

Prof. Dr. Gökhan Antalya Değerlendirme Konuşması

Tebliğlerin sunulması bölümünü tamamladıktan sonra değerlendirme bölümüne geçeceğiz. Her tebliğcinin ortalama 20 dakika tebliğ verdiğini düşünürseniz benim de süre olarak 20 dakika bu tebliğleri cevaplamam gerekir ki bana verilen değerlendirme süresinde buna vakten yetiştirme imkanım bulunmamaktadır.

Ben sadece ana başlıkları itibariyle değinmek istediğim bir iki konuya yer verip, süreyi de tasarruflu bir şekilde kullanmak istiyorum.

Bu yönüyle kaldığımız yerden, sayın Acar'ın tebliğinde kaldığı yerden başlamak istiyorum. Dış ilişkide özellikle tam teselsül ve eksik teselsül ayrımının kaldırılması isabetli olmuştur ve her ikisi de müteselsil sorumluluk hükümlerine tabi tutulmak suretiyle niteliğine uygun olan müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanması sağlanmıştır. Maalesef Kanun hazırlanma aşamasına TBMM. Adalet Komisyonu'nda müteselsil sorumluların yükümlü tutulacağı tazminat miktarına üst sınır getiren düzenleme kaldırılmış bulunmakta. Fakat bu kaldırılan hükmün uygulanmasına halen herhangi bir engel yoktur. Doktrinde ileri sürülen ve genellikle de kabul edilen bir görüştür. Bu kapsamda her bir müteselsil sorumlunun yükümlü tutulacağı tazminat miktarı tek başına sorumlu olması durumunda yükümlü tutulacağı tazminat miktarından fazla olmayacaktır ve bu müteselsil sorumlulardan her biri kendi yönünden tazminatın azaltılmasını gerektiren nedenlerin bu dış ilişkide göz önünde tutulmasını talep edebilecek, hakim bu talebi gözönünde tuttuğu takdirde kurum amamcına uygun sonuç verecek ve bu talepler de verilecek kararlar da hakkaniyete uygun olacaktır.

İç ilişki yönünden baktığımızda TBK. m. 60 hükmünde bir prensip getirilmiş. Artık TBK. sorumluluğun paylaşılması ilkesini getirilmiştir.

Rücu ilişkisinde paylaşımın nasıl olacağına ilişkin olmak üzere de 62. madde "bütün durum ve koşullardan" bahsetmektedir. Olayın bütün durum ve koşullarını da hakim takdir edecektir (TMK.m.4). Rücu ilişkisinde tüm Durum ve koşullar demeyi de yeterli görmeyen kanun koruyucu birinci fıkranın son bölümünde "özellikle" demek suretiyle durm ve koşullarda iki temel örnek vermiştir. Bunlardan birisi sorumluluğu alan kişilere yüklenecek kusurun ağırlığını dikkate al demiştir. Bunu açıklayalım ortak kusur varsa problem yok, kusursuz sorumluluğu varsa ek kusuru varsa yine rücu ilişkisinde bu kişiye kusursuz sorumlu da olsa ek kusur sebebiyle pay verilecektir.

Kanun özellikle demek suretiyle kanunumuzda koşul ve şartlar konusunda örnek gösterdiği diğer yaklaşım ise sorumlu kişilerin yarattığı tehlikenin yoğunluğudur. Öyleyse kusursuz sorumlulukla tehlike sorumluluğu ve kusursuz sorumlulukla özel sorumluluğa dayansa bile, tehlike esasına dayanan bir sorumluluk söz konusuysa bu kişiler de artık paylaşımında pay alacaklardır.

Bu konuyla ilgili de kısa bir açıklama yaptıktan sonra sayın Ertaş'ın değerlendirmeleri kapsamında konuya yaklaşıldığında TBK. 85. maddeye değinmemiz gerekiyor. TBK. 85. madde bölünemeyen borçları düzenlemektedir ve birinci fıkrasının son cümlesinde ifade edildiği üzere borçlu edimini alacaklıların hepsine birden ifa etmek zorundadır demektir. Bunun zor olacağını ve bir takım sıkıntılı sorunlara yol açacağını sayın Ertaş dile getirmektedir. Ama niteliği itibariyle zaten önlenmeyen bir yapı kanunda düzenlenmiş ve birden fazla alacaklı varsa bu borcun hepsine birden ifa edilmesi bir şekilde sağlanabilir. Temsil yetkisi alınabilir veya en kötü ihtimalle alacaklının temerrüdü hükümlerine ilişkin olarak yine tevdi müessesesi burada devreye sokulabilir.

