargıtay kararlarındaki öngörülebilme kriteri, bu özel durum nedeniyle de geçerli olmamaktadır.

- 2.6. Davalarda, Yargıtay'ın ülke ekonomimizin durumuna bakarak oluşturduğu "*Türkiyede kriz öngörülebilir ve öngörülmalıdır*" içerikli kararlarından etkilenecek rapor hazırlayan bilirkişiler, son raporlarında düşünce değiştirmiş ve aşırı ifa güçlüğü şartlarının oluştuğuna ve uyarlama yapılması gerektiğine dair raporlar vermeye başlamışlardır. Ancak burada uyarlama yaparken hatalı yöntem kullanmaktadırlar. Kredinin kullanıldığı tarihteki TL, USD ve EURO kredileri ile karşılaştırma yapmaktalar ve bunlar arasında en uygun kredi tipini tespit ederek, tüketicinin kredisini bu tip krediye (örneğin EURO'ya endeksli krediye) çevirmektedirler. Oysa ki Sayın Bilirkişilerin gözden kaçırdıkları nokta, tüketicilerin kredi kullanırken bütçeleri sadece bankaların pazarladığı JPY ve CHF'ye endeksli ucuz olan kredileri almaya müsaitti. Bu nedenle tüketicinin kullandığı kredinin alternatifi, diğer kredi tipi değildir. Ya bu krediyi alıp, başını sokacak bir ev alacak, ya da hiç kredi almayarak kirada oturmaya devam edecek durumdaydılar. Oysa bilirkişiler son derece iyi niyetli olarak sorununa çare ararken, banka yerine geçip -yine tüketicinin ödeme imkanı olmayan-başka bir krediyi tüketiciye verme sonucunu doğuran raporlar hazırlamışlardır.

Uyarlama yapılması gerektiği yönünde görüş bildiren bazı bilirkişiler ise, dava açıldığı andaki kuru baz alarak değerlendirme yapmaktadırlar. Oysa ki dava açabilenlerin davayı açtıkları an, ateşin bacayı sardığı andır. Tüketiciler ile görüşmemiz nedeniyle edindiğim bilgiler sonucu, bazı tüketicilerin neden kurun %100'den fazla değerlendirildikten sonra dava açtıklarını Sayın Komisyonunuza bildirmek isterim. Bu süreci hatırlarsak, tüketiciler 818 sayılı BK'da uyarlamaya ilişkin hüküm bulunmaması ve Yargıtay'ın aleyhe karar vermesi nedeniyle, 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesini beklediler ve bu kanununun 138. maddesinden yararlanmak istediler. Bu süreç içinde, bazı mahkemeler davayı reddettiklerinde, banka lehine "nisbi" vekalet ücretine hükmettiler. Zaten borcunu ödeyemeyen tüketiciler, bir de bu kararlar nedeniyle çok yüklü vekalet ücreti ödeme zorunda kaldılar (Neyse ki Yargıtay bu kararları bozarak, "maktu" vekalet ücretine hükmetti). Tüm bu nedenler, tüketicilerin davayı açmasını geciktirdi. Hatta bazıları tüketiciler ise gelişmeleri izlemek amacıyla hiç dava açmadılar. Ancak bu durum, tüketiciler açısından katlanılamayacak hal olduğu anlamına gelmemektedir.

Bizce uyarlama için yapılması gereken, kredinin verildiği şartlar da göz önünde tutularak, sözleşmenin başlangıç tarihinden itibaren bir endeks belirlenmesidir. Örneğin TEFE-ÜFE ortalaması gibi. Ya da bir kur tespit edilerek, kur burada sabitlenebilir.

2.7. Yukarıda tespit ettiğimiz nedenlerle, temelden çöken kredi sözleşmelerinin ayakta tutulabilmesi için tüketicilerin uyarlama davası açma koşullarının oluştuğu kanısındayız. Ancak bu problem sadece iki tarafı ilgilendirmemekte, binlerce tüketici ile birçok bankayı ve son tahlilde de ülke ekonomisini ilgilendirmektedir. Bu nedenle İstanbul Barosu'nu temsilen yapmış olduğum açıklama ile dava açmaya gerek kalmadan, idari otorite olan BDDK'dan, tüketiciler ile bankalar arasına girerek sorunu çözmelelerini istemiştik<sup>14</sup>. Ancak BDDK "konunun tarafı olmadığını" ileri sürerek,

14 İstanbul Barosu'nun basın duyurusu, 18. 08. 2001 tarihli Aydınlik Gazetesi'nde, 23. 08. 2011 tarihli Adaletbiz Web Sitesinde ([www.adaletbiz.com/gundem/avismail-altay-uyarlama-davasi-acariz.htm](http://www.adaletbiz.com/gundem/avismail-altay-uyarlama-davasi-acariz.htm)), 25. 08. 2011 tarihli Haberkis Web Sitesinde ([www.haberkis.net/index.php?option=com\\_content&id=7760:kuru&Itemid=55](http://www.haberkis.net/index.php?option=com_content&id=7760:kuru&Itemid=55)), 01. 09. 2011 tarihli Sözcü Gazetesi'nde yayınlanmıştır. Basın Duyurusu Metni:

