

TÜRK BORÇLAR KANUNU UYARINCA TEHLİKE SORUMLULUĞU

Yrd. Doç. Dr. Mehmet ERDEM*

I. GENEL OLARAK

Tehlike sorumluluğu, özellikle bazı faaliyetlerin ciddi ve ağır tehlikeler taşıması karşısında, o faaliyeti yürüten kişi veya faaliyeti yürüten işletme sahibi ya da işleten aleyhine kabul edilen kusursuz bir sorumluluk tipidir¹. Böyle bir sorumluluk nedeninin kabul edilmesinin gerekli olduğu uzun yıllardan beri kabul edilmekle birlikte, bu sorumluluk açısından nasıl bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı tartışma konusu olmuştur².

Tehlike sorumluluğunun düzenlenmesinde iki temel yol düşünülebilir. Bunlardan ilkinde göre, özel bir tehlike arz eden faaliyet bir kimsenin zarara uğramasına neden olduğunda, o konuda özel bir kanun çıkarılarak sorumluluk öngörülmesidir. Diğer bir ifade ile tehlike arz eden her bir faaliyet için özel bir düzenleme yapılması suretiyle sorumluluk halleri kabul edilebilir. Ancak böyle özel bir kanunla düzenleme yapılması ihtiyacı, çoğunlukla o çeşit tehlike yaratan faaliyetlerin başkalarına zarar vermeye başlamalarından sonra gündeme gelecektir. Bu durumda ise, özel kanuni düzenleme yapılana kadar, tehlikeli faaliyetten zarar gören kişiler, ancak tehlikeli faaliyet yürüten kişinin, diğer bir ifade ile zarar verenin kusurunu ispat etmek şartıyla uğramış oldukları zararlarının tazminini isteyebileceklerdir. Böyle bir kanuni düzenleme yapılana kadar, tehlike arz eden bir faaliyetten zarar gören kişi, zarar verenin kusuru olmadığı takdirde, zarara katlanmak zorunda kalacaktır. Böyle bir sonuç ise haliyle hakkaniyete uygun düşmeyecektir³.

Tehlike sorumluluğunun düzenlenmesinde diğer bir yol ise, tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir kural koymak (*i.e.* İtalyan MK 2050) ve bu kuralın içinde, aynen kusur sorumluluğunda olduğu gibi sorumluluğun temel unsurlarını belirtmektir. Böylelikle, genel ve soyut bir kuralın içine giren her çeşit tehlikeli faaliyet bir zarara neden olduğu takdirde sorumluluğu gerektirecektir.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ **Tandoğan** Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 26; **Eren** Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 12. Baskı, İstanbul 2010, s. 454-455.

² Bk. **Tandoğan**, s. 39 vd.

³ Bk. **Tandoğan**, s. 39-40.

Kusursuz sorumluluk hallerinin istisnai olarak öngörüldükleri ve sınırlı oldukları dikkate alındığında, böyle genel bir kural koymanın sakıncalı olduğu düşünülebilir⁴. Öyle ki, söz konusu kuralın kapsamına uygulama ile ne gibi hallerin dâhil edilebileceği tereddüt yaratabilir. Böylesi bir riske rağmen, olumlu ve olumsuz tarafları ve özellikle tehlike arz eden her bir faaliyet konusunda kanun koyucunun özel düzenleme yapmakta ihmalkar davranması dikkate alındığında, tehlike sorumluluğunun genel ve soyut bir kuralla düzenlenmesinin daha isabetli olduğu düşüncesi haklılık kazanır⁵. Mamafih, genel bir düzenlemenin sınırları ve temel unsurları çok net olarak ortaya konulmalı, özellikle tehlike unsuru çok dikkatli bir biçimde belirlenmelidir⁶.

Önemle belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu'nda öngörülmüş olan sorumluluk hallerinden hiçbiri tehlike sorumluluğu niteliğinde değildir⁷. İsviçre ve Almanya'da tehlike sorumluluğuna ilişkin çok sayıda özel kanun olmakla birlikte, ülkemizde bu çeşit kanunlar sınırlı sayıda kalmıştır⁸. Bu durumda, tehlike sorumluluğunun genel bir kural ile düzenlenmesi zorunluluğu ülkemiz açısından daha da büyük bir öneme sahiptir. Tehlike sorumluluğu konusunda özel

⁴ Bk. **Tandoğan**, s. 41.

⁵ Bk. **Tandoğan**, s. 42. Ayrıca bk. **Widmer Pierre/Wessner Pierre**, Revision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif, s. 138. Yazarlar, tehlike sorumluluğunun genel bir kural ile düzenlenmesi ile hakime geniş ve esnek bir alan bırakılarak, özel kanunla düzenlenen tehlike sorumluluğu hallerine benzemesine rağmen, özel kanunla böyle bir sorumluluk öngörülme hallerde, zarar görenin zararının karşılanmaması gibi hakkaniyete aykırı sonuçlara engel olunacağını ifade etmektedirler.

⁶ **Eren**, s. 458.

⁷ Bazı yazarlar, BK m. 58'de (TBK m. 69) öngörülen yapı malikinin sorumluluğunu, yerinde olmayan bir biçimde tehlike sorumluluğu olarak nitelendirmektedirler. *Örneğin* BernerKomm-**Becker** OR Art. 58 N 2; ZürcherKomm-**Oser/Schönenberger** OR Art. 41 N 70; **Korkusuz**, s. 159, s. 161-163. Konu hakkında ayrıca bk. **Tekinay S. Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 517; **Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009, s. 614.

⁸ Türkiye'de tehlike sorumluluğuna ilişkin en önemli düzenleme 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 85'te düzenlenmiş olan araç işletenin ve bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğudur. Ülkemizdeki bir diğer tehlike sorumluluğu hali 6326 sayılı Petrol Kanunu m. 86'da düzenlenen, kanunun ifadesi ile petrol ameliyelerinden doğan sorumluluktur. Başka bir tehlike sorumluluğu 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu m. 62 ve 63'de düzenlenmiştir. Yine, Türk Sivil Havacılık Kanunu ve Çevre Kanunu'nda da tehlike sorumluluğu halleri öngörülmüştür. Bk. **Korkusuz Refik**, Hukukumuzda Tehlike Sorumluluğu Uygulaması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu (28-29 Mayıs 2009), Ankara 2009, s. 161 vd.

kanunların eksikliği ve genel bir kural konulması konusunda geç kalınması açısından ise kısmen olumlu bir durumun varlığı da yadsınamaz. Tandoğan'ın ifadeleriyle, *memleketimizde tehlike sorumluluklarının düzenlenmesinde geç kalınmış olmasının bir yararı vardır. Değişik zamanlarda çıkarılmış İsviçre ve Alman özel kanunlarından ve bunların uygulamasından yararlanarak çeşitli tehlike sorumluluklarına ait ortak genel kuralları tek bir kanunda toplamak suretiyle önemli bir ihtiyaç da karşılanmış olacaktır*⁹.

Kanun koyucu, tehlike sorumluluğuna ilişkin bu yönde genel düzenlemeyi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 71 ile getirmiştir. Sorumluluktan kurtuluş imkanının mevcut olmadığı, ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk hali olarak öngörülen düzenleme, İsviçre'de (Haksız Fiil) Sorumluluk Hukukunun Revizyon ve Birleştirilmesi (*Revision et unification du droit de la responsabilité civile*) kapsamında hazırlanan, ancak daha sonra kanunlaştırılmasından vazgeçilmiş olan Federal Kanun Ön-Tasarısından (*Avant-projet de la loi fédérale*) alınmıştır¹⁰.

Türk Borçlar Kanunu m. 71 şu şekildedir:

“(1) *Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.*

(2) *Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen*

⁹ Tandoğan, s. 41.

¹⁰ **Art. 50 III Gefährdungshaftung** (1) Wird Schaden dadurch verursacht, dass sich das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit verwirklicht, so haftet dafür die Person, die diese betreibt, selbst wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldete Tätigkeit handelt. (2) Eine Tätigkeit gilt als besonders gefährlich, wenn sie ihrem Wesen nach oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet ist, auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen; dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn für ein vergleichbares Risiko bereits ein Gesetz eine spezielle Haftung begründet (3) Spezielle Haftungsbestimmungen für ein bestimmtes charakteristisches Risiko sind vorbehalten.

Art. 50 III. Responsabilité pour risque (1) La personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse est tenue de réparer le dommage dû à la réalisation du risque caractérisé que celle-ci comporte, même s'il s'agit d'une activité tolérée par l'ordre juridique. (2) Est réputée spécifiquement dangereuse l'activité qui, par sa nature ou par celle des substances, instruments ou énergies utilisés, est susceptible, en dépit de toute la diligence qu'on peut exiger d'une personne spécialisée en la matière, de causer de fréquents ou de graves dommages; tel est notamment le cas lorsqu'une loi institue une responsabilité spéciale à raison d'un risque comparable. (3) Sont réservées les dispositions spéciales régissant la responsabilité à raison d'un risque caractérisé déterminé.

tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.

(3) Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.

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

Her ne kadar maddede, tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden bir zarar doğmuş olmasının sorumluluk doğuracağı belirtilmiş ve tehlike arz eden bir işletmeden ne anlaşılması gerektiğini gösterilmiş olsa da, yukarıda da arz etmiş olduğumuz gibi, hüküm bu haliyle de soyut ve genel bir düzenleme niteliğindedir¹¹. Oysa başka kusursuz sorumluluk hallerinde uygulama alanı çok daha net ve sorumluluk şartları çok daha belirgindir. Mamafih, tehlike sorumluluğu açısından, diğer kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi özel kanunlarda yapılacak somut düzenlemeler de ihtiyacı tam anlamıyla karşılamayacaktır. Bununla birlikte, özel kanunla getirilmiş olan tehlike sorumluluğu halleri öncelikle uygulama alanı bulacaktır. Zaten TBK m. 71 f. III, belirli bir sorumluluk hali için özel sorumluluk hükümleri saklıdır diyerek, daha dar bir alanda, tehlike sorumluluğunun da kapsamına giren hallerde, kanun koyucunun özel düzenleme yapabileceğine, söz konusu durumlarda o hükümlerin uygulanacağını açıkça ifade etmektedir. Bu nedenle, TBK m. 71, böyle özel bir düzenleme bulunmayan tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar görüldüğü hallerde uygulama alanına sahip olacaktır¹².

Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden bir zarar doğduğu takdirde, o işletmenin sahibi ve varsa işleten müteselsil olarak sorumlu tutulmuştur. Sorumluluğun doğması için, BK m. 71'in bir kusursuz sorumluluk hali olduğu dikkate alındığında, kusur unsuru dışında haksız fiil sorumluluğunun diğer şartlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Yani önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyeti neticesinde hukuka aykırı bir fiille

¹¹ Bk. Tandoğan, s. 41.

¹² Burada özellikle belirtmek gerekir ki, TBK m. 71'de düzenlenen tehlike sorumluluğu yerine, özel kanunla düzenlenen sorumluluğa başvurulması için, özel kanunla düzenlenen sorumluluğun bir tehlike sorumluluğu (ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk) olması gerekir. Somut bir durum için olağan kusursuz sorumluluk öngörülmüş olması, TBK m. 71'in uygulamasına engel olmamalıdır. Zira, zarar göreni daha üstün bir korumadan yararlandırmamak için herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır. İsviçre Hukukunda olağan kusursuz sorumluluk olarak düzenlenen böyle bir hal için bk. Loi sur la radioprotection (art. 39).

bir kişiye zarar verilmiş olması ve fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Genel bir davranış kuralına aykırı olarak ortaya çıkan fiilin neden olduğu tazmini gereken zarar, maddi olabileceği gibi manevi bir zarar da olabilir. TBK m. 71’de öngörülen tehlike sorumluluğu açısından kanun koyucu tazmini gereken zararın biçimini sınırlandırmamıştır¹³. Keza, zararının doğrudan ve dolaylı zarar olmasının sorumluluk açısından önemi olmadığı gibi, mağdurun fiili zararları kadar, yoksun kaldığı kazanç kaybı da bu kapsamda ileri sürebilir.

II. SORUMLULUĞUN UYGULANMASI AÇISINDAN TEMEL KAVRAMLAR

1. Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletme Kavramı

Türk Borçlar Kanunu m. 71, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğmasından bahsetmekle birlikte, bu çeşit işletmelerin kapsamını belirlemek, böyle bir kusursuz sorumluluğun uygulama alanını göstermek açısından kaçınılmazdır. Bu nedenle kanun, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeyi de tanımlama gereği duymuştur.

TBK m. 71 f. II’ye göre “*bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir*”. Hükümde de açıkça belirtildiği üzere, bir işletmenin tehlike arz eden bir işletme olması, sorumluluk açısından yeterli değildir. Tehlikenin önemli bir ölçüde olması, diğer bir ifade ile belli bir seviyeye ulaşmış ciddi bir tehlike olması gerekir. Zira, işletmelerin büyük çoğunluğunun faaliyetleri az veya çok tehlike arz ederler. Tehlikenin önemli seviyeye ulaşması gibi bir şart aranmayacak olsaydı, her türlü işletmenin madde kapsamına girmesi kaçınılmaz olurdu¹⁴.

Türk Borçlar Kanun m. 71’e kaynaklık eden İsviçre Ön-Tasarısında, faaliyetin bir işletme faaliyeti olması gibi bir şarttan bahsedilmemektedir. Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ilk halinde de faaliyetin bir işletme faaliyeti olması şartı aranmamaktaydı. Kanımca, herhangi bir faaliyetin hükmün uygulama alanını çok genişleteceği düşüncesi ile kusursuz bir sorumluluk halinin bu kadar geniş uygulaması sakıncalı bulunarak, maddenin uygulama alanı, zararın bir işletme faaliyetinden doğmuş olması şartı getirilerek sınırlandırılmıştır. Bu ne-

¹³ Oysa, kanun koyucu, bazı hallerde tehlike sorumluluğunun ağırlığı karşısında tazmini gereken zararları sınırlandırmış olabilir. *Örneğin* 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 85’te düzenlenmiş olan araç işletenin ve bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğunda tazmini gereken zararlar bir kimsenin ölümü, yaralanması ve bir şeyin zarara uğraması ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca bk. **Eren**, s. 456.

¹⁴ Bk. **Widmer/Wessner**, s. 140-144.

denle, herhangi bir işletme faaliyeti niteliğinde olmayan bireysel faaliyetlerden doğan zararlar, söz konusu faaliyet ne kadar tehlikeli olursa olsun, TBK m. 71 kapsamında sorumluluğa neden olmaz.

Kanunun sadece bir işletmeden bahsetmiş olması karşısında, işletmenin ticari veya esnaf işletmesi olmasının hükmün uygulanması açısından önemi yoktur. Ticari işletmeler kadar esnaf işletmesi faaliyetleri de önemli ölçüde tehlike arz ediyorsa TBK m. 71 kapsamında sorumluluğa neden olurlar.

Kanun, yalnızca önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme demekle kalmamış, ayrıca ikinci fıkrada hangi hallerde önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmeden bahsedilebileceğini de belirtmiştir. TBK m. 71 f. II gereği, “*Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir*”.

Hüküm dikkate alındığında, bir işletmeyi önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme seviyesine yükselten en önemli özellik o işletmenin mahiyeti ve onun faaliyetlerinde kullanılan malzeme, araçlar ve güçlerdir. Öyle ki, işletmenin mahiyeti ve faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ve güçlerin niteliği, ne kadar özen gösterilirse gösterilsin, işletmenin faaliyetinden zarar doğmasını kaçınılmaz hale getirmektedir. Yine hükümde açık olarak belirtildiği üzere, bir işletmeyi özel olarak tehlike arz eden bir işletme yapan, sadece faaliyetlerde kullanılan malzeme, araçlar ve güçler değildir. Bu nitelikte bir özellik arz etmese bile, işletmenin iştiğal konusu, kanunun ifadesi ile mahiyeti, tek başına o işletmenin tehlike arz eden bir işletme olarak kabul edilmesi için yeterlidir¹⁵.

Önemli ölçüde tehlike arz eden işletme kavramı objektif ve subjektif olarak iki unsur ihtiva eder¹⁶. Objektif unsur, tehlikenin herhangi bir faaliyetin arz ettiği normal tehlikeyi aşan yoğunluğudur. Bu yoğunluk, faaliyetin neden olduğu zararların ağırlığından ileri gelebileceği gibi, çok sıklıkla meydana gelen daha hafif zararlardan da kaynaklanabilir¹⁷. Bu durum hükümde *sıkça veya ağır zararlar doğurmaya* elverişli biçiminde ifade edilmiştir.

Önemli ölçüde tehlike arz eden işletme kavramının subjektif unsuru ise, tehlikenin kaçınılmaz oluşudur. Diğer bir ifade ile tehlike arz eden işletmenin faaliyetinden zarar doğması, sorumlu tutulan kişinin özen göstermemesi şeklindeki bir tutumuna bağlı değildir. Söz konusu faaliyetin tehlikesi her türlü özen gösterilse bile engellenemeyecek bir olgu olarak gerçekleşmelidir¹⁸. TBK m. 71

¹⁵ Widmer/Wessner, s. 142.

¹⁶ Widmer/Wessner, s. 141; Tandoğan, s. 41.

¹⁷ Tandoğan, s. 41.

¹⁸ Widmer/Wessner, s. 142.

f. II, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile faaliyetinin tehlikesinin bertaraf edilememesi şartını getirmektedir. Şayet sorumlu kişi özen göstererek işletme faaliyetinden zarar meydana gelmesini engelleyebilecek ise ortada TBK m. 71 anlamında tehlike arz eden bir işletme bulunmadığı kabul edilmelidir. Diğer bir ifade ile bir işletmenin tehlikeli faaliyeti işletme sahibi veya işleten tarafından gösterilebilecek olan (objektif) özen suretiyle engellenebilecekse, TBK m. 71 anlamında faaliyeti tehlike arz eden bir işletmeden bahsedilemez. Bu şekilde bir özen göstermeme durumu ile bir faaliyetten zarar görüldüğü takdirde kusura dayanan sorumluluğa ve şartları mevcutsa başka bir kusursuz sorumluluğa başvurulabilir. Ancak tehlike sorumluluğuna gidilemez.

Tehlike sorumluluğunun genel bir kural ile düzenlendiği, TBK m. 71'e benzer olan İtalyan MK m. 2050 kapsamında, İtalyan Mahkeme kararlarında, likit petrol gazı üretim ve dağıtım; teleferik işletmeleri; baraj, lunapark, havuz ve stat gibi büyük yapı ve büyük inşaat çalışmaları; makinelerin kullanıldığı bazı tarımsal faaliyetler; teknik risklerin yer aldığı bazı sportif faaliyetler önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyetler olarak kabul edilmektedir¹⁹. Önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyet olarak hava alanı işletmesi de gösterilebilir²⁰. Mamafih, İtalyan mahkeme kararları, tıbbi faaliyetleri, haklı olarak İtalyan MK m. 2050 kapsamında önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme faaliyeti olarak kabul etmemektedir. Gerçekten, bir tıbbi faaliyetin doğal riski, teknik bir risk olarak kabul edilemez. Aksi halde, her türlü tıbbi faaliyetten zarar gören kimselerin, kendilerine yönelik tıbbi müdahale her türlü özen gösterilerek yapılmış olsa bile, tehlike sorumluluğuna dayanarak tazminat talep etmeleri gibi kabul edilemez bir sonuç ortaya çıkar²¹.

2. İşletme Faaliyetinden Bir Zarar Doğması

Önemli ölçüde tehlike arz eden işletme kavramının belirlenmesi sorumluluğun girişi noktası olmakla birlikte, böyle bir işletmenin hangi faaliyetinden dolayı TBK m. 71 kapsamında kusursuz sorumluluğun söz konusu olacağı konusunda ilgili hüküm çok belirgin değildir. TBK m. 71 hükmü sadece lafzı ile dikkate alınıp uygulanacak olursa, bir işletmenin önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu tespit edildikten sonra, o işletmenin vermiş olduğu herhangi bir zararın tazmini bu kapsamda istenebilir. Oysa kanun koyucunun amacının bu yönde olduğunu söylemek mümkün değildir. Kanun koyucu, tehlike sorumluluğu gibi ağır bir sorumluluk öngörürken, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin her türlü özen gösterilse bile önlenemeyecek olan zararlarından dolayı mağdurları korumak amacı ile hareket etmektedir. Yoksa, önemli

¹⁹ Widmer/Wessner, s. 146.

²⁰ Eren, s. 456.

²¹ Krş. Korkusuz, s. 201.

ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin vermiş olduğu her türlü zararın TBK m. 71 kapsamında tazmininin gerektiğini söylemek zordur.

TBK m. 71 hükmü, kaynağını oluşturan İsviçre Ön-Tasarısından, bu noktada da farklılıklar taşımaktadır. Öyle ki, İsviçre Ön-Tasarısında, önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyetten zarar görülmesinden değil, o faaliyetin **karakteristik riskinin** gerçekleşmesinden kaynaklanan bir zarardan bahsedilmektedir. Ön-Tasarının gerekçesinde de, yazarlar açık bir biçimde, sadece karakteristlik riskin gerçekleşmesi durumunda tehlike sorumluluğunun söz konusu olacağını ifade etmektedirler²².

Gerçekten, örneğin bir hava alanı işletmesi, uçuş ve kalkış yapan uçakların, bu güzergahlarda düşmesi riski ile önemli ölçüde tehlike arz eden işletme olarak kabul edilebilir. Ancak bu tip bir işletme önemli ölçüde tehlike arz ediyor olsa bile, verdiği her türlü zarardan dolayı TBK m. 71'in uygulanması düşünülemez. Hava alanı işletmeciliğinin karakteristlik risklerinden biri, uçakların düşmesi ya da uçaklardan belli parçaların düşerek zarara yol açmasıdır. Yoksa, böyle bir risk (tehlike) gerçekleşmeden, örneğin sadece meydana gelen gürültü yüzünden hava alanı işletmesinin tehlike sorumluluğuna gidilmesi düşünülemez²³.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının ilk haline bakıldığında, İsviçre Ön-Tasarısına daha yakın ve aynı sonucu sağlamak amacı ile düzenlendiği anlaşılmaktadır. TBK m. 71 f. I'deki "*önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden*" ifadesi yerine, Tasarının ilk halinde "*önemli ölçüde tehlike arzeden bir faaliyetten*" şeklindeki ifade yer almaktaydı. Tasarının ilk halindeki önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyetten bir zarar doğarsa şeklindeki ifadesi, faaliyetin tehlikeli yönünden bir zarar doğması olarak anlaşılmaya müsaitti. Belirtmek gerekir ki, tasarının ilk haline yapılan müdahale, aslında sadece bir faaliyetten bahsedilmesinin uygun görülmemesi ve o faaliyetin bir işletme faaliyeti olarak değiştirilmesine yöneliktir. Fakat gerçekte, tek bir kelimenin (işletme) eklenmesi, ilk anlamı, kaynak metinde daha da uzaklaşmaya neden olacak biçimde değiştirmiş ve kanunun ruhu ve lafzı arasında açık bir uyumsuzluk yaratmıştır. Bu noktada bir örtülü kanun boşluğu olduğu kabul edilmelidir. Tasarının ilk hali, kanun koyucunun Tasarıda yapmak istediği değişikliğin aslında sadece faaliyetin işletmeye ait olmasına yönelik olması ve İsviçre Ön-Tasarısındaki durum karşısında TBK m. 71 hükmünün, kanunun ruhuna uygun olarak anlaşılması gerekir. Bu nedenle, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin her türlü faaliyetinden değil, ancak ve ancak o tehlikeye ilişkin karakteristlik

²² Widmer/Wessner, s. 143.

²³ Eren, s. 455-456.

riskin gerçekleşmesinden kaynaklanan zararların tazmini, tehlike sorumluluğunun kapsamında kabul edilmelidir²⁴.

3. Sorumlu Şahıs: İşletme Sahibi ve varsa İşleten

Tehlike sorumluluğunda sorumlu kişi, o işletmenin faaliyetinden doğrudan veya dolaylı olarak fayda sağlayan kişiler olarak işleten ve işletme sahibidir. Kanun koyucu, yerinde bir şekilde, işletme sahibi yanında işleteni de müteselsil olarak sorumlu tutmuştur. İşletmenin, sahibi dışında başka bir kişi tarafından işletiliyor olması halinde, sadece işletme sahibinin sorumlu tutulması yerinde olmadığı gibi, işletenin işletme sahibinden başka bir kişi olması durumunda da, sadece işletenin sorumlu olması yerinde olmazdı. Bu nedenle, sorumluluğun işletme faaliyetinden kaynaklandığı kabul edildikten sonra, sorumluların, o işletmeden fayda sağlayan işletme sahibi ve varsa işleten olarak kabul edilmesi sorumluluğun niteliğine uygun olmuştur. İşleten kişi özellikle işletmenin kiracısı olarak karşımıza çıkar.

İşletme sahibi ve varsa işleten, mağdura karşı müteselsil olarak sorumludurlar. Bunların birbirine rücu imkanı, öncelikle varsa aralarındaki ilişkiye göre, yoksa müteselsil sorumluluk hükümlerine göre çözümlenir.

4. Tehlike Arz Eden Faaliyetin Hukuka Uygun Olması

Tehlike sorumluluğuna ilişkin, kaynak İsviçre Ön-Tasarısında ve aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu ilk Tasarısında yer almayan bir düzenleme TBK m. 71 f. *son* hükmüdür. Söz konusu fıkra *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* diyerek, birinci fıkranın uygulanması konusunda tereddütler doğurmaktadır. Üstelik, hüküm bu şekilde bir zarara uğrayan kişinin denkleştirme isteyebileceği ifadesine yer vererek, bir yandan hukuka aykırılığa diğer yandan da fedakarlığın denkleştirilmesine atıf yapıyor görünümündedir.

İsviçre Ön-Tasarısı ve Türk Borçlar Kanunu ilk tasarısında TBK m. 71 f. *son* hükmü benzeri bir düzenleme yer almamaktadır. Onun yerine, her iki tasarıda da, ilk fıkrada belirtilen önemli ölçüde tehlike arz eden ifadelerinden sonra *bu faaliyete hukuk düzeni tarafından izin verilmiş olsa bile* bu faaliyetten doğan zararların tazmini gerekir denilmektedir. Böylelikle tehlike sorumluluğuna ilişkin tasarılar da, söz konusu faaliyetin hukuka uygun olup olmamasının sorumluluk açısından önemli olmadığı belirtilmiştir. Tehlike sorumluluğu açısından, özellikle kusurun aranmaması karşısında, faaliyetin hukuka uygun olup olmasının önemi olmamalıdır. Ayrıca, kanımca, kanun faaliyetin hukuka aykırı-

²⁴ Eren, s. 455.

lığı ile o faaliyetten doğan zarara neden olan fiilin hukuka aykırılığını karışıklığa yer verecek biçimde belirtmiştir.

Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, tehlike sorumluluğunda, diğer kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi, kusur şartı dışında haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırı fiil, zarar ve bu zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı gibi diğer şartlar da aranacaktır. Tehlike sorumluluğunda da, diğer sorumluluklarda olduğu gibi, hukuka aykırılık faaliyetin hukuka aykırılığında değil, o faaliyet nedeniyle genel davranış kuralının ihlali suretiyle bir kimseye zarar verilmesinde aranacaktır²⁵. Böyle olunca, TBK m. 71 f. *son* hükmü sanki işletmenin hukuka uygun olarak faaliyet göstermesi halinde, tehlike arz eden faaliyetle zarar verilmesinin hukuka uygun olduğu izlemine ve kanısı uyandırmış olmaktadır. Oysa, bir faaliyetin hukuka uygun ya da hukuka aykırı olmasının, söz konusu faaliyetin neden olduğu genel davranış kuralının ihlali yoluyla bir zarar verilmesi açısından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Şayet, TBK m. 71 f. *son*'u, doğrudan lafzını dikkate alıp uygulayacak olursak, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme, hukuka uygun olarak faaliyette bulunmaktaysa, TBK m. 71 f. *son* hükmü, aksi halde f. I uygulanacaktır. Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin, büyük çoğunluğunun hukuka uygun faaliyette bulunduğu da dikkate alınır, hükmün uygulanmasında sıkıntılı durumlar ortaya çıkabilir. Hukuka uygun bir işletmenin faaliyetinden doğan zararlar, denkleştirme bedelinin, tazminattan daha düşük olması ihtimali bu sıkıntılı durumu daha da net olarak ortaya koyar. Bu nedenle, kanaatimce, TBK m. 71 f. I ve f. *son* hükmü birlikte okunmalı ve son fıkra hükmü ile önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin hukuka uygun faaliyette bulunmasının, onu söz konusu sorumluluktan kurtarmayacağına ilişkin duruma açıklık getirilmiş olması olarak alınmalıdır.

²⁵ **Widmer/Wessner**, s. 141. Farklı değerlendirmeleri için bk. **Eren**, s. 457.

HAKSIZ FİİLLERDE ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN HÜKMÜN DEĞERLENDİRİLMESİ (TBK.md.72)

Yrd. Doç. Dr. Serdar NART*

GİRİŞ

Çalışmamız, zamanaşımını düzenleyen 818 sayılı Borçlar Kanununun 60. maddesi ile bunu karşılayan Türk Borçlar Kanununun 72. maddesini kapsamaktadır.

Aşağıda, zamanaşımına ilişkin genel değerlendirmelerden sonra, Yargıtay tarafından 1999 Marmara depremi sonrasında, zamanaşımı süresinin başlangıcı ile verdiği karar sonrasında yapılan tartışmalar ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen düzenleme ele alınmıştır. Bu şekilde Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin düzenlenen zamanaşımı süreleri de değerlendirilecektir.

I. HAKSIZ FİİL VE TAZMİNAT TALEBİ

Haksız fiil sorumluluğu, 818 sayılı Borçlar Kanununun 41. maddesine karşılayan Türk Borçlar Kanununun 49. maddesinde düzenlenmiştir. Buna 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 doğrultuda Türk Borçlar Kanununun 49. maddesi ile mevcut Borçlar Kanunumuz açısından bir fark yaratılmayıp, kusur sorumluluğu çerçevesinde, bir sorumluluğunun doğması için, işlenen fiil hukuka aykırı (haksız) olmalı, fail kusurlu olmalı, bir zarar meydana gelmeli ve haksız fiil ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Kusursuz sorumluluk¹ hallerinde ise,

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Bir kişinin sorumlu tutulabilmesi için genel ilke, kişinin kusurlu bulunmasıdır. Bu ilkenin olumlu sonucuna göre, kişinin sorumlu tutulabilmesi için kusurlu bulunması şarttır; olumsuz sonuca göre ise, kusur yoksa sorumluluk da söz konusu değildir. Bir kişi, önceden önleyebileceği bir zarara sebep olmuşsa, bu zararın tazmin edilmesinin kusura dayandırılması, adâlete de uygundur. Fakat, 17. yüzyıldan itibaren başlayan sanayileşme hareketi, üretim ve ulaşımın makinelere bağlanması ve bunlarda buhar, gaz, elektrik, atom enerjisi gibi kuvvetlerden yararlanılmaya başlanması, nüfusun büyük şehirlerde toplanması, modern hayatı tehlikelerle dolu bir duruma getirmiştir. Bunlara, kusurun ispat edilmesinin çoğu zaman imkânsız hâle gelmesi de eklenince, kusursuz sorumluluk düşüncesi gelişmiştir. Kişiler, bugün artık bir çok konuda, kusur

sorumluluğun oluşması için kusur hariç olmak üzere, diğer şartların varlığı gereklidir.

İşte bu şartların oluşması halinde, 818 sayılı Kanununun 41. maddesi ile Türk Borçlar Kanununun 49. maddesi ile belirtildiği üzere, başkasına zarar veren kimse, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Türk Borçlar Kanununun 50. maddesi gereğince, “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. Bu durum, 818. sayılı Borçlar Kanununun 42. maddesine tekabül etmektedir.

