



KURULUŞ: OCAK-1975, YIL: 30 SIRA SAYI: 112



CİLT: 30

OCAK - NISAN 2004

SAYI: 1-2

---

**Sahibi** : Yargıtay Adına, Birinci Başkan **Eraslan ÖZKAYA**  
**Yayın Müdürü** : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **H. Bayram USLU**

---

**YAYIN KURULU**

**Başkan** : **Hakkı DİNÇ** (2. Hukuk Dairesi Üyesi)  
**Üyeler** : **Dr. E. Işıl KOÇHİSARLIOĞLU** (6. Ceza Dairesi Üyesi)  
**Nazım KAYNAK** (6. Hukuk Dairesi Üyesi)  
**Sedat BAKICI** (11. Ceza Dairesi Üyesi)  
**Mustafa KICALIOĞLU** (4. Hukuk Dairesi Üyesi)

---

- Dergide yayınlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüzü bağlamaz.
  - Gönderilen yazının hiç bir yerde yayınlanmamış olması gerekir. Aksi durumda yazar (telif) hakkı ödemez.
  - Yayınlanan yazılar için yönetmelikte belirlenen ücret ödenir.
  - Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT gideri yazı sahibine aittir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
  - Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilerek aktarılabilir.
  - Gerek görüldüğünde, yazının özüne değinmeyen yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
- 

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir kez yayımlanır.**
  - **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası, Vekaletler Caddesi, No: 3) 06658 Ankara.
  - **Telefon:** (0-312) 425 16 49; 425 16 32
  - **Abone servisi:** (0.312) 417 44 60/3504, 3505, 3506
  - **Faks:** (0-312) 419 41 11
  - **Santral:** (Ek Bina): (0-312) 417 44 60 (20 hat); 417 51 50 (5 hat)
  - % 1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **2004 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 24.000.000.- liradır.**
  - Dergi bedeli **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 216826** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 numaralı** hesaplarımızdan birine aktarılarak yada **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılarak abone olunur.
  - Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
  - Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine % 30 indirim uygulanır.**
  - **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**
- 

**ISSN 1300 - 0209**

---

## İÇİNDEKİLER

### Sayfa

#### 1- BORÇLAR HUKUKU

- a) Dr. Mustafa KILIÇOĞLU Kişilik Haklarına Saldırı Nedeniyle Manevi Zarar ..... 5-26
- b) Dr. Mustafa KILIÇOĞLU Haksız Fiillerde İlliyet Bağı ..... 27-44
- c) Halil YILMAZ İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı ..... 45-76
- ç) Dr. Zülfü KUZU Türk Borçlar Kanununa Göre Komisyon Sözleşmesi ..... 77-112

#### 2- MEDENİ HUKUK

- Mahmut KAMACI Aile Konutu ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK.nun 194. Maddesi) ..... 113-138

#### 3- MİRAS HUKUKU

- Ömer Uğur GENÇCAN 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Açılmasının Hükümleri .. 139-146

#### 4- USUL HUKUKU

- Ahmet Cahit İYİLİKLİ Mütakabil (Karşılık) Dava ..... 147-164

#### 5- YAYINLAR LİSTESİ

- .....165-167



## KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRI NEDENİYLE MANEVİ ZARAR

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU (\*)

*ANLATIM DÜZENİ: A.Ön Bilgiler a.Kişilik Hakkı Kavramı b.Kişilik Haklarının Özellikleri c.Kişilik Hakkının Konusu aa. Ön Bilgiler bb.Özgürlükler cc. Onur ve Saygınlık dd.Üç Alan Teorisi ee. Resim Üzerindeki Hak d.Kişisel Hakka Yapılan Saldırıların Normatif Alanda Korunması B Kişisel Değerlere Yapılan Saldırıları aa.Basın Yoluyla Kişilik Hakkına Yapılan Saldırıları aaa.Basının Görevi bbb. Basın Özgürlüğü ccc.Basın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırının Türleri ddd. Basın Özgürlüğünün Sınırları ve Hukuka Aykırılık eee. Hukuka Uygunluk Kavramı aaaa.Hukuka Uygunluk Sebebi :Üstün Yarar Kriteri bbbb.Hukuka Uygunluk Sebepleri aaaaa.Uygun Amaç Kriteri aaaa-aa Kamu Yararı ve Toplumsal İlgisi bbbbbb.Yasama Yürütme Yargı Alanlarında Basın Açıklamaları bbbbbb.Kültürel Konularda Basın Açıklaması aaaa-aa.Bilimsel Eser Hakkında Eleştiri bbbbbb.Sanatçı ve Sanat Eserleri Hakkında Basın Açıklaması cccccc. Sanatçının Sanat Hakkının Sınırları Özellikle Mizah Eserleri ddddd.Toplumla Mal Olmuş Kisiler Hakkında Basın Açıklaması eeeeeee.Sade Vatandaşlara İlişkin Basın Açıklamaları fffff.Teknolojik Araçlar Yoluyla Kişisel Değerlere Yapılan Saldırı bbbbbb.Güncellik cccccc.Uygun Araç Kriteri aaaaaa.Gerçeklik bbbbbb.Ölçülülük*