"Sayın Basın mensupları, Dünya çapında yaşanan ekonomik kriz, ülkemizi de vurmaya başladı. Hükümetin "istikrar" vaatlerine güvenerek bankalardan dövizle kredi kullanan vatandaşımız, kurların aşırı artışı artması sonucu borçlarını ödeyemez duruma düşmüşlerdir. Kredi akdinin kurulduğu dönemdeki şartlar değişmiştir. Tarafların akde bağlılıklarını devam ettirebilmeleri için, sözleşmenin kurulduğu olağan dönemki şartların devam ediyor olabilmesi gerekir. Oysa ki, yaşadığımız ekonomik kriz, henüz bu aşamada dahi kredi kullananların edimlerini yerini getirmelerini engellemektedir. Bir süre sonra sosyal infial yaşanacağı gün gibi aşikardır. Dışlerinden karnaklarından artırdıkları tasarrufların üstüne, bankadan aldıkları kredileri koyarak ev-bark sahibi olan namuslu vatandaşımızı, ekonomiyi yönetenler terk etmemesi gerekir. Ekonomik krizin sorumlusu

sorunu çözme yolunda adım atmamıştır.

Bazı banka vekilleri ile yaptığım toplantılarda ise, bankaların yargı kararını bekleme eğiliminde oldukları ve anlaşma ile sorunu çözme yoluna gitmeyecekleri sonucuna ulaştım.

Sorunun çözülememesi halinde, bankalar vermiş oldukları kredilerin teminatı olan ipotekleri paraya çevirerek, kur artışından da sağlamış olduğu çok yüksek karlarını realize edeceklerdir. Tüketiciler ise dışlerinden tırnaklarından artırarak yapmış oldukları birikimlerden ve aldıkları konuttan olacakları gibi, birçoğu da üste borçlu kalacaktır.

Basına yaptığımız açıklamada da dile getirdiğimiz gibi, bu boyuttaki sorunu çözmek, sosyal devletin sorumluluğudur. Bu nedenle bir yurttaş olarak, soruna eğilen ve çözüm arayan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne şükranlarımı sunarım.

### 3. ÖNERİLER

Şu an yaşanan dövizdedeler krizi, aslında 2008 yılında ortaya çıkan dünya ekonomik krizinin kalıntılarıdır. Sorunu üç dönemde inceleyebiliriz.

Bankalar ve TCMB'nin dünyada yaşanacak krizi öngörmeye başladığı ve özellikle de JPY'nin aşırı değerleneceğinin raporlara yansıdığı dönemi ilk dönem olarak incelememiz gerekir. Bu bilgiye sahip olan bankaların, krizden en karlı nasıl çıkacaklarının hesabını yaparak, Türkiye'de bilinmeyen JPY ve CHF'ye endeksli kredi türleri ürettikleri ve medyanın gücünden de faydalanarak güven sağlayıcı kampanya eşliğinde pazarlamasını yaptıkları kanısındayım. Bu para bilimlerinin, USD ve EURO karşısında yaklaşık iki kat daha fazla değerlendiğinin altını çizmek gerekir. Bu dönemde TCMB, idari otorite olan BDDK ve hükümet, henüz tüketicileri koruyucu bir önlem almamıştır.

*asla kredi borçluları değildir. Yaşanacak ödeme güçlüğünde vatandaşımızın asla kusuru bulunmamaktadır. Devlet olmak, sosyal barışı tesis etme ve devam ettirme görevi yükler. Şimdi hükümetin ve bankacılık alanında idari otorite olan BDDK'nın görev zamanıdır. Vatandaşımızın temerrüde düşmesine engel olun. Ekonomik istikrar vaadine güvenerek borçlanan vatandaşa sahip çıkın. Döviz Kredisi kullananların kurlarını sabitleyin. Aksi takdirde ipotekle aldıkları evleri ellerinden alınacak ve evlerinde hacizler yapılacak. Bu felaketi önlemek için bu hafta önlem alınması gerekmektedir. Bundan sonra ülkemiz yoğun bir şekilde uyarılma davalarına sahne olacak, tarafların acıları televizyon dizileri olacak. Unutmayın, kredi borçlularının aileleri var. İş hayatları var. Sosyal hayatları var. Bu ihmalden herkes olumsuz etkilenir. Bu kriz domino etkisi yaratır. Yetkililer, çok geç olmadan bu toplumsal felaketi önlemelidir.*