Bu şekilde doğan bir tazminat alacağının hangi sürede zamanaşımına uğrayacağı konusu ise 818 sayılı Borçlar Kanununun 60. maddesi ile Türk Borçlar Kanununun 72. maddesinde düzenlenmiştir.

II. ZAMANAŞIMI

A. Genel Olarak

Zamanaşımı, alacak hakkının belirli bir süre içinde kullanılmaması nedeniyle dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade etmektedir². Bu şe-

şartı aranmaksızın sorumlu tutulabilmektedir. bkz. **İmre, Zahit**: “Hukukî Mesuliyetin Esası Üzerinde Bazı Düşünceler”, İÜHF.M., 1982/1-4 (Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan), s.401 vd.; **Uluslan, İlhan**: “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, MHAD, 1970/6, s.27 vd.; **Tandoğan, Hâluk**: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s.1-3; **Reisoğlu, Safa**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Onaltıncı Bası, İstanbul 2004, s.152-153; **Gökcan, Hasan Tahsin**: Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, s.35; **Tiftik, Mustafa**: Akit Dışı Sorumlulukta maddî Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s.34-36.; kusurun aranmadığı sorumluluk hallerine Borçlar Kanununda, ayırt etme gücünden yoksun kimselerin hukuki sorumluluğu (BK.md.54), adam çalıştırmanın sorumluluğu, (BK. m. 55), hayvan tutucusunun sorumluluğu (BK. m. 56), bina malikinin sorumluluğu (BK. m. 58) ile Türk Medeni Kanununda düzenlenen taşınmaz malikinin sorumluluğu (TMK. m. 730) ve aile başkanının sorumluluğu (TMK. m. 369) gösterilebilir. Bunun dışında özel kanunlarla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda (m.85) düzenlenen “araç işletenin sorumluluğu”, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu’na göre (m. 134) “sivil hava aracı işletenin sorumluluğu” ve nihayet 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyetleri Kanunu’na (m. 62) göre “Devletin askerî manevra ve atışlardan doğan sorumluluğu” da kusursuz sorumluluk halleridir.

² **Tekinay, S.Selahattin/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla**: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler,7 Bası, İstanbul 1993, s.1030; **Başpınar,Veyssel/Altunkaya,Mehmet**: “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, AÜHFD 96 Yıl 2008, s.7; **Eren, Fikret**: Borçlar Hukuku, Ankara 2007, s.1232; **Kılıçoğlu, Ahmet**: Borçlar Hukuku Genel

kilde zamaşaşımına uğramış olan alacak aslında sona ermemekte, sadece bu alacağı talep etme imkânını ortadan kaldırmakta ve böylece eksik borç halini almaktadır³. Bu tip genel zamaşaşımı “söndürücü zamaşaşımı” olarak adlandırılmakta ve bu kavram daha çok aynî hakların kazanılmasında etki eden veya daha çok aynı hakların kazanılmasında yer alan “kazandırıcı zamaşaşımından” farkını ortaya koymaya çalışmaktadır⁴.

818. sayılı Borçlar Kanununun 60. maddesi ile aynı hükme tekabül eden Türk Borçlar Kanununun 72. maddesi ile maddî ve manevî tazminat taleplerinin bağılı olduğu zamaşaşımı sürelerini özel olarak düzenlemiştir. Tazminat ilişkisinden doğan talepler de, hukukî nitelikleri itibariyle bir alacak hakkı olmasına rağmen kanun koyucu, zamaşaşımı süresi açısından alacak haklarını düzenleyen 818. sayılı Borçlar Kanununun 125. maddesi vd. (ile Türk Borçlar Kanununun 146. maddesi vd.) hükümlerinden farklı bir düzenleme getirmiştir. Kanun koyucu 818. sayılı kanunun 60. maddesi ile, zamaşaşımının başlangıç anı ile zamaşaşımı sürelerini farklı bir şekilde düzenlemiştir. Bununla birlikte zamaşaşımının kesilmesi gibi konularda genel hükümleri uygulama bulacaktır⁵.

Hükümler, 9.b.Ankara 2007, s.650; **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2010, s.464; **Çelik, Ahmet Çelik:** Tazminat ve Alacaklarda Zamaşaşımı, İstanbul 2004, s. 37; **Tutumlu, Akif:** Türk Borçlar Hukukunda Zamaşaşımı ve Uygulaması, 2.Baskı, İstanbul 2001, s.25.

³ Zamaşaşımı maddi hukuka ilişkin bir kurum olup, usul hukukuna ilişkin değildir. Bu nedenle hakim zamaşaşımını resen dikkate alamaz; ancak davalı tarafça ileri sürülmesi halinde davayı esastan reddeder. Bkz.**Erdem, Mehmet:** Özel Hukukta Zamaşaşımı, İstanbul 2010, s.8; aksi görüşte bkz.**Başpınar/Altunkaya**, s.101.

⁴ Bu konuda bkz.**Oktay, Saibe:** Tapuda Olmayan Taşınmazların Zamaşaşımı İle Kazanılması, İstanbul 1990, s.25.vd.; **Sungurbey, İsmet:** İsviçre- Türk Hukukuna Göre Müruru Zaman, İstanbul 1956, s.1 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.1031-1032; ayr.bkz. **Erdem**, s.5; **Karacabey, Ö.Faruk:** “Haksız Fiillerde Zamaşaşımı (BK.md.60)”, YD.1979, S.1, s.481; hak düşürücü süre ise, bir borç ilişkisini ve alacak hakkının varlığını değil, bir hukuksal durum meydana gelip gelmemesini, taraflar arasında bir hakkın doğumuna yol açan hukuksal ilişkinin kurulup kurulmamasını etkilemektedir. (**Kılıçoğlu**, s.652). hak düşürücü süre, hakkı ortadan kaldırır ve itiraz mahiyetindedir; hakim tarafından resen dikkate alınır. Diğer yandan, zamaşaşımının kesilmesi ve durmasına ilişkin hükümler burada uygulama bulmaz. (**Eren**, s.1234).

⁵ Borçlar Kanununda öngörülen süreler, hem maddî tazminat hem de manevî tazminat talebi hakkında uygulanır. Bu hüküm kusur sorumluluğunda olduğu gibi, olağan sebep sorumlulukları için geçerlidir.bkz. **Eren**, s.794 vd.; **Saymen, F.Hakkı/Elbir, H.Kemal:** Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C.II, İstanbul 1958, s.527 vd.; Diğer yandan, zamaşaşımının kesilmesi ve durması bakımından, Borçlar Kanununun 125. ve devamı maddeleri uygulanır. Birden fazla kişinin sorumluluğunda, eğer Borçlar Kanununun 50. maddesine göre tam teselsül söz konusuysa, müteselsil sorumlulardan birine karşı kesilen zamaşaşımı, diğerlerine karşı da kesilmiş sayılır (BK.md.134/I); Borçlar Kanununun 51. maddesine göre eksik teselsül söz

Buna göre Borçlar Kanununun 60. maddesi ile “Zarar ve ziyan yahut manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ tediyesine müteallik dava, mutazzarın olan tarafın zarara ve failine ittılai tarihinden itibaren bir sene ve her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunmaz / Şukadar ki zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun müruru zamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsi davaya da o müruru zaman tatbik olunur...” Şeklindeki düzenlemesi ile üç türlü zamanaşımı süresi öngörmüştür.

Bu şekilde kanunkoyucu bir yıllık, sübjektif ve nispi nitelikte kısa zamanaşımı süresi; on yıllık objektif ve mutlak nitelikte uzun zamanaşımı süresi ile olağanüstü nitelikteki ceza zamanaşımı süresini düzenlemiştir⁶.

Aynı şekilde Türk Borçlar Kanununun 72. maddesi ile, haksız fiillerde zamanaşımı süreleri farklı bir şekilde düzenlenmiş ve “Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. / Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.” 818. sayılı Borçlar Kanununun 60. maddesindeki düzenlemeyi muhafaza etmiştir.

B. Zamanaşımı Sürelerinin İşlevi

Zamanaşımı sürelerinin kabulünü haklı gösteren bazı sebepler ileri sürülmektedir. Buna göre, öncelikle ileri sürülen alacağın, uzun süre geçmiş ol-

konusuysa, diğerlerine hiçbir etki yapmaz; ayr.bkz.**Roberto, Vito:** Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002, s.161.

⁶ Sözleşmeler için düzenlenen Borçlar Kanununun 127. maddesindeki yasak, haksız fiil sorumluluğu için geçerli olmadığından, taraflar zamanaşımı sürelerini diledikleri gibi düzenleyebilirler. bkz. **Eren,** s.794; aksi görüşte **Tekinay /Akman /Burcuoğlu /Altop,** s. 720; **Başpınar/Altunkaya,** s.103; **Oğuzman/Öz,** s.465; **Roberto,** s.163; ayrıca bkz. **Gauch, Peter:** Verjährungsverzicht: “Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226) und was davon zu halten ist”, SJZ 102, Nr.2006, s.533 vd. ve SJZ Nr.102, 2006, s.561 vd.

http://www.unifr.ch/zrhr/assets/files/Documents/Publikationen/Gauch/Verjaehrungsv_erzucht.pdf; BK. md. 60’da düzenlenen zamanaşımı ile ilgili hükümler, BK. m. 41 vd.daki haksız fiil olarak nitelenen olaylardan doğan bütün davalara ve bunun yanında diğer *kusursuz* sorumluluk hâllerine de uygulanır. Ayrıca, aksine bir düzenleme bulunmaması halinde yoksa, Borçlar Kanunu’nun diğer maddelerinde yer alan haksız fiil ile ilgili zararlar için de BK. m. 60. maddesindeki hükümler uygulanır. **von Tuhr, Andreas:** Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, (Çev. **Edege, Cevat**) İstanbul 1952, s. 363; **Rey, Heinz:** Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3.Auf. Zürich 2003, Nr. 1590; **Başpınar/Altunkaya,** s.102; **Erdem,** s.124; **Çelik,** s. 143; **Brehm, Roland:** Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI. 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Kommentar zu Art. 41-61 OR, Bern 1998 Art.60 Nr.7.

masına rağmen talep edilmemesinin, bu alacağın sona ermesi anlamına gelebileceği gibi, aslında hiç doğmamış olduğuna da delalet edebilir. Bu şekilde, kendi alacağını uzun süre talep etmeyen kimsenin bu hakkını korunmaya değer bulmadığı kabul edilebilir. Bu açıdan, uzun süre alacağını talep etmeyen kimsenin, bu talep hakkından mahrum kalması adalet düşüncesine de aykırı olmayacaktır⁷.

Diğer yandan, zamanaşımı ile borçlu, uzun süredir var olan böyle bir borçtan dolayı oluşabilecek uyumsuzlıklardan korunmaktadır⁸. Zira birçok halde, ne borçlu ne de mirasçıları, borçlarının ifa edildiğine dair olan delilleri uzun süre saklamaktadır. Yine tanıkların ölmesi veya bulunamaması, makbuzların yırtılması veya kaybolması, keşfin artık yapılamaması gibi olağan sebeplerden borçlu bu şekilde cezalandırılmamalıdır. Bunun gibi, uzun süre öncesine dayanan olaylardan borçlunun veya mirasçılarının sorumlu tutulabilmeleri, kamu yararına da aykırı olabilecektir; zira çok uzun zaman önce varlığından bile haber olunamayan bir borçtan dolayı sorumlu tutulmak, uzun süre var olan çekişmeleri tekrar ortaya çıkacaktır. Eski bir alacağı ödemeye zorlanmak, kamu yararını zedeleyen durumlara neden olabilecektir⁹. Bu haliyle zamanaşımının kabulü ile hukuk düzeni zamana, iyileştirici, düzeltici bir rol yüklemekte ve sosyal barışa katkı sağlamaktadır¹⁰. Son olarak, çok eski alacaklar bakımından mahkemelerin iş yükünü arttırmamak ve bunlarla uğraştırmamak için zamanaşımı süresinin getirildiği kabul edilebilir¹¹.

⁷ **Eren**, s.1233; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.1030-1031; “bir kişinin zamanaşımı süresi içinde hakkını kullanmamış olması bu hakkın bulunmadığına karinedir. -Alacaklı uzun bir süre alacağını istememekle kusurludur. Bu kusur, borçlunun borcunu yerine getirmemesinden daha ağır bir kusur olmaktadır. Alacağına bu şekilde kayıtsız kalan kişinin, bu hakkın veya hakkı isteme olanağının ortadan kalkması gibi sonuçlara da katlanması gerekir ve bu düşünce adalet duygusuna da uygundur” (**Karacabey**, s.483).

⁸ Zamanaşımı özellikle borçlu lehine getirilmiş bir kurumdur. **Erdem**, s.11; “Zamanaşımının, sadece borçlunun yararına hizmet eden bir müessese olmadığı, aynı zamanda hukuki güvenliği ve hukuki tatmini şart gördüğü toplumun huzuruna da hizmet ettiği dikkate alınırsa bir alacak hakkının çok uzun sürede zamanaşımına uğraması kamu düzenini ihlal edici nitelikte kabul edilmelidir”.bkz. Yargıtay 13.HD.15.06.1993 T. Ve 1993/2112 E, 1993/5075 K. (Kazancı İçtihat Bankası); ayrıca bkz. **Karacabey**, s.483.

⁹ **Eren**, s.1233; **Oğuzman/Öz**, s.465; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.1031.; **Erdem**, s.9; Tunçomağ, s.1233; **Kılıçoğlu**, s.651.; **Karacabey**, s.483.

¹⁰ **Eren**, s.1233; **Başpınar/Altunkaya**, s.101; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.1031; **Karacabey**, s.483.; Zamanaşımının varolma nedenleri arasında iki temel olgu bulunmakta ve bunlar zamanaşımının var olma nedenini oluşturmaktadır, bunlar toplumsal barışın sağlanması ve hukuk güvenliğidir. bkz. **Erdem**, s.11.

¹¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.1031; **Karacabey**, s.483; **Oğuzman/Öz**, s.465; bununla birlikte, zamanaşımının öngörülmesinin mahkemelerin işyükünün

III. ZAMANAŞIMI SÜRELERİ

A. Kısa süreli (nispi) Zamanaşımı Süresi

Borçlar Kanununun 60. maddesine göre, 1 yıllık kısa süre, zararın ve failin (zararı tazminle yükümlü kişinin) davacı tarafından öğrenildiği tarihten¹²; on yıllık süre de, haksız fiilin meydana geldiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Nitekim, Türk Borçlar Kanununun 72. maddesi ile de nispi süre 2 yıla çıkarılmış, 10 yıllık süre ise aynı kalmıştır.

Aşağıda bu unsurlar ele alınmıştır.

a. Zararın Öğrenilmesi

Bir yıllık sürenin işlemeye başlaması için, her şeyden önce zarar görenin, zarar verici fiili veya olayı değil, zararı öğrenmesi gerekir¹³. Zarar, zarar verici fiil veya olayın zarar görenin hukukî varlık ve değerleri üzerindeki olumsuz etki ve sonuçlardır. Borçlar Kanununun 128. maddesinde olduğu gibi, sadece tazminat alacağıнын muaccel olması, haksız fiillerde zamanaşımı süresinin işlemesi için yeterli değildir. Tazminat alacağı, zararın doğduğu anda muaccel olmaktadır¹⁴.

Zararın öğrenilmesinden kastedilen zarar verici olay değil, zararın varlık ve mahiyetini, unsurlarını, kapsamını öğrenmektir. Bunlar öğrenilmedikçe, zarar gören, dava yoluyla talep edeceği tazminatın sebep ve şartlarını değerlendiremez¹⁵. Gerçekten de, olayın meydana gelmesi ve zararın doğmuş olması,

hafifletilmesi yönünde bir hedefi olamayacağını düşünmektedir. Bkz. **Erdem**, s.10 ve dpn.29 ile anılanlar; **Tutumlu**, s.26; **Roberto**, s.160.

¹² Kanun koyucu bu şekilde tazminat talepleri için bir yıllık kısa ve nispi bir süre öngörmüştür. Bununla birlikte, sürenin başlaması, zarar görenin, tazmin yükümlüsü kişiyi öğrenmesi gibi sübjektif bir şartın gerçekleşmesine bağlamıştır. Diğer yandan zarar gören zararı da öğrenmek zorundadır. bkz. **Eren**, s.795.

¹³ Zarar görenin zararı öğrenmesi, zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında, bir dava açmaya ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli bütün hâl ve şartları öğrenmiş olması demektir; ancak, tazminatın hesabına yarayacak bütün ayrıntıların (zararın kapsamının ve miktarının) öğrenilmiş olması aranmaz (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.718-719); **Feyzioğlu**, s.709; **Eren**, s.795; **Kılıçoğlu**, s.352; **Oğuzman/Öz**, s. 541; **Karacabey**, s.491-492; **Giritlioğlu**, s.101; **Uygur, Turgut**: Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 3, Madde 51-108, Ankara 2003, C.3, s.2710; ayr.bkz. 4.HD., 22.1.1981, E.1980/12753, K.1981/415 (YKD., 1982/1, s.34).

¹⁴ **Başpınar/Altunkaya**, s.103; **Oser, Hugo/ Schönenberger, Wilhelm, Zürcher**: Kommentar, Bd. V: Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Art. 1-183 OR., 2. Auf. Zürich 1929, Art. 60, Nr. 7; **Brehm**, Art.60 Nr.5-6; **Oğuzman/Öz**, s.540; **Reisoğlu**, s. 208.

¹⁵ **Eren**, s. 795; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.718; **Kılıçoğlu**, s.351; BGE 96 II 39; 92 II 4; "... zamanaşımı başlangıcından esas olacak unsurlardan zarar görenin

dava açma hakkının oluşması için yeterli değildir. Zararın, zarar gören tarafından öğrenilmesi gerekir. Öğrenebilecek durumda olmak tek başına zamanaşımı süresinin işlemesine yetmez¹⁶. Diğer yandan, bu öğrenme kesin bir mahiyette olmalıdır. Zarar konusunda bir kuşkunun bulunması, öğrenme olarak nitelendirilemez. Ancak açık olan ve herkesçe bilinen bir olayın varlığı, zararın bilinmemesini veya zararda kuşkuyu önler¹⁷.

Bunun dışında, zararın öğrenilmesi için zarar verici fiil veya olayın da sona ermiş olması gerekir. Hukuka aykırı davranış veya zarar devam ettiği durumlarda zamanaşımının başlaması da mümkün değildir. Bu durum, özellikle sürekli zararlar söz konusu olur¹⁸. Bu gibi durumlarda, zarar verici fiilin veya olayın kesintisiz olarak devam etmesi halinde zarar tamamlanmamıştır ve buna bağlı olarak zamanaşımı da işlemeye başlamaz. Bu gibi, sürekli (temadi eden) zararlar, zarar ancak kesin olarak gerçekleştiği anda öğrenilebilir¹⁹. Bununla birlikte, ayrı ayrı zamanlarda tekrarlanan kesintili fiil veya olayların birbirinden bağımsız birden çok zarar veriyorsa, bunların her biri birbirinden bağımsız olduğu için her bir zarar kalemi için ayrı ayrı süreler işleyecektir²⁰.

Bedensel zararlar, zamanaşımı, tedavi masrafları, tıbbi bakım ve tedavilerle birlikte, en son zarar kaleminin gerçekleşip, bu kalemlerden oluşan ge-

zararı öğrenmesi demek, kural olarak zararın kapsamına değil, varlığına taalluk eder. Yoksa tazminatın hesabına yarayacak bütün ayrıntıların bilinmesi aranmaz. Zararın varlığı, mahiyeti ve esaslı unsurları hakkında bir dava açmaya, davayı ciddi ve objektif şekilde desteklemeye ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli yeterli hâl ve şartların öğrenilmesi, zararın öğrenilmiş sayılması için yeterlidir...”; YG 4.HD. 4.12.1986 T. ve E.6073, K.8188, (YKD. 1987/3, s.395); **Oğuzman/Öz**, s.541; **Karacabey**, s.492-493; **Brehm, Art. 60**, Nr. 28; **Oser/Schönenberger**, Art. 60, Nr. 13; **Rey**, Nr.1611; **Erdem**, s.175.

¹⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 541; **Erdem**, s.176; **Develioğlu,H.Murat**: “Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinin Tabi Olduğu Bir Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı”, Prof.Dr.Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, s.790.

¹⁷ **Brehm**, Art. 60, Nr. 44; **Çelik**, s. 143.

¹⁸ **Brehm**, Art. 60, Nr. 29; **Rey**, Nr. 1614; **Uygun**, s.2710; **Eren**, s. 795; **Kılıçoğlu**, s. 352; **Çelik**, s. 143; BGE 109 II 420; **Erdem**, s.179-180.

¹⁹ Zarar verici fiil veya olay ve dolayısıyla bundan doğan zarar, kesintisiz olarak devam etmesi halinde, tazminat talebinin mahiyetini oluşturan zarardan bahsedilemez. Zarar, ani veya sürekli dahi olsa her zaman tektir ve bu duruma “zararın tekliği” ilkesi denilmektedir. Bu ilkeye göre, aynı ihlal fiili veya olayından doğan sonuçlar bir bütün oluşturur ve zarargören, zarar devam ettiği sürece, bunu tam olarak öğrenemeyeceği için, süre de başlamayacaktır. Zaman süreci içinde gerçekleşen her ayrı zarar, ayrı bir zarar olmadığı gibi, zararı, zararlar toplamı da oluşturmaz. Sürekli zararlar, zarar kesin olarak ne zaman gerçekleşirse, öğrenme mümkün olacak ve bir yıllık süre başlayacaktır. Bkz.**Eren**, s.795; **Brehm**, Art.60,Nr.29.

²⁰ **Eren**, s.796.

nel zararın öğrenilmesi ile başlayacaktır²¹. Bu zararlar, gelişmenin tamamlanmasından sonra zamanaşımı zararın tümü için işleyecektir. Bu sebeple bir yıllık süre de zararın gerçekleştiği anda işlemeye başlar²². Ancak bu durum, gelişmenin değil de, zararın devam etmesi hallerinde ve bu sebeple zarar kapsamının tam olarak belirlenememesi halinde geçerlidir. Bu durumda, bir yıllık süre işlemeye devam eder²³. Ancak, bir olay meydana geldikten sonra yeni olaylar ortaya çıkarak yeni birtakım zararlar söz konusu olursa, yeni bir zamanaşımı süresi de işlemeye başlar²⁴.

Bir kişinin ölümü ile sonuçlanan bir haksız fiilde ise, yakınlarının, ölüm olayını öğrenmesi ile zamanaşımı süresi başlar²⁵. Davacı tüzel kişiye, tazminat davasının açılması için emir vermeye yetkili organ ve kurulun, zararı ve faili (zararı tazminle yükümlü kişiyi) öğrenmesi esas alınmalıdır²⁶.

b. Tazmin Yükümlüsünün Öğrenilmesi

Borçlar Kanun 60. maddesinde (TBK.md.72) düzenlenen bir yıllık zamanaşımı süresinin başlaması için, zarar görenin aynı zamanda tazmin yü-

²¹ Örneğin vücut bütünlüğü ihlalden doğan zararlar bakımından, tedavi giderleri, geçici kazanç kaybı, ve sürekli işgöremezlik kalemleri üç ayrı zarar kaleminden oluşmakta ve zarar, ancak en sonuncu kalemi oluşturan zararın tam olarak ortaya çıkması ile öğrenilmiş olunur (**Eren**, s.796); **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.719; **Başpınar/Altunkaya**, s.105; **Karacabey**, s.498; şayet gelişen duruma göre zararın kapsamını tayin etmek mümkün değilse, örneğin bir haksız fiil sonucu hastanede yatan kimsenin sıhhi durumu nasıl olacağı, sakat kalıp kalmayacağı, kalacaksa sakatlık derecesi belli değilse, gelişme tamamlanıp dava açmaya elverişli bilgiler elde edilinceye kadar zamanaşımı işlemez. (**Oğuzman/Öz**, s.542.); **Erdem**, (s.179), her bir kalem bakımından farklı farklı zamanaşımı süresinin işlenmesi görüşündedir.

²² **Brehm**, Art. 60, Nr. 57; **Oğuzman/Öz**, s. 542; **von Tuhr**, s.413; **Karacabey**, s.498; **Rey**, N.1615, BGE 92 II 1; 109 II 421.; BGE 112 II 123.

²³ Örneğin, haksız fiil sonucu hastaneye kaldırılan kişinin sağlığında ne gibi bir gelişme yaşanacağı, sakat kalıp kalmayacağı, kalacaksa sakatlık derecesinin ne olacağı belli değilse, gelişme tamamlanıp dava için yeterli bilgiler edinilinceye kadar süre işlemez. (**Oğuzman/Öz**, s. 542); YHGK., 7.2.1990, 4-654/65, (YKD., 1990/11, s. 1602); **Başpınar/Altunkaya**, s.105; Develioğlu (s.816), “gelişen” ifadesinin olumlu bir durumu yansıttığı için “devam eden” teriminin kullanılmasından yanadır.

²⁴ **Çelik**, s.143; **Başpınar/Altunkaya**, s.105.

²⁵ **Brehm**, Art. 60, Nr. 36-50; **Rey**, Nr. 1622.

²⁶ Davacı tüzel kişiye, tazminat davası açılması için emir vermeye yetkili organ ve kurulun, zararı ve faili (zararı tazminle yükümlü kişiyi) öğrenmesi esas alınmalıdır (**Karacabey**, s.495-496); **Uygur**, C.3, s.2711; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 717, dn. 1; **Kılıçoğlu**, s.351; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.**Develioğlu**, s.812.

kümlüsü (sorumlu) kişiyi de öğrenmesi gerekmektedir²⁷. Davalının şahıs ve kimliğinin tam olarak tespit edilememesi hâlinde, aleyhine dava açılacak şahıs ve onun sorumluluğunu kuran ve olay ve durumları öğrenmek zorundadır.

Kusur sorumluluğunda bu kişi, fail; sebep sorumluluğunda ise, kanunun kendisine tazminat yükümlülüğü bağladığı olayı gerçekleştiren kişidir. Bir yıllık sürenin işlemeye başlaması için, ev başkanının sorumluluğunda olduğu gibi, zarar veren küçük veya kısıtlının değil, ev başkanının; adam çalıştırmanın sorumluluğunda da yardımcı kişinin değil, adam çalıştırmanın öğrenilmesi gerekir. Bunun için de akıl hastalığının ve adam çalıştırma ilişkisinin varlığı öğrenilmelidir. Bir kimsenin tazmin yükümlüsü olabileceği hususunda bir tahmin veya zan yeterli olmayıp, zarar görenin, tazmin yükümlülüğünü kuran olay ve olguların tamamını öğrenmesi gerekir²⁸.

Birden çok davalının bulunması durumunda (müteselsil sorumlulukta, sorumlulardan her birinin borcunun diğerlerinden bağımsız olmasının sonucu olarak), bir yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi, her borçlu için ayrı ayrı hesaplanmalıdır²⁹.

B. On Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıcı

Borçlar Kanununun 60. maddesinin ikinci fıkrası ile fiilden zarar görenin, gerek sorumlunun kim olduğunu, gerekse zararı ne zaman öğrenmiş olursa olsun, fiilin meydana geldiği tarihten itibaren on yıl geçmesi ile zamanaşımına uğrayacağını öngörmüştür. Böylece haksız fiil nedeniyle tazminat davası açma hakkı, her halde zarar verici fiilin meydana geldiği tarihten itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Bu şekilde, bir yıllık nispî sürenin yanında, azamî bir “mutlak süre” (Absolute Verjährungsfrist) öngörülmüştür. Bu süre bakımından objektif bir zaman dilimi, yani fiilin işlendiği tarih kabul edilmiştir.

Böylece, zarar, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıl sonra dahi ortaya çıkmışsa veya haksız fiille birlikte doğmasına rağmen, haksız fiilin üzerinden on yıl geçmişse, tazminat davası zamanaşımına uğramış olur. Ancak, zarar verici fiil, süreklilik taşıyorsa (devam eden, gelişmekte olan bir durum

²⁷ **Develioğlu**, s.799; Zarar gören kişinin, zararı tazmin yükümlüsünün kimliği hakkında kesin bir bilgi sahibi olması beklenmemeli; yaklaşık bir bilgiyle (veya tahminle) bile dava açılması için gereken süre işlemeye başlamalıdır. Aksi takdirde, davaların açılabilmesi için gereken sürenin işlemeye başlaması gecikeceği ve bu da hukuk güvenliğine aykırı olacağı gibi, sürenin işlemesi için kesin bir bilginin aranması, bu tür davalarda kuşku durumlarda zarar görene tanınan ispat kolaylığı ilkesine de aykırı olacaktır (**Petek**, s.422).

²⁸ **Karacabey**, s.499; **Eren**, s.795.

²⁹ **Tekinay/Akman/Burcoğlu/Altop**, s.718; **Oğuzman/Öz**, s.541.

yaratıyorsa), on yıllık zamanaşımı süresi, fiilin veya sürecin sona erdiği (gelişmekte olan durumun seyrini tamamladığı) tarihten itibaren işlemeye başlar³⁰.

Buna karşılık Yargıtay, zararın, hukuka aykırı fiilin meydana geldiği tarihten on yıl sonra doğması hallerinde, tazminat talebinin zamanaşımına uğramış olmasının hakkaniyete aykırı olacağını düşünmüş ve bu şekilde on yıllık süreyi farklı bir şekilde yorumlamıştır. Yargıtay, haksız fiilin ancak zararın doğduğu andan itibaren tamamlanmış olacağı, zamanaşımı süresinin de ancak bu tarihten itibaren işleyeceğine karar vermiştir³¹. Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki, gerek 818. sayılı Borçlar Kanunu gerekse, Türk Borçlar Kanununda yer alan düzenlemeler karşısında, on yıllık zamanaşımının, fiilin işlendiği tarihten itibaren başlayacağı kabulü gereklidir³². Aksi bir düşünce zamanaşımı konusunda sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

³⁰ Feyzioğlu, s.709; Tekinay/Akman/Burcoğlu/Altıp, s.720; Eren, s.797; Oğuzman/Öz, s.541; Kılıçoğlu, s.352; Ayrıca bkz.yukarıdaki dpn.

³¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararda Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğunda, on yıllık zamanaşımının “*tapu kaydının düzeltilmesi davasının reddine ilişkin kararın kesinleşme tarihinden*” başlayacağı, dolayısıyla zararın gerçekleştiği tarihten itibaren on yıllık zamanaşımının işleyeceği yönünde hüküm kurmuştur. Ancak, Borçlar Kanununun 60. maddesindeki açık ifade, bu şekilde bir yorum yapmayı engelleyici niteliktedir; zira söz konusu hükümde, “...mutazarrır olan tarafın zarara ve failine utılai tarihinden itibaren bir sene ve her hâlde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene...” şeklinde, on yıllık sürenin, zararı doğuran fiilin işlenmesinden itibaren başlayacağı açık olarak belirtilmiştir. HGK., 21.4.1999, 1-222/226 (YKD., 2000/10, s.1489).

³² Türk Borçlar Kanunu Tasarısının, yürürlükteki Borçlar Kanunumuzun 60. maddesini karşılayan 71. maddesinde, “*Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. -Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımdan bir borç doğmuşsa, zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.*” hükmü yer almaktadır. Haksız fiil tazminatı için, Borçlar Kanunumuzda öngörülen bir yıllık kısa zamanaşımı süresi, yetersiz bulunması nedeniyle, Tasarıda iki yıla çıkarılmış; on yıllık uzun zamanaşımı süresi için kullanılan “*zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren*” şeklindeki ibare, haksız fiilin “*zarar*” unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin, haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına uğramayacağı şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıyla, bu ibare “*her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak*” şeklinde değiştirilmiş ve on yıllık uzun zamanaşımı süresi de, bu değişiklik göz önünde tutularak yirmi yıla çıkarılmıştır.