TBK. 89. maddede ifa yerleri belirtilmiştir. Hükümün ikinci bendinde parça borçları içi sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yer göz önüne alınır denilmektedir. Birinci bent ise para borçları alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ödenir demektir. Bu hüküm 818 bsayılı BK 73. maddeye paralel bir düzenlemedir. Hüküm değişikliği de zaten yoktur. Onun için fazla endişe edeceğimiz bir şey yok. Bugüne kadar ki uygulama aynı şekilde devam edecektir.

Prof. Ertaş para borcu olarak kira bedellerinin ödenmesine değindi. Zaten vergi hukuku sistemi içinde bunlar da artık banka sistemiyle ödeniyor. Neredeyse herkes bir banka hesabı açıyor. Uygulamada kira hukuku yönünden, vergi kuralı her ne kadar özel hukuk bağlamında maddi hukuk kuralı olmadığından bağlayıcı değilse de, vergi hukuku kuralına uyulması, matbu ve ispat yönünden kolaylıklar sağlamaktadır.

TBK. 96. maddede erken ifaya ilişkin özellikle para borçlarında bir indirim düzenlenmesi gerektiği hususunu dile getirdi sayın Prof. Ertaş. Hükümde erken ifade indirim yapılamayacağı kural olarak düzenleniyor. Sadece para borçlarına ilişkin olarak erken ifa düzenlenmiyor. Para borçlarında erken ifade indirim tüketiciler yönünden düşünülebilir. O düzenlenmeye de zaten Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve özellikle zayıfın korunması amacıyla yapılan buna benzer düzenlemelere, örneğin taksitli satışa ilişkin TBK.m.258'de yer verilmiş bulunmaktadır.

Sayın Ertaş'ın TBK.m. 99. Madde ikinci fıkradaki yapancı para biriminin ödemeye ilgili olarak kendisinin yaklaşımları var. Burada 99. maddenin ikinci fıkrasında alacaklının seçimlik yetkilerindeki üçlü seçenek veriliyormuş gibi düşünülmesine yol açıldığına ilişkin çeşitli kişilerce doktrinden eleştiri getirildi. Ama aynen kelimesini cümlelerin başındaki aynen ödeme ve bu anlamda genel bir ifadeyle çelişmektedir. Alacaklı aynen yani yabancı para birimi üzerinde ödenmeyi sadece hüküm içinde yer aldığı şekliyle "sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlamda gelen bir ifade bulunması" halinde kullanabilecektir. Bu ihtimalde yine alacaklı borçlunun borcunu ödeme gününde ödemesi halinde yine üçlü seçimlik hakka sahip olacaktır. Ancak Alacaklı yapancı para borcunu

aynen talep edebilmesi, Kanunda yer aldığı üzere, sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade bulunması halinde söz konusu olabilecektir.

TBK.m.100. maddeye baktığımız vakit Kanun aksine anlaşma yapılamaz demek suretiyle maddenin birinci fıkrası emredici hüküm haline getirilmiştir. Ama sayın Ertaş yine yorum yöntemiyle 100. maddenin ikinci fıkrasının da emredici nitelikte olduğunu ileri sürmektedir ki bu görüşü paylaşmamaktayım.