*Geldiğimiz bu durumda, önlem alınamazsa; bankaların kredi teminatlarını paraya çevrilmek için icra takiplerine başlamaları ya da yeni açılan Avrupa'nın en büyük adliyesinin, 6008 sayılı Borçlar Kanununda da düzenlenen uyarılma davaları ile iş yoğunluğuna gömülmesi işten bile değildir.*

*Teşekkür ederim. ”*

İkinci dönem olarak sayabileceğimiz kriz ortaya çıktığı tarihte (Eylül 2008), anılan para birimleri aşırı değerlenmiş ancak tüketiciler seslerini duyuramamışlardır. Hükümet yetkilileri ise “krizin Türkiye’yi teğet geçtiğini” söylemişlerdir. Ancak dövizin aşırı değerlenmesi nedeniyle mağdur olan yatırımcı ve tüketicilerin sorununa çare bulunamamıştır.

Üçüncü dönemde ise 16 Haziran 2009 tarihli 27260 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Bakanlar Kurulu’nun 15 Haziran 2009 tarihinde Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Kararda değişiklik yapılmasına dair kararında, 32 sayılı Kararın 17. maddesine eklenen (f) fıkrası ile **“Türkiye’de yerleşik gerçek kişilerce, bu maddenin (b) ve (e) fıkraları ve Bakanlıkça belirlenecek haller dışında, yurt içinden ve yurt dışından döviz veya dövize endekli kredi kullanılmamaz”** ibaresi eklenerek gerçek kişilerin döviz veya dövize endekli kredi kullanımları engellenmiştir. **Bakanlar Kurulunun tüketicileri koruma amaçlı bu düzenlemesi, yürürlüğe girmeden önce yapılan kredi sözleşmelerine sirayet etmemiş ve o dönem dövize endekli kredi kullanan tüketicileri korumamıştır.**

01. 07. 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı TBK’nın 138. maddesinde, konuya ilişkin bir düzenleme getirilmişse de, mahkemeler Yargıtay’ın “Türkiye’de zaman zaman ekonomik kriz oluyor, bunun öngörülmesi gerekir” içerikli içtihadını aşamamışlardır. Oysa ki şartlar çok farklıdır, hem bir dünya ekonomik krizi yaşanmıştır, hem de bankalarca öngörülebilirliğin önüne perde çekildiğini düşünmekteyiz.

Ayrıca aşırı ifa güçlüğüne dayalı uyarlama davası açabilmenin şartlarından biri de, borcu ödemeye devam ediyor olmaktır. Oysa ki tüketicilerin birçoğu bu öngörülemez aşırı döviz değerlenmesi nedeniyle kredilerini ödeyemez duruma gelmiş, bir kısmı temerrüde düşerek bankanın icra takibine maruz kalmış ve ipotek olarak teminat verdikleri evler satılarak borcuna mahsup edilmiş, bir kısmı da temerrüde düşmekten kurtulabilmek için 3. kişilere evlerini satmış ve banka borcunu kapatmaya çalışmıştır. İşte bu tüketicilerin dava açma imkanları bulunmamaktadır. Ancak onlar da bu krizin mağdurlarıdır.

Gerek taraflar, gerekse kredisini ödemeye devam eden ya da evini satmak zorunda kalarak kredisini kapatanları orta bir noktaya getirecek ve eşitliği bozmayacak bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Bunda üç yöntem olduğunu düşünüyoruz:

**3.1. İlk yöntem, belirli bir kur sabitlemesi yapılması yöntemidir. Nitekim kriz dönemlerinde birçok satıcı, sattığı malın bedelini belirlediği bir kurdan sabitlemiştir.**

Nitekim kurların aşırı arttığı birçok dönemde, bilgisayar, beyaz eşya vs. dayanıklı tüketim ürünleri satan birçok firma, kurlarını sabitlediğini ilan ederek ticari hayatlarına devam etmişlerdir.

Ayrıca bildiğimiz kadarıyla Macaristan'da 29. 09. 2011 tarihinde “Meskenlerin Zorunlu Satışına ve Yabancı Para Cinsinden Borçlara Konu Döviz Kurlarının Sabitlenmesi Hakkında LXXV/2011 sayılı Yasa” çıkarılmıştır. 2008 sonbaharında başlayan ekonomik kriz nedeniyle, döviz kurları Macar Forinti (HUF) aleyhine hızla değerlenmiş, döviz ile borçlananlar 1 milyon aile mağdur olunca, yapılan yasa ile 1 CHF = 180 HUF (245 HUF'tan indirilmiş), 1 EUR = 250 HUF (295 HUF'tan indirilmiş) ve 1 JPY = 2 HUF (2, 7 HUF'tan indirilmiş) olarak sabitlenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu düzenleme karşısında bankalar zarar ettiklerini ileri sürerek, AB nezdinde hak arama yoluna gitmişlerdir<sup>15</sup>. Oysa yukarıda