C. Ceza Zamanaşımı Süresi

Borçlar Kanununun 60. maddesinin ikinci fıkrasına göre, tazminat davası, Ceza Kanununun daha uzun bir zamanaşımı süresini öngördüğü suç oluşturan bir fiilden doğuyorsa, tazminat davasına da ceza zamanaşımı süresi uygulanır. Buradaki ana düşünce, zarar görenin ceza davasının devamı boyunca davaya katılarak tazminat isteyebilmesinin mümkün olması ve bu yüzden devlet koğuşturulmasına olanak bulunduğu sürece zarar verene, tazminat davası açılmasını reddetmenin anlamsız olacağına ve tazminat davasının daha önce zamanaşımına uğramasının adalet duygusuna bağdaşmayacağına dayanmaktadır³³.

IV. ZAMANAŞIMININ BAŞLANGICINA İLİŞKİN TARTIŞMALAR

A. Yargıtay'ın Zamanaşımına İlişkin Tutumu

Yukarıda da ifade edildiği üzere Yargıtay, özellikle 1999 tarihli Marmara depremi sonrasında haksız fiilin tamamlanması ve zamanaşımının başlangıcı konusunda "zararın doğumu" kıstasını getirmiştir. Yargıtay bu doğrultuda aşağıda ifade edileceği üzere deprem mağdurlarını "zamanaşımı olgusundan" kurtarmak istemiştir³⁴.

³³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.722; Karacabey,Ö.Faruk: YD., S.1, 1979, s.81-82; Elbette ki, burada ceza zamanaşımı ile belirtilmek istenen dava zamanaşımıdır. Ceza veya infaz zamanaşımı değildir. Bkz.Eren, s.799; Başpınar/Altunkaya, s.109; Brehm, Art. 60, Nr. 67; Oser/Schönenberger, Art. 60, Nr. 15; Rey, Nr. 1663; Kılıçoğlu,s. 350.

³⁴ Bu doğrultuda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 11.12.2001 tarih ve E. 2001/8406 K. 2001/12825 sayılı kararı ile haksız fiilin bütün unsurlarının tamamlanması için öncelikle zararın doğması gerektiği; başka bir ifadeyle zarar oluşmadığı sürece haksız fiilin tüm unsurlarının tamamlanmadığı, bu nedenle de zamanaşımının da işlemeyeceği, deprem ile birlikte bina yapımı sırasındaki hukuka aykırı eylem nedeniyle, deprem ile zararın doğduğunu bu nedenle 10 yıllık zamanaşımı süresinin geçmediğine karar (Kazancı İçtihat Bankası) sayılı kararı (...)"Bu faslın içinde yer alan 60. madde ise, "Müruruzaman" başlığını taşımaktadır. Anılan bu madde de, haksız bir eylem sonucu meydana gelen zarar nedeniyle zarar görenin, zararı ve zarar vereni öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her durumda, zararın meydana gelmesini sağlayan eylemden itibaren de on yıl içinde istemde bulunmasını öngörmüştür. Devamında ise, haksız eylemin suç teşkil etmesi durumunda, bu sürelerin ceza yasasında öngörülen sürelerle bağlı olacağı hüküm altına alınmıştır. Yine aynı maddenin, "...zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren..." biçimindeki düzenlemede hukuka aykırı eylemin yanında zararında gerçekleşmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla, hukuka aykırı eylemin varlığına karşın, zarar gerçekleşmemişse, zamanaşımı süresinin başlaması söz konusu olmayacaktır. Somut olayda, hukuka aykırı eylem daha önce, zarar ise depremin oluşumu ile gerçekleşmiştir...Maddenin bu düzenleniş biçimi, somut olaya uygulandığında, şöyle bir sonuca varmak gerekir. Bir kimsenin, ödence isteminde bulunabilmesi için

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.10.2003 tarihli E.2003/4-603, K., S. 2003/594 sayılı kararı³⁵ ile Borçlar Kanununun 60. maddesinde düzenlenen zamanaşımı süresinin başlangıcını değişik açılardan incelemiş ve davayı öncelikle haksız fiilin unsurları açısından irdelemiştir.

Buna göre, Yargıtay, haksız fiilin meydana gelmesi için kusur, hukuka aykırılık ve illiyet bağının yanında mutlaka bir zararın varlığına ihtiyaç duyulduğu, zarar ortaya çıkmadığı sürece haksız fiilden de bahsedilemeyeceğini ve bu sebeple de zamanaşımının işlemeyeceğini kabul etmiştir. Bu şekilde, Yüksek Mahkeme, yapının hukuka aykırı bir şekilde inşa edilmesi karşısında, zararın ancak deprem ile ortaya çıktığı, zamanaşımı süresinin de ancak bu andan itibaren işleyeceğini kabul etmiştir. İctihatta, eylemin üzerinden 10 yıl geçmiş olsa bile haksız fiilin ancak zararın doğumu ile tamamlandığını, zamanaşımı süresinin de ancak bu tarihten itibaren başlayacağını, dolayısıyla 10 yıllık sürenin geçmemiş olduğuna kanaat kılmıştır³⁶.

öncelikle bir zararın olması ilk koşuldur. Çünkü davanın hukuki nedeni ödence olunca, öncelikle bunun var ve miktarının da belli veya belirlenebilir olması gerekir. Öte yandan ve en önemli koşul, bu zararın tazminat olarak istenebilir bir duruma da gelmesidir. Davaya konu edilen olayda olduğu gibi, davalının hukuka aykırı eylemi, yapının yapıldığı tarihte gerçekleşmiştir. Ancak o tarihte davacının eldeki davaya konu ettiği tür ve kapsamda bir zararı doğmamıştır. Böyle bir zarar olmayınca, davacının eldeki gibi böyle bir dava açma olanağı da bulunamayacağı doğaldır. Zamanaşımı, harekete geçememek durumunda bulunan kimsenin aleyhine işlemez... ..Hukuki düzenleme ve eldeki bu olgulara göre, binanın yapımı, yönetmeliğe aykırı olmasına karşın, o tarihte zarar doğmadığından davacının anılan tarihte bir talep hakkı da olamayacaktır. Bir hakkın, bu bağlamda ödence isteminin doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başlatılması hakkın istenmesini ve elde edilmesini güçleştirir, hatta olanaksız kılar. Binanın yapım tarihinde, davalının hukuka aykırı olan eylemi gerçekleşmiştir. Ancak ortada henüz bir zarar bulunmamaktadır. Somut olayda olduğu gibi, her hukuka aykırı eylem, zararın oluşmasına neden olmayabilir. Binanın yapımı sırasındaki hukuka aykırılık eylemi nedeniyle, depremin oluşum sonucu zarar doğmuştur(...)

Davaya konu edilen olaydaki deprem, yani zarar doğurucu sonuç 17.8.1999 günü meydana gelmiş olup, eldeki işbu dava ise 11.8.2000 günü yani bir yıllık süre içinde açılmıştır. Bu süre, BK.nun 60. maddesinde öngörülen bir yıllık süreye uygun düşmektedir. Davanın açıldığı tarih itibarıyla daha uzun süreli bu bağlamda ceza zamanaşımının uygulanıp-uygulanmaması konusunun tartışılmasını eldeki bu dava için gerekli görmüyoruz", şeklindeki kararı ile zamanaşımının zararın doğumu ile başladığına hükmetmiştir.

³⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.10.2003 tarihli E.2003/4-603, K., S. 2003/594 sayılı kararı Kararın tam metni için bkz.Kazancı İctihat Bankası.

³⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.10.2003 tarihli E.2003/4-603, K., S. 2003/594 sayılı kararı Kararda bu durum şu şekilde ifade edilmektedir: (...) *Zamanaşımı süresinin başlaması için alacaklının belli olguları öğrenmiş olması koşulunu aradığı hallerden biri, haksız fiilden kaynaklanan tazminat borcudur. Buna ilişkin bir ve on*

Yargıtay, söz konusu hükmü Borçlar Kanununun 128. maddesi açısından da irdelemiş ve zamanaşımının, alacağın muaccel olduğu tarihte başlayacağını, zarar gerçekleşmediği sürece bir alacak kavramından da bahsedilemeyeceğini, bu nedenle zamanaşımı süresinin de ancak zararın doğumu ile başlayacağı yönünde karar vermiştir³⁷.

yıllık zamanaşımı sürelerini öngören B.K.nun 60. maddesinde, bir yıllık zamanaşımı süresinin, zarar görenin, zararın varlığını ve zarar vereni öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla, haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarında, alacaklı zararın varlığını ve zarar vereni bilmediği sürece, zamanaşımı süresi başlamayacaktır. (...) Açıkça ki, zararın varlığını öğrenme koşulu, öncelikle zararın gerçekleşmiş olmasını gerektirir: Henüz gerçekleşmemiş bir zararın, herkes gibi, o zararın tazminini isteyebilecek olan alacaklı (zarar gören) tarafından da öğrenilmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, hukuka aykırı fiil işlenmesine rağmen, onun doğuracağı zarar henüz ortaya çıkmamış; zararın ortaya çıkması için, fiil tarihinden sonra birtakım etkenlerin gerçekleşmesi veya belli bir zamanın geçmesi gerekiyor ise, doğal olarak zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması da mümkün olmayacaktır. (...)Hukuka aykırı ve ancak henüz herhangi bir zarar doğurmamış bir fiilin işlenmiş olması, tek başına yasal 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için yeterli değildir. Zira, yukarıda değinildiği üzere, bir fiilin haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi için, diğer koşullar yanında, onun bir zarara neden olması da zorunludur. Kendisinden kaynaklanan bir zarar bulunmadıkça, bir fiilin hukuka aykırılığundan söz edilebilirse de, henüz bir haksız fiil olarak kabulü mümkün değildir. Böyle durumlarda, zarar doğuncaya kadar, ortada sadece hukuka aykırı bir fiil bulunur; dolayısıyla, bu aşamada, haksız fiilin unsurlarından sadece hukuka aykırılık ve -koşulları varsa- kusur unsurları gerçekleşmiş olur. O fiilin, hukuka aykırı bir fiil olmaktan çıkıp, haksız fiil niteliğine dönüşebilmesi ise, ancak diğer iki unsurun; bir zararın doğması ve zarar ile fiil arasında nedensellik bağının bulunması unsurlarının birlikte gerçekleşmesiyle mümkündür. Kısaca, hukuka aykırı bir fiil, bütün bu koşulların birlikte gerçekleştiği andan itibaren haksız fiil niteliğine bürünür; o potansiyeli taşıdığı halde henüz nedensellik bağını da içeren bir zararı doğurmamış olan hukuka aykırı nitelikteki bir fiil, zararın doğacağı ana kadar haksız fiil olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla, haksız fiil, zorunlu olarak, bir zarar doğurduğu anda bütün unsurlarıyla tamam olur ve ancak o tarihte işlenmiş sayılabilir. (Bkz.Kazancı İçtihat Bankası)

³⁶ Kaynak: Kazancı İçtihat Bankası. Aynı doğrultuda: Y. 4.HD. E. 2002/12847 K. 2003/5544 T. 29.4.2003; YHGK. 2003/4-400 E., 2003/393 K. T.04.06.2003; Y.4.HD. E.2002/4491, K.2002/5701, T.13.05.2002.

³⁷ Öte yandan, zamanaşımı başlangıcına ilişkin genel hüküm niteliğindeki B.K. nun 128. maddesine göre de, zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihte başlar. Buradaki "muacceliyet" kavramının, alacaklı tarafından talep ve dava edilebilir hale gelmiş olma anlamını taşıdığına, dolayısıyla, öncelikle doğmuş bir alacağın varlığını (haksız fiil açısından bakıldığında, tazminat alacağına neden olan zararın gerçekleşmiş olmasını) gerektirdiğinde; yine "alacak" kavramının, haksız fiile dayalı tazminat alacağını da kapsayan bir genişlik taşıdığına kuşku ve duraksamaya yer yoktur. Kısaca, tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı süresi de, diğer alacaklar gibi, onun alacaklınsınca talep ve dava edilebilir hale geldiği anda başlayacaktır."

Yüksek Mahkeme, bu kararında, davada atfedilen fiilin aynı zamanda bir suç oluşturduğu gerekçesi ile Borçlar Kanununun 60. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen olağanüstü zamanaşımı sebebiyle de başlamayacağını kabul etmiştir³⁸.

B. Doktrinin Bu Konudaki Tutumu

Yargıtay'ın zamanaşımının başlangıcı konusunda yukarıda belirtilen bu kararı, haklı olarak doktrinde yoğun eleştiri almıştır³⁹. Gerçekten de Yargıtay'ın Borçlar Kanununun 60. maddesine ilişkin yaptığı yoruma, kanunun açık lafzı karşısında hiçbir yönden katılmak mümkün değildir. Borçlar Kanununun 60. maddesi açık ve aksi yönde bir yoruma mahal vermeyecek şekilde düzenlenmiş ve talebin "her halde" fiilin işlendiği tarihten itibaren 10 yıllık sürenin geçmesi ile zamanaşımına uğrayacağını düzenlemiştir. Yargıtay'ın "zararı müstelzim fiili", "zararı doğuran fiil" olarak yorumlaması kanunun özüne uygun olmadığı gibi, mehzaz İsviçre Borçlar Kanununun 60. maddesindeki lafzına da uygun düşmemektedir⁴⁰. Bu nedenle, zamanaşımının başlangıcı konusunda, fiilin tamam-

Denilmiştir YHGK. 2003/4-400 E., 2003/393 K. T.04.06.2003 (Kazancı İçtihat Bankası)

³⁸ *Kararda bu durum şu şekilde ifade edilmektedir: (...)*Diğer yandan, Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, 17 Ağustos 1999 tarihli depreme ilişkin bir ceza davasında, TCK. nun 383/2. maddesinde düzenlenen suçun, binanın tamamlandığı (Yapı kullanma izin belgesinin alındığı) tarihte değil, binanın deprem sonucunda yıkıldığı anda işlenmiş sayılması gerektiğine oybirliğiyle karar vermiştir. (Y.C.G.K. nun 4.3.2003 gün 2002/9-314 esas, 2003/15 karar sayılı kararı). Davaya atfedilen haksız fiilin, aynı zamanda cezayı da gerektiren bir fiil niteliği taşıdığı, dolayısıyla, söz konusu Y.C.G.K. kararının, eldeki davaya konu haksız fiil yönünden de geçerli bir saptamayı içerdiği kuşkusuzdur.(...) Belirtilmelidir ki, hem haksız fiil olarak tazminat borcunu, hem de suç oluşturması nedeniyle cezayı gerektiren bir fiilin, medeni hukuk ve ceza hukuku açısından farklı tarihlerde işlenmiş (tamamlanmış) sayılmasını haklı gösterebilecek herhangi bir hukuksal gerekçe mevcut olamaz. Yine, B.K. nun 60/2. maddesindeki uzamış zamanaşımı kuralını öngören hükmün, ceza zamanaşımı gerçekleşmiş olmadıkça, hukuk davasının zamanaşımına uğramasını önleme amacını güttüğü de, 1 ve 2. fıkraların sıralanış biçiminden açıkça anlaşılmaktadır. O halde, aynı zamanda suç da oluşturan, eldeki davaya konu haksız fiile ilişkin ceza zamanaşımı gerçekleşmedikçe, ona dayalı tazminat isteminin zamanaşımına uğraması da hukuken mümkün olmayacaktır. Bu yönüyle de, somut olayda dava zamanaşımının gerçekleşmemiş olduğunun kabulü zorunludur. (YHGK. 2003/4-400 E., 2003/393 K. T.04.06.2003)

³⁹ **Başpınar/Altunkaya**, s.118; **Dural, Mustafa/Sarı, Suat**: Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 5. Baslı, İstanbul 2010, s.112; **Oğuzman/Barlas**, s.99; **Erdem**, s.188-191; **Gümüş, M.Alper**: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2008, s.325.

⁴⁰ Yargıtay'ın Borçlar Kanununun 60. maddesine ilişkin yorumlama çabaları da bu sonucu değiştirmemektedir. Kararda bu husus şu şekilde tartışılmıştır: "Öncelikle,

landığı tarihin dikkate alınması gereklidir. Burada bir kanun boşluğunun bulunduğu şeklindeki görüş⁴¹ de bu açıdan kanımızca da yerinde değildir⁴².

anılan hükümde yer alan "zararı müstelzim" ifadesindeki müstelzim sözcüğünün "gereken, gerekli, gerektiren" şeklindeki sözlük anlamından farklı olarak "neden olan" şeklinde; "zararı müstelzim" sözlerinin de "zararı doğuran, zarara neden olan" şeklinde anlaşılması gerektiğine işaret edilmelidir. Böylece, "zararı müstelzim" ifadesi, "zararı gerektiren" şeklinde değil, "zararı doğuran" şeklinde anlaşılmalıdır. Buna bağlı olarak B.K.nun 60. maddesindeki "...Her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra..." söz dizini, "Her halde zararı doğuran haksız fiilin işlenmesinden itibaren on sene geçtikten sonra" şeklinde anlaşılmalıdır." YHGK. 2003/4-400 E., 2003/393 K. T.04.06.2003. Mehaz İsviçre Borçlar Kanununun 60. maddesi ile şu şekildedir: "Der Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung verjährt in einem Jahre von dem Tage hinweg, wo der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablaufe von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet". Bu şekilde son cümlede açıkça görüleceği üzere (vom Tage der schädigenden Handlung), yani "hukuka aykırı fiilin işlendiği günden itibaren" şeklinde düzenlenmiştir.

⁴¹ Aksi görüşte **Çelik**, (s.161) burada, zamanaşımı süresinin uzatılması konusunda kanunkoyucunun bir çözüm bulması gerektiği, Borçlar Kanununun 60. maddesini düzenleyen zamanaşımı süresinin uzatılmasına kadar, yargı mercilerinin gereksinimlere cevap verecek önlemleri alabileceğini, 10 yıldan sonra doğan zararların zamanaşımına uğramasına imkân tanınmanın hukukun temel ilkelerine aykırı düşeceğini savunmaktadır. Bu doğrultuda, zamanaşımının başlangıcı konusunda gerçek olmayan bir boşluğun var olduğunu, bu nedenle yasakoyucu tarafından bu boşluk doldurulmadığı sürece, bu boşluğun hakim tarafından doldurulması gerektiğini ileri sürmektedir.

⁴² Hakim tarafından, gerçek olmayan bir boşluğun doldurulması mümkün değildir. Bu hallerde hükmün düzeltilmesi ancak kanunkoyucunun yetkisindedir. Hakimin, varolan bir kanun hükmü karşısında hukuk yaratma yoluna gidemez. Bkz. **Dural/Sarı**, s.112; aynı yönde **Oğuzman/Barlas**, s.99; Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesinin 16.11.2010 tarihinde vermiş olduğu bir kararda, sözleşmeye aykırılıktan doğan haksız fiil talebine ilişkin olarak İsv.BK.md.127 gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresinin zararın doğmasından itibaren değil, fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağını hükmetmiştir. Söz konusu davada, bir işçi 1962 tarihinden beri makineci olarak pozlama-asbestli bir ortamda çalıştığını, kendisine 2004 başlarında plevral kanser teşhisi konulduğu ve bunun da 10.11.2005 tarihinde ölümüne sebep olduğunu, ölüm sebebiyle murisin kızlarının açmış olduğu tazminat davasında, yerel mahkeme, ölen kişinin işyerinde 1966-1978 tarihleri arasında düzenli olarak asbest tozuna maruz kalmış olmasına rağmen, talebin zamanaşımına uğramış olduğuna karar vermiştir. Davacılar, İsv.BK.md.130 gereğince haksız fiillerden farklı olarak zamanaşımı süresinin fiilden itibaren değil, alacağın muaccel olduğu tarihten, yani zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren işlemeye başladığını; ayrıca zamanaşımının AİHS'nin adil yargılama ve başvuru hakkını düzenleyen md.6, 8/1'ne aykırı mahiyette olduğunu ileri sürerek kararı temyiz etmişlerdir. Federal mahkeme temyiz üzerine yapmış olduğu incelemede,

Yargıtay'ın deprem mağdurlarının uğramış oldukları zararların zamanaşımına uğramaması konusunda göstermiş olduğu çaba, her ne kadar hakkaniyetli ve adil olarak görünüyorsa da, sırf bu yüzden hukuk güvenliği ilkesinden vazgeçilmesi mümkün olmamalıdır. Aksi durum hukuki istikrar ve hukuk güvenliğini zedeleyecektir⁴³.

Yüksek Mahkeme, her ne kadar, zamanaşımı süresinin, zararın gerçekleştiği tarihten itibaren başlatılmasının uzun süreler öncesine dayandırılmayacağına açıklamaya çabalasa da, kararından neyi kastettiği tam olarak anlaşılammaktadır⁴⁴. Kararda aynen “örneğin, 100 yıl önce yapılmış bir binanın depremde yıkılması halinde, onu inşa eden kişinin torununun torunlarının dahi sorumlu tutulması sonucuna yol açacağı şeklindeki yorum ve endişelere cevap olarak şu açıklamanın yapılması gerekmiştir: Yukarıda ayrıntılı olarak değinildiği üzere, haksız fiil kavramı, zorunlu olarak, doğan zarar ile hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağı bulunmasını gerektirir.” Denilmektedir⁴⁵. Oysa bu açıklama, zarar bakımından bir illiyet bağının bulunmadığına ilişkin tartışmaları sona erdirmemektedir. Zira, 100 yıl önce yapılmış bir binanın depremle yıkılması halinde dahi illiyet bağı bulunmaktadır.

Diğer yandan, Yargıtay'ın Borçlar Kanununun 128. maddesi ile ilgili çözüm arayışı da ilginçtir. Bir kere, haksız fiil sonucunda ortaya çıkan tazminat talebi, alacak kavramı içinde yer alsaydı, Borçlar Kanununun 128. maddesinde

zamanaşımı süresinin geçirilmiş olduğuna karar vermiştir. Kararda, İsv.BK.md.99 gereğince haksız fiilin aynı zamanda sözleşmeye aykırılık oluşturması halinde de, zamanaşımı süresinin sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilen eylemin yapıldığı tarihte işleyeceğini kabul etmiştir. Diğer yandan, zamanaşımının AİHS'ne aykırı olmayacağını, bu sürenin kanunkoyucu tarafından alacaklı ve borçlu arasında dengenin gözetilmesi sonucu belirlenmiş olduğunu ve sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir. bkz.BGE 4A-249/2010 (16.11.2010) (http://www.asbestopfer.ch/downloads/BGer_4A_249_2010_vom_16_November_2010.pdf).

⁴³ **Başınar/Altunkaya**, s.119; **Brehm**, Art. 60, Nr. 64; **Rey**, Nr. 1642; **Honsell**, s. 195; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 720; **Uygur**, s. 2711; **Eren**, s. 797; bu konuda **Karacabey** (s.501-502), zarara uğrayan, zararı ver faili öğrenememesi halinde dava hakkının süresiz olmayacağını, zira, zamanaşımının sosyal rolü ve amacının buna engel olacağını, yasanın on yıllık sürenin başlangıç anını oluş tarihi olarak kabul ettiğini, zararın olay sırasında hemen doğmamış olması halinde dahi, sürenin başlangıç tarihinin olayın oluş tarihi olduğunu belirtmektedir. Bir yıllık süre ile on yıllık süre arasındaki en açık farkın sürenin başlangıç anı olduğunu belirtmektedir.

⁴⁴ Ayr.bkz.**Başınar/Altunkaya**, s.121; **Erdem**, s.191.

⁴⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.10.2003 tarihli E.2003/4-603, K., S. 2003/594. (Kazancı İçtihat Bankası.)

düzenlenen alacakları kapsamaz⁴⁶. Diğer yandan, kanunkoyucu, bilinçli bir şekilde haksız fiilden doğan tazminat taleplerini ayrı bir hükümle düzenlemiştir⁴⁷. Bu şekilde, mahkeme, bu hükümde öngörülen alacaklar bakımından muacceliyet şartını arayarak, kanımızca Kanunkoyucunun haksız fiiller bakımından, Borçlar Kanununun 60. maddesi ile yapılan özel düzenleme ihtiyacını da göz ardı etmiş ve bu şekilde doğru sonuçlara varamamıştır.

V. ZAMANAŞIMI BAŞLANGICI BAKIMINDAN TÜRK BORÇLAR KANUNU AÇISINDAN DEĞERLENDİRMELERİMİZ

818 sayılı Borçlar Kanunumuzun 60. maddesini karşılayan Türk Borçlar Kanunu, 72. maddesinde, *“Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. -Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa, zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir.”* hükmü yer almaktadır.

Türk Borçlar Kanununun 71. maddesinin gerekçesine bakıldığında ise, “818 sayılı Borçlar Kanununda on yıllık uzun zamanaşımı süresi için kullanılan “zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren” şeklindeki ibarenin, haksız fiilin “zarar” unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin, haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına uğramayacağı şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıyla, bu ibare “her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak” şeklinde değiştirilmiş ve 818 sayılı Borçlar Kanunundaki on yıllık uzun zamanaşımı süresinin de, bu değişiklik göz önünde tutularak yirmi yıla çıkarılması öngörülmüştür⁴⁸. Nitekim, haksız fiil zamanaşımı süreleri olarak Alman Medenî Kanununun (BGB) 852 nci maddesinde on ve otuz yıllık süreler öngörülmüştür” denilmektedir.

⁴⁶ Bkz.Erdem, s.190; diğer yandan, haksız fiillerdeki zamanaşımı süresinin başlaması için, BK.md.128’de olduğu gibi sadece tazminat alacağıın muaccel olması yeterli değildir. Tazminat alacağı, aslında zarar görenin öğrenmesinden bağımsız olarak, zararın doğması ile muaccel olmaktadır. Bkz.Eren, s.795.

⁴⁷ Eğer Kanunkoyucu, zarar doğmadan zamanaşımının başlamayacağını öngörecekti olsaydı, çok açık bir şekilde sürenin “zararın gerçekleştiği” andan itibaren şeklinde bir düzenleme yapabilirdi. Mevcut ve bilinçli bir kanun koyucunun tercihini olduğu bu durumda, aksine yorum yapmak, kanunkoyucu gibi hareket anlamına gelir.bkz.Erdem, s.189.

⁴⁸ Bkz.Adalet Bakanlığı; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2007, s.144.

Gerekçede de açıkça görüleceği üzere, Yargıtay'ın zamanaşımını başlangıç anı bakımından söz konusu madde hükmünü yanlış yorumlama imkânını ortadan kaldıracak bir şekilde kaleme alındığı görülmektedir.

Bununla birlikte, Adalet komisyonu tarafından zamanaşımına ilişkin hüküm 72. madde ile, "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" şeklindeki değiştirilmiş ve mutlak zamanaşımı süresi yeniden on yıl olarak düzenlenmiştir.

Adalet Komisyonunun raporu aynen şu şekildedir: "*Tasarınının 71 inci maddesi deprem ve benzeri olaylarda uzun zamanaşımını benimseme temeline dayanarak yirmi yıllık genel bir süre öngörmüştür. Deprem üzerine Yüksek Mahkemenin geliştirdiği yorum, bu düzenlemeyi etkilemiş olmalıdır (YHGK. 04.06.2003 T. ve 4-400/393- E/K, YCGK. 4.3.2003 t, 9-314/15-E/K). / Komisyon, bu gibi sonuçlarda çözümün "haksız fiil" kurumunun analizinde aranması gerektiği değerlendirmesinde bulunmuş, süreyi on yıla indiren önergede temel çözümü ortaya koymuştur. Buna göre, haksız fiilin "sonuç" unsurunun üzerinde durulması gerekir. "Sonuç", eylemin "hareket" unsurunun dış-dünyada meydana getirdiği ve hukukun hüküm tertip ettiği "değişiklik"tir (Prof.Dr. Kaneti, Selim. Haksız Fiilde Ani Sonuçlu Olaylarda Hukuka Aykırılık Unsuru, İst.2007, s.19 ve civ.). Hareketten hemen sonra meydana gelen ölüm, yaralanma ve hasar gibi "ani sonuç"lar yönünden bir sorun yoktur. Bu hâllerde, hareketle sonuç arasında uzun bir zaman bulunmamaktadır. Hareketle sonuç arasında uzun bir zamanın girdiği hâllerde sorun doğmaktadır. Sözelimi kimi kimyasal ya da radyoaktif kökenli kazalarda hareket unsuru ile dış-dünyadaki değişiklik (sonuç) unsuru arasında, yarım asrı aşan bir süre girebilir. Radyoaktif kaza çevresinde 50 yıl sonra elsiz-kolsuz doğumun gerçekleşmesi farazî örneği uyarıcıdır. İliyet bağının varlığı hâlinde bu örnekte nükleer santraldeki "patlama", haksız fiilin "hareket unsurunu", "noksan doğum" ise, haksız fiilin "sonuç unsurunu" (cismani zararı) ifade eder. Bu somut örnekte haksız fiilin işlendiği tarih, hareketin olduğu "patlama" tarihi değil; sonucun meydana geldiği "noksan doğum" tarihidir. Haksız fiil, noksan doğum tarihinde tamamlanmış olmaktadır. (Prof.Dr. Henri Deschenaux, Prof.Dr. Pierre Tercier. Sorumluluk Hukuku. Selim Özdemir çevirisi, Ank.1983.s.12-13). Hareket ve sonuç haksız fiil bütününi oluşturan kurucu unsurlar olup sonucu meydana gelmemiş harekete bir hüküm tertip olunamaz. Öte yandan aynı hareketin farklı zamanlarda birden fazla sonuç doğurması mümkündür. Çernobil kazasından sonra birden fazla özürlü doğum gibi. Her sonucun meydana geldiği tarihe göre zamanaşımının başlangıcı farklı olacaktır. Bu gibi hâllerde zarar, ancak ve ancak sonucun meydana geldiği tarihte oluşmuş olacağından, kısa süreli zamanaşımının da başlangıç tarihi zorunlu olarak, sonucun meydana geldiği tarih sonrasındaki öğrenme tarihi olacaktır. Tasarınının 71 inci maddesinin birinci fıkrası, uzun zamanaşımı başlangıcına temel alınan fiil terimi eylemin sonuç unsurunun*

meydana geldiği tarihi içerdiğine; fiilin sonucun meydana geldiği tarihte oluşmuş sayıldığına göre, sonucu on yıl sonra meydana gelen fiillerde dahi zamanaşımının dolmamış bulunması karşısında "yirmi yılın" ibaresi "on yılın" şeklinde değiştirilmiş ve madde teselsül nedeniyle 72 nci madde olarak kabul edilmiştir."

Adalet Komisyonunun bu değerlendirmeleri çerçevesinde, haksız fiilin zararın doğumu ile ortaya çıktığı yönünde bir yorumun yapılması büyük ihtimal dahilindedir. Bu durum olası bir depremde veya buna benzer kanser hastalığının sonradan ortaya çıktığı bütün durumlarda zamanaşımı tartışmalarını tekrar ortaya çıkaracak ve haksız fiilin ancak zararın ortaya çıkması ile doğacağına ilişkin tartışmalar ortaya çıkacaktır⁴⁹. Bununla birlikte, kanımızca tasarı gerekçesinin dikkate alınarak mutlak zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından, her halde fiilin meydana geldiği tarihin dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle raporda belirtilen radyoaktif zararlarda bile on yıllık mutlak süre zararı doğuran fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren işletilmelidir⁵⁰.

VI. ZAMANAŞIMI SÜRELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Borçlar Kanununun 60. maddesinde bulunan sürelerin yeterli olup olmadığı konusunda gerek ülkemizde gerekse İsviçre Hukukunda birçok tartışmalar yapılmıştır.