Devam edersek, maalesef Türk Borçlar Kanununun bazı değişiklikler de TBMM Adalet Komisyonu'nda gerçekleşmiştir. Adalet Komisyonu Türk Borçlar Kanunu'nu eline aldığı hemen hemen yüz madde değişikliğinin seksekinde hata yapmış, terim ve anlam bütünlüğünü bozmuş, hükümler arası çelişki yaratmıştır. Zaten Komisyonun değişiklik yaptığı maddeler çok fazla olmadığından bu husus fazla göze batmasa da Kanunun 115 ve 116. Maddelerinde olduğu üzere bizim de izah etmekte zorlandığımız noktalarıdır. Bu eleştiriler katılıyorum, hele TBK 55. Madde Komisyonunda ilave edildi ki bu madde tek başına irdelenmeye değer. Komisyon müdahaleyle sorumsuzluk anlaşmalarında yaptığı değişiklikle kanunu geri götürmüş ve amacıyla çelişmiştir. Ben de arkadaşımın görüşlerine katılıyorum. 115. maddenin ikinci fıkrasında “borçlunun alacaklı lehine hizmet sözleşmesinden kaynaklanan” demek suretiyle düzenlenmesi maalesef isabetli olmamıştır. Bu böylelikle hem hizmet sözleşmesinin her iki tarafına da hak vermiş hem de sadece sorumsuzluk anlaşmasının kurgulama alanına ilişkin olarak alanı hizmet sözleşmesine inhisar etmiştir, ki aslolan eski düzenlemede yer aldığı şekilde bir kişiye bağımlı şekilde çalışmadır, bu bağımlı şekilde çalışmanın mutlaka hizmet sözleşmesi şeklinde çıkması zorunluluğu yoktur. Maalesef yeni düzenlemede sadece bu dar kapsamda kalmıştır, ama bunun yorum yöntemiyle de genişletebileceğimizi düşünüyorum. TBK. 115. Maddenin üçüncü fıkrasında, isabetlidir. Özellikle kapsam genişletildi hafif kusurla ilgili olarak. “Uzmanlığı gerektiren bir hizmet meslek ve sanat, ancak kanun ve yetkili makamlar tarafından izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin hükümsüzdür” şeklindeki hükmün eski 99'dan farklı olarak genişletilmesi söz konusudur. Doğrudur, genişletilmesi de isabetli olmuştur. Genişletilmenin hemen hemen sorumsuzluk anlaşmasının uygulama alanını ortadan kaldıracağına ilişkin genel bir yaklaşım var. Bu yaklaşımı hem Ertaş hocam benimsiyor, hem de Havutçu'nun tebliğinde bu var. Alanı ne kadar sınırlanırsa, sınırlanmasına ilişkin zaten kanunun sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin yaklaşımı var, bu konuda kusur kavramındaki hile ve ağır kusuru vardı ağır kusuru katmış, bazen hatta hafif kusur - ağır kusur ayrımını kaldırarak bütün hallere inhisar etmiş ve bu yapıya uygun olarak da yine uygulama alanını bir çok şekilde genişletmiştir.

Sayın Mürsel değindi, özellikle faizle ilgili, temerrüt faizi ve normal faizle ilgili 88 ve 120. maddelerde iki özel yaklaşımımız var. İki emredici hükümle faiz oranları genel hüküm olarak üst tavan belirlenmek üzere sınırlandırılmıştır. Bu hükümlere özel bir hükümle istisna getirilmedikçe tüm borç iliş-

kilerine, ticari ilişkiler dahil uygulanacaktır. Bu hükümler önemli ve çok da ihtiyaca cevap veren yaklaşımlardır. Sözleşmeyle kararlaştırılan yıllık faiz oranı birinci fıkra uyarınca belirlenecek olan yıllık faiz oranının yüzde ellisini aşamaz diyor, temerrüt faizine ilişkin olarak ise yüzde yüz fazlasını aşamaz demek suretiyle iki emredici hüküm burada getirilmiştir. Bu kuralın ticari işlerde uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tartışmalar söz konusudur. Benim kişisel görüşüm bu hükümlerin ticari işlerde de uygulanacağına yöneliktir. Çünkü Türk Ticaret Kanununun yeni şekline baktığımız vakit tacirler ve ticari işlerde serbestçe faiz kararlaştırılabilir diyor, ama hangi sınırlar içinde? Yine temerrüt faizine ilişkin 120. Maddedeki yüzde yüz fazlası sınırının içinde kalmak üzere, yine 88. Maddedeki faize ilişkin yüzde ellinin içinde kalmak üzere.

Buna değinirken aşkın zararlarla ilgili olarak sayın Havutçu'nun bir yaklaşımı vardı. Zaten kendisine katılıyorum, hakimler özellikle Yargıtay uygulamasında bu munzam zararlar aşkın zararlarla ilgili olarak bir ikinci fıkra var, "temerrüt faizini aşan aşkın zarar görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa davacının istemi üzerine hakim esas hakkında karar verirken bu zarar miktarına da hükmeder" hükmü uygulamada dikkate alınır, ayrı munzam zarar davaları açılmasına gerek kalmadan aynı davanın içinde bunlar çözülecek diye düşünüyorum.