15 Konu hakkında tarafıma iletilen bilgi şu şekildedir:

Mortgage borcu erken ödeme planı'na ilişkin olarak Macaristan'da 19 Eylül 2011 tarihinde çıkarılan yasa, “Meskenlerin zorunlu satışına ve yabancı para cinsinden borçlara konu döviz kurlarının sabitlenmesi hakkında LXXV/ 2011 sayılı Yasa” olarak bilinmektedir. Sözkonusu yasanın Türkçe tercümesi bulunmamaktadır; ancak Macarcası aşağıdaki linkten temin edilebilir. <https://www.fhb.hu/Dokumentumtar/Jogszabalyok/%C3%81rfolyamr%C3%B6gz%C3%AD%C3%A9s.pdf>

Ayrıca, sınırlı da olsa konu hakkında İngilizce bilgiye aşağıdaki linkten ulaşılabilir.

[http://www.bankszovetseg.hu/anyag/feltoltott/targyalasi\\_jegyzokonyv.pdf](http://www.bankszovetseg.hu/anyag/feltoltott/targyalasi_jegyzokonyv.pdf)

Özetle, sözkonusu yasa ile Macar Hükümeti, sizin de belirttiğiniz gibi, çoğunluğu İsviçre Frankı olmak üzere Avro ve Yen dahil yabancı paralar cinsinden borçlanmış yaklaşık 1 milyon Macar hanehalkının bu borçlarını hafifletmeyi öngörmektedir. Zira, 2008 Sonbarı'ndaki ekonomik krizi müteakip Macaristan'da döviz kurları Macar Forinti (HUF) aleyhine hızla değer kazanmış ve yabancı paralardan borçlananların bu borcu katlandığından mağdur olmuşlardır. Sözkonusu mağduriyet nedeniyle de Macaristan'da içtalep de gerilemiş, hatta 2009 yılında ülke ekonomisi %6. 7 oranında küçülürken hanehalkı tüketim eğilimi %8 oranında daralmıştır. Hükümet, sadece devletin değil, hanehalkının da borçlarından arınması gerektiği (ve böylece ekonominin canlanması ümidiyle) düşüncesiyle sözkonusu yasayı çıkarmıştır. Yasa uyarınca, 1 İsviçre Frankı = 180 HUF, 1 Avro = 250 HUF ve 1 Yen = 2 HUF olmak üzere bir sabitleme yapılmıştır ki bu değerler gerçekte bugünkü Macar MB verilerine göre sırasıyla 245, 295 ve 2. 7 HUF'tur. Sözkonusu sabitleme ile borçları yeniden belirlenen borçlular, bu borçlarını 1 seferde ve öngörülen süre içerisinde (bu kapsamda borcunu ödemek istediğini açıklamasını müteakip 2 ay içerisinde) ödemek durumundadırlar. (Sözkonusu ödemenin yapılacağını duyurmak için tanınan nihai tarih de 30 Aralık 2011 idi.)

Öte taraftan, bu düzenleme ile bu kez de bankalar “mağdur” olduklarını iddia etmişler ve AB nezdinde hak arama yoluna gitmişlerdir. Nitekim, zaten 1 yıl önce getirilen 3 yıl için geçerli geçici “kriz vergisi” nedeniyle zorlanan bankalar sözkonusu döviz kuru sabitleme uygulamasının da eklenmesiyle zarar etmiş; ayrıca, önde gelen bankalardan Erste, Unicredit ve CIB, 25-40 arasında değişen sayıda şubasını kapatmış, BNP Paribas da operasyonlarını azaltmıştır.

Macaristan Bankalar Birliği'nden ve Avusturya ile Almanya'dan (Macaristan'daki bankaların çoğu sözkonusu ülkeler sermayelidir.) gelen yoğun baskı üzerine Macar Hükümeti, anılan Birlik ile Aralık 2011'de bir anlaşmaya varmış ve bankaların, döviz kurunun sabitlenmesi nedeniyle ortaya çıkan kayıplarının üçte birlik kısmını üstlenmiştir.

Diğer taraftan sözkonusu düzenleme halen, Macaristan'ın AB ve diğer uluslararası kurum ve yabancı yatırımcılar ile olan ilişkilerinde sorun olmaya devam etmektedir. Zira, bahse konu düzenleme “keyfi” olarak nitelendirilmekte ve Macaristan'ın yabancı yatırımcı bakımından öngörülebilirliğini ve kredibilitésini çok dü-

anlattığım gibi “dövizde endeksli” kredilerde bankaların kur riskine karşı kendilerini uluslar arası finans piyasalarında opsiyon ve forward işlemi yaparak koruma altına almaları nedeniyle, bir zarar söz konusu olmadığı, sadece aşırı karlarının makul seviyelere çekildiği düşüncesindeyim.