Buna göre, özellikle Çelik tarafından ileri sürülen görüş çerçevesinde haksız fiil ile ilgili üç tür zamanaşımına gerek yoktur. Çelik'e göre, haksız fiile ilişkin tazminat talepleri bakımından tek bir zamanaşımı süresi olmalıdır. Bu sürenin de 30 yıl olması gerektiği kabul edilmektedir. Çelik, bu durumun, insa-

⁴⁹ Diğer yandan, bu tartışmalar sadece depreme ilişkin zararlarda değil, zararın sonradan doğabileceği, kanser vb. hastalıklara ilişkin olaylarda da tartışma yaratabilecektir. Örn.bkz. BGE 4A-249/2010.

⁵⁰ İsviçre Federal Mahkemesi asbest sebebiyle meydana gelen zararlarda zamanaşımının başlangıcı bakımından yaptığı değerlendirmede, bazı alanlarda zararın sonradan doğması ihtimallerini özel kanunlarla düzenlemiş olduğunu; çekirdek enerjisi sorumluluğu kanununun 10. maddesi ile (Kernenergiehaftpflichtgesetzes vom 18. März 1983) ışınlarla karşı koruma kanununun 40. maddesinde (Strahlenschutzgesetzes vom 22. März 1991) 30 yıllık bir sürenin belirlenmiş olduğunu, daha sonra ortaya çıkan zararlar bakımından herhangi bir talep imkanı bulunmadığını; bu alanlarda dahi zamanaşımı kurumundan vazgeçilmemiş olduğunu ve zamanaşımı başlangıcının da zararverici fiilden itibaren gerçekleşmiş olduğunu; diğer sorumluluklar bakımından da sonradan ortaya çıkan zararlar bakımından bir bazı sorunlar oluşabilmekle birlikte kanunkoyucunun sürelerin uzatılmasını öngörmemiş olduğunu, asbest zararlarında da talebin fiilin işlendiği tarihten itibaren işleyeceğine hükmetmiştir. (BGE 4A-249/2010)
(http://www.asbestopfer.ch/downloads/BGer_4A_249_2010_vom_16_November_2010.pdf).

nın sağlığı ve varlığının daha çağdaş bir anlayışla korunmuş olacağını savunmaktadır⁵¹.

Deschenaux/Tercier ise, 1 senelik sürenin kısa olduğunu savunmuş ve bu sürenin en az yıla çıkarılması gerektiğini ileri sürmüştür⁵². Buna karşılık İsviçre Hukukunda Sorumluluk Hukukunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı'nda ise zararın ve zarar verenin öğrenilmesinden itibaren 3 yıl ve her halde 20 yıl içinde zamanaşımına uğraması öngörülmekteydi. Hükümde önemli bir nokta olarak mutlak sürenin, zararın gerçekleştiği günden itibaren başlatılması olarak öngörülmüş⁵³; ancak İsviçre Federal Meclisi (Bundesrat) zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesinden vazgeçmiştir. Meclisin medyayı bilgilendirme yazısında, zamanaşımı süreleri konusunda yeterli tartışmaların yapılamamış olması ve bu konuda yeterli bir konsensüse varılamaması olarak gösterilmiştir⁵⁴.

Başpınar/Altunkaya ise, kanunda yer alan 1 ve 10 yıllık zamanaşımı süresinin yeterli olduğunu düşünmektedir⁵⁵.

Erdem, bu konuda Türk Hukukundaki on yıllık sürenin kısa bir süre olmadığını, aksine uzun bir süre olduğunu, asıl bir yıllık zamanaşımı süresinin kısa olduğunu, bu açıdan türk Hukukunda da, Alman hukukunda olduğu gibi, bir yıllık sürenin üç yıla çıkarılmasını, mutlak zamanaşımı süresinin on yıldan daha aşağıya çekilmesi gerektiği; ancak bazı alacaklar yönünden alman hukukunda olduğu gibi, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne yönelik saldırılardan kaynaklanan talepler açısından on yılın üzerinde (yirmi veya otuz yıllık) sürelerin kabul edilmesinin yerinde olduğunu ileri sürmektedir⁵⁶.

⁵¹ Çelik, s.45; Çelik'e göre Borçlar Kanununun 71. maddesi "Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği günden başlayarak on yılın ve zararın gerçekleşmesinden başlayarak otuz yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar." Şeklinde düzenlenmeliydi. bkz. (<http://www.tazminathukuku.com/guncel-konular/borclar-kanunu-tasarisi-ndaki-iki-yillik-zamanasimi-suresinin-yetersiz-oldugunu-savunmaliz-ve-artirilmesini-istemeliyiz.htm>)

⁵² Deschenaux/Tercier, s.164.

⁵³ ayrıca bkz. Honsell, Heinrich: İsviçre Sorumluluk Hukukunda Reform Çabaları, (Çev.Zeytin, Zafer), Batider, C. XXII, sa. 4, Ankara 2004, s. 195

⁵⁴ İsviçre hukukundaki bu çalışmalar için bkz. Widmer, Pierre/Wessner,Pierre: Revision Und Vereinheitlichung Des Haftpflichtrechts, s.33 (<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflcht/vn-ber-d.pdf>).; bkz. Medienmitteilungen, EJPD (Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement), 21.01.2009, <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2009/2009-01-21.html>.

⁵⁵ Başpınar/Altunkaya, s.96.

⁵⁶ Erdem, s.188,dpn.701; Alman Medenî Kanunundaki 30 yıllık genel zamanaşımı 2002 yılında "Borçlar Kanununun Modernleştirilmesi Kanunu" (Gesetz zur

Yukarıda, zamanaşımına ilişkin genel açıklamalarda belirtildiği gibi, bir alacağın talep edilebilmesi için bazı sürelerin belirlenmesi hukuki istikrar ve sosyal barış bakımından önemli olduğu açıklanmıştır. Bu bakımdan, tayin edilecek süreler ne borçluyu aşırı bir baskı altında tutacak mahiyette olacak, ne de alacaklının hakkını talep etmesini zorlaştıracak bir duruma sokmalıdır. Bu doğrultuda, kanımızca Türk Borçlar Kanunu ile belirlenmiş olan 2 yıllık nispi süre ile 10 yıllık süre yeterli bir süredir⁵⁷.

SONUÇ

Gerek 818 sayılı Borçlar Kanunumuzun 60. maddesi gerekse bunu karıştıran Türk Borçlar Kanununun 72. maddesi, on yıllık mutlak zamanaşımı süresinin “her halde fiilden” itibaren işleyeceğini düzenlemiştir.

Bununla birlikte, Yargıtay 818 Borçlar Kanununun 60. maddesi bakımından, zararın, hukuka aykırı fiilin meydana geldiği tarihten on yıl sonra doğması hallerinde, tazminat talebinin zamanaşımına uğramış olmasının hakkaniyete aykırı olacağını düşünmüş ve bu şekilde on yıllık süreyi farklı bir şekilde yorumlamıştır. Yargıtay, haksız fiilin ancak zararın doğduğu andan itibaren tamamlanmış olacağı, zamanaşımı süresinin de ancak bu tarihten itibaren işleyeceğine karar vermiştir⁵⁸.

İşte bu yorum yanlışını ortadan kaldırmak amacıyla, Türk Borçlar Kanununun 72. maddesi ile aynı hükmün madde gerekçesinde on yıllık zamanaşımı süresinin zararı doğuran fiilden itibaren işleyeceğini düzenlemiştir. Bu durum, bütün tartışmaları ortadan kaldıracak mahiyette olması gerekirken, Adalet Komisyonunun raporunda, haksız fiilin ancak zararın doğması ile tamamlanacağını ifade ederek, bu konudaki tartışmaları tekrar alevlendirecektir. Kanımızca bu durumda tasarıdaki gerekçesinin esas alınması hukuk güvenliği ve istikrarı

Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001)” ile süresi 3 yıla indirilmiştir (BGB § 195). Vücut bütünlüğünün ihlali, sağlığa veya özgürlüğe ve ölüme ilişkin zararlar, oluşum veya öğrenilmesi veya ağır ihmal sonucu öğrenememe dikkate alınmaksızın fiilin işlendiği, yükümlülüğün ihlal edildiği veya herhangi bir sebepten zararı doğuran olaydan itibaren 30 yıl içinde zamanaşımına uğrar (BGB § 199).

⁵⁷ Başpınar/Altunkaya, s.125;

⁵⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararda Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğunda, on yıllık zamanaşımının “*tapu kaydının düzeltilmesi davasının reddine ilişkin kararın kesinleşme tarihinden*” başlayacağı, dolayısıyla zararın gerçekleştiği tarihten itibaren on yıllık zamanaşımının işleyeceği yönünde hüküm kurmuştur. Ancak, Borçlar Kanununun 60. maddesindeki açık ifade, bu şekilde bir yorum yapmayı engelleyici niteliktedir; zira söz konusu hükümde, “...mutazzar olan tarafın zarara ve failine ıtılai tarihinden itibaren bir sene ve her hâlde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene...” şeklinde, on yıllık sürenin, zararı doğuran fiilin işlenmesinden itibaren başlayacağı açık olarak belirtilmiştir. HGK., 21.4.1999, 1-222/226 (YKD., 2000/10, s.1489).

bakımından daha uygun olacaktır. Aksi takdirde bilim komisyonunun bu konuda harcamış olduğu emek ve bu konuda ortaya koymaya çalıştığı çaba göz ardı edilecektir.

Son olarak zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi hususunda değerlendirme yapılırsa, bunun bir hukuk politikası olduğu, sürelerin belirlenmesinin kanunkoyucunun takdirinde olduğu belirtilmelidir. Bu belirleme yapılırken de alacaklı ile borçlu arasında menfaat çatışmasının değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla zamanaşımı süresi kararlaştırılırken, ne borçlu aşırı derecede uzun bir süre borç baskısı altında tutulmalı, ne de alacaklının alacağını talep etmesini zorlaştıracak derecede kısa tutulmalıdır. İşte bu durum dikkate alındığında, kanımızca Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenen iki ve on yıllık süreler yeterli olup, mutlak sürelerin arttırılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2005.

Başpınar, Veysel/Altunkaya, Mehmet: “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, AÜHFĐ 96 Yıl 2008, s. 95-130.

Brehm, Roland: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI. 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen Kommentar zu Art. 41-61 OR, Bern 1998.

Çelik, Ahmet Çelik: Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı, İstanbul 2004.

Develioğlu, H.Murat: “Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinin Tabi Olduğu Bir Yıllık Zamanaşım Süresinin Başlangıç Anı”, Prof.Dr.Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, (s.787-820).

Dural, Mustafa/Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 5. Baslı, İstanbul 2010.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Ankara 2007.

Gauch, Peter: Verjährungsverzicht: “Ein Entscheid des Bundesgerichts (BGE 132 III 226) und was davon zu halten ist”, SJZ 102, Nr.2006, s.533 vd. ve SJZ Nr.102, 2006, s.561 vd.

Makeleye bu adresten ulaşılabilir:

<http://www.unifr.ch/zrhr/assets/files/Documents/Publikationen/Gauch/Verjaehrungsverzicht.pdf>.

Gökcan, Hasan Tahsin: Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003.

Gümüş, M.Alper: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2008.

İmre, Zahit: “Hukukî Mesuliyetin Esası Üzerinde Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası., 1982/1-4 (Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan), (s.401-420).

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9.b.Ankara 2007.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2010.

Oktay, Saibe: Tapuda Olmayan Taşınmazların Zamanaşımı İle Kazanılması, İstanbul 1990.

Oser, Hugo/ Schönenberger, Wilhelm, Zürcher: Kommentar, Bd. V: Das Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Art. 1-183 OR., 2. Auf. Zürich 1929.

Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Onaltıncı Bası, İstanbul 2004.

Rey, Heinz: Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3.Auf. Zürich 2003.

Roberto, Vito: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 2002.

Saymen, F.Hakkı/Elbir, H.Kemal: Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C.II, İstanbul 1958.

Sungurbey, İsmet: İsviçre- Türk Hukukuna Göre Müruru Zaman, İstanbul 1956.

Tandoğan, Hâluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.

Tekinay, S.Selahattin/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7 Bası, İstanbul 1993.

Tiftik, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta maddî Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.

Tutumlu, Akif: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 2. Baskı, İstanbul 2001.

Uluslan, İlhan: “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”, MHAD, 1970/6.

Uygur, Turgut: Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 3, Madde 51-108, Ankara 2003, C.3.

von Tuhr, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, (Çev. Edege, Cevat) İstanbul 1952.

Widmer, Pierre/Wessner, Pierre: Revision Und Vereinheitlichung Des Haftpflichtrechts, s.33

(<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht/vn-ber-d.pdf>).

RÜCU İSTEMİNE İLİŞKİN ZAMANAŞIMI (TBK m. 73)

Prof. Dr. Haluk N. NOMER*

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 73. maddesi, rücu istemine ilişkin zamanaşımını düzenlemektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bu hükmün karşılığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu hüküm önemli bir boşluğu doldurmaktadır.

Maddeye ilişkin değerlendirmeyi uygulama alanı ve kabul edilen sürelerin uygunluğu açısından iki başlık altında yapmak mümkündür.

I. UYGULAMA ALANI

A. Aynı Zarardan Birlikte Sorumlu Olanların Rücu Hakkı (TBK m. 62/f. 2)

73. madde "Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri" başlığını taşıyan ikinci ayırmada yer almaktadır. Bu bakımdan 73. maddenin, esas itibarıyla aynı ayırmada düzenlenmiş olan müteselsil sorumluluk ilişkisi dikkate alınarak ve bu ilişkiye uygulanmak üzere kanuna konulduğu anlaşılmaktadır. Aynı zarardan birden fazla kimsenin müteselsil sorumluluk esasına göre sorumlu olduğu haller 61 ve 62. maddelerde düzenlenmiştir. 61. madde dış ilişkiyi, yani zarar görenle sorumlular arasındaki ilişkiyi, 62. madde ise iç ilişkiyi, yani tazminatın sorumlular arasında paylaşılmasını düzenlemektedir.

Müteselsil sorumlulukta, zarar gören zararının tamamı için sorumlu olanlardan dilediğine başvurabilir. Zarar gören isterse sorumlulardan birine, isterse bir kaçına isterse hepsine birden başvurabilir (TBK m. 163). Dolayısıyla zarar görenin istemi üzerine, sorumlulardan biri zarar görene, iç ilişkide kendi payına düşenden daha fazla bir ödemede bulunabilir. Kendi payından fazla ödemede bulunan sorumlu, bu fazla için diğer sorumlulara başvurabilir. Buna ilişkin 62. maddenin ikinci fıkrası şöyledir; "**Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur**". Bu hüküm aslında, müteselsil borçluluğa ilişkin 168. maddenin tekrarı niteliğindedir. 168. madde hükmü şöyledir; "**Diğerlerine rücu hakkına sahip olan borçlulardan her biri, ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olur.**"

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Ödemede bulunan sorumlunun, diğer sorumlulara başvurması bakımından kanun, hem ödemede bulunan sorumlunun rücu hakkına sahip olduğunu hem de zarar görenin haklarına halef olacağını belirtmiştir. Bu itibarla öncelikle rücu hakkı ile halefîyet kavramlarının açıklığı kavuşturulması gerekmektedir.

Rücu Kavramı

Rücu, kendisine veya başkasına ait bir borcu ifa ederek alacaklıyı tatmin eden kimsenin, alacaklıya yaptığı edanın tamamını veya bir kısmını bir başka kişiden istemesidir. Rücu istemi, rücu edenle edilen arasındaki bir akdi ilişkiye dayanabileceği gibi, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya vekâletsiz iş görmeden de doğabilir. Rücu istemi, bütün bunların dışında, kanunun belirttiği diğer bazı özel durumlarda da söz konusu olabilir. TBK m. 62 bu özel durumlardan bir tanesidir.

Rücu istemi ifa edilen borçtan bağımsız bir taleptir ve rücu edenle edilen arasındaki ayrı bir ilişkiye dayanır. Rücu talebi, borcun ifa edilmesiyle doğan **yeni bir alacak hakkıdır**, -halefîyetten farklı olarak- ifa ile birlikte alacaklıdan borçluya geçen bir hak değildir.

Halefîyet Kavramı

Halefîyet, kelime anlamı itibariyle, bir kimsenin yerine geçmeyi ifade eder. Hukuki anlamda halefîyet, hak sahibi bir kimsenin yerine geçmektir. Daha açık bir ifade ile bir başkasının bir hakkına –veya bütün olarak malvarlığına– sahip olmak suretiyle o kimsenin yerine geçmektir. Halefîyet, hakkın süjesinin (hak sahibinin) değişmesini ifade eder. Bu anlamda halefîyet, mevcut bir hakkın bir kimseden diğerine geçmesi ile gerçekleşir. Kendisine hak intikal eden kimse önceki hak sahibinin o hak bakımından halefi olmuş olur.

Eğer münferit bir hak bir kimseden diğerine geçiyorsa, o takdirde buna cüzi halefîyet, buna karşılık bir malvarlığı bir bütün olarak bir kimseden diğerine geçiyorsa, o takdirde buna da külli halefîyet denir.

Alacak haklarında cüzi halefîyet, yani alacak hakkının bir kimseden diğerine geçmesi üç şekilde gerçekleşebilir;

- 1- Alacağın devri (alacağın temliki) (TBK m. 183)
- 2- Yargısal devir (mahkeme kararı gereğince devir) (TBK m. 185)
- 3- Yasal devir (kanun gereğince devir, kanuni halefîyet) (TBK m. 185)

Alacağın devri hangi yolla gerçekleşirse gerçekleşsin, alacağın devri ile birlikte bağlı (fer'i) haklar da devralana geçer (TBK m. 189/f. 1). Dolayısıyla, devrolan alacağı teminat altına almak için bir rehin hakkı kurulmuşsa veya kefalet sözleşmesi yapılmışsa, o takdirde yeni hak sahibi de bunlardan yararlanır.

Rücu Hakkı ile Halefîyet Arasındaki İlişki

Türk Borçlar Kanunu'nun 62 ve 168. maddelerinde ifade bulunan borçlunun diğer borçlulara karşı rücu hakkı bulunduğu açıkça belirtildikten sonra, aynı zamanda alacaklının haklarına da halef olacağı belirtilmiştir. Rücu hakkı yukarıda belirtildiği üzere, ifade bulunan kimseye alacaklıdan intikal eden bir hak olmayıp, bağımsız bir haktır. Bir borcu ifa eden kimsenin böyle bir hakkı var iken, kanun koyucu buna ek olarak neden halefîyet esasını kabul etme gereğini duymuştur? Bunun sebebi rücu hakkını güçlendirmektir. İfade bulunan kimse böylece rücu hakkına ek olarak, ifa ettiği borç için gösterilmiş teminatlardan da yararlanabilecektir. Zira halefîyet gereği, mevcut rücu hakkına ek olarak, ifa edilen borca ilişkin alacak teminatlarla birlikte, ifade bulunan borçluya geçer.

Rücu hakkının, halefîyet ile güçlendirildiği hallerde, birbiriyle yarışan iki alacak hakkı söz konusu olur. Bunlardan birincisi bağımsız rücu hakkı, diğeri ise halefîyet gereği, ifa ile birlikte ifade bulunan borçluya intikal eden alacak hakkıdır. İfade bulunan kimse dilerse rücu hakkına dilerse –özellikle teminatlara başvurmak istiyorsa– halefîyet yoluyla kendisine intikal eden alacağa dayanabilir.

TBK m. 73'deki Zamanaşımının Halefîyet Yoluyla Geçen Alacağa Uygulanmayacağı

Rücu hakkı, halefîyet yoluyla geçen alacaktan bağımsız bir hak olduğundan, rücu hakkı, ifa anından itibaren ayrı bir zamanaşımı süresine tabidir. Halefîyet yoluyla geçen alacak hakkı bakımından ise, o alacağa ait zamanaşımı süresi işlemeye devam eder. Başka bir ifade ile intikal eden alacak, ifa anında zamanaşımı bakımından hangi durumda ise, o durumda ifade bulunan kimseye intikal eder, yani zamanaşımı olduğu yerden işlemeye devam eder. Dolayısıyla halefîyet yoluyla geçen alacak ile rücu hakkının ayrı zamanlarda zamanaşımına uğraması mümkündür. Rücu hakkı sahibi bu hakkını kullanırken, halefîyet yoluyla geçen alacağın zamanaşımına uğramış olmasından etkilenmez, ancak ödemede bulunduğu alacaklıya gösterilmiş olan teminatlardan yararlanmak istediğinde, zamanaşımı def'i ile karşılaşabilir.

Bu genel esaslara uygun olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 73. maddesinin gerek kenar başlığında gerek metninde “rücu istemi” ibaresi geçmektedir. TBK m. 62/f. 2'de tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen borçlunun, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil borçlulara karşı hem rücu hakkına sahip olduğu hem de zarar görenden halefîyet yoluyla geçen haklara sahip olduğu belirtilmiştir. TBK m. 73'de rücu istemi ile kastedilen TBK m. 62/f. 2'de yer alan “rücu hakkı” olup zarar görenden halefîyet yoluyla geçen alacak hakkı değildir. Aksi takdirde teminat verenlerin durumu, kendi iradeleri dışında ağırlanmış olurdu. Teminatlar kendisine ödemede bulunulan alacaklı lehine

gösterilmişlerdir. O kimse teminatlardan hangi şartlarla yararlanabilecek idiyse, kendisine halefiyet yoluyla alacağın intikal ettiği kişi de ancak o şartlarla (aynı zamanaşımına tabi olarak) teminatlardan yararlanabilir.

B. Sigortacının Rücu Hakkı (?)

Müteselsil sorumluluğu düzenleyen TBK m. 61 hükmü şöyledir; “Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya **aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı** sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.” 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 51. maddesinde çeşitli (muhtelif) sebeplerin neler olduğu belirtilmişti: haksız fiil, akit, kanun. Sigortacı sözleşme uyarınca sorumludur. Başka bir ifade ile sigortacı da birlikte sorumlu olanlardan bir tanesidir. Buna göre ödemede bulunan sigortacının da TBK m. 62/f. 2 uyarınca hem rücu hakkına hem de halefiyet yoluyla zarar görenden geçen haklara sahip olması gerekir.

Ancak Türk hukukunda hâkim olan görüş aksi yöndedir. Bu görüş Ticaret Kanunu’ndaki özel hükümlere dayanmaktadır. Bu hükümlere göre, zarar sigortalarında, ödemede bulunan sigortacı, sigortalının diğer sorumlulara karşı sahip olduğu tazminat alacaklarına halef olur ve bu sıfatla diğer sorumlulara rücu edebilir (6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda: kara sigortaları bakımından, eTTK 1301; Deniz sigortaları bakımından, eTTK 1361; Benzer düzenleme 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda da yer almaktadır: zarar sigortaları bakımından, TTK 1472; Sorumluluk sigortaları bakımından, TTK 1481). Hâkim olan görüşe göre, sigortacı lehine halefiyet esasını getiren Ticaret Kanunu hükümleri özel hüküm niteliğindedirler ve dolayısıyla sigortacının diğer sorumlulara başvurması münhasıran bu hükümlere tabidir. Bunun sonucu olarak, sigortacının bağımsız bir rücu hakkı bulunmamakta, sadece halefiyet yoluyla zarar görenden geçen alacak hakkına sahip olmaktadır. Sigortacının halefiyet yoluyla sahip olduğu alacak hakkı bakımından, sigortalı için başlayan zamanaşımı sigortacı için kaldığı yerden işlemeye devam eder. Yargıtay da bu görüştedir (Yarg. İBK, 17.01.1972, E. 1970/2, K. 1972/1, RG 20.03.1972, Sayı: 14134).

Sigortacının diğer sorumlulara başvurusunu, sadece halefiyet esasına dayandıran görüş, sigortacının durumunu hem zamanaşımı hem de sigortalının diğer sorumluları ibrasının sigortacıya etkisi bakımından olumsuz yönde etkilemektedir. Sigortacıya alacak hakkı zamanaşımına uğramış şekilde dahi geçebilmektedir. TBK m. 73’e kaynaklık eden Widmer/Wessner Tasarısı’nda sigortacının durumu düzenlendiği gibi rücuda zamanaşımına ilişkin Art. 55c hükmünün kapsamına sigortacının rücu hakkı da dâhil edilmiştir. Benzer bir düzenlemenin Ticaret Kanunu ile koordineli şekilde Borçlar Kanunu’na getirilmesi veya Ticaret Kanunu’nda Borçlar Kanunu’ndaki esaslara uygun düzenleme yapılması yerinde olurdu.

C. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun Rücu Hakkı

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun diğer sorumlulara rücuuna ilişkin olarak, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21. maddesinde özel hüküm bulunmaktadır. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun rücuu halefiyet esasına dayanmaz. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun rücu hakkı, sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlıdır. Bu sebeple Yargıtay bu rücu hakkını "kendine özgü halefiyet ilkesine dayalı rücu hakkı" veya temelinde rücu hakkı bulunan bir halefiyet hali" olarak nitelendirmektedir. Ancak bu nitelendirme rücu hakkının kapsamına ilişkindir, yoksa ödemede bulunan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun teknik anlamda zarar görenin haklarına halef olması söz konusu değildir.

5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce rücu konusunda benzer bir düzenleme, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun yürürlükten kalkan 26. maddesinde yer almaktaydı. Yargıtay, bu maddeye dayanan rücu davalarını eBK m. 125'de yer alan (TBK m. 146) 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tabi tutmaktaydı (Yarg. İBK, 01.07.1994, E. 1992/3, K. 1994/3, RG 22439).

Sosyal Sigortalar Kurumu zarardan kanun uyarınca sorumludur. Sosyal Sigortalar Kurumu'nun sorumlu olduğu durumlarda başka sebeplerle sorumlu olan başka kişiler de bulunabilir. Diğer bir deyişle zarar görene karşı çeşitli sebeplerle sorumlu olanların arasında Sosyal Sigortalar Kurumu da yer alabilir. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu'nun 61 ve 62. maddelerinin kapsamına ("**Birden çok kişi ... aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde**") aslında -5510 sayılı Kanun'daki özel hükümler saklı olmak kaydıyla- Sosyal Sigortalar Kurumu ve onun rücu hakkı da dâhildir ve özel hükümlerde düzenlenmeyen konular bakımından bu hükümlerin uygulanması mümkündür. TBK m. 73 hükmünün bu kapsamda Sosyal Sigortalar Kurumu'nun rücu hakkına doğrudan veya en azından TBK m. 146'daki genel hüküm yerine kıyasen uygulanması gerekir.

D. İdarenin Rücu Hakkı

İdare ajanının görev veya hizmet kusuru sebebiyle zarar görene veya hak sahiplerine tazminat ödemek zorunda kalan idare, idare ajanına rücu eder (2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 129/f. 5; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 13). İdare ile idare ajanı arasındaki ilişki bir özel hukuk ilişkisi olmayıp idare hukuku esaslarına tabidir. Bununla birlikte idarenin rücu davaları adliye mahkemelerinde görülmektedir.

Zarar görene karşı ister doğrudan sadece idare sorumlu olsun ister idarenin yanı sıra idare ajanı da sorumlu olsun, zarar görenin zararını tazmin eden idarenin idare ajanına rücuunda TBK m. 73 hükmünün doğrudan veya kıyasen uygulanması uygun düşer.

II. ZAMANAŞIMI SÜRELERİNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

A. 2 Yıllık Süre

TBK m. 73 rücu istemine ilişkin olarak iki zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Birincisi öğrenmeden başlayan 2 yıllık süre, diğeri ise ödemedten başlayan on yıllık üst süredir. 2 yıllık süre şu şekilde düzenlenmiştir; **“Rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ... geçmesiyle zamanaşımına uğrar”**. 2 yıllık süreye ilişkin düzenleme 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'ndaki rücu zamanaşımına ilişkin özel düzenlemeyle uyumludur. KTK m. 109/f. 4'teki düzenleme şöyledir; **“Motorlu araç kazalarında tazminat yükümlülerinin birbirlerine karşı rücu hakları, kendi yükümlülüklerini tam olarak yerine getirdikleri ve rücu edilecek kimseyi öğrendikleri günden başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar”**.

Öğrenmeden başlayarak işleyecek 2 yıllık süre uygun görülebilir ise de, TBK m. 73'te zamanaşımının işlemeye başlaması için tazminatın tamamının ödenmesinin aranması yerinde değildir. TBK m. 62/f. 2 hükmü, tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kimsenin rücu hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Başka bir ifade ile rücu hakkına sahip olmak için tazminatın tamamının ödenmesi gerekli olmayıp sorumlu kişinin iç ilişkide kendisine düşen paydan fazlasını ödemiş olması yeterlidir. İç ilişkideki payından fazlasını ödeyen sorumlu, rücu hakkına sahiptir. Buna rağmen tazminatın tamamının ödenmediği gerekçesiyle zamanaşımı süresinin işlemeye başlamaması çelişkili bir durumdur. Özellikle zarar görenin kısmi dava açması veya kısmi ödemeye razı olması sebebiyle tazminatın tamamını ödemiş olan sorumlunun rücu edemeyeceğini veya rücu edebileceğini ve fakat bu hakkı için zamanaşımının işlemeye başlamayacağını kabul etmek uygun bir çözüm tarzı değildir.

B. 10 Yıllık Süre

Karayolları Trafik Kanunu'nda rücu istemine ilişkin zamanaşımı bakımından bir üst süreye yer verilmemişken, TBK m. 73'te bir üst süreye yer verilmiş olması yerindedir. Ancak bu yapılırken Karayolları Trafik Kanunu'nda da değişikliğe gidilip yeknesaklık sağlanması yerinde olurdu. BK m. 73'te üst süre şu şekilde ifade edilmiştir; **“Rücu istemi, ... her halde tazminatın tamamen ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar”**. TBK m. 72'de zarar görenin tazminat alacağı bakımından üst süre fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başladığı halde, TBK m. 73'te rücu bakımından üst süre tazminatın tamamen ödendiği tarihten itibaren başlamaktadır. Üst sürenin tazminatın ödendiği tarihten itibaren başlaması, rücuun, fiilin işlendiği tarihten çok sonra gerçekleşmesine imkân tanımaktadır. Şöyle ki, zarar görenin sorumlulardan biri aleyhine açtığı tazminat davası uzun sürede sonuçlanabilir ve hatta akabindeki icra safhası da uzun bir zaman alabilir. Böyle bir durumda rücu davasının haksız

fiilin işlenmesinden 20, 30 yıl veya daha uzun bir süre sonra da, zamanaşımı süresi geçmeden açılması mümkündür. Birlikte sorumluluk, sorumluların durumunu, tek başlarına sorumlu olsalardı içinde bulunacakları durumdan bu derece ağır bir duruma sokmamalıdır. Bu bakımdan zarar görenin açacağı tazminat davası için öngörülen üst süre ile ceza zamanaşımına ilişkin sürenin aynen rücu hakkı bakımından da geçerli olması uygun bir çözüm olabilirdi. Nitekim Tasarı'nın ilk halinde hem zarar görenin açacağı tazminat davası hem de rücu davası için üst süre fiilin işlendiği tarihten başlayarak 20 yıldır. Fakat daha sonra Adalet Komisyonu'nda TBK m. 72'deki üst süre 10 yıl olarak kabul edilmiş ve buna bağlı olarak rücutaki üst süre de 10 yıla düşürülmüş, ama sürenin işlemeye başladığı an değiştirilerek tazminatın tamamen ödendiği tarih haline getirilmiştir.