Uygulamada faizle ilgili getirilen bir yaklaşım var ama faizin başlangıcıyla ilgili olarak değerlendirirsek özellikle "haksız fiil işlendiği andan itibaren faiz işler" hükmüne bakalım. Bu yaklaşımı kabul etmemiz lazım, çünkü uygulama bunu zaten bu şekilde anlıyor. Dava tarihine kadar işlemiş faiz olarak belirliyor ve hatta bunu da hesaplatıyor; sonra da dava tarihinden itibaren tekrar bu hariç olmak üzere esas müddeabihe yani tazminat miktarına tekrar faiz işletmeye devam ediyor, o da işleyecek faiz olarak devam ediyor. Burada bir sıkıntı çıkacağını düşünmüyorum. Faizin özellikle sebepsiz zenginleşme ile ilgili hükmüne bakarsanız orada isabetli olarak görüyorum kötüniyet - iyiniyet ayrımı yapılması doğrudur çünkü iade yükümlülüğünün kapsamı da zaten iyiniyet kötüniyet ayrımına göre belirlenecektir. Hakim de zaten orada iyiniyete kötüniyete göre belirlenen tazminata, geri verilmesine hükmedeceği için, faiz de o andan itibaren iyiniyeti kötüniyeti dikkate alarak hakim onun başlangıcını zaten ona göre belirleyecektir. Bu yönüyle uygulamada bir sorunun çıkacağını düşünmüyorum.

Değinmemiz gereken çok sorun var, Prof. Havutçu'nun tebliği tek başına bir oturum konusu olabilecek kadar geniş. Kendisi de zaten bazı konulara değindi, bazılarını zaman yetmezliği sebebiyle değinemedi. Ama doktrinde mukaseli hukukta ifa engelleri sistematığına ilişkin bir çok sistematik geliştirilmiştir. Türk hukukunda bir çok bilim adamı ifa engelleri sistematığı geliştirmiştir. Sayın Havutçu'nun da sistematığı hukuk doktrini için önemlidir. Ancak gerekçede belirtildiği üzere Türk Borçlar Kanunu, 818 sayılı Borçlar Kanununun sistematığını bozmamıştır ve Havutçu'nun ulusalcılık dediğimiz yaklaşım

sadece Türk hukukunun 100 yıllık birikimine olan saygıdır. O 100 yıllık birikimin gelişimi ve o gelişimin uygulamadaki yansımalarının benimsenip bunun yargı uygulamalarıyla şekillendirilmesine ilişkindir.

Sayın Havutçu'nun tebliği tekbaşına bir sempozyum konusudur. Çok şey söylenebilir ama birkaç hususa daha değinmek istiyorum. İfa engellerine ilişkin mukayeseli hukuktaki temel yaklaşımlar bilim komisyonunda yer alan bizler tarafından dikkate alınmıştır. Hatta tasarı halindeyken özellikle özellikle haksız fiillerle ilgili olmak üzere Avrupa Birliği Haksız Fiil Hükümlerinin Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Tasarı'yı hazırlayan sayın Von Bar İstanbul'a davet edilmişti. Ben de o davet üzerine yapılan sempozyumda tebliğ verdim. Kendisinin yaklaşımları da bizim getirdiğimiz yaklaşıma paraleldi. Biz hiçbir zaman için uluslararası yaklaşımları mukaseli hukuku da göz ardı etmedik. Ancak o yaklaşımlarda tabiki farklı bir bakış açıları da vardı, örneğin Anglo-Amerikan sistemi ile Kıta Avrupası sisteminin birleştirilmesine ilişkindi, biz böyle bir yaklaşımı temel almadık. Sayın Havutçu'nun önerdiği ifa engellerinin imkansızlık merkez alınarak tipleştirilmesi ve sonucuna uygun olarak sistemleştirilmesi yaklaşımı katılacak bir yaklaşım değildir. Daha çok kurumsal olarak her kurumun yer aldığı yerde bir ifa engelleri düzenlenmesi aynı Borçlar Kanunu'nda olduğu üzere daha doğrudur. Aynı yaklaşım TBK.'nda da benimsenmiştir. Özellikle garanti yaklaşımından hareket edilerek bir sistematığın geliştirilmesinin de uygun olmayacağını düşünmekteyim.

Evet hızlı ve zamanı korumak için gayret göstermeye çalışarak, süremin de bittiğini dikkate alarak hepinizin sabrı için teşekkür ederim.