- 3.2. İkinci yöntem ise, öngörülebilme kriterinden de yararlanarak, kredinin kullanıldığı dönemden başlayarak ilgili dövizdeki yükseliş ile diğer ekonomik veriler karşılaştırılabilir. Örneğin TEFE-ÜFE ortalaması ülkenin olağan ekonomik verileri, USD-EURO ortalaması ya da belirlenecek bir döviz sepeti de uluslar arası piyasaların Türkiye’ye etkisi olarak değerlendirilebilir. Örnek olarak, JPY ile TEFE+ÜFE+USD+EURO toplamının ortalaması ya da TEFE+ÜFE+Döviz Sepeti toplamının ortalaması karşılaştırılabilir. Çıkan oran ya sabitlenir ya da sürekli bu değerlendirme yapılarak kredi bu değere göre uyarlanabilir. Bu durumda TEFE-ÜFE ortalaması, kurlardaki artışa dengeleyebilecektir.
- 3.3. Son bir yöntem de, 16 Haziran 2009 tarihli 27260 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Bakanlar Kurulu’nun 15 Haziran 2009 tarihinde Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Kararda değişiklik yapılmasına dair kararında, 32 sayılı Kararın 17. maddesine eklenen (f) fıkrası ile **“Türkiye’de yerleşik gerçek kişilerce, bu maddenin (b) ve (e) fıkraları ve Bakanlıkça belirlenecek haller dışında, yurt içinden ve yurt dışından döviz veya dövizde endeksli kredi kullanılamaz”** ibaresi eklenerek gerçek kişilerin döviz veya dövizde endeksli kredi kullanımlarını engellemesi tarihteki TCMB kurları baz alınabilir. Böylece bir anlamda, 2009 yılında alınan önlem, bu önlemin kapsamına giremeyen tüketiciler için de uygulanmış olacaktır.

şürdüğü yönünde eleştirilere neden olmaktadır. Dahası, bu düzenleme AB bankacılık ve rekabet yasaları ile de bağdaşmaz bulunduğundan AB Komisyonu tarafından değiştirilmeye zorlanmaktadır. O kadar ki, Macar Hükümeti’nin son dönemde çıkardığı başka 2 önemli düzenleme (Yargıçların emeklilik yaşının düşürülmesi ile Merkez Bankası’na Hükümet’ten de atamalar yapılmasını öngören düzenlemeler) ile birlikte, değiştirilip kaldırılması istenmekte; aksi takdirde Macaristan’a ihtiyacı olan kredilerin sağlanmayacağı bildirilmektedir. (Nitekim, geçen Aralık ayından bu yana Macaristan ne AB ne de IMF ile bir borç anlaşması imzalayabilmiştir ve önümüzdeki Haziran’a kadar da bir anlaşmaya varılmasının zayıf olduğu değerlendirilmektedir.)

Sonuç olarak, Macaristan’da Hükümet sözkonusu döviz kuru sabitleme düzenlemesini hayata geçirmiştir. Ancak bu, (yabancı sermayeli) bankalara ve AB düzenlemelerine rağmen ve yabancı sermayeyi ve AB’nin desteğini kaybetme pahasına yapılmıştır. Bu itibarla, uygulamanın yürürlükte kalıp kalmayacağını veya bu uygulama nedeniyle Hükümetin bankalara geriye dönük hesap verme durumunda olup olmayacağını zaman gösterecektir.

Bilgilerinizi rica eder, ilave sorularınız olması halinde Ticaret Müşavirliğimizle temasa geçebileceğinizi hatırlatırım.

Evrin DEMİRCİ SORANLAR

Budapeşte Ticaret Müşaviri

The Embassy of The Republic of Turkey Office of the Commercial Counsellor

Bu durumda 16 Haziran 2009 tarihli TCMB Döviz Satış Kurları baz alındığında sabitlenecek kurlar şu şekilde olacaktır:

1-CHF = 1, 4240-TL	100-JPY = 1, 5990-TL
--------------------	----------------------

Önerdiğimiz bu yöntemlerden ikincisi, tüm işlemin temelinden çökmesi nedeniyle aşırı ifa güçlüğü halinde uygulanabilecek bir kriterdir. Diğer iki öneri (1. ve 3. öneri) ise, sadece inceleme konusu yaptığımız olaya ilişkin özel bir düzenlemenin konusu olabilecektir.

Yapılacak düzenleme ile krizin son etkileri de ortadan kaldırılırken, eşitlik ilkesi gereğince, şu an dava açma imkanı kalmayan, kredilerini kapatanların da bu düzenlemeden yararlanmalarına imkan sağlanmasının adil olacağı düşüncesindeyiz.

Yapılacak bu düzenleme, bankaları zarara sokmayıp, aşırı karını belirli bir ölçüde tüketici lehine olarak düşürmek anlamına gelecektir. Yoksa bankalar kur artışından yine de kar etmeye devam edeceklerdir. Ancak bu düzenleme ile makul seviyeye gelen artış sayesinde, kredi sözleşmeleri ayakta tutulabilecektir.