III. BİLDİRİM KÜLFETİ

TBK m. 73/f. 2 hükmü, sorumlulara bir külfet (Obliegenheit) yüklemiştir. Zarar gören, sorumlulardan birine başvurduğunda, o sorumlu, durumu diğer sorumlulara bildirmek zorundadır. **“Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimde dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar”**. Burada işlemeye başlayacak olan süre, 2 yıllık zamanaşımı süresidir. Kendisinden tazminatın ödenmesi istenen kimse, bildirimde bulunmadığı takdirde, bildirimde bulunabileceği tarihten itibaren iki yıl içinde zarar görene tazminatı ödemeli ve rücu davası açmalıdır. Aksi takdirde rücu edilen sorumlu zamanaşımı def'inde bulunabilir. Bildirim, davanın ihbarı tarzında da gerçekleşebilir.

Bu hükmün getirilme sebebi şudur; Diğer sorumlular yıllar sonra rücu davası ile karşılaşabileceklerdir. Diğer sorumluların bunu şimdiden bilmelelerinde fayda vardır. Bu sayede önceden haklarını korumak için tedbirler alabilir, delilleri saklayabilirler. Yerinde bir hükümdür.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU UYARINCA HAKSIZ FİLDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNE DAİR YARGILAMALARDA GEÇİCİ ÖDEMELER (TBK m. 76)

Dr. Murat TOPUZ*

I. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN GEÇİCİ ÖDEMELER HAKKINDA GETİRDİĞİ DÜZENLEME VE GEREKÇESİ

Geçici ödemeler başlığını taşıyan ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan TBK'nun 76 ncı maddesi, “*Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir.*

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir.” şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme ile Türk Borçlar Hukuku'na geçici ödemeler (Verläufige Zahlungen) kavramı kazandırılmış oldu¹.

TBK m. 76'nın gerekçesine baktığımızda bu yeni düzenlemeyle, meselâ, hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. TBK m. 76/I'e göre, zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumunun da gerektirmesi halinde, hâkime, talep üzerine tazminat yükümlüsünün zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Madde gerekçesinde bu düzenlemeyle, geçici ödeme kararıyla kesin hüküm sonucunun, eda amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesi amaçlanmadığı belirtilmiştir. TBK m. 76/II'de ise, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca zarar görene yapılan geçici ödemelerin nihâf kararda hükmedilmiş olan tazminata mahsup edileceği; zarar görenin açtığı davanın reddine karar verilmesi durumunda ise hâkim

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Elemanı.

¹ İsviçre'de İBK'ya eklenmek istenen 56h maddesi tek fıkradan oluşmakta iken TBK m. 76 iki fıkradan oluşmaktadır. TBK m.76'nın birinci fıkrası 56h hükmünün tekrarı niteliğindedir. Ancak TBK m. 76'nin ikinci fıkrası İsviçre Tasarısı'nda mevcut değildir.

tarafından, aynı davada, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine hükmedileceği düzenlenmektedir.

Adalet komisyonunda bu hüküm çoğunluk tarafından kabul edilmiş fakat komisyon üyeleri tarafından çeşitli eleştiriler de dile getirilmiştir². Bu eleştirilerin başlıcaları şunlardır:

— Hüküm, tazminat ve yargılama hukukunun gerekleri ile bağdaşmamaktadır.

— Geçici ödemenin miktar bakımından ölçütleri yasada yer almamaktadır. Takdir hakkı sınırlarını zorlayacak keyfilik alanı üretilmiş olmaktadır³.

— Tazminatın tahsilini imkânsız kılacak borçlu tavırlarına karşı ihtiyati tedbir yolu açıktır⁴.

— Hüküm, hâkimi ihsas-ı reye zorlamaktadır⁵.

— Davanın reddi ve davacının geçici ödemeleri geri verememesi, subjektif ifa imkânsızlığı, hâlinde kanun bir çözüm (koruma normu) öngörmektedir. Bu durumda ancak devletin sorumluluğu ikame edilebilir. Kanun ve hükümle ihdas olunan zararın sorumlusu, bu tasarrufların nihai faili olan devlet olmak gerekir (Yargı veya yasa, sorumsuzun sırtına hiçbir yükü yükleyemez).

² Bkz. Meclis Adalet Komisyonu, 19.01.2009 tarihli raporu.

³ *Erişir*'e göre, bu hükmün keyfilik oluşturacağı eleştirisi yerinde değildir. Hakim somut olayın durumunu baz alacak ve geçici ödemeye karar verirken en azından somut bir kriter olan asgari ücretten hareket edebilecektir. Bunun yanında davacı bakımından ortaya çıkan zaruret halinin acilen bertaraf edilmesine yönelik somut olayın durumu da nazara alınarak geçici ödemeye karar verilecektir. Hâkim en fazla bu zaruret durumunun bertaraf edilmesine yetecek kadar geçici ödemeye karar verecektir, **ERİŞİR, Evrim**, İhtiyati Tedbir Türleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2010 (İhtiyati Tedbir Türleri), s. 354, 359.

⁴ *Erişir*'e göre, TBK m. 76'ya getirilen “*Tazminatın tahsilini imkânsız kılacak borçlu tavırlarına karşı ihtiyati tedbir yolu açıktır*” eleştirisindeki ihtiyati tedbir ile kanun koyucunun kastettiği ihtiyati hacizdir. İhtiyati haciz teminat sağlama fonksiyonu icra eden dar kapsamlı geçici bir koruma sağlamaktadır. Halbuki TBK m. 76 ile getirilen düzenlemenin amacı, zaruret haline düşmüş olan davacıyı korumaktır, **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 359.

⁵ *Erişir*'e göre geçici hukuki koruma kararı asıl hukuki koruma bakımından kesin hüküm teşkil etmez. Doğal olarak hakim davanın neticesi bakımından herhangi bir ihsas-ı reyde bulunmaz, **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 359, 113 vd.; Diğer taraftan ifa amaçlı ihtiyati tedbirler bile dava neticesini ne kadar öne çekerse çeksin bu durum hakimde bir kanaat uyandırmayacaktır. Bu tür kararlar bile ne emare ne de karine olarak değerlendirilebilir, **BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 368.

Aksi durumda yasanın meşruluk (adalete uygunluk) koşulu ortadan kalkmaktadır⁶.

— Nafaka ve benzeri geçici veya sürekli ödemelerin borçlularının alacaklı ile aile yahut akrabalık hukukundan kaynaklanan bir statü-koruma bağı içinde oldukları hatırlanmalıdır. Başka deyimle bu durumlar, tazminatta geçici ödemeye meşruiyet zemini oluşturmaz.

— Mukayeseli sorumluluk hukuku, bize, bu tür atipik düzenlemenin tek örneğini dahi sunmamaktadır⁷.

— Kabul edilen madde lehine olarak, maddenin bir reform niteliğinde olduğu, aile hukukundaki tedbir nafakası gibi hukukumuzda bazen geçici ödemeye dair hükümlere yer verildiği, madde hükmünde geçici ödemenin yapılabilmesinin inandırıcı deliller sunulması ve zarar görenin ekonomik durumunun bu ödemeyi gerekli kılması gibi koşullara bağlandığı ve bu kapsamda yapılacak ödemelerin de cüz'i miktarlar olacağı ifade edilmiştir.

⁶ Yargılama sonucunda hâkimin tazminata yer olmadığına dair kararı alınan bu tedbirin eski haline getirilmesi eda amaçlı geçici tedbirler için daima büyük bir risk taşır. Ancak şunu da unutmamak gerekir ki, zarar gören zarar veren fiil neticesinde düştüğü durum ve alacağını elde edemediği özellikle vücut bütünlüğüne verilebilecek zarar da önemli oranda riskli bir durum oluşturur. Hâkim bu iki risk arasında bir denge kurup olayın somut verilerinden hareket etmelidir. Ortaya çıkan bu iki önemli riskin bertaraf edilmesinde hâkime büyük bir görev düşmektedir. Ortaya çıkan bu risklerden hangisini seçeceğine hâkim karar verecektir. Kanun koyucu bu durumu düzenlememiştir. Somut olayın durumuna göre takdir hakkını tamamen hâkime bırakmıştır, **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 360 vd.

⁷ Alman hukukunda da geçici ödemelere ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Fakat şunu belirtmek gerekir ki, doktrin ve uygulamada para alacaklarında ihtiyati tedbirlere büyük önem verilmiş ve gerek BGB'da gerek ZPO'de açık bir düzenleme olmamasına rağmen, uygulamada geniş yer tutmuştur, **ERİŞİR**, s. 250-251; Alman Hukuku'nda para alacaklarına yönelik olarak ihtiyati tedbir yolu ile geçici olarak gerçekleştirilmesi esasında BGB'nin nafakaya ilişkin hükümlerinden doğmuştur. Buna göre, evlilik dışı dünyaya gelen çocuk lehine doğduğu andan itibaren 3 aylık süreyle ihtiyati tedbir vasıtasıyla nafakaya hükmedilmektedir. Bu nedenle para alacaklarına ilişkin eda tedbirleri bu hüküm baz alınarak geliştirilmiştir. Böylelikle Alman Hukuku'nda tüm para alacakları geçici bir tedbir yolu ile icra edilebilmektedir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, bu tür bir yöntemle geçici bir ödemeye hükmedilebilmesi için bu ödeme ile bertaraf edilebilecek bir zaruret halinin bulunması gerekmektedir. Bu zaruret halinin bertaraf edilmesi ancak söz konusu geçici ödemenin yapılması durumunda mümkün olmalıdır. Kişinin geçimini temin edememesi veya tedavi masraflarını karşılayamaması zaruret haline örnek gösterilebilir. Bu zaruret hali yaklaşık ispat derecesinde kanıtlanmalıdır. Para alacaklarında eda tedbiri Alman Hukuku'nda özellikle işçinin ücret alacağının geçici olarak ifa edilmesinde uygulamada yoğun biçimde kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz., **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 348 vd.

II. İSVİÇRE SORUMLULUK HUKUKUNUN REVİZYONU VE BİRLEŞTİRİLMESİ ÖNTASARISININ GEÇİCİ ÖDEMELER HAKKINDA GETİRDİĞİ DÜZENLEME VE GEREKÇESİ

TBK m. 76, İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesi Öntasarısı'nın 53. maddesiyle İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenmek istenen 56h maddesinden esinlenilerek kaleme alınmıştır⁸. Bu hükme göre, zarar gören kişi davasının haklılığını ispatladığı ve ekonomik durumunun da gerekli kılması halinde, zarar görenin talebi üzerine mahkeme nihai kararın verilmesini beklemeksizin davalının geçici ödeme yapmasına karar verebilir⁹.

Bilindiği üzere haksız fiile maruz kalan kişi, ortaya çıkan zararını tazmin etmek için tazminat davası açtığında, bu davanın sonuçlanması uzun bir süre alabilmektedir. Hâkim nihai kararını verebilmek için delillerin tamamlanmasını beklemekte hatta birkaç defa bilirkişi görüşüne başvurabilmektedir. Buna bağlı olarak haksız fiilden zarar gören kişi zararının giderilmesini çok uzun süre beklemek zorunda kalmaktadır. Bu bekleyiş haksız fiilden dolayı mağdur olanı bir kez daha mağdur etmektedir¹⁰.

İsviçre kanun koyucusu alacaklının yukarıda belirttiğimiz durumlardaki mağduriyetini gidermek için bazı düzenlemeler yapmıştır. Mesela İsviçre Medeni Kanunu'nun 281/II ve 283. maddeleri, Zarar Görenler Yardım Kanunu'nun 15. maddesi, Sosyal Sigortalar Hukuku'nun Genel Hükümlerine İlişkin Federal Kanun Tasarısı'nın 77. maddesi, Atom Enerjisi Sorumluluk Kanunu'nun 28. maddesi¹¹.

İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesi Öntasarısı ile getirilen ve geçici ödemelere ilişkin olan 56h hükmüne göre, hâkim somut olayın koşullarını nazara alarak zarardan sorumlu olan kişinin ya da zarar vere-

⁸ Federal Hükümet, bu öntasarının 2003-2007 yasama döneminde gündeme alınmaması kararını almıştır. Bu revizyon projesi tekrar gündeme alınması durumunda ayrıntılı çalışılması gerekecektir. Bu proje şu an itibarıyla beklemededir. Haksız fiil sorumluluk hukuku sahasındaki uluslararası gelişmeler ön tasarının bir kısmını etkisizleştirmiş bulunmaktadır, **IMMERHAUSER, Martin**, "Zur Rezeption der deutschen Schuldrechtsreform in der Schweiz", im Recht, 24 Jahrgang, Recht 2006, Heft 1, 1/06, s. 15, dn. 114, 115, 116 (**KAPLAN, İbrahim**, "Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerim", THD, Eylül 2008, Sayı: 25, s. 23 dn. 1'den naklen).

⁹ **WIDMER, Pierre/WESSNER, Pierre**, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, 2004, s. 254 vd.

¹⁰ **WIDMER/WESSNER**, s. 254-255; **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Haksız Fiilde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler, Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretens des Türkischen Zivilgesetzbuch, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 2006, s. 175.

¹¹ **WIDMER/WESSNER**, s. 254; **KILIÇOĞLU**, Geçici Ödemeler, s. 175.

nin sigortacısının geçici ödemede bulunmasına karar verebilecektir. Ancak hâkimin böyle bir karar verebilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, davacı öncelikle davasının haklılığını ispat etmelidir. Buna ek olarak mali durumunun geçici ödemeyi gerekli kılacak durumda olduğunu kanıtlamalıdır. Davacı bunların yanında gerek özel gerekse sosyal güvenlik kurumlarından bir yardım almadığını ispat etmelidir. Hâkim bu koşulların oluşup oluşmadığını titizlikle incelemesi gerekir, aksi halde haksız fiili işleyenine de mağdur edilme riski oldukça fazladır. Geçici ödemeye ilişkin karar geçici bir karar olup, eğer geçici ödemenin miktarı nihai tazminat miktarından fazla ise bunun sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmesi gerekir¹².

İsviçre’de Sorumluluk hukukuna ilişkin değişiklik yapmak için 1991 yılında teşkil edilen komisyon, geçici ödemelere ilişkin yukarıdaki hükmü teklif etmiş bu teklifte sadece vücut bütünlüğünün ihlaline bağlı zarar ve tazminat davalarında değil davacının aczi halinde de örneğin, muhtemel iflas tehlikesi durumunda da bu hükmün uygulanması kabul edilmiştir. Ancak bu teklif 2000 yılı taslağından çıkarılmıştır. Geçici ödemelere ilişkin ilgili hükmün kabul edilmeme gerekçesi ise, zarar veren kişilerin pek çoğunun sorumluluk sigortasına tabi sigortalı olması şeklinde izah edilmiştir¹³.

III. HAKSIZ FİİLLERDE GEÇİCİ ÖDEMELER

A. Tanım

Geçici ödeme, haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan zararın giderilmesi amacıyla açılan tazminat davası esnasında zarar görenin iddiasının haklılığını ortaya koyan inandırıcı deliller sunması ve zarar görenin ekonomik durumunun da gereli kılması halinde ise üzerine hükmedilen ve yargılama sonunda hükmedilecek tazminata mahsuben yapılan ödemedir¹⁴.

¹² **WIDMER/WESSNER**, s. 255; **KILIÇOĞLU**, Geçici Ödemeler, s. 175; *Kaplan*’a göre, İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesi Öntasarısı İsviçre’de hiçbir etki yaratmamış, ne eleştirilmiş ne de övülmüştür. Bu tasarıdaki haksız fiillere ilişkin yeni düzenlemeler hukuki sorumluluk sistemini bozmakta ve sorumluluk hukuku ilkelerini zedelemektedir. Bu nedenle de (TBK m. 76’nın da içinde bulunduğu) bu hükümlerin Kanun’a alınması yerinde olmamıştır, **KAPLAN**, s. 23-24; *Erişir*’e göre ise bu hükmün devrim niteliğinde bir düzenlemedir, **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 357.

¹³ **RUETSCHI, Davit**, Geldleistung als versorgliche Massnahme, Basel, Genf, München 2002, s. 171 vd. (**ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 357, dn. 182’den naklen).

¹⁴ **KILIÇOĞLU**, Geçici Ödemeler, s. 173; Yargılama yolu ile uyuşmazlığın çözümü uzun zaman alabileceği gibi nadiren kısa bir zaman içinde de neticeye ulaşılabilir. Zarar, doğal olarak ağır ve sürekli gelişen ve artan bir yapıya sahip olabilir ve bu durumda onun takdir edilmesi hiç de kolay değildir. Zarar gören, bazı durumlarda zarardan sorumlu olan kişinin bunu karşılaması için uzun süre beklemesi gerekebilir.

B. Hukuki Niteliği

Geçici ödemelerin hukuki niteliği konusunda fikir birliği mevcut değildir. Doktrinde geçici ödemelerin hukuki niteliğine ilişkin öne sürülen görüşler dört başlık altında toplanabilir:

1) Geçici ödemeleri İhtiyati Tedbirin Özel Bir Türü Sayan Görüş

Hukuk sistemimizde alacaklı olduğunu iddia eden kimse, alacağı için dava açmışsa yargılama devam ederken ve borçluya gerekli savunma olanakları sunulmadan, ortaya atılan iddiaların haklılığı ispat edilmeden davalının bir ödemede bulunması kural olarak mümkün değildir. Borçlunun borcunu yerine getirmesi ancak mahkûmiyet kararının verilmesi ile mümkün hale gelmekte ve icra kabiliyeti kazanmaktadır. Hatta borçlunun kanun yollarına müracaat etmesi bile mahkeme hükmünün icrasını engellemektedir. Fakat davalı, hükmü temyiz ettiğini ispat etmek kaydıyla hüküm altına alınan para borcunu depo ederek veya teminat göstererek karar kesinleşinceye kadar paranın davacıya ödenmesini engelleyebilmektedir¹⁵. Bununla bağlantılı olarak, hiç kimse yargı kararı olmadan peşinen borçlu ilan edilip, her ne ad altında olursa olsun bir ifaya zorlanamaz ve bu ilke kişiler bakımından oldukça önemli bir güvencedir¹⁶.

Geçici ödemeyi ihtiyati tedbirin özel bir türü sayan görüşe göre, TBK m. 76/I ile getirilen düzenleme HMK m. 389 ve devamında düzenlenen ihtiyati tedbirin özel bir türü olarak kabul edilmelidir¹⁷. Fakat şunu belirtmek gerekir ki, HMK'daki genel tedbir hükümlerinden farklı olarak TBK m. 76'ya istinaden mahkemenin hükmedeceği geçici ödemenin koşullarının değişikliğe uğraması halinde geçici ödemenin iadesine, diğer bir ifadeyle tedbir kararının kaldırılabilmesine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, geçici ödeme özel bir tedbir hükmüdür ve davacının haklılığını gösteren olgular veya deliller ortadan kalkar ise hâkim yeni bir tedbir kararı olarak geçici ödemenin iadesine karar verebilir¹⁸.

Bu süre zarfında mağdur herhangi bir sosyal yardım veya özel bir yardım almıyorsa daha da dramatik sonuçlarla karşılaşabilir, **WIDMER/WESSNER**, s. 244.

¹⁵ **KILIÇOĞLU**, Geçici Ödemeler, s. 173, 177; *Kılıçoğlu*'na göre, para alacaklarında karar temyiz edilmek ve teminat göstermek koşuluyla hükmün icrasının durdurulması mümkündür. Bu nedenle kural olarak karar aşamasına gelmiş bir davada geçici ödemeye karar verilmemesi gerekir. Ancak hükmün icrasının durdurulabileceği ihtimali karşısında hakim yine de geçici ödemeye karar verebilir, **KILIÇOĞLU**, Geçici Ödemeler, s. 177.

¹⁶ **KILIÇOĞLU**, Geçici Ödemeler, s. 173.

¹⁷ Dolayısıyla geçici ödeme kararının icrası başka bir ihtiyati tedbir kararı ile engellenemeyecektir. **KILIÇOĞLU**, Geçici Ödemeler, s. 179.

¹⁸ **KILIÇOĞLU**, Geçici Ödemeler, s. 179.

TBK m. 76'nın gerekçesinde bu düzenlemeyle, geçici ödeme kararıyla kesin hüküm sonucunun, “*eda amaçlı bir ihtiyati tedbir*” aracılığıyla elde edilmesi amaçlanmadığı belirtilmiştir. Gerekçedeki bu ifade ilk başta çeşitli tereddütlere yol açsa da eda amaçlı ihtiyati tedbirin esas davanın neticesini öne çekme etkisi karşısında isabetli olduğu söylenebilir. Bu görüşün kabulü durumunda, hâkim geçici ödemeye karar verirken davacının yargılama sonunda haksız çıkabileceği düşüncesini hiçbir zaman aklından çıkarmayacak ve nihai karar verir gibi geçici ödemeye karar vermeyecektir. Özellikle kanıtların inandırıcılığı, haklılığın kuvvetle muhtemel olması ve ekonomik zaruretın gün yüzüne çıkmış bulunması durumunda kısmi geçici bir ödemeye karar vermelidir. Yoksa nihai kararda verilecek muhtemel tazminat miktarına eşit veya ona çok yakın bir miktarda geçici bir ödemeye karar vermeyecektir.

Geçici ödeme kararıyla kesin hüküm neticesinin eda amaçlı ihtiyati bir tedbir aracılığıyla elde edilmesinin amaçlanmadığını ortaya koyan TBK m. 76'nın gerekçesi, çeşitli belirsizlikleri de beraberinde getirmiştir. Kanun koyucu burada geçici icra neticesine eda tedbiri aracılığıyla ulaşmanın mümkün olmadığını, burada farklı bir hukuki kurumun bulunduğunu vurgulamak istemiştir. Ancak TBK m. 76 ile hangi hukuki kurumun düzenlendiği de belirtilmemiştir. Eğer, geçici ödeme eda amacı taşııyorsa ödenen paranın hangi hukuki kurumun bir sonucu olarak ödendiğinin açıklanması gerekirdi. Kanun koyucu bunu da açıkça belirtmesi karmaşayı önleme bakımından isabetli olurdu¹⁹.

Türk Hukuk sisteminde para alacaklarına ilişkin geçici koruma tedbirleri denildiğinde ilk etapta akla gelen ihtiyati hacizdir. Ancak gecikmesinde önemli bir tehlike bulunduğu ve önemli bir zararın oluşacak olması durumunda HMUK m. 103'e göre gerekli tedbir kararı verilebilir. Bu tedbir kararı ihtiyati tedbirdir. O halde para alacaklarında, şartları oluşmuşsa ihtiyati tedbir kararı alınabilir²⁰. Kural olarak bir miktar paranın geçici olarak ödenmesine tedbir yolu ile karar verilemez. Ancak kanunlarda esaslı çözecek biçimde tedbir kararı verilebileceği belirtiliyorsa taraflardan birinin ekonomik olarak mahvına sebep olmamak koşulu ile hakim bu tür bir tedbir kararı verebilir²¹.

TBK m. 76'nın kabul edilmesiyle birlikte özellikle para alacakları bakımından nafaka alacakları haricinde uygulama alanı kısıtlı olan eda tedbirlerinin uygulamada yaygınlık kazanması sağlanmış olacaktır²². *Erişir*'e göre TBK m.

¹⁹ **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 358.

²⁰ **ÖZEKES, Muhammet/ERİŞİR, Evrim**, “Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, MİHDER, 2006/3, s. 1244-1245.

²¹ **KURU, Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 4294, 4314. Aksi görüş için bkz. **YILMAZ, Ejder**, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I, Ankara 2001, s. 845-846.

²² **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 357.

76 ile getirilen geçici ödemeler bir ihtiyati tedbir niteliğindedir. Ayrıca bu bir maddi hukuk kurumu değil, Usul hukuku kurumu hüviyetine sahiptir. Hükümde ihtiyati tedbir kavramı yerine geçici ödemeler kavramı tercih edilmiştir. Kanun koyucu bu ifadenin yerine “*para alacağıının ihtiyati tedbir yolu ile geçici olarak tahsili*” ifadesini kullanması yerinde olurdu. Ayrıca geçici ödemeler eğer bu bir ihtiyati tedbir ise madde metninde sadece davalı ve davacı ifadeleri yetersiz kalmaktadır. Çünkü ihtiyati tedbir davadan önce talep edilebileceği gibi davadan sonra da talep edilebilir (HUMK m. 101)²³.

HMK’nda HUMK m. 103’ün yerini alacak biçimde genel bir hüküm mevcut değildir. Ancak HMK m. 389/I’e göre, “*Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.*” şeklindeki düzenleme ile para alacakları için de ihtiyati tedbir kararı alınabilmesinin önü açılmış gözükmektedir.

Erişir’e göre, TBK m. 76 ile beraber tüm tazminat alacaklarının geçici olarak icrası kanuni olarak düzenlenmiştir. Yazara göre, HUMK m. 103 para alacakları bakımından eda amaçlı tedbirin yolunu açıyor olsa da TBK m. 76 ile birlikte uygulamadaki tereddütleri gidermesi açısından bu hüküm oldukça yararlı olmuştur. Bu hükmün yaygınlık kazanmasıyla daha etkin bir hukuki koruma sağlanmış olacaktır. Ancak madde gerekçesinde bu hükmün geçici ödeme kararının kesin hüküm sonucunu eda amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesinin amaçlanmadığı belirtilerek çeşitli tereddütlere sebep olunmuştur. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, eda tedbirleri geçici bir hukuki koruma temin etmesi itibarıyla kesin hükmün elde edilmesini sağlamaz. Aynı zamanda hükümde ortaya konulan geçici ödeme, geçici bir hukuki koruma vasıtasıyla elde edilmiyorsa bu yeni düzenlemenin hukuki niteliği kanun koyucu tarafından belirtilmeliydi²⁴.

²³ **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 361-362; Kanaatimizce TBK m. 76’da sadece davacı ifadesinin yer alması veya geçici ödemeler kavramının kullanılması, kanun koyucunun en başta bu geçici korumadan ihtiyati tedbiri kastetmediği anlaşılmaktadır. Yoksa kanun burada ihtiyati tedbirin bir türünü düzenlemek isteseydi *Erişir*’in belirttiği ifadelerle yer verirdi. Demek ki kanun koyucu bu maddedeki geçici hukuki koruma ile ihtiyati tedbirden başka bir kurumu düzenlemiştir.

²⁴ **ERİŞİR**, s. 250; **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 361; Kanaatimizce, TBK m. 76’da geçici ödeme için davacıdan bir teminat göstermesinin talep edilmesi gerektiği belirtilmemektedir. Bu durum ihtiyati tedbir ile TBK m. 76’da ortaya konan geçici ödemeler arasındaki önemli bir farkı ortaya koymaktadır. Ancak bu fark geçici ödemelerin ihtiyati tedbir olmadığını kanıtlamaya yetmemekte daha başka farkların da ortaya konulması gerekmektedir. Çünkü kural olarak ihtiyati tedbir için talep

2. Ön/Geçici Tazminat Görüş

Tazminat davalarında dava sürerken zarar görenin iddialarının haklı olduğunu gösteren inandırıcı deliller varsa ve davacının ekonomik durumu da bunu gerekli kılıyorsa talep üzerine hâkim davacı lehine geçici ödemeye karar verebilecektir. Eğer yargılama sonunda davacı haklı çıkarsa burada hükmedilen ön/geçici tazminat nihai tazminata dönüşecektir. Eğer davacı haksız çıkarsa aldığı bu ön/geçici tazminatın kanuni faiziyle beraber geri ödemesine karar verilecektir²⁵.

Bu görüşe göre, 818 Sayılı BK'nda böyle bir hüküm mevcut olmadığı için haklılığı kuvvetle muhtemel olan davacı uzun süren yargılamanın neticesini beklemek zorunda kalmakta ve bu durum bazen ek zararlara neden olmakta hatta bazen ekonomik yıkımlara neden olmaktadır²⁶.

Kanaatimizce bu görüşün gerek yargılama hukukunun gerekse sorumluluk hukukunun gerekleriyle bağdaştırılması güçtür. Açıklamalarımıza zarar ve tazminatın belirlenmesiyle başlamak yerinde olacaktır. Şöyle ki, zarar malvarlığındaki azalmayı ifade ettiği halde, tazminat ortaya çıkan zararın, bundan sorumlu olana ne ölçüde yüklenebileceğini ifade etmektedir. Gerek İsviçre gerekse Türk Hukuku'nda zararın belirlenmesiyle tazminatın tespiti aşamaları birbirinden ayırt edilmiştir. Buna göre İBK ve TBK m. 42 zararın belirlenmesini, 43 ve 44. maddeler ise, tazminatın tayini ve tazminattan indirimi düzenlemektedir. Buna göre tazminata karar verebilmek için öncelikle zararın belirlenmesi gerekir. İkinci aşamada ise tazminat belirlenir. Tazminatın, ortaya çıkan zarar ile eşit olması gerekmez. Zaten tazminatın üst sınırını zararın miktarı oluşturur²⁷. Dolayısıyla zarar tam olarak belirlenmeden tazminatın belirlenmesi

edenin teminat göstermesi zorunlu iken bu kural mutlak değildir. HMK m. 391/1'in "İhtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek zorundadır. Talep, resmî belgeye, başkaca kesin bir delile dayanıyor yahut durum ve koşullar gerektiriyorsa, mahkeme gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir. Adli yardımdan yararlanan kimsenin teminat göstermesi gerekmez." şeklindeki düzenlemesi bu kurala istisna getirmekte, olay ve durumun koşulları gerektiriyorsa ve talep eden adli yardımdan faydalaniyorsa teminata gerek olmadığı kuralı benimsenmektedir. Zaten TBK m. 76 ekonomik olarak güç durumda olanların zarar nedeniyle daha da mağdur olmalarını önleme amacı güden bir düzenlemedir. Dolayısıyla zaten onlar da teminat gösterecek kişiler kategorisinde değerlendirilmemektedir. O halde geçici ödemelerde teminat unsurunun aranmaması geçici ödeme ve ihtiyati tedbir ayırımı için yeterli değildir.

²⁵ **ÖZ, Turgut**, Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s. 12.

²⁶ **ÖZ**, s. 12.

²⁷ **OFTINGER, Karl**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 4. Auflage, Zürich 1975, s. 261-262; **TANDOĞAN**, Mes'uliyet Hukuku, s. 261; **TİFTİK**, s. 30-31.

aşamasına geçilemez hâlbuki zarar tam olarak belirlenmese bile geçici ödemeye karar verilebilir. Çünkü zararın tam olarak belirlenmesi veya tespit edilmesi geçici ödeme talebinin bir koşulu değildir.

Borçlunun davranışları nedeniyle alacaklının maruz kaldığı zararların giderilmesine zararın tazmini denir²⁸. Tazminatın belirlenmesi ise, zararın karşılanması için gerekli olan edimin yapısını ve kapsamını tespit etmektir²⁹. Zararın tazmin edilmesini talep hakkı, zarar veren fiilden sorumluluğun bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Hâlbuki geçici ödemeye karar verilebilmesi için davacının zarara sebep olan fiilden sorumlu olup olmadığı belli değildir. Eğer ön/geçici tazminat görüşü kabul edilirse, muhtemel bir tazminatın geçici olarak ifası talep edilebilecektir. Diğer taraftan TBK m. 76'da düzenlenen geçici ödemeler geniş anlamda geçici bir koruma tedbiridir. Tazminata birde geçici koruma hüviyeti kazandırmak tazminatın amacıyla da bağdaşmayacaktır. Zira tazminatın doktrinde ortaya atılan başlıca dört amacı vardır. Bu amaçların içerisinde geçici koruma sağlama bulunmamaktadır.

Sorumluluk hukukunda tazminatın amacı, bir kişinin uğradığı zararın, zarardan sorumlu olan tarafından tamamen ya da kısmen telafî edilmesi şeklinde ifade edilmiştir³⁰. Modern Hukuk doktrinde tazminatın amacına yönelik olarak çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bu teorileri başlıklar halinde şu şekilde sınıflandırabiliriz: 1) Zararın karşılanması amacı 2) Hakkın devam ettirilmesi amacı 3) Cezalandırma amacı 4) Önleme amacı³¹.

Henüz yargılama bitmeden, davalının zarardan sorumlu olup olmadığı kesinleşmeden, davalının tazminat borçlusu ilan edilmek suretiyle tazminata geçici olarak mahkûm edilmesi ne yargılama ne de sorumluluk hukukunun esasları ile bağdaşır. Bu görüş muhtemel tazminat sorumlusunun sırtına tazminat borcunu yüklemeye zemin hazırlar niteliktedir. Daha sonra da üzerinde ayrıntısıyla duracağımız üzere geçici ödemelerin uygulama alanı sınırlıdır. Sorumluluk hukukundaki tüm tazminat davalarında uygulama alanı bulunmamaktadır. Örneğin manevi tazminat davalarında uygulanmaz. Sebepsiz zengin-

²⁸ WEISS, s. 291.

²⁹ NOMER, Haluk N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 33.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. LANGE, Hermann/SCHIEMANN, Gotfried, Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, 3., neubearbeitete Auflage, Tübingen 2003, s. 9 vd.; LÜCHINGER, Niklaus, Schadensersatz im Vertragsrecht, Freiburg 1999, s. 15; OFTINGER, Karl/STARK, Emil, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 5. Auflage, Zürich 1995, s. 98, dn. 113; NOMER, s. 33; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581.

³¹ HONSELL, Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4., neubearbeitete, Zürich/Genf/Basel, 2005, s. 13 vd.; NOMER, s. 33; TİFTİK, s. 61-62; TOPUZ, Murat, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar Ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2010, s. 228 vd.

leşme davalarında uygulanıp uygulanmayacağı oldukça tartışmalıdır. Eğer TBK m. 76'da düzenlenen geçici ödemelere tazminattır dersek tüm tazminat davalarında geçici ödeme yapılması talep edilebilir. Hâlbuki 76. maddenin yapısı buna uygun değildir. Bu görüşün kabulü halinde 76 maddedeki şartları gerçekleştiren her tazminat davasının davacısı ön tazminat talep edebilecektir. Böylece yargılamanın sonucu açıkça öne çekilmektedir. Hâlbuki hukuk sistemimizde yargı kararı olmadan borçlu olduğu gerekçesiyle hiç kimse ifaya zorlanamaz.

3. Nafakanın Hukuki Niteliği İle Paralellik Kuran Görüş

Kural olarak kimse yargı kararı olmadan borçlu olduğu gerekçesiyle ifaya zorlanamaz. Ancak gerek İsviçre gerekse Türk Hukuklarında bu kurala önemli bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnaların en önemlisi çocukların nafaka alacaklarına ilişkindir.

Geçici önlemler başlığını taşıyan TMK m. 332'ye³² göre, “*Nafaka davası açılınca hâkim, davacının istemi üzerine dava süresince gerekli olan önlemleri alır.*”

Soybağı tespit edilirse, davalının, uygun nafaka miktarını depo etmesine veya geçici olarak ödemesine karar verilebilir.”

TMK m. 333'e³³ göre ise “*Babalık davası ile birlikte nafaka istenir ve hâkim, babalık olasılığını kuvvetli bulursa, hükümden önce çocuğun ihtiyaçları için uygun bir nafakaya karar verebilir.”*

Kanun koyucu nafakanın talep edilmesi durumunda hâkim yargılama süresinde gerekli önlemler alabilecektir. Ancak bu önlemleri hâkim re'sen değil davacının bu konuda talepte bulunması durumunda gerçekleştirecektir. Hâkimin hangi geçici önlemi alacağı kanunda belirtilmemiş bu konunun takdiri hâkime bırakılmıştır. Ancak TMK m. 332/II de kanun koyucu alınacak önlemin ne olduğunu ortaya koymuş ve soybağı tespit edilirse, davalının, uygun nafaka miktarını depo etmesine veya geçici olarak ödemesine karar verebileceği düzenlenmiştir. Ancak bu geçici önleme karar verilmesinin ancak çocuğun soybağının tespit edilmiş olmasına bağlamıştır. Diğer taraftan babalık davasında aynı zamanda nafaka talebinde bulunuluyor ise davalının baba olma olasılığı kuvvetli bulunduğu takdirde babalığa hükmetmeden önce çocuğun ihtiyaçları için uygun bir nafakaya TMK m. 333 gereği hükmedebilecektir. Bu da geçici bir önlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada da nafakaya karar verilebilmesi bir koşula bağlanmış ve babalık olasılığının kuvvetli olması aranmıştır. Burada nafakanın ödenebilmesi için ikinci koşul babalık davasıyla birlikte

³² Bkz. İMK m. 281.

³³ Bkz. İMK m. 282.

bu talebin ileri sürülmesidir. Hükmedilecek nafaka miktarı çocuğun ihtiyaçlarını karşılamaya uygun olmalıdır³⁴.

Kılıçoğlu'nun da haklı olarak belirttiği gibi, bu hükümler çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin kurulması şartına bağlı olarak geçici bazı ödemeleri düzenlemektedir. Bilindiği üzere nafaka bir kimsenin geçimi için gerekli olan bir ödemedir. Bunun yanında TMK m. 332'de nafakanın bağlanmasının koşulu baba ile çocuğun soybağının kurulması olduğuna göre, babanın çocuğuna bakım yükümlülüğü zaten doğmuş demektir. TMK m. 333'deki geçici ödemenin koşulu ise babalık ihtimalinin kuvvetli olmasıdır. Bu olasılık günümüz teknolojik imkânlarıyla neredeyse kesine yakın bir biçimde tayin edilebilmektedir. Gerek TMK m. 332'de gerekse TMK m. 333'deki düzenlemeler çocukların korunmasıyla ilgili emredici hükümlerdir. Buna bağlı olarak nafakaya hükmedilebilmesi için çocuğun talepte bulunmasına bile gerek yoktur³⁵.

İsviçre Tasarısı'nda 56h hükmü düzenlenirken ve bu hükmün konuluş amacı açıklanırken benzer düzenlemelere yer veren özel kanunlar ve hükümler emsal gösterilmiştir. Bunların başında da İMK m. 281 ve 282 gelmektedir. *Kılıçoğlu*'nun da haklı olarak belirttiği gibi, çocuk lehine nafaka ile ilgili hükümler haksız fiil tazminat davaları için benzer bir düzenleme yapılmasının gerekçesi olamayacaktır. TMK m. 332 ve 333 çerçevesinde çocuk lehine nafakaya hükmedilmesi için soybağının kurulması yeterli olup bundan sonraki aşamalar tamamen nafaka değerinin belirlenmesine ilişkin teknik konulardır. Bu nedenle ilgili hükümler uyarınca nafaka ödenmesi yerinde bir düzenlemedir. Ancak bu düzenleme ve gerekçesi haksız fiillerde tazminat davaları bakımından genişletilemez³⁶.

Erişir'e göre, TMK m. 332 ve 333'deki düzenlemeler nitelik olarak ihtiyati tedbir niteliğinde bir geçici hukuki korumadır. Nafakanın depo edilmesi teminat amaçlı ihtiyati tedbir iken, geçici olarak ödeme ifa amaçlı ihtiyati tedbirdir³⁷.

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **AKINTÜRK, Turgut**, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Cilt II, Yenilenmiş 10. bası, İstanbul 2006, s. 417-418; **ÖZTAN, Bilge**, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 624-625; TMK m. 332/I ile TBK m. 332/II arasındaki temel fark ilkinde talep üzerine ikincisinde tespit üzerine karar verilebileceğidir, **ÖZTAN**, s. 624.

³⁵ **KILIÇOĞLU**, Geçici Ödemeler, s. 174; Nafakaya hükmedilmesi için hâkimden talepte bulunmanın gerektiği yönünde bkz. **AKINTÜRK**, s. 417-418.

³⁶ **KILIÇOĞLU**, Geçici Ödemeler, s. 181-182; Ayrıca bkz. **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 360.

³⁷ **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 232-233.

4. Ön Ödeme Görüşü

Bu görüşe göre, mahkemenin ödenmesine karar verdiği geçici ödemeler bir avans niteliği taşır. Yapılan ödeme yargılama sonunda hükmedilecek tazminata mahsuben yapılan bir ön ödemedir. Eğer yargılama sonunda tazminata yer olmadığına karar verirse bu ön ödeme kanuni faiziyle beraber iade edilecektir.

Hatemi'ye göre, TBK m. 76, ekonomik durumu tazminat davaları için cazip olan kişilere karşı dayanaksız tazminat davalarının açılmasının teşvik edecek niteliktedir. TBK m. 76/II'de davalı tazminata mahkûm edilmediği durumlarda geçici ödemenin geri verilmesine karar verileceği belirtilmekte ise de mahkeme kararları nedeniyle ortaya çıkan zararlar nedeniyle devletin sorumluluğu teoride kalmaktadır. Bu nedenle bu düzenleme birçok sakıncayı beraberinde getirmektedir. Bu tür bir ön ödemeyi bizzat sosyal devletin yapması gerekir. Tazminata hükmedildiği durumlarda faizi ile davalıdan, eğer tazminata gerek görülmez ise faiziyle davacıdan talep edilmesi yerinde olacaktır³⁸.

Widmer/Wessner'e göre, geçici ödeme, haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan zararın giderilmesi maksadıyla açılan tazminat davası esnasında hükmedilen ve yargılama sonunda hükmedilecek tazminata mahsuben yapılan ödemedir³⁹. İsviçre kanun koyucusu bazı durumlarda mağduru korumak için ön ödeme niteliğinde bazı düzenlemeler yapmıştır. Mesela İsviçre Medeni Kanunu'nun 281/II ve 283. maddeleri, Zarar Görenler Yardım Kanunu'nun 15. maddesi, Sosyal Sigortalar Hukuku'nun Genel Hükümlerine İlişkin Federal Kanun Tasarısı'nın 77. maddesi, Atom Enerjisi Sorumluluk Kanunu'nun 28. maddesi⁴⁰.

İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesi Öntasarısı ile getirilen ve geçici ödemelere ilişkin olan 56h hükmüne göre, hâkim somut olayın koşullarını nazara alarak zarardan sorumlu olan kişinin ya da zarar verenin sigortacısının bazı koşulların gerçekleşmesi durumunda ön ödemede bulunmasına karar verebilecektir. Ön ödemeye ilişkin karar geçici bir karar olup, eğer geçici ödemenin miktarı nihai tazminat miktarından fazla ise bunun sebep-siz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmesi gerekir. Mahkemenin geçici ödemeye karar verilebilmesi için zarar görenin ekonomik durumunun bu ön ödemeyi gerekli kılması gerekir. Hâkim, ön ödemenin şeklini, değerini belirlerken farklı durumları nazara alacaktır⁴¹.

³⁸ **HATEMİ, Hüseyin**, Borçlar Hukuku'nun Genel İlkeleri Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Borç İlişkileri (Borç Kaynakları) Bölümünün Değerlendirilmesi, Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 229.

³⁹ **KILIÇOĞLU**, Geçici Ödemeler, s. 173.

⁴⁰ **WIDMER/WESSNER**, s. 254.

⁴¹ **WIDMER/WESSNER**, s. 255.

5. Değerlendirme ve Kanaatimiz

a. Geçici Ödemeler Geçici Bir Hukuki Koruma Sağlar

TBK m. 76'nın başlığından da anlaşıldığı gibi hâkimin vereceği geçici ödeme kararı nihai bir karar niteliği taşımaz. TBK m. 76 yargılama sonucunu beklediğinde, ortaya çıkabilecek ve belki de daha sonra telafisi mümkün olmayan daha dramatik sonuçların önlenmesini amaçlayan bir düzenlemedir. Ancak şunu unutmamak gerekir ki, geçici ödeme nihai karar verilene kadar geçici olma hüviyetine sahiptir. Nihai karar verilene kadar geçici bir koruma sağlar. Bu geçici hukuki korumanın amacı, nihai karar verildiğinde elde edilmesi çok zorlaşacak hatta imkânsız hale gelecek menfaat kayıplarının önceden alınan geçici bir karar ile önlenmesidir.

Geçici ödeme yapılmasına yönelik kararın muvakkat olduğunu şuradan anlıyoruz ki, karar verildikten sonra davacının haklılığını ortaya koyan olguların zayıflaması veya ortadan kalkması, geçici mahiyetteki kararın yargılama sona ermeden ortadan kaldırılmasına neden olabilir. Ayrıca yargılama sonunda tazminata yer olmadığına karar verilirse ödenen şeyin iadesi gerekmektedir. Davacı, taleplerine ancak kendi lehine verilen kararın kesinleşmesiyle ulaşma imkânını yakalar. Geçici ödeme ise bu nihai kararlarla birlikte kesin ödeme halini alır⁴².

b. Hâkim Geçici Ödemeye Orantılılık İlkesini ve Tarafların Menfaat Dengesini Nazara Alarak Karar Vermek Zorundadır

Bir dava açıldığında hukuk düzeni sadece hakkının ihlal edildiğini ileri sürüp bunun giderilmesini talep edeni değil davalı olan ve hak ihlalinde bulunduğu ithamıyla karşı karşıya bulunan kişiyi de korumalıdır. Hem davacı hem de davalı geçici hukuki korumalar bakımından biri diğerine tercih edilemeyecek konumdadırlar. Davacının acil bir duruma binaen haklarının korunması gerekirken diğer taraftan yargılama neticesinde haksız çıkma riski de bulunmaktadır. Bu nedenle geçici ödemeler bakımından hem davacının hem de davalının menfaatleri dengeli bir biçimde korunmalıdır.

Hâkim geçici ödemeye karar verirken bunun nihai bir karar olmadığını düşünmeli ve yargılama sonuna davacının da haksız çıkabileceği ihtimalini göz önüne alarak karar vermelidir. Diğer taraftan haklılığı konusunda inandırıcı deliller sunan davacının da menfaatlerini gözetmelidir. Netice olarak hâkim bir tarafa davacının menfaatlerini koyacak diğer tarafa davacının haksız çıkma riski ve buna bağlı davalının muhtemel menfaat kayıplarını alacak ve bunları adalet terazisinde tartıp kararını verecektir. Verilen karar kimin menfaatleri daha tercihe şayan ise onun lehine olacaktır. Ancak bu tercihe şayanlık, verilen

⁴² Geçici hukuki korumaların geçiciliği ve doktrinindeki yaklaşımlar hakkında geniş bilgi için bkz. **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 98 vd.

geçici ödemenin dengeli olması neticesini değiştirmeyecektir. Tarafların biri lehine diğeri aleyhine menfaat dengesinin bozulmamasına özen gösterilecektir. Bu bakımdan geçici ödeme ne az ne çok olmalı aynı zamanda acil olarak parasal ihtiyacı olan davacının bu ihtiyacını da gidermeye yetmelidir.

c. Geçici Ödemelerin Gecikmeye Bağlı Olarak Zarar Görenin Etkin Bir Biçimde Korunması İmkânının Kalmaması Riskini Bertaraf Etmek İçin Kabul Edilmiştir

Hukuk düzeni, bir menfaat ihlali meydana geldiğinde, menfaatleri ihlal edilen kişinin açacağı dava ile ihlal edilen menfaati koruma veya ortaya çıkan hukuka aykırı durumu telafi etmeyi amaç edinir. Bu amacı gerçekleştirmek bazen tam anlamıyla mümkün olurken bazen mümkün olmaz. Özellikle Türk hukukunda yargılamaların çok uzun sürmesi, etkin hukuki koruma sağlamayı büyük ölçüde güçleştirmektedir. Haklı olana hakkının teslim edilmesinde gecikilmesi hakkı çoğu zaman anlamsızlaştırmakta hatta ortadan kalkmasına neden olmaktadır. Temel amaç adaleti temin ise, buna engel olan olguların da bertaraf edilmesi gerekir.

Yargılama sonucunu beklemek hakkın elde edilmesi bir tarafa o hakkın kaybına neden olacak veya zararı gidermek bir tarafa zararın daha da artmasına neden olacaksa, kanun koyucu bazı şartların gerçekleşmesi durumunda dava sonucunu beklemeden geçici bir koruma sağlayabilir. Geçici ödemeler de etkin hukuki koruma amacını gerçekleştirmeye engel olma durumu taşıyan yargılama sonucunu bekleme ve buna bağlı olarak gerçekleşen zaman kaybının risklerini bertaraf etmek için ihdas edilmiştir. Geçici ödemeler bir anlamda dava sonucunun garanti altına alınması fonksiyonunu icra etmekte ve bu açıdan önemli bir boşluğu gidermektedir. Yargılama sonucu beklendiğinde bekleme sürecinde zararın daha da artacak olması veya yeni zararların ortaya çıkacak olması ihtimali geçici ödemeyi gerekli kılmaktadır.

d. Geçici Ödemeler İfa Amaçlı İhtiyati Tedbir Midir?

İhtiyati tedbirin amacını esas almak suretiyle yapılan sınıflandırmaya göre ihtiyati tedbirler, teminat amaçlı, düzenleme amaçlı ve ifa amaçlı olarak üç kategoriye ayrılmaktadır⁴³.

İfa amaçlı ihtiyati tedbirlerde hukuki korumayı gerekli kılan durum, tedbir talep eden kişinin yargılamanın sonunu beklediğinde telafisi mümkün olmayan bir zarara maruz kalacak olmasıdır. İfa amaçlı ihtiyati tedbir bu tehlikeyi bertaraf etme amacına yönelir. İfa amaçlı ihtiyati tedbirlerde maddi hukuk bakımından ortaya çıkan bir talebin hüküm altına alınması söz konusu olmamakta, telafisi sonradan imkânsızlaşacak zararlara karşı menfaatlerin

⁴³ Ayrıntılı Bilgi için bkz. **YILMAZ**, C. I, s. 170; **PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 652-653; **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 304 vd.

korunması amaç edinilmektedir. Burada talep sahibi maddi hukuk bakımından ortaya konulan taleplerini inandırıcı delillerle ortaya koyarak hakkının geçici olarak yerine getirilmesini talep etmektedir⁴⁴. Böylece lehine ifa amaçlı ihtiyati tedbir kararı verilen kişi yargılama sonunda haklılığı ortaya çıkarsa, dava sonucu daha kolay elde etmiş olacaktır. Dolayısıyla ifa amaçlı ihtiyati tedbir bir anlamda hakkın konusunun geçici olarak icrası sonucunu doğurur⁴⁵. Şarta ve vadeye bağlanmış alacaklar bakımından ve henüz muaccel olmamış borçlar için ifa amaçlı ihtiyati tedbir kararı verilemeyecektir⁴⁶.

Genel olarak ihtiyati tedbirlere tehlike yaratacak durumlar ve bu tehlike nedeniyle ortaya çıkma ihtimali bulunan zararlar nedeniyle başvurulur. Bu tehlike ve bunun neticesi olarak ortaya çıkma ihtimali olan zarar, daha çok yargılamanın uzun sürmesinin sonucudur. Buna bağlı olarak yargılama sonucunu beklemeden bu tehlikelerin bertaraf edilmesi için ihtiyati tedbir yolu ile bir önlem alınmaktadır⁴⁷.

İhtiyati tedbir kararı verilirken tarafların menfaatleri dengeli bir biçimde gözetilmelidir. Özellikle ifa amaçlı ihtiyati tedbirlerde buna daha büyük özen gösterilmelidir. Davacı ve davalı bakımından ortaya çıkacak rizikolar adaletli biçimde dağıtılmalıdır. Hâkim öyle bir karar vermelidir ki, netice her iki taraf açısından da yargılama sonuna kadar tahammül edilebilir olmalıdır⁴⁸. Ancak

⁴⁴ İfa amaçlı ihtiyati tedbir ihtiyati hacizden farklıdır. İhtiyati haciz sadece para alacakları bakımından geçerli iken, ifa amaçlı ihtiyati tedbir sadece para alacakları ile sınırlı değildir. Bir işin yapılması, yapılmaması veya verilmesi gibi durumlar da buna dahildir. İfa amaçlı ihtiyati tedbirde hak asıl davadan evvel geçici olarak yerine getirilir. İhtiyati hacizde ise sadece tehlike arz eden takip yolunun teminat altına alınması söz konusudur, **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 664; Bir kimse dava devam ederken ortaya çıkan zararları telafi etmek için acil olarak parasal bir desteğe ihtiyaç duyarsa buradaki ihtiyaç ihtiyati haciz ile giderilemez. **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 206-207. Kanaatimizce ifa amaçlı ihtiyati tedbirin sadece para borçları ile sınırlı olmaması yapma veya yapmama borçlarını da kapsamı geçici ödemelerden önemli bir farkını ortaya koymaktadır. Zira geçici ödemeler sadece bir miktar paranın ödenmesine yönelik tazminat davalarında uygulama alanı bulmaktadır. Bu yönüyle geçici ödemelerin uygulama alanı ifa amaçlı ihtiyati tedbirden daha dardır.

⁴⁵ Ayrıntılı Bilgi için bkz. **ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis**, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006, s. 201; **DEREN-YILDIRIM, Nevhis**, Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, 2. Baskı, İstanbul 2002, s. 59-60; **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 114 vd.

⁴⁶ **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 165.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet**, Medeni Usul Hukuk, Ankara 2009, s. 652; **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 124 vd.

⁴⁸ **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 130.

şunu belirtmek gerekir ki, özellikle ihtiyati tedbir kararı davalı bakımından daha olumsuz neticeler doğurmaktadır. Bu nedenle HMK m. 399 aleyhine haksız ihtiyati tedbir kararı verilen kimseler lehine tazminat imkânı getirmiştir⁴⁹. Bu hüküm rizikonun dağılımında önemli bir işlev görecektir. TBK m. 76'da bu rizikonun dağılımı için tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesi imkânını getirmiş ancak tazminattan bahsedilmemiştir. Eğer geçici ödemeler ifa amaçlı ihtiyati tedbir olarak nitelenirse kanuni faiz ile karşılanamayan zararlar için tazminat davası açılabilmesinin kabul edilmesi gerekir. Ancak TBK m. 76 buna zemin hazırlar mahiyette bir düzenleme içermemektedir. Bu ancak genel hükümler çerçevesinde talep edilebilecektir.

Alacaklının alacağını davanın sonunu beklemeden elde edebilmesi ve gerçekten bunun için bir tehlike veya zaruretin bulunması durumunda, çeşitli menfaat çatışmaları kaçınılmaz olur. Bir tarafta alacak derhal ifa edilmez ise daha sonra telafisi mümkün olmayan bir durum ortaya çıkacak, diğer tarafta hâkimin tam kanaate ulaşmamış olmasına rağmen hakkın icrasına yönelik geçici mahiyette bir karar verilmesinin doğuracağı tehlike vardır. Hâkim alacaklının ortaya koyduğu delilleri inandırıcı bulur ve menfaatlerinin korunması gerektiğine karar verirse, adeta yargılama sonuçlanmış gibi geçici bir hukuki korumaya sağlar mahiyette karar verecektir. Bu durumda verilen karar yargılama bitmeden nihai karar etkisi doğuracaktır. Bu bir anlamda asıl dava sonucunun öne çekilmesi anlamına gelir. Bu tür bir tedbir kararı ile davacı çoğu zaman yargılama neticelenmeden hatta bazı hallerde henüz dava açılmadan talebini elde edecektir. Çünkü bu kararlar birlikte her ne kadar ödeme geçici olsa da borçlu borcunu ifa etmek zorunda kalacaktır. İşte ifa amacıyla ihtiyati tedbir kararı dava sonucunu öne almakta ve dava sonucuna yönelik etkiler meydana getirmektedir⁵⁰.

Eğer geçici bir hukuki koruma amacıyla ifa amaçlı ihtiyati tedbire hükmedilirse şuna dikkat edilmesi gerekir: Tedbir kararı her zaman asıl dava sonucundan daha az tatmin edici olmalıdır. Yani tedbir kararı ile elde edilen menfaat temini asıl davanın sonucundan geride kalmalıdır. Tedbir kararının icrası

⁴⁹ HMK m. 399: "(1)Lehine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır yahut tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kaldırılır ise haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararı tazminle yükümlüdür.

(2) Haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davası, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılır.

(3) Tazminat davası açma hakkı, hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren, bir yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar."

⁵⁰ ÜSTÜNDAĞ, Saim, İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981, s. 15; ERİŞİR, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 326-327.

alacaklıyı tamamen tatmin edici mahiyette olmamalıdır. Tedbir kararı neticesinde varılan nokta ile asıl karar ile varılan nokta aynı ise, asıl neticenin alacaklıya vereceği bir şey kalmamış demektir. Böylece geçici tedbirin yerini asıl dava neticesine bırakmasına da ihtiyaç kalmayacaktır. Bu nedenle ifa amaçlı ihtiyati tedbire izin verildiği durumlarda asıl dava sonucu öne çekilecek ve asıl hukuki koruma ile ifa amaçlı ihtiyati tedbir yani bir anlamda geçici hukuki koruma arasında bir fark olmayacaktır⁵¹.

İfa amaçlı ihtiyati tedbir kararı öyle verilmelidir ki, ne talep edilen hakka yönelik asıl dava sonucunu tamamen öne çekmeli ne de o talebin nihai icrasını gerçekleştirmelidir⁵². İsviçre hukukuna bakıldığında istisnai olarak ifa amaçlı ihtiyati tedbirlere izin verilmekle beraber, para alacaklarının geçici icrasına yönelik tedbir kararlarına izin verilmemektedir. Bunun için ihtiyati haciz yolunun kullanılması ön görülmektedir. Böylelikle para alacaklarına yönelik olarak ifa amaçlı ihtiyati tedbir kabul edilmemiş, ihtiyati haciz kabul edilmiştir. Ancak İsviçre Federal Usul Tasarısı m. 256/e, para alacaklarında ihtiyati tedbirleri nafaka alacaklarında olduğu gibi kanunda özel olarak düzenlenmiş olma hallerine münhasır kılmıştır. Bu nedenle para alacaklarının geçici icrası ancak kanunda özel bir düzenleme varsa mümkündür. Aksi halde para alacakları için ifa amaçlı ihtiyati tedbire karar verilemeyecektir⁵³. Gerek İsviçre gerekse Almanya'da para alacaklarının ifa amaçlı ihtiyati tedbir ile geçici olarak icra edilmesi doktrinde çoğunluk tarafından reddedilmektedir. Buna istisna olarak sadece nafaka alacakları, durumun çok acil olmasına binaen kabul edilmektedir. Hatta para alacakları bakımından ifa amaçlı ihtiyati tedbir kararları, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından zımnî ihtiyati haciz kararı olarak değerlendirilmektedir⁵⁴.

Türk hukukunda asıl davanın neticesini öne çeker nitelikte tedbir kararı verilmesine ağırlıklı görüş olarak karşı çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle verilen tedbir kararı ile davanın esasını çözüme kavuşturucu mahiyette tedbir kararları kabul edilmemektedir. Bu görüş baskın görüştür. Bu nedenle HUMK m. 103'te hâkime tanınan takdir alanı davanın esasını çözer mahiyette tedbir kararı alamayacağı prensibi ile sınırlandırılmış bulunmaktadır⁵⁵. Hâkimin davanın esasını çözer mahiyette tedbir kararı alamayacağı ilkesinin ana nedeni, tedbir ka-

⁵¹ **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 329; **ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM**, s. 201.

⁵² **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 330.

⁵³ **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 333-334.

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **DEREN-YILDIRIM**, s. 91-92.

⁵⁵ **PEKCANITEZ, Hakan**, Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2003, 133; **KURU, C. IV**, s. 4312 vd.; **ÖZEKES, Muhammet**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, DEÜHFD, 2002/2, s. 11.

rarlarının geçiciliğidir. Davayı esastan çözmek için tam ispat aranmaktadır. Yaklaşık ispat ile dava esastan çözülemez. Aksi halde tafafisi imkânsız zararlar ortaya çıkacaktır. Tüm bu gerekçelere dayanarak yargılama sona ermeden esas hüküm verilmeden geçici bir hukuki koruma olan ihtiyati tedbir kararı ile bir miktar paranın geçici olarak birine verilmesine karar verilemeyeceği baskın görüş olarak kabul edilmektedir⁵⁶.

Ancak ifa amaçlı ihtiyati tedbiri veya para alacakları bakımından ifa amaçlı ihtiyati tedbiri haklı kılan durumlar da mevcuttur. Örneğin, teminat amaçlı tedbir kişinin menfaatlerini koruma bakımından yetersiz kaldığı durumlarda ifa amaçlı ihtiyati tedbire hükmedilebilecektir. Ayrıca etkin hukuki koruma sağlama amacı karşısında yargılamanın sonucunu beklemek kişilerin bakımından katlanılması mümkün olmayan zararların ortaya çıkması sonucunu doğurabilir. İfa amaçlı ihtiyati tedbirin önünün kapatılmasının tedbir talep eden kişiyi sürükleyeceği ağır sonuçlar da önemli bir risk faktörüdür. Bu tür tedbirlerin önünü kapatmak etkin hukuki korumanın da gerçekleştirilmesine engel olacaktır⁵⁷.

İfa amaçlı ihtiyati tedbir kararının verilebileceğine ilişkin olarak gerek HUMK gerekse HMK bakımından bir engel bulunmamakla birlikte diğer bazı kanunlarda da buna izin verildiği gözükmektedir⁵⁸. Ancak ifa amaçlı ihtiyati tedbir, özelliği gereği oluşturduğu tehlike nedeniyle her zaman değil, istisnai hallerde uygulanmalıdır. Bu nedenle ifa amaçlı ihtiyati tedbiri geçici hukuki korumalar içinde istisnai bir tedbir olarak nitelenebilir⁵⁹. TBK m. 76’da düzenlenen geçici ödemeler ise istisnai bir nitelik taşımaz. Koşulları gerçekleştiği sürece talep edilebilir.

HMK’nun genel gerekçesinde “...asıl hukuki korumanın zaman alması veya ayrıntılı bir incelemeyi gerekli kılması sebebiyle günümüzdeki hukuki korumalar daha da önem kazanmıştır. Hatta denilebilir ki, asıl yargılama veya davadan önce, geçici korumalar adeta bir ön yargılama halini almıştır...günümüzde klasik ve temel geçici hukuki koruma türü olan ihtiyati tedbir

⁵⁶ **KURU**, C. IV, s. 4294; **YILMAZ**, C. I, s. 845-846; **PEKCANİTEZ**, s. 133; **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 333-334.

⁵⁷ **ÜSTÜNDAĞ**, s. 12; **DEREN-YILDIRIM**, s. 10-11.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **YILMAZ**, C. I, s. 723; **ÜSTÜNDAĞ**, Yargılama, s. 586;; **DEREN-YILDIRIM**, s. 85; **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 339 vd. Örneğin TTK m. 63, 140, 382, Mar. KHK m. 76, 77, Pat. KHK m.151, 152, End. Tas. KHK m. 63, 64, FSEK m. 77, TİSGLK m. 46/2; *Erişir*’e göre, ifa amaçlı tedbirlerin sadece özel olarak düzenlenen hallere münhasır olduğu görüşü yerinde bir görüş değildir. Maddi hukuk normlarında mevcut olan ifa amaçlı tedbirler ilgili normların öngördüğü koşullar dairesinde hükmedilecektir. Bunun dışındakilere HUMK m. 103 (HMK m. 389) uygulanması gerekir, **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 342.