Taktir Yüce Meclisimizindir.

Saygılarımla<sup>16 17</sup>. (21. 06. 2013)

16 TBMM bir hukuki düzenleme yapmak üzereyken, Türkiye Bankalar Birliği "İsviçre Frangı veya Japon Yeni'ne Endeksli Olarak Kullanılan Konut Kredilerinin Türk Lirası Cinsinden Yapılandırılması Hakkında Kamuoyu Duyurusu 04 Mart 2014" başlıklı şu tavsiye kararını aldı:

"Türkiye Bankalar Birliği (TBB) Yönetim Kurulu, 2007-2009 tarihlerinde İsviçre Frangı veya Japon Yeni'ne endeksli olarak kullanılan konut kredilerinin Türk Lirası cinsinden yapılandırılmasına ilişkin temel prensiplerin belirlendiği tavsiye kararı almıştır. Bu karar hakkında TBB üyelerine yazılı bilgi verilmiştir.

Yapılandırma kapsamındaki başvuruların Türkiye Bankalar Birliği tarafından tavsiye kararının kamuoyuna duyuru tarihinden itibaren 60 gün içinde, kredi müşterisi tarafından kredinin kullanıldığı bankaya yazılı olarak yapılması gerekmektedir.

Yapılandırma kapsamında; İsviçre Frangı'na veya Japon Yeni'ne endeksli konut kredileri ve kredinin kullanıldığı tarihte müşteri hesabına geçen ve miktarı 250 bin TL ve altında olan krediler yer almaktadır.

Söz konusu kredilerde faiz oranı, kredinin kullanıldığı tarihte müşteri hesabına geçen TL tutarı baz alınarak, aylık en fazla yüzde 1, 25 olarak borç bakiyesi ile yeniden hesaplanır. Müşteri tarafından yapılan, yasal ödemeler (vergi, fon vb.) hariç, anapara, faiz ve kur farkı ödemelerinin müşteri hesabından tahsil edilen TL karşılıkları hesaplanan borç bakiyesinden mahsup edilerek hesaplanan borç için kalan vade üzerinden yeni bir TL ödeme planı hazırlanır. Mahsuplaşma sonrasında müşteriye herhangi bir iade yapılmaması tavsiye edilmektedir.

Yapılandırma kapsamı dışında kalanlar; kredinin kullanıldığı tarihte kredi borcu 250 bin TL'yi aşan krediler ve/veya kredinin kullanıldığı tarihte yurtdışında yerleşik olan veya geliri döviz cinsinden olduğu belgelenen müşterilere kullanılan krediler ve/veya tavsiye kararının açıklandığı tarihten önce kapatılmış veya yapılandırılmış olan krediler ve/veya yargıya intikal etmiş olan kredilerdir.

Yukarıda belirtilen prensipler dışında, müşterilerin münferit yapılandırma taleplerinin karşılanması hususu bankaların kendi kararlarında olduğu belirtilmiştir.

Bilgilerinize sunulur.

Saygılarımızla,

Türkiye Bankalar Birliği"

- 17 TBB, TBMM'nin düzenleme yapmasına engel olup, yukarıdaki tavsiye kararını alınca, birçok banka müşterisi ile kredileri yeniden yapılandırdı. Ancak tavsiye kararı, istenen düzeyde değildi ve birçok kişiyi kapsam dışı bırakıyordu. Bu duruma ilişkin yayınladığım aşağıdaki makale, **Sol Gazetesi'nin 06. 03. 2014 tarihli sayısında**, "**Ancak'lı Genelge Dövizzedeleri Tatmin Etmedi**"; **Sabah Gazetesi'nin 11. 03. 2014 tarihli sayısında** (<http://www.sabah.com.tr/Ekonomi/2014/03/11/dava-kandirmacasi>) "**Dava Kandırmacası**" başlığı ile haber yapıldı.

#### "YA ADİL ÇÖZÜM BULUN

#### YA PANDORA'NIN KUTUSUNU SEBEPSİZ ZENGİNLEŞME DAVALARI İLE AÇALIM

*Kamuoyunda "dövizzede" olarak anılan, 2007 - 2009 yılları arasından birtakım bankalardan Japon Yeni ve İsviçre Frangı'na endeksli konut kredisi kullanan tüketicilerin yaşadıkları sorunun giderilmesinde ve adil çözüm bulunmasında, 2011 yılından beri çalışmalar yapmakta, halkımıza destek olmaktayız. Her şeyden önce haklarını arayan, adaletsizliğe karşı başkaldıran, mücadele eden tüketicileri kutluyorum. Yine tüketicilerin bu çığığına kulaklarını tıkamayarak çözüm bulmak için yoğun çalışmalar yapan TBMM Dilekçe Komisyonu'nun Sayın üyelerini duyarlılıkları için tebrik ediyorum.*