⁵⁹ **ÜSTÜNDAĞ**, s. 11 ve dn. 3.

dışında, bir çok yeni geçici hukuki koruma türü benimsenmiştir. Asıl dava veya konusuna ilişkin ihtiyati tedbirler yanında, para alacaklarına ilişkin takibin sonucunun güvence altına alınabilmesi için, ihtiyati haciz, delillerin korunması için delil tespiti bilinen geçici hukuki koruma türleridir. Ancak, özel kanunlarda bu geçici hukuki koruma türlerinin içinde yer almayan farklı geçici hukuki korumalara da yer verilmiştir. Örneğin aile hukukuna ilişkin birçok geçici hukuki koruma, önleyici tedbir, koruma önlemleri ve aile ilişkilerinin geçici düzenlenmesi gibi farklı geçici hukuki korumalar mevcuttur. Bu geçici korumalar, bazı yönleriyle ihtiyati tedbire benzemekle birlikte, ihtiyati tedbirlerden daha farklı ve geniş bir alana sahiptir. Bu sebeple, genel bir geçici hukuki koruma başlığı altında temel olarak ihtiyati tedbir düzenlenmekle birlikte, diğer hukuki korumalara da değinilmiştir....Ayrıca uygulamamızda önemli bir sorun da geçici hukuki korumaların birbirine karıştırılması ve gereği gibi uygulanmamasıdır. Örneğin, para alacakları için kural olarak ihtiyati haciz istenmesi gerekirken ihtiyati tedbir talep edilmesi, delil tespiti yerine bir dava türü olan tespit davası açılması, bunun en sık rastlanan örnekleridir.” Bu gerekçeden hareketle HMK dışında kalan geçici hukuki korumaların aslında ihtiyati tedbire benzemekle birlikte teknik anlamda bir ihtiyati tedbir olmadığı, bu geçici hukuki korumaların farklı olduğu ve uygulama alanlarının da daha geniş olduğu sonucuna ulaşılabilir. Buna örnek olarak da aile hukukundaki geçici hukuki korumalar örnek gösterilmiştir.

Kanaatimizce TBK m. 76 ile getirilen geçici ödemeler de bu kategoride değerlendirilmeli ve her ne kadar geçici bir hukuki koruma olsa da ifa amaçlı ihtiyati tedbire benziyor olsa da teknik anlamda bir ihtiyati tedbir olmadığı sonucuna varılmalıdır. Geçici ödemeler tıpkı ihtiyati tedbirler gibi geçici hukuki koruma olduğu ve geçici hukuki korumalar HMK’da düzenlendiği için TBK m. 76’nın uygulanmasında HMK’nun geçici hukuki korumalar başlığını taşıyan onuncu kısmında yer alan hükümlerden faydalanılacaktır.

TBK m. 76’nın getirdiği düzenlemenin ihtiyati tedbirlerden bazı farklı yönleri olduğu söylenebilir. Örneğin TBK m. 76’da geçici ödeme talep edilebilmesi için davacının ekonomik durumunun bu ödemeyi gerekli kılması şartı aranmaktadır. Bu şart geçici ödemenin sadece maddi tazminat davalarında uygulanacağı manevi tazminat taleplerinde uygulanamayacağı fikrini vermektedir. Hâlbuki ihtiyati tedbirler de hem ekonomik durumun gerekli kılması bakımından hem de manevi tazminat davaları bakımından böyle bir sınırlandırma göze çarpmamaktadır. Diğer taraftan TBK m. 76 geçici ödemenin talep edilebilmesi için davalı ve davacıdan bahsetmekte ve bu talebin dava açıldıktan sonra talep edilebileceğini düzenlemektedir. Hâlbuki ihtiyati tedbir talebi yargılama esnasında talep edilebileceği gibi, dava açmadan önce de talep edilebilir. Ayrıca şunu belirtmek gerekir ki, HMK’daki genel tedbir hükümlerinden farklı olarak TBK m. 76’ya istinaden mahkemenin hükmedeceği geçici ödemenin koşullarının değişikliğe uğraması halinde geçici ödemenin iadesine, diğer

bir ifadeyle tedbir kararının kaldırılabilmesine ilişkin düzenleme TBK m. 76'da bulunmamaktadır. Bunun yanında durum ve koşulların değişmesi nedeniyle geçici ödeme kararının değiştirilebileceğine ilişkin bir hükümde TBK m. 76 da yer almamaktadır. Hâlbuki HMK m. 396 bu durumları açıkça düzenlemiştir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, HMK'nın bu tür hükümleri geçici ödemeler bakımından kıyasen uygulanabilir.

TBK m. 76/II düzenlemesinde tazminata hükmedilmez ise yapılan geçici ödemeler yasal faiziyle birlikte iade edilmesine yönelik hâkimin bir karar vermesi gerektiğini düzenlemektedir. Hâlbuki ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümlerde bu tür bir düzenleme yoktur. Ancak HMK m. 399'a göre, lehine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır yahut tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kaldırılır ise haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararı tazminle yükümlü olacaktır. Bunun yanında haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davası, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılacak ve tazminat davası açma hakkı, hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren, bir yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. Bu düzenleme de TBK m. 76'nın kapsamından çıkarılamamaktadır. Ayrıca HMK m. 392 de ihtiyati tedbirde teminat gösterilmesine ilişkin düzenlemeler TBK m. 76 da yer almamaktadır⁶⁰. Bu yönüyle de ihtiyati tedbir ile geçici ödemeler farklılaşmaktadır.

Türk hukukunda para alacaklarına yönelik ihtiyati tedbir kararına tıpkı Almanya ve İsviçre'de olduğu gibi mesafeli yaklaşılmaktadır. Bunun nedenlerini yukarıda açıklamış bulunmaktayız. HMK nazara alındığında ifa amaçlı ihtiyati tedbirleri kabul etmekle birlikte para alacakları bakımından ifa amaçlı somut bir düzenlemeye de yer vermemiştir. HMK'da somut olarak yer almayan böylesine önemli ve kapsamlı bir düzenlemenin TBK ile getirildiğini ve TBK m. 76'nın para alacaklarına ilişkin ifa amaçlı ihtiyati tedbir olduğu görüşüne katılmamaktayız. Bu düzenlemenin para alacaklarına ilişkin ifa amaçlı ihtiyati tedbir olduğu görüşünün kabulü halinde, uygulamada en çok karşılaşılan maddi tazminat davalarında, davalı tarafın geniş ölçüde suiistimale uğraması söz konusu olacaktır. Diğer taraftan yargılama henüz bitmeden tazminat davalarında

⁶⁰ HMK m. 392: "(1) İhtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek zorundadır. Talep, resmî belgeye, başkaca kesin bir delile dayanıyor yahut durum ve koşullar gerektiriyorsa, mahkeme gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir. Adli yardımdan yararlanan kimsenin teminat göstermesi gerekmez.

(2) Asıl davaya ilişkin hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren bir ay içinde tazminat davasının açılmaması üzerine teminat iade edilir."

geçici ödeme talep edilecektir. Bu yargılamada etkin hukuki korumaya büyük zarar verebilecek ve bir kargaşayı da beraberinde getirebilecektir. Yargılama sonucu beklenmeden davacı sürekli olarak tatmin edilmeye çalışılacaktır. Ancak şunu belirtelim ki uygulaması sınırlı tutulmazsa benzer riskler TBK m. 76'da daima var olacaktır.

Kanaatimizce TBK m. 76 ile getirilen geçici ödemeler, Borçlar Hukukuna özgü, haksız fiilden doğan tazminat davalarında zarar görenin haklılığını inandırıcı kanıtlarla ortaya koyduğu ve ekonomik durumunun da gerekli kılması halinde istem üzerine ödenmesine karar verilen geçici hukuki koruma niteliğini haiz bir ön ödemedir. Geçici ödemeler para borçlarına yönelik ifa amaçlı bir ihtiyati tedbir değildir.

C. Geçici Ödemelerin Şartları

1. Haksız Fiil Nedeniyle Bir Borcun Mevcut Olması

TBK m. 76, haksız fiillerden doğan borçlara ilişkin yargılamalarda şartları varsa geçici ödemeye karar verilebileceğini düzenlemiştir. O halde geçici ödeme talebi için haksız fiilden kaynaklanan bir borç olmalıdır.

Burada akla gelen ilk soru, gerek sözleşmelerden gerekse sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara ilişkin yargılamalarda geçici ödeme imkânının mevcut olup olmadığıdır. Sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamı başlığını taşıyan TBK m. 114/II'ye göre, "*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.*" Bu hüküm gereğince TBK m. 76 kıyasen sözleşmelere de uygulanacak ve geçici ödeme talebi mümkün olacaktır⁶¹.

Kılıçoğlu'na göre, TBK m. 76, haksız fiil nedeniyle zarara maruz kalan kimsenin gördüğü zarar nedeniyle ekonomik bakımdan güç duruma düşmemesi için düzenlenmiştir. Bu düzenleme oldukça insancıl bir amaca hizmet etmektedir. Buna göre, yargılamaların uzaması ve bunun zarar göreni ekonomik bakımdan güç duruma düşürmemesi için kabul edilen geçici ödeme imkânı, haksız fiillerden doğan borçlarda uygulandığı gibi sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulama alanı bulacaktır. Yazara göre Bu oldukça mantıklı bir çıkarımdır. Aynı çıkarımı sebepsiz zenginleşme için de belirtilebilir. Borcun temel olarak

⁶¹ **KILIÇOĞLU**, Geçici Ödemeler, s. 176-177, 181; **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbirler Türleri, s. 357-358; **ERİŞİR**, Evrim, "Para Alacaklarında İhtiyati Tedbirler", - 11.10.2006 Tarihli Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Tasarısı Bakımından Düşündürdükleri-, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 250; Örneğin yapılan sözleşmeye aykırılık nedeniyle davacının iflas tehdidi ile karşı karşıya kalması bir zaruret halinin varlığı kabul edilebilir. Bu nedenle ödenecek tazminat ile bu tehlike veya muhtemel zararlar giderilebiliyorsa geçici ödemeye karar verilebilir.

üç kaynağı mevcuttur. Geçici ödeme imkânı sadece haksız fiillerde değil aynı zamanda sözleşmelerde ve sebepsiz zenginleşmelerde de uygulanması gerekmektedir⁶².

Kanaatimizce sebepsiz zenginleşmelerde geçici ödemelerin talep edilmesine engel bulunmamaktadır. Haksız fiil ile sebepsiz zenginleşmenin birçok farkı bulunmakla birlikte en temel ortak noktaları her iki borç kaynağının da hukuki bir işleme değil doğrudan kanuna dayanmasıdır. O halde kanundan doğan borç kaynağı olarak geçici ödemeleri haksız fiillerde uygularken bir diğer kanunda doğan borç kaynağı olan sebepsiz zenginleşmelerde kabul etmemek bir adalesizlik ve çelişki meydana getirecektir. Geçici ödemelerin özellikle ifa sonucu sebepsiz zenginleşmelerde önemli bir uygulama alanına sahip olacağını düşünmekteyiz. Sebepsiz zenginleşmede davacı haklılığını gösteren güçlü kanıtlar ortaya koyduğu ve ekonomik durumu da gerekli kıldığı takdirde geçici ödeme talep edilebilecektir. Sebepsiz zenginleşen iade borcunu yerine getirmediği takdirde veya yargılamanın neticesi beklendiği takdirde davacı telafisi güç zararlara maruz kalacaksa geçici ödeme isteyebilecektir.

Koçhisarlıoğlu/Erişgin'e göre, TBK m. 76, olası bir borcu borcun kaynakları arasına sokmuştur. Böylelikle yeni bir borç kaynağı ortaya çıkmış olmaktadır. Dolayısıyla olası bir borcun, borcun kaynağı olarak ortaya çıkması ne kadar doğrudur bunun da tartışılması gerekir⁶³.

2. Zarar Görenin İddiasının Haklılığını Ortaya Koyan İnandırıcı Deliller Sunması

Zarar gören burada bir haksız fiilin varlığını şartlarını ispat etmelidir. Diğer bir ifadeyle, zarar gören haksız bir eylemin bulunduğunu, bundan dolayı zarar gördüğünü ve zarar verenin bu zarardan sorumlu olduğunu ispatlamalıdır⁶⁴.

Zarar gören kişi inandırıcı delilleri yargılama sürerken getirmelidir. Zaten karar aşamasına gelmişse geçici ödemeye karar verilmemeli ve davanın kabulüne karar vererek nihai hüküm açıklanmalıdır. *Kılıçoğlu*'na göre, "*Geçici ödeme yargılama devam ederken alınan özel bir tedbir hükmüdür*"⁶⁵.

⁶² KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 181.

⁶³ KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/ERİŞGİN, Özlem, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Haksız Fiiller", Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 1271. TBK m. 76'ya göre, davacı inandırıcı kanıtlar getirerek iddialarının haklılığı konusunda hâkimi ikna ederse, nihai karar verilmeden önce olası tazminat borcunun bir kısmını geçici ödeme adı altında alma imkânına sahip olacaktır. Bu durum muhtemel bir tazminat alacağının ifası anlamına gelir. Çünkü nihai kararda tazminata yer olmadığına da hükmedilebilir.

⁶⁴ WIDMER/WESSNER, s. 255; KILIÇOĞLU, s. 177.

⁶⁵ KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 177.

Zarar gören iddialarının haklılığı mevzuunda ileride aksi ispat edilemeyecek nitelikte deliller sunması gerekir. Hâkim bu durumu titizlikle değerlendirmeli ve haklılığı ortaya koymada zayıf kalan delillere dayanarak geçici ödemeye karar vermemelidir. Çünkü yapılan ödeme daha sonra zarar görenden geri alınamayabilir. Bu durumda davalı bizzat mahkeme tarafından zarara uğratılmış olur. Bu zararın daha sonra telafisi de güç olacaktır⁶⁶.

Kanaatimizce TBK m. 76'nın ortaya çıkaracağı, yapılan geçici ödemenin davacıdan geri alınamama riskini devlet bertaraf etmelidir. Çünkü davalı bizzat mahkeme eliyle daha sonra geri alma ihtimali çok zayıf olan bir ödemeyi yapmaya mahkûm edilmektedir. Buna göre, dava sonucunda tazminata yer olmadığına karar verildiğinde geçici ödeme davacıdan alınamıyorsa -ki bu hüküm ekonomik durumu zayıf olanları korumak için öngörülmüştür- devlet davalıya kanuni faiziyle birlikte geçici ödemeyi üstlenmelidir. Yargılamanın uzun sürmesi ve buna bağlı mağduriyetlerin giderilmesi amacına yönelik bu düzenleme bunun yükünü davalının omuzların yüklememelidir. Geçici ödemenin iade edilmemesinden devlet sorumlu olmalıdır.

TBK m. 76'da belirtilen "*iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu*" ifadesi ile iddianın haklılığını gerçeğe yakın bir biçimde gösteren kanıtlar sunulması kastedilmektedir. Bu düzenleme ile geçici ödemeye esas teşkil eden maddi hukuk istemi ve kanıt ölçütü düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak HMK'nın geçici hukuki korumalara ilişkin düzenlemelerinde⁶⁷ inandırıcı kanıt kavramı değil "*yaklaşık ispat*" kavramına yer verilmiştir. Bu anlamda TBK ile HMK arasında kavramsal farklılıklara sebep olunmuştur. Bu durum henüz ispat ölçülerinin tam olarak netleşmediği hukuk sistemimizde karmaşaya sebep olabilecektir⁶⁸. Kanaatimizce TBK m. 76'daki geçici ödeme için aranan koşullardan biri olan ispat ölçüsü konusunda HMK'nın ifade biçimi tercih edilmeliydi. Çünkü geçici ödemeler haksız fiillerden doğan borç ilişkileri ayırımı içinde, yargılama konu başlığı altında düzenlenmektedir. Diğer taraftan HMK hem yeni hem de genel kanun hüviyetine sahiptir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, iddianın haklılığını gösteren inandırıcı kanıt ölçüsü ile yaklaşık ispat ölçüsü aynı şeyi ifade etmekte ve bize aynı ölçüyü vermektedir. Bu bakımdan HMK m. 390'ın gerekçesi bize bu ispat ölçüsü bakımından yol göstericidir.

HMK m. 390'ın hükümet gerekçesinde yaklaşık ispat şöyle değerlendirilmektedir: Geçici hukuki koruma yargılamasını, asıl hukuki korumadan ayıran en önemli özelliklerden biri de ispat ölçüsüdür. Kanunda açıkça öngörülmediği durumlarda ya da işin niteliği gerekli kılmıyorsa, normal bir yargıla-

⁶⁶ WIDMER/WESSNER, s. 255; KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 177-178.

⁶⁷ HMK m. 390/3'e göre, "*Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır.*"

⁶⁸ ERİŞİR, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 362-363.

mada yaklaşık ispat ölçüsü değil tam ispat ölçüsü geçerlidir. Çünkü hâkim mevcut ispat ve delil kuralları çerçevesinde, tarafların iddia ettiği bir vakıa hakkında tam bir kanıya ulaşmadan onu doğru kabul edemez. Mesela bir alacak davası söz konusu olunca taraflardan biri bir sözleşmeye dayanıyor ise hâkim o sözleşmenin mevcudiyeti konusunda tam bir kanaate varmalıdır. O halde zayıf ya da kuvvetli bir ihtimalin varlığı karar vermek için yeterli olmayacaktır. Sözleşmenin varlığı konusunda tam bir kanaate ulaşılamaz ise bunu ispatlaması gereken kişi aleyhine karar vermek icap eder. Fakat bazı hallerde kanun koyucu doğrudan düzenleme yaparak veya işin niteliği ve olayın özelliği gereği hâkime bu durumu izah ederek ispat ölçüsünü düşük tutma imkânı sağlamıştır. Bu tür durumlarda artık tam kanaat değil kuvvetle muhtemel veya yaklaşık kanaat ölçüsü geçerli olur. Bu durum doktrinde yaklaşık ispat ölçüsü olarak ifade edilmektedir. Fakat şunu belirtmek gerekir ki, yaklaşık ispat ölçüsünün benimsenmesi ispatın aranmayacağı anlamına gelmemektedir. Taraflardan birisi mahkeme önünde iddiaları için ne kadar inandırıcı kanıtlar getirirse getirsin bu bir iddiadan öteye geçmez. İddia edilen vakıanın doğruluğunun kabul edilebilmesi, vakıayı ispatlamakla yükümlü tarafın kanunun öngördüğü delil sistemi içerisine ve yine kanunun öngördüğü ispat ölçüsü çerçevesinde ispatlamasına bağlıdır. Tam ispat ölçüsünün arandığı hallerde bu ölçü tereddüde mahal vermeyecek biçimde ortaya konması gerekirken, yaklaşık ispat ölçüsünde hâkim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğuna inanmakla birlikte, zayıf bir ihtimal bile olsa aksinin imkân dâhilinde olduğu ihtimalini de dikkate almalıdır. Bu nedenle geçici hukuki koruma durumunda yani ihtiyati tedbire karar verirken veya ihtiyati hacze karar verirken talepte bulunandan teminat alınmaktadır. Çünkü geçici koruma talep edenin haksız çıkma ihtimali de vardır. Geçici korumalarda karşı taraf tam olarak dinlenememesi ve tüm deliller tam olarak ayrıntılı bir biçimde incelenebilmesi için zaman bulunmaması nedeniyle yaklaşık ispat yeterli görülmüştür. Doktrinde kabul gören yaklaşık ispat bu şekilde kanuna alınmıştır. Böylece ihtiyati tedbirlerde tam ispat ölçütünün değil yaklaşık ispat ölçütünün benimsendiği ancak basit bir iddianın da yeterli olmadığı vurgulanmıştır⁶⁹.

Yaklaşık ispat ölçüsünde hâkimin yapacağı inceleme ve değerlendirme sınırlı değildir. Diğer bir ifadeyle hâkimin bazı olguları nazara almayacağı veya delilleri değerlendirirken hızlı hareket edeceği anlamına gelmez. Burada zikredilen ispat ölçüsü inceleme ve değerlendirmenin kapsamına ilişkin değildir. Sadece hâkimde oluşacak kanaatin derecesine ilişkindir⁷⁰. Mesela haksız fiilden kaynaklanan bir tazminat davasında, ifa amaçlı bir ihtiyati tedbir talebi söz konusu ise, hâkim öncelikle burada bir haksız fiilin olup olmadığını, haksız fiilin

⁶⁹ Bkz. Hükümet Gerekçesi m. 390.

⁷⁰ ATALAY, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 38.

unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyecektir. İspat ölçüsünün tam ispat değil de yaklaşık ispat olması ve ölçünün düşürülmesi haksız fiil unsurlarının bazılarının nazara alınmaması anlamına gelmez⁷¹.

3. Zarar Görenin Ekonomik Durumunun Geçici Ödemeyi Gerekli Kılması

Mahkemenin geçici ödemeye karar verilebilmesi için zarar görenin ekonomik durumunun bu geçici ödemeyi gerekli kılması gerek İsviçre Ön Tasarısı gerekse TBK tarafından diğer bir koşul olarak öngörülmüştür⁷².

Kılıçoğlu'na göre, hâkimin geçici ödemeye karar verebilmesi için zarar görenin hâlihazırdaki ekonomik durumunu nazara alması gerekir. Yani haksız fiil neticesinde düştüğü ekonomik durum nazara alınmalıdır. Zira TBK m. 76'nın amacı, davacıyı zenginleştirmek için bir araç olarak kullanılması değildir. Yazara göre haksız fiil olmasaydı davacı ekonomik açıdan kötü duruma düşmeyecek idiye, zarar görenin ekonomik durumu geçici ödemeyi gerekli kılıyor demektir⁷³. Davacı geçici ödemenin ekonomik bir gereklilik olduğunu aynı zamanda özel veya sosyal güvenlik kurumundan yardım almadığını da ispatlaması gerekir⁷⁴.

Kanaatimizce de, geçici ödemeye karar verilebilmesi için zarar görenin haksız fiilden sonraki ekonomik durumunun nazara alınması gerekir. Ancak hâkim davacının ekonomik durumunun kötüleştiğini tespit edebilmesi için onun haksız fiilden önceki ekonomik durumunu araştırması gerekir. Çünkü önceki durum tam olarak tespit edilmeden ekonomik kötüleşme tam olarak tespit edilemeyecektir. Diğer taraftan TBK'nın lafzına bakıldığında zarar görenin "*ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde*" ifadesi kullanılıyor. Haksız fiil neticesinde oluşan bir ekonomik kötüleşmeden bahsedilmiyor. Haksız fiil neticesinde kişinin ekonomik durumu bu fiil nedeniyle kötüleşebilir. Ancak madde gerekçesinde, bu yeni düzenlemeyle, örneğin, hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya

⁷¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 656; ÖZEKES, **Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Ankara 2003, s. 216; ERİŞİR, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 166-167.

⁷² WIDMER/WESSNER, s. 255.

⁷³ Yazar bu görüşünü şu örnekle açıklamaktadır: Trafik kazası neticesinde çalışma gücünü kaybeden veya çalışma gücü büyük oranda azalmış olan kimse haksız fiil nedeniyle ekonomik açıdan güç duruma düşmüştür. Buradan hareketle davacının haksız fiilden önce ekonomik olarak güç duruma olması geçici ödeme için gerekçe olamayacaktır, **KILIÇOĞLU**, Geçici Ödemeler, s. 178.

⁷⁴ WIDMER/WESSNER, s. 255; **KILIÇOĞLU**, s. 178.

koyan zarar görenlerin korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla haksız fiil neticesinde ekonomik durumunda hiçbir değişiklik olmasa bile, zarar gören geçici ödeme talebinde bulunabilir. Mahkemenin de bu yönde karar vermesine bir engel yoktur. Yeter ki, zararın acilen giderilmesi gereksin ve gerek iddiaların haklılığı ve bu aciliyeti ortaya koyan güçlü deliller ortaya konulabil-sin. Örneğin, hiçbir sosyal güvencesi olmayan işsiz bir kimsenin trafik kazası geçirmesi ve acilen tedavi olması gerektiğini düşünelim. Burada zarar görenin haksız fiilden önceki ekonomik durumu ile haksız fiilden sonraki ekonomik durumu arasında bir fark bulunmamaktadır. Ancak zarar görenin acilen tedavi olması gerekmektedir. Bu nedenle de acilen parasal bir desteğe ihtiyacı vardır. Eğer zarar görenin haksız fiilden önceki ekonomik durumunu nazara almaz isek ve haksız fiilden sonraki ekonomik durumun mutlaka kötüleşmesini geçici ödeme için bir koşul olarak görürsek, bu örnekteki davacıya geçici ödemede bulunulmaması gerekir. Çünkü davacının haksız fiilden önceki ekonomik du-rumu ile sonraki durumu arasında fark bulunmamaktadır. Bu durum hem hük-mün amacıyla bağdaşmaz hem de hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurarak mağ-duru daha da mağdur eder. Ayrıca nihai karar verilene kadar zararın artmasına da sebep olur ve davalının da tazminat yükümlülüğünü ağırlaştırır.

Kanunda geçen “*ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde*” ifadesinden davacının ekonomik durumu kastedilmekte ve davalının ekonomik durumu geçici ödemelerde nazara alınmamış gözükmektedir. Ancak TBK m. 52/II’de ki, “*Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödedi-ğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.*” şeklindeki düzenleme nazara aldığında hâkimin hükmedeceği taz-minat davalıyı da zaruret haline düşürmemesi gerekir. Kanaatimizce, davacı tarafından geçici ödemenin koşulları gerçekleşmiş olsa bile hâkim TBK m. 52/II’deki koşulların varlığını nazara alarak geçici ödeme miktarını ona göre tayin etmelidir. TBK m. 52 ile TBK m. 76 birlikte değerlendirildiğinde, TBK m. 76’da davalının ekonomik durumunun da nazara alınacağına ilişkin bir ifa-denin bulunmaması bir eksiklik sayılmayacaktır. Çünkü hâkim geçici ödemeye karar verirken TBK m. 52’yi de göz önünde tutacaktır. Ancak şunu belirtelim ki, hâkimin geçici ödemeyi belirlerken tazminatın belirlenmesine ilişkin hü-kümlerden faydalanması geçici ödemenin bir tazminat olduğunu kanıtlamaz. Hâkim sadece nihai olarak hükmedeceği tazminat için hareket edeceği ölçütleri burada da uygulayabilir. Buna kanuni bir engel bulunmamaktadır. O halde ge-çici ödemenin miktarı tayin edilirken hâkim, dava sonucunu öne çekecek mahi-yette geçici ödemeye karar vermemeli, geçici ödeme miktarı hakkaniyete uy-gun olmalı, davacıyı yeteri derecede tatmin edici ve acilen giderilmesi gereken zararı bertaraf edici mahiyette olmalı, yargılama sonunda tazminata yer olma-dığına karar verilebileceği ihtimali nazara alındığında davalının da menfaatleri korunmalıdır. Geçici ödeme davalıyı mağdur etmeyecek düzeyde olmalı ve tam bir menfaatler dengesi gözetilmelidir.

Hükümde geçen ekonomik durumdan kastedilen, kanaatimizce ekonomik olarak bir zaruret halinin⁷⁵ oluşup oluşmadığıdır⁷⁶. Ekonomik durumda bir zaruret halinin oluşması dahi tek başına yeterli olmayıp bu zaruret halinin acilen ortadan kaldırılması gerekir⁷⁷. Ayrıca ekonomik olarak zaruret haline düşen davacı geçici ödeme talebini koşullar oluşunca ileri sürmesi gerekir. Geçici ödeme talebinin bilerek geciktirilmesi olayın durumuna göre ekonomik zaruretin tam anlamıyla oluşmadığı konusunda hâkimi bir kere daha düşünmeye sevk etmelidir⁷⁸.

⁷⁵ *Widmer/Wessner*'e göre, davacı zararın neticelerini bertaraf edemeyecek bir durumda olmalıdır. Ayrıca bunu açıkça ispat edecek deliller sunulmalıdır, **WIDMER/WESSNER**, s. 255. Kanaatimizce yukarıda da belirttiğimiz gibi, zarar görenin zararın sonuçlarını bertaraf edecek ekonomik durumunun bulunmaması onun ekonomik zaruret içinde olduğunu gösterir. Yoksa ekonomik imkânlarla sahip olan kişi zararın sonuçlarını bertaraf etmek için geçici ödemeyi beklemez. Bekler ve başkaca zararların çıkmasına ya da mevcut zararın artmasına neden olursa birlikte kusur iddiası ile karşılaşabilir.

⁷⁶ *Erişir* de zaruret hali kavramının tedbir sebebinin somutlaşması bakımından Kanun'da yer alması gerektiğini ve eda tedbirinin istisnai karakterine daha uygun olduğunu belirtmiştir. Zaruret hali hâkimin işini kolaylaştıracak ve daha somut bir kavramdır, aksi halde bu hüküm esas amacının dışında kullanılmaya müsait hale gelecektir, **ERİŞİR**, s. 251.

⁷⁷ Örneğin, zarar görenin geçimini sağlayamayacak duruma düşmesi, ekonomik istikbalini büyük oranda veya tamamen yitirmesi, beden bütünlüğünün ihlalden dolayı kendi tedavi giderlerini karşılayamayacak duruma düşmesi, sözleşmeye aykırı bir davranış nedeniyle kaçırılan ekonomik fırsatlar nedeniyle iflasın eşiğine gelme.

İhtiyati tedbirler de genelde tehlikeli bir durumun engellenmesi amacıyla verilir. Ancak tehlike bulunması tek başına yeterli görülmemekte o tehlikenin veya zararın acil olarak bertaraf edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla tehlikeli bir durum ve bunun acilen bertaraf edilmesi birbirini tamamlayan unsurlardır. Bu nedenle gerek HUMK m. 103 gerekse HMK m. 389 bu duruma işaret etmektedirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 169-170.

HMK m. 389/1, ihtiyati tedbirin koşullarını belirtirken gecikmesinde sakınca olan hallere yani gecikmenin çeşitli tehlikelere mahal vereceği durumlara da gönderme yapmış hatta gecikme nedeniyle ciddi bir zararın doğma olasılığını da ortaya koymuştur. Buna göre: "(1) Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir" hükmü getirilmiştir.

⁷⁸ TBK m. 76'da ortaya konulan "*ekonomik durumun gerekliliği*" bizlere somut bir ölçü vermemektedir. Dolayısıyla bu belirsiz ifade, hükmün asıl amacından saptırılmasına zemin hazırlayabilir ve amaç dışı kullanımlara sebebiyet verilebilir. Alman Hukuku'nda da bu tür geçici koruma tedbirlerinde daha somut bir kavram olan zaruret hali tercih edilmekte ve bu ifadenin eda tedbirleri için daha uygun olduğu belirtilmektedir. **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 362.

Widmer/Wesner'e göre, davacı ekonomik durumunun bu geçici ödemeyi haklı gösterdiğini ispatlaması gerekir. Bunu çeşitli şekillerde yapabilir. Örneğin özel veya sosyal bir güvenlik kuruluşundan yardım almadığını, zararın sonuçlarını bertaraf edebilmek için bir gelir veya malvarlığına sahip olmadığını ispat etmelidir. Hakim, geçici ödemenin şeklini, değerini belirlerken farklı durumları nazara alacaktır. Örneğin, zarar görenin zarar veren fiil nedeniyle ticari olarak bir piyasası kaybı yaşayıp yaşamadığı, bir haksız rekabet mağduru olup olmadığı, zarar veren davranışın etkilerinin devam edip etmediği gibi. Buna ek olarak hâkim zarar verenin ekonomik durumu ve yargılama esnasındaki tutum ve davranışlarını da nazara almalıdır⁷⁹.

Konuya ilişkin olarak tartışılması gereken bir diğer konu ise gelecekte oluşacak ekonomik zaruretler için geçici ödeme talebinde bulunulup bulunulmayacağıdır. Kanaatimizce ekonomik zaruretin somut olarak ortaya çıkması gerekir. Gelecekte gerçekleşmesi muhtemel zaruret için geçici ödemelere karar verilmemelidir. Eğer müstakbel ekonomik zaruretler için geçici ödemeye karar verilirse, tazminata yer olmadığına yönelik nihai karardan sonra geçici ödemelerin iadesine yönelik davacıya nazaran dezavantajlı olan davalıyı daha da dezavantajlı bir konuma itilmiş olur. Bu durum davalıyı davacı karşısında mahkeme eliyle mağdur duruma düşürür⁸⁰.

⁷⁹ **WIDMER/WESSNER**, s. 255.

⁸⁰ Burada tartışılması gereken bir diğer konu da geçici ödemelerin sadece mevcut zararlar bakımından rahatlıkla uygulama alanı bulur iken, müstakbel ve muhtemel zararlar bakımından uygulama alanının nasıl olacağıdır. Buna göre bu zarar türlerini hatırlatılması yerinde olacaktır. Zararın belirlendiği tarihe kadar gerçekleşmiş bulunan zarara mevcut zarar denir. Zararın belirlendiği tarihe kadar henüz gerçekleşmemiş olan, fakat başka bir unsurun eklenmesine gerek olmadan olayın normal akışına göre gerçekleşmesi beklenen zarara, müstakbel (gelecekteki) zarar denir, **OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Basıdan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul 2009, s. 518; **BÜYÜKSAGIŞ, Erdem**, Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutlarıyla Maddî Zarar Kavramı, İstanbul 2007, s. 89; **TOPUZ**, s. 108-109; Müstakbel zarar gelecekte gerçekleşecek bir kârdan mahrum olma şeklinde de karşımıza çıkabilir. Müstakbel zararın miktarını belirlemek oldukça güçtür. Bu sebeple hâkim somut olayın durumu ve hayatın normal akışına göre bu miktarı takdir edecektir, **PERINI**, 13 vd.; **HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WIEGAND, Wolfgang**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR., 4. Auflage, Basel 2007, Art. 42, N. 2; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 518 ve s. 518, dn. 95; **SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN**, s. 145 vd. **TOPUZ**, s. 108; Mevcut zarardan bahsedebilmek için zararın belirlenmesine ilişkin olguların farazî nitelikte olmaması gerekir. Bunun yanında gelecekteki zararı kapsamı çoğu zaman somut olarak ortaya konamayacaktır. Gelecekteki zararın miktarının belirlenmesi, bir işi ve kazancı olan kişiler açısından zor olmamakla beraber, zarar görenin malvarlığında henüz bir kayba sebebiyet vermeyen durumların, hâkim tarafından belirlenmesi oldukça güçtür. Zararın

Her ne kadar hükümde zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunmasının gerekliliğinden bahsedilse de kanaatimizce ekonomik zaruret bakımından da aynı ölçüde inandırıcı kanıtlar getirilmesi gerekir. Zarar gören, iddiaları için inandırıcı kanıtlar getirmesinin yanında aynı inandırıcılığı ekonomik zaruret bakımından da sağlamalı ve hâkimi her iki durum bakımından da ikna etmelidir. Bunun yanında bu zaruret durumu ortadan kaldırılmaz ise daha da güç duruma düşüleceği telafisi imkânsız veya çok güç zararların doğabileceği ortaya konulmalıdır. Çünkü her zaruret hali derhal giderilmeye ihtiyaç göstermeyebilir.

4. Mahkemedен Geçici Ödeme İsteminde Bulunulması

TBK m. 76'ya göre, hâkimin geçici ödemeye karar verebilmesi için bunun mutlaka yargılamada talep edilmesi gerekir. Hâkim geçici ödeme için gerekli koşulların oluştuğunu dava dosyasından anlasa bile re'sen geçici ödemeye karar veremeyecektir.

Burada tartışılması gereken bir konu mevcuttur. Şöyle ki, davacıya yapılan geçici ödeme zararı bertaraf etmeye yetmediyse veya yapılan talep reddedildiyse yargılama devam ederken yeniden geçici ödeme talep edilebilir mi? Bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Yargılama süresinde geçici ödemeye birden fazla karar verilebilir. Diğer taraftan davacının geçici ödeme talebi yeterli kanaat oluşmadığı gerekçesiyle reddedilmişse yargılamanın devam eden aşamalarında da talep edilebilir. Hâkimde davacının haklılığı konusunda bu sefer yeterli kanaat oluşursa geçici ödemeye karar verilebilir.

miktarının belirlenmesinin ve özellikle de ispatının mümkün olmadığı durumlarda hâkim, BK m. 42 ve 43'e göre tespiti kendisi yapacaktır. Bu konuda genel bir hesaplama yöntemi bulunmadığından, hâkim her somut olayın koşullarını ayrı ayrı nazara alacaktır. Hâkim soyut olgulardan hareket ederek ve takdir yetkisini kullanmak suretiyle somut neticelere varmaya çalışacaktır, **BÜYÜKSAĞIŞ**, s. 88-93; **TOPUZ**, s. 108-109; Kanaatimizce mevcut zararlar bakımından geçici ödeme yapılabileceği konusunda tereddüt edilmemelidir. Ancak müstakbel zararlar bakımından ve bu tür zararların belirlenmesinde yaşanan zorluklar nazara alınırsa hakimin daha titiz davranması gerekir. Zira somut biçimde ortaya çıkmamış veya kapsamı belirlenememiş bir zararın veya bundan doğacak muhtemel risklerin geçici ödeme ile bertaraf edilmesi davalı bakımından büyük risk taşımaktadır.

Muhtemel zarar, henüz gerçekleşmemiş, ilave bir riskin eklenmesiyle gelecekte gerçekleşme ihtimali olan zararlardır. Örneğin yaralandığı için ağır bir ameliyat geçiren bir kişinin ölmesi riskine bağlı olarak ortaya çıkma ihtimali bulunan zararlar muhtemel zararlardır. Risk gerçekleşmedikçe muhtemel zararın tazmini de söz konusu olmayacaktır, **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 518; Kanaatimizce muhtemel zarar bakımından, zarar riski somut olarak ortaya çıkmadıkça geçici ödemeye karar verilmemelidir.

Tartışılması gereken bir diğer konu da, davalı yargılama esnasında davacıya geçici ödeme yapmayı teklif edebilir mi? Bu soruya da olumlu yanıt verilmelidir. Yeter ki geçici ödeme teklifi mahkeme tarafından kabul edilsin. Davalının geçici ödeme yapmak istemesi çeşitli nedenlere dayanabilir. Örneğin, haksız fiil neticesinde ortaya çıkan zararın kapsamı sürekli genişliyorsa, yargılama sonunda hükmedilme ihtimali olan tazminat miktarı da artacaktır. Davalı hem zararın artmasının önüne geçmek hem de muhtemel tazminatın kapsamını daraltmak için geçici ödemede bulunmayı teklif edebilir. Örneğin bir yayaya çarparak yaralanmasına sebep olan kişi, kendisine karşı açılan tazminat davasında devam eden tedavi masraflarının bir kısmını geçici ödeme ile üstlenebilir. Davalı geçici ödemede bulunmaz ise tedavi masrafları artacaksa, yargılamanın sonu beklenirse çalışma gücünün kaybı oranı artacaksa, ekonomik bir zarurette baş göstermişse geçici ödemeye izin verilmelidir. Hâkim re'sen geçici ödemeye karar veremeyeceği için, özellikle acilen bertaraf edilmezse daha büyük zararların ortaya çıkma olasılığının bulunduğu hallerde davalının teklifi üzerine hâkim geçici ödemeye karar verebilir. Geçici ödeme kurumu davalının da menfaatinin bulunduğu durumlarda sadece davacının takdirine bırakılmamalıdır. TBK m. 76, İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesi Öntasarısı'nın 53. maddesiyle İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenmek istenen 56h maddesinde, zarar gören kişi davasının haklılığını ispatlarsa ve ekonomik durumunun da gerekli kılması halinde, zarar görenin talebi üzerine mahkeme nihai kararın verilmesini beklemeksizin davalının geçici ödeme yapmasına karar verebilir şeklindedir. Hâlbuki TBK m. 76'da geçici ödeme için bir istemde bulunulması gerektiğinden bahsedilmiş, ancak bu tür bir istem için zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunması ve ekonomik durumu da gerektirmesi koşulları aranmıştır. Koşullar oluşmuşsa hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir denmiştir. TBK m. 76'nın lafzından bu istemi mutlaka davacının yapacağı çıkmamaktadır. Eğer bu talep sadece davacıya tanınmak istenseydi madde metnine "*zarar görenin istemi üzerine*" veya "*davacının istemi üzerine*" ifadesi kullanılırdı.

Kanaatimizce TBK m. 76'nın geçici ödeme talep edilebilmesi için davacı bakımından iki koşulun gerçekleşmesini aramaktadır. Birincisi, iddiasının haklılığını ispatlaması ikincisi, ekonomik durumunun da bu ödemeyi gerekli kılıyor olmasını ispatlaması. Geçici ödemeyi talep edecek kişi bakımından kanun açık bir düzenleme getirmemiştir. Ancak istemin davacıya tanınan bir hak olduğu TBK m. 76'dan çıkan en doğal sonuç olmakla birlikte, davacı iddialarının haklılığını ortaya koymuş ve ekonomik durumu da geçici ödemeyi gerekli kılıyorsa ve buna rağmen geçici ödeme istemiyorsa, davalı kendi menfaati için geçici ödeme teklif edebilir. Çünkü bu hüküm yargılamanın uzun sürmesine bağlı olarak ortaya çıkacak ve daha sonra telafisi mümkün olmayan veya çok güç olan zararları önlemeyi amaçlamaktadır. Bu bakımdan TBK m. 76 karşı-

sında davacı ve davalı eşit durumdadır. Çünkü yargılama sonunu beklemek davalı bakımından da telifsi güç sonuçlara sebep olabilir. Yargılama devam ederken davalının yapacağı bir miktar geçici ödeme yargılama sonunda ortaya çıkacak zarar ve tazminat miktarını önemli ölçüde azaltabilecektir. Hükümün doğal sonucu olarak yapılan geçici ödeme, davacı haklı çıkarsa tazminata mahsup edilecektir. Tazminata yer olmadığına karar verilirse kanuni faiziyle birlikte iade edilecektir⁸¹.

D. Hükümün Uygulama Alanı ve Sonuçları

TBK m. 76, haksız fiilden sorumluluğa ilişkin davaların çok uzun sürdüğü ve bu durumun mağduru daha da mağdur ettiği düşüncesiyle ihdas edilmiştir⁸². *Burcuoğlu*'na göre, TBK m. 76, haksız fiil neticesinde bedensel bir zarara uğrayıp fakat tedavi olma gücüne sahip olmayanları korumayı amaçlamaktadır. Bunun yanında TBK m. 52'de düzenlenen birlikte kusur, zarar görenin zararı artırmama yükümlülüğü karşısında, kendini tedavi ettiremeyen kişilerin ekonomik yoksunluk sebebiyle zararın artmasına yol açmaları da önlenmiş olmaktadır. Bu hüküm TBK'nun en önemli yeniliklerinden biridir⁸³.

Olayın durumuna göre hâkim, eğer şartları oluşmuşsa geçici ödemeye hükmedecektir. Bu ödemenin miktarını hâkim takdir edecektir. Hâkim gerek şartları değerlendirirken gerekse ödeme miktarını takdir ederken oldukça titiz davranmalıdır. Davacının ekonomik durumu geçici ödemeyi zorunlu kılsa bile davacının iddialarının haklılığını ortaya koyan güçlü deliller yoksa hâkim geçici ödeme talebini reddetmelidir. İddiaların inandırıcılığı konusunda kuşkuya düşerse geçici ödeme talebini kabul etmemeli veya ödemenin miktarını minimum düzeyde tutmalıdır⁸⁴.

⁸¹ Kanaatimizce davalının geçici ödemede bulunma teklif etmesi davayı kabul ettiği anlamına gelmez. Yargılamadaki tarafların her birinin yargılamanın uzamasına bağlı ve kendisi bakımından oluşacak riskleri bertaraf etme hakkı olmalıdır.

⁸² **HELVACI, İlhan**, "Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğa İlişkin Hükümler", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 4, Ağustos 2005, s. 108.

⁸³ **BURCUOĞLU, Haluk**, "Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı, 80 Jahre Schweizerisches ZGB Und OR in der Türkei, Symposium vom 28 April 2006, İstanbul 2007, s. 90-91. Kanaatimizce de bu hüküm zararın daha da artmasını engelleme bakımından hem zarar vereni hem de mağduru koruyucu etkiye sahiptir. Mağdur, ekonomik zorluk nedeniyle haksız fiilin ek zararlara sebep olacak sonuçlarını bertaraf edebilme imkânına kavuşmakta, zarar veren ise zararın daha da artması riskinden kurtularak daha fazla tazminat ödemekten kurtulmaktadır. Diğer taraftan mağdurun TBK gereği zararın artması bakımından birlikte kusur iddiasıyla karşı karşıya kalıp daha da mağdur olmasının önüne geçilmektedir.

⁸⁴ **KILIÇOĞLU**, Geçici Ödemeler, s. 178.

Hâkim ödemenin miktarını tayin ederken, bunun nihai karar neticesinde vereceği tazminat miktarından fazla veya ona eşit ya da ona çok yakın olmamasına dikkat etmelidir. Aksi halde bir tedbir kararı hüviyetine sahip olan geçici ödeme kararı ile esas hakkında verilmesi gereken kararı vermiş olur⁸⁵.

Yavuz'a göre, TBK m. 76, her ne kadar yargılamanın uzun sürmesinin doğuracağı sakıncaları giderme amacına yönelse de bu hüküm yargılamayı daha da zorlaştıracaktır⁸⁶.

Hâkimin hükmettiği tazminat miktarı geçici ödemelerden fazla ise burada sorun çıkmayacak, TBK m. 76/II uyarınca geçici ödeme ile hükmedilen tazminat miktarına mahsup edilecektir. Hükümde eğer geçici ödeme miktarı hükmedilen tazminat miktarından az ise nasıl bir çözüm tarzı benimseneceği belirtilmemiştir. Kılıçoğlu'na göre, davacının esas tazminata nispeten fazla olan geçici ödeme miktarı davalıya iade edilmelidir. Bu nedenle TBK m. 76/II'deki "tazminata hükmedilmezse" ifadesi ile birlikte "daha düşük bir tazminata hükmedilirse" ifadesinin eklenmesi gerekirdi⁸⁷.

Eğer dava tamamen reddedilirse yani tazminata yer olmadığına karar verilirse davacının aldığı geçici ödeme miktarı haksız bir ödeme niteliğini alır. İsviçre Tasarısı madde gerekçesinde ortaya çıkan bu tür sorunların sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre çözüleceği belirtilmiştir⁸⁸.

Kılıçoğlu'na göre, TBK m. 76 sebepsiz zenginleşme hükümleri ile ilgili genel hükümlerle yetinmemiş ve özel bir sebepsiz zenginleşme hükmü kabul ederek, davacının aldığı geçici ödemeleri kanuni faiziyle birlikte geri vereceğini belirtmiştir⁸⁹.

TBK m. 76 ekonomik olarak güçsüz olan kimseleri koruma amacıyla getirilen bir hüküm olduğu için, davacının haksız olarak veya esas tazminat miktarından fazla miktarda geçici ödeme aldığı durumda ne tür çözümün benimseceği TBK m. 76'da düzenlenmemiştir⁹⁰. Bu durum davalının iade edilmesi gereken alacağını büyük oranda tehlikeye atmaktadır. HMK m. 392 genel ihtiyati tedbirle ilgili teminat öngörülmüş ancak TBK m. 76'da böyle bir teminat

⁸⁵ KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 179.

⁸⁶ YAVUZ, Nihat, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı" Hakkında Genel Değerlendirme ve Öneriler, THD, Nisan 2008, Sayı: 20, s. 53; *Güngör*'e göre, geçici ödemeler başlığını taşıyan bu hüküm hakkaniyete uygun bir düzenlemedir. Ancak nihai hükmü etkilemeyecek geçici ödemenin temel kriterlerinin gerekçede gösterilmesi gerekirdi. GÜNGÖR, Hayriye Gonca, "Borçlar Kanunu Tasarısıyla Getirilen Yeni Kurumlar ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler-Düzeltilmeler", Manisa Barosu Dergisi, Ekim 2005, Yıl 24, Sayı: 95, s. 15.

⁸⁷ KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 180.

⁸⁸ WIDMER/WESSNER, s. 256.

⁸⁹ KILIÇOĞLU, s. 180.

⁹⁰ KOÇHİSARLIOĞLU/ERİŞGİN, s. 1271.

gösterilmesi gerektiğinden bahsedilmemiştir⁹¹. Netice olarak TBK m. 76, asıl olarak ekonomik bakımdan güç durumda olan davacıyı korumak için öngörülen geçici ödeme kurumu haksız çıkan davacının aldığı bu ödemeyi iadesi garanti altına alınmamıştır. Haksız davacı karşısında davalı bu anlamda korumasız bırakılmıştır⁹².

⁹¹ **KILIÇOĞLU**, s. 180.

⁹² **KOÇHİSARLIOĞLU/ERİŞGİN**, s. 1270-1271; **KILIÇOĞLU**, Geçici Ödemeler, s. 183;TBK m. 76'ya getirilen bir diğer eleştiri de yargılama devam ederken davacının zararın ortaya çıkmasında kusurunun anlaşılması üzerene geçici ödemenin iadesinin çok zorlaşması ve bilhassa trafik kazalarında Cumhuriyet savcısının kazaya karışan araç üzerine tedbir koyma yetkisi bulunduğundan TBK m. 76'ya gerek olmadığı yönündedir. Bu yetki KTK m. 85/2'de düzenleme alanı bulmuştur. Buna göre, *“Motorlu araç ölüme veya yaralanmaya sebebiyet vermiş ise, kazaya karışan aracın başkalarına devir ve temlik veya üzerinde bir hak tesisini önlemek amacıyla olaya el koyan Cumhuriyet Savcılıklarınca, aracın tescilli olduğu tescil kuruluşuna trafik kaydı üzerine şerh düşülmesi için talimat verilir. Kaza anı ile Cumhuriyet Savcılığınca trafik kaydı üzerine şerh düşülmesi arasında geçen süreler içinde kötü niyetle yapılan araç tescilleri hükümsüz sayılır. Şerhin konulduğu tarihten itibaren bir ay içerisinde, şerhin kaldırıldığına veya devamına ilişkin mahkeme kararı ibraz edilmediği takdirde bu şerh hükümsüz sayılır.”* Ayrıntılı bilgi için bkz. **KILIÇOĞLU**, **Ahmet**, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, s. 16-17 (www.law.ankara.edu.tr/dosyalar/BKS.doc)(25.05.2011); *Erişir'e* göre, verilen bir tedbir kararı nedeniyle ortaya çıkan durumun eski durumuna getirilmesi doğal olarak her zaman mümkün olmayabilir ve bu bir risktir. Konusu bir şeyin verilmesi ve yapılmasına ilişkin olan eda tedbirlerinde ise bu risk daima mevcuttur. Ancak bu risk sadece bu hükümden doğan bir risk değil, Medeni Kanunumuzda kendine dayanak bulan nafaka ödemelerinde de aynı risk mevcuttur. TBK m. 76'nın getirdiği düzenleme neticesinde yapılan geçici ödemenin, sonradan tazminata yer olmadığına karar verilmesi halinde iade edilememe riski sadece davalı bakımından yani tazminat borçlusu açısından yapılan bir değerlendirme ve endişenin sonucudur. Halbuki bu tür geçici tedbirler sadece borçluyu değil alacaklıyı da nazara almalı ve her ikisi arasındaki menfaat dengesini korumalıdır. Sadece tazminat borçlusu bakımından ortaya çıkacak bir risk dolayısı ile hükme gerek olmadığı savunulamayacaktır. Diğer taraftan KTK m. 85/2'nin Cumhuriyet savcısına verdiği kazaya karışan araç veya araçlar üzerinde tasarrufa engel olmak için trafik kaydı üzerine şerh konulmasını talep yetkisi TBK m. 76'nın gereksiz bir düzenleme olduğunu tek başına kanıtlamaktan yoksundur. Savcının bu tür bir talebi, TBK m. 76'da düzenlenen geçici ödeme tedbirinin yerini tutabilecek nitelikte bir düzenleme olmadığı gibi onun amaçladığı ve sağlayacağı hukuki korumayı da tam anlamıyla gerçekleştiremeyecektir. TBK m. 76 öncelikle ekonomik bakımdan zayıf olanları korumayı amaçlamaktadır. Hâlbuki savcının şerhi talebi kişinin tasarruflarını kısıtlamaya yönelmektedir. Şerh ile birlikte alacaklı kısmen dahi olsa alacağına kavuşup mağduriyetini de giderememektedir. Ayrıca geçici ödemeler gerek sadece KTK çerçevesinde ortaya çıkan tazminatları değil diğer tazminat davalarını da kapsamakta ve çok daha geniş koruma alanı tesis etmektedir, **ERİŞİR**, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 360-361.

Koçhisarlıoğlu ve Erişgin'e göre, TBK m. 76'daki düzenleme sosyal güvenlik işlevini doğrudan doğruya zarar gören kişi ve davalıya yüklemektedir. Bu nedenle sorunlu bir düzenlemedir. Hukuk sistemimizde hiç kimse henüz sorumlu olmadığı, borcu olmayan bir şeyi ifa etmekle yükümlü tutulamaz. TBK 76/II'de eğer tazminata hükmedilmez ise davacının aldığı geçici ödemeyi kanuni faiziyle birlikte davalıya geri ödeyeceği belirtilmektedir. Bundan çıkan sonuç, davalının tazminat borcunun kesinleşmediğidir. Bunun yanına geçici ödemelere sadece haksız fiilden doğan tazminat davalarında izin verilmesi diğer davalarda ise benzer açık bir hükmün bulunmaması, bu tür bir önleme başvurulmaması hukuk bütünlüğünü olumsuz etkilemektedir⁹³.

Hatemi'ye göre, TBK m. 76'nın ne şekilde uygulanacağı kanun henüz yürürlüğe girmediği için belli değildir. Ancak inandırıcı kanıtların varlığı konusunda iyi bir tespit yapılmadığı durumlarda ekonomik durumu elverişli olmayan ve geçici ödemeye hak kazanan davacının aldığı bu ödemeyi nasıl geri ödeyeceği belli değildir. Buna göre bu hükmün getirilmesinin amacı nazara alındığında sosyal bir devletin gereği olarak, yeterli derecede adli yardım düzenlemelerine ek olarak zarar gören kişiye devletin sosyal bir devlet olarak ödemede bulunması daha sonra yapılan bu ödemelerin tazminata mahsup edilmesi ve tazminata hükmedilmediği takdirde yine devletin sosyal bir devlet olarak takside bağladığı geçici ödemeyi zarar görenden geri alması gerekir⁹⁴.

Ortaya çıkan bir diğer sorun ise, geçici ödemenin kanuni faiz ile birlikte hüküm altına alınıp alınmayacağıdır. Diğer bir ifadeyle, davacı haksız fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren geçici ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçen süre için kanuni faiz talep edebilecek midir? Diğer bir sorun ise davalının geçici ödemenin asıl alacaktan indirildiği tarihe kadar ki kanuni faizi talep edip edemeyeceğidir⁹⁵.

Kanaatimizce geçici ödeme bir tazminat değildir. Bu nedenle davacı geçici ödemeyi talep ederken dava sonucunun tesis edilmesini isteyemeyecektir. Buna bağlı olarak davacı yargılama sonucunu beklediği takdirde zarar daha da artacaksa ve gecikmeye bağlı olarak telifisi güç zararlar doğacaksa bunları bertaraf edecek miktardaki geçici ödemeyi talep etmelidir. Mahkeme geçici ödemeye ek olarak birde haksız fiilden bu tarafa işleyen kanuni faizin ödenmesine karar vermeyecektir. Diğer taraftan nihai karar verilirken, ödenen geçici ödeme asıl tazminat alacağına mahsup edilecektir. Burada davalının ödemeyi yaptığı andan itibaren kanuni faiz talep edip edemeyeceği konusunda ikili bir ayırım yapılmalıdır. Birincisi, davalı tazminata mahkûm edilmişse yaptığı ge-

⁹³ KOÇHİSARLIOĞLU/ERİŞGİN, s. 1270-1271.

⁹⁴ HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Yeni Borçlar Kanunu Göz Önünde Tutulmuş, İstanbul 2011, s. 162.

⁹⁵ KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 179.

çici ödeme bir ön ödeme olduğu için asıl tazminat borcunu azaltmıştır. Dolayısıyla davalı mahsup aşamasında birde kanuni faizi talep edememelidir. Ancak yapılan geçici ödeme asıl tazminat miktarından fazlaysa fazla ödeme haksız ödeme niteliğinde olacağı için kanuni faiziyle birlikte iade edilmesine karar verilebilir. İkincisi, tazminata yer olmadığına karar verilirse geçici ödemenin yapılmasından itibaren işleyecek kanuni faizin talep edilmesine bir engel bulunmamaktadır. Burada kanuni faizi hesaplanırken davacıya yapılan ödeme tarihi esas alınmalıdır.

Kılıçoğlu'na göre, tazminat alacağına temerrüt faizinin ödenmemesi veya temerrüdün şartlarının bulunmaması halinde geçici ödemeye ödeme tarihinden itibaren temerrüt faizi yürütülmesi ve bunun tazminat alacağından indirilmesine ilişkin düzenlemenin hükümde yer alması gerekirdi. Yazar bunu şu örnekle açıklamaktadır: Davacı temerrüt faizi talep etmemiş ve kendisine esas tazminattan daha yüksek miktarda geçici ödeme yapılmıştır. Esas tazminata hükmedilirken ödenen geçici ödeme miktarına hüküm anına kadar işlemiş bulunan temerrüt faizinin davalı lehine esas tazminattan indirilmesi gerekir⁹⁶.

Burada tartışılması gereken bir diğer konu da, aynen tazminin talep edildiği durumlarda geçici olarak eski hale getirme talebi mümkün müdür? Kanaatimizce TBK m. 76 sadece nakden tazminin geçerli olduğu durumları kapsayacak biçimde düzenlenmiştir.

Tazminata irat şeklinde hükmedilmiş ise yapılan geçici ödemelerin nasıl mahsup edileceği de belirsizdir. Kanaatimizce hâkim durumun gereklerine göre toptan mahsuba karar verebileceği gibi uygun oranda iratlara mahsup edilmesine de karar verebilir.

Widmer/Wesner'e göre hükme genel olarak bakıldığında zarardan sorumlu kişi bakımından yapılan ödemenin oldukça dezavantajlı bir durum oluşturduğu gözükabilir. Ancak hükmün ifadelerinden mahkemenin nihai kararı öne çekecek biçimde karar verebilmesine hiçbir durumda izin verilmemiştir. İstisnai bazı durumlarda zararın değerini aşan bir geçici ödemeye karar verilmiş olabilir. Bu durumda yapılan bu ödeme sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre davalı tarafından geri alınacaktır. Ancak burada esas sorun zarar gören kişiye aynı zamanda bir sosyal güvenlik ödemesi yapılmışsa ortaya çıkacaktır. Ödemeyi yapan bu durumda zarar görene halef olacaktır. Bu durumda zarar gören ister sigortacıdan isterse mahkeme kararıyla zarar verenden ödeme talep edebilir. Ancak bu tür durumlarda davalı iki defa ödeme riski ile karşı karşıya bırakılmamalıdır. Hükmün sağlıklı işleyebilmesi için sorumluluk hukuku ve sosyal güvenlik hukuku iyi bir şekilde koordine olarak bu sakıncayı bertaraf edebilirler⁹⁷.

⁹⁶ KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 182.

⁹⁷ WIDMER/WESSNER, s. 256.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Cilt II, Yenilenmiş 10. bası, İstanbul 2006.

ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2006.

ATALAY, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.

BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978.

BURCUOĞLU, Haluk, “Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Haksız Eylem Sorumluluğu Ve Kira İle İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler”, İsviçre Medeni kanunu ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı, 80 Jahre Schweizerisches ZGB Und OR in der Türkei, Symposium vom 28 April 2006, İstanbul 2007.

BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutlarıyla Maddî Zarar Kavramı, İstanbul 2007.

DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, 2. Baskı, İstanbul 2002.

ERİŞİR, Evrim, “Para Alacaklarında İhtiyati Tedbirler”, -11.10.2006 Tarihli Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi Kararının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunu Tasarısı Bakımından Düşündürdükleri-, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009

ERİŞİR, Evrim: İhtiyati Tedbir Türleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2010 (İhtiyati Tedbir Türleri).

GÜNGÖR, Hayriye Gonca, “Borçlar Kanunu Tasarısıyla Getirilen Yeni Kurumlar ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler-Düzeltilmeler”, Manisa Barosu Dergisi, Ekim 2005, Yıl 24, Sayı: 95.

HATEMİ, Hüseyin, Borçlar Hukuku’nun Genel İlkeleri Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Borç İlişkileri (Borç Kaynakları) Bölümünün Değerlendirilmesi, Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006.

HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Yeni Borçlar Kanunu Göz Önünde Tutulmuş, İstanbul 2011.

HELVACI, İlhan, “Hukuka Aykırı Eylemlerden Sorumluluğa İlişkin Hükümler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 4, Ağustos 2005.

HONSELL, Heinrich: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4., neubearbeitete, Zürich/Genf/Basel, 2005.

HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter / WIEGAND, Wolfgang, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007.

IMMERHAUSER, Martin, “Zur Rezeption der deutschen Schuldrechtsreform in der Schweiz”, im Recht, 24 Jahrgang, Recht 2006, Heft 1, 1/06.

KAPLAN, İbrahim, “Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerim”, THD, Sayı: 25, Eylül 2008.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., “Haksız Fiilde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler”, Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretens des Türkischen Zivilgesetzbuch, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 2006 (Geçici Ödemeler).

KILIÇOĞLU, M. Ahmet, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, (www.law.ankara.edu.tr/dosyalar/BKS.doc).

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/ERİŞGİN, Özlem, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nda Haksız Fiiller”, Prof. Dr. Rona SEROZAN’a Armağan, İstanbul, 2011.

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. Baskı, İstanbul 2001.

LANGE, Hermann/SCHIEMANN, Gotfried, Schadensersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, 3., neubearbeitete Auflage, Tübingen 2003.

LÜCHINGER, Niklaus, Schadensersatz im Vertragsrecht, Freiburg 1999.

NOMER, Haluk N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.

OFTINGER, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 4. Auflage, Zürich 1975.

OFTINGER, Karl/STARK, Emil, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 5. Auflage, Zürich 1995.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükmüler, Gözden Geçirilmiş Altıncı Basıdan Yedinci Tıpkı Bası, İstanbul 2009.

ÖZ, M. Turgut, Yeni Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011.

ÖZEKES, Muhammet, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, DEÜHFD, 2002/2.

ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.

ÖZEKES, Muhammet/ERİŞİR, Evrim, “Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, MİHDER, 2006/3.

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004.

PEKCANITEZ, Hakan, Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2003.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuk, Ankara 2009.

PERINI, Flavio, Richterliches Ermessen bei der Schadensberechnung, Unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 2 OR, Zürich 1994.

RUETSCHI, Davit, Geldleistun als versorgliche Massnahme, Basel, Genf, Münschen 2002.

SCHNYDER, A. K./PORTMANN, W./MÜLLER-CHEN, M., Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich/Basel/Genf 2008.

TANDOĞAN, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961.

TEKİNAY S. Sulhi /AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP Atilla,

Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TİFTİK, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.

TOPUZ, Murat, İsviçre Ve Türk Borçlar Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar Ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2010.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981.

WEISS, Egon, Institutionen des Römischen Privatrechts, 2. Auflage, Basel 1949.

WIDMER, Pierre/WESSNER, Pierre, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, 2004.

YAVUZ, Nihat, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı" Hakkında Genel Değerlendirme ve Öneriler, THD, Sayı: 20, Nisan 2008.

YILMAZ, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. I, Ankara 2001.