*2011 yılında basın açıklamasıyla hükümeti ve bankacılık alanındaki idari otorite olan BDDK'yı göreve çağırılmış, bankalara güvenerek dışlerinden tırnaklarından artırarak en insani ihtiyaçları olan konut ihtiyacını gidermek için Japon Yeni ve İsviçre Frangına endeksli konut kredisi kullanan tüketicileri, dünyada yaşanan gelmiş geçmiş en büyük ekonomik krize feda etmemelerini, sosyal barışı tesis ederek bankalar ile tüketicileri uzlaştırmalarını istemiştik. Maalesef BDDK sorumluluktan kaçmış ve tüketicileri kaderlerine terk ederek, "benim görevim değil" talihsiz açıklamasını yapmıştı.*

*Bunun sonucunda birçok tüketici adaleti mahkemelerde aramaya koşarken, TBMM'yi de göreve çağırmışlardı. TBMM Dilekçe Komisyonu'nun araştırmaları sonucu, bankaların yaklaşmakta olan ekonomik krizi bile bile ve TL karşısında en fazla kur artışının yaşanacağını yabancı paraları öngörerek tüketicilere kullandırılacak bir finansal ürün olarak Japon Yeni ve İsviçre Frangı'na endeksli konut kredisi hazırladıkları ve bu krediyi kampanyalarla pazarladıkları ortaya çıktı. Bankacılık sektörünün daha fazla yara alması ve hazırlanacak hukuksal düzenlemelerin gerekçelerinin yayımlanarak bankacılığın itibarının sarsılmaması için Türkiye Bankalar Birliği, 2007-2009 tarihlerinde İsviçre Frangı veya Japon Yeni'ne endeksli olarak kullandırılan konut kredilerinin Türk Lirası cinsinden yapılandırılmasına ilişkin tavsiye kararı aldı.*

*Öncelikle Türkiye Bankalar Birliği'ni, attığı bu adım için hem tüketiciler adına, hem bankacılık sektörü adına kutlarım. Ancak bu adım yeterli değildir. "Yapılandırma dışında tutulanlar" açısından alınan bu tavsiye kararı, birçok açıdan hakkaniyete aykırıdır ve eşitliği bozmaktadır. Bu sınıflandırma, haklarını almak için mücadele eden binlerce tüketicinin gücünü kirmaya yönelik bir açıklamadır.*

*Öncelikle TBB bu kararıyla, haklarını aramak için Anayasal hakkını kullanarak dava açan bilinçli tüketiciler cezalandırılmış, yapılandırma kapsamı dışı bırakılmıştır. Bankalar tüketicilere "uslu çocuk olun" diyor ki, bir dahaki sefere kafalarına vurmak kolay olsun. Ayrıca eşitliğe aykırı olarak 250. 000-TL sınırı getiriyor ki, mücadele edecek sayıda tüketici kalmayın, hiç değilse onlar üzerinden haksız zenginleşmeye devam edilebilsin.*

*En trajik ise, kararın açıklandığı tarihten önce kapatılmış olan krediler. Tuzağa düşerek bu krediyi kullanan, daha sonra kurların tüketici açısından öngörülemeyecek oranda artması nedeniyle aşırı ifa imkansızlığına düşen birçok tüketici, temerrüde düşmemek için yok pahasına evlerini satmış ve erken kredi kapatma cezası ödeyerek kredilerini kapatmışlardır. İşte bu tüketiciler de kapsama alınmamıştır. Bu onurlu insanlar, borçlu yaşamaktansa, hayatları boyunca yapmış oldukları tüm tasarrufları feda etmiş, bankaların haksız kazanç elde ettiğini bile bile kredi borçlarının tamamını ödemişlerdir. TBMMce bankaların haksız kazançları tespit edildiği halde; TBB, bankalara inanan bu onurlu insanları cezalandırmakta, "size geçmiş olsun" demektedir. İnanın beklediğiniz gibi olmayacak. Bu onurlu insanların ödedikleri paraların hesabı verilmek zorundadır.*

*Tüketiciler, bu sömürden kurtulmak için "kurtuluş yok tek başına, ya hep beraber ya hiçbirimiz" diyerek mücadeleye devam edecek bilinçtedir. Kurların aratacağı öngörülerek hazırlanan oyun sonucu, zarar edebilecekleri bile bile bu krediler verilerek zor duruma düşürülen tüm tüketiciler için düzenleme yapılmaması halinde, "Pandora'nın kutusunu" sebepsiz zenginleşme davaları ile açarız. Bu durumda, Bankacılık sektörünün mutfağının gözler önüne serilmesinin sorumlusu biz olmayacağız. Bunun tek sorumlusu, bankaların kurallara uygun çalışmasını sağlamak yerine, tüketicileri bölerek sorunu çözmekte ayak direyen kurumlar olacaktır. 05. 03. 2014"*

## XII. OTURUM TARTIŞMALAR

**Av. Kazım KOLCUOĞLU:** Buyurun.

**Av. Oktay CIRCİROĞLU:** Benim sorum Tufan Hocama. Bu ifa imkânsızlığında ifa imkânsızlığı söz konusu olan ifade edim para borçları alacakları dışındaki şeyler midir, yoksa onu da kapsamak üzere hepsi için mi geçerlidir? Onu soracaktım hocam.

**Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ:** Efendim, zamanın da kısıtlı olması dolayısıyla imkânsızlığın ana esaslarını belirttik. Elbette imkânsızlıktan bahsederken Roma hukukundan gelen nevi telef olmaz prensibiyle bağlantılı olarak bir kere çeşit borçlarını dışarıda bıraktığımızı prensip itibarıyla, ayın şekilde para borçları bakımından da imkânsızlıktan benim tebliğ konuma giren nitelikte bir imkânsızlıktan bahsedemeyeceğimizi ifade etmek gerekir. Söz konusu olan durumlarda bir uyarılma talebi gündeme gelebilir. İşte 138'in aşırı ifa güçlüğü, ama ifa imkânsızlığına ilişkin prensiplerin bu alanda uygulanmayacağını belirtmek gerekir, ama bunu ifade etmemiştim, bu vesileyle bu imkâna teşekkür ederim.

**Av. Oktay CIRCİROĞLU:** Çok teşekkür ederim. Ben öyle anlamıştım, ama katılımcıların da anlaması açısından katkıda bulunmak isterim hocam, teşekkür ederim.

**Av. Kazım KOLCUOĞLU:** Başka var mı? Yoksa kapatacağız. Şurada bir arkadaşımız el kaldırıyor.

**Mustafa YEN:** Merhaba. Ben İsmail Beyin az önce açıkladığı gibi dövizzedeyim. Ben 2008 yılında İsviçre Frangı aldım. 1,03'tü aldığımda, 2,50'ye kadar uzadı, gitti. İsmail Bey ayrıntılı anlattı, ben şunu sormak istiyorum: Bu zamana kadar davaların yüzde 99'unu kaybettik. Bir dava bildiğim kadarıyla Yargıtayda, bu kanun yürürlüğe girdikten sonra umudunuz var mı dava açarsak?

**Doç. Dr. Başak BAYSAL:** 138'le ilgili hani umudunuzu kırmak istemem, ama Yargıtay uygulamasından farklı bir şey getirmedi 138, yani kriterleri Yargıtay uygulamasında bulamayacağınız demin gördük, öyle çok değişik kriterler getirmedi. Hatta Adalet Komisyonu raporuna bakarsanız açıkça da zaten boşluk doldurma yoluyla daha sonrasında yargı çözüm bulmaya devam edecektir diyor. Dolayısıyla 138'in varlığı yalnız şöyle söyleyeyim, hâkimler tabii artık açık kanun hükmü olmasından dolayı uygulamasına dikkat edecektir. Böyle bir faydası olacaktır mu-

hakkak, ama hani 138 büyük yenilik getirdi mi? Yargıtayın eğer aynı uygulamaya devam ederse o anlamda bir engel yok, onu söyleyeyim, ama dediğim gibi en azından ilk derece mahkemeleri uyarlama konusunda bir parça daha dikkatli davranabilir. Yoksa yeni hiçbir kriter yok, hatta demin söylediğim bazı kriterler Yargıtay uygulamasının bile gerisinde, ama dediğim gibi kanunlaşmış olmasını umuyorum ki, ilk derece mahkemelerinin biraz daha dikkatli davranmasında payı olacaktır.

**Av. Kazım KOLCUOĞLU:** Böylece bitti. Bu toplantıda bizlere kendi fikirlerini bizimle paylaşan çok değerli konuşmacılara hem baro adına, hem de sizlerin adına teşekkür ediyoruz. Bu arada toplantıyı kapatırken bu toplantıları düzenleyen baronun Yönetim Kurulu olarak İsmail Bey bir şey söyler mi bilmiyorum, sözü ona bırakarak ben toplantıyı böylece bitirmiş olayım, teşekkür ediyorum.

**Av. İsmail ALTAY:** Çok teşekkürler Başkanım. Çok zevkli bir çalışmaydı, katkıda bulunan herkese çok teşekkür ediyorum. Hepinizin katkılarınızla çok zenginleştirdi çalışmamız, gelecek ay tekrar bir arada olmak, daha çok katılımı bir arada olmayı diliyorum. Müsaade ederseniz sayın konuklarımıza, hocalarımıza bir ufak armağanımız var. Herdem Hanım, siz de bana eşlik ederseniz sevinirim, buyurun.