### A ÖN BİLGİLER

#### a. Kişilik hakkı kavramı

*Kişilik hakkı, kişisel değerlerin tamamını üzerinde geçerli olan ve herkese karşı ileri sürülebilen tekeli bir haktır (Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 419).*

*Federal Mahkeme aynı ilkeyi benimsemiştir (ATF 41 II 553; Scyboz/Gilleron C. II).*

(\*) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi - Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Borçlar Hukuku Öğretim Görevlisi

### b. Kişilik hakkının özellikleri

Kişilik hakkı *mutlak haklardandır*. Kişi bu hakkın *tanınmasını* ve ona *saygı gösterilmesini* bu bağlamda kişilik hakkının koruma kapsamında olan *kişisel değerlerden herbirine saygı gösterilmesini herkesten ister* (*Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 419). İleri sürülebilme ve isteme yetkisini içinde barındırır (*Kılıçoğlu, A, Hukuksal Sorumluluk*, s. 8). *Federal Mahkeme*, dava hakkını bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarını kapsar biçimde genişletmiştir (ATF 117 II 50); yakınların talep haklarını bağımsızlığını kabul etmiştir (ATF 123 III 204) (Her iki karar için bkz. *Scyboz/Gilleron*, C.II). Kişilik hakkı *tekelcidir*. Yani başkalarına *devredilemez, icra takibine konu olamaz*. Ancak, kişi ölmeyen dava açmış ise parasal sonuçlar mirasçılara geçer. Yine sonuçlar (manevi tazminat alacağı) icra takibine konu olabilir (*Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 420). Manevi tazminat talebi MK m 25'e göre karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; miras bırakan tarafından *ileri sürülmüş olmadıkça* mirasçılara geçmez. Eski MK 24/a-3 de ise miras yoluyla intikal mümkün idi. *Federal Mahkemeye* göre, dava devredilebilir (ATF 95 II 481) ve zarar gören davayı açma iradesini açığa vurmuş ise mirasçılara geçer (ATF 79 IV 104); haktan önceden feragat geçersizdir (ATF 112 B 446). (Kararlar için bkz. *Scyboz/Gilleron*, C.II).

Medeni Kanununun 25/IV. fıkrası İMK m 28/a'ya paralel düzenlenerek uyum sağlanmıştır.

Medeni Kanun m 23/II'ye göre *kimse özgürlüklerinden vazgeçemez ve ya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramaz*. Az yukarıda ifade edildiği gibi kişilik hakkının sonuçlarından örneğin saldırı nedeniyle kazanılan tazminat alacağından vazgeçilebilir.

Kişilik hakkı *parayla ölçülemez*. Parayla ölçülemeyen *değerleri korur*. Bu değerlere yapılan saldırıdan doğan *parasal sonuçlar* onun bu özelliğini ortadan kaldırmaz (*Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 420).

### c. Kişilik hakkının konusu: Kişisel değerler kavramı

#### aa. Ön Bilgiler

Kişilik hakkının *konusu*, hukuk düzenince korunan *kişisel değerlerin* tamamıdır (*Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 422, d9 Jäggi).

*Federal Mahkemeye* göre, kişisel değerler/menfaatler bir kişiye bireysellik kazandıran ve koruma bakımından özel duygular dahil olmak üzere bireyler arasındaki ilişki gereksinmelerinde korumaya değer her şeyi ifade eder (ATF 70 II 127 JT 1945 I 24; *Scyboz/Gilleron C. I*).

*Egger* tarafından yapılan sınıflandırmada kişisel değerler/varlıklar ikili ayrımla gösterilmiştir. *Kişisel değerler*; insanın insan oluşu nedeniyle sahip olduğu vücut, sağlık, yaşam gibi *bedensel bütünlüğe* bağlı değerler ile ruhsal bütünlük, faaliyet örgütlülüğü gibi *ruhsal değerleri* kapsar (*Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 6*).

*Dış kişisel değerler*; kişinin, toplum içindeki yerini belirleyen, birlikte yaşamın sonucu doğan *onur ve saygınlık* (şeref ve haysiyet) özel tanıtma araçları (*isim, meslek unvanları, firma adı vs*) iş ve fabrika sırtarı, kişinin, *mesleki durumu, ekonomik gücü* gibi değerleri kapsar (*Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 6*). *Federal Mahkemeye* göre; edebi bir eserin yazarının kimliğinin tahrifi (ATF 84 II 570 JT 1959 I 583); yazarın şöhretine veya şerefine zarar verecek şekilde bir eserde değişiklik yapma (ATF 69 II 53); patenti alınmadan önce imalat sırrının açıklanması (ATF 64 II 162 JT 1938 522) hukuka aykırıdır. (Kararlar için bkz. *Scyboz/Gilleron, C.I*).

### bb. Özgürlükler

Özgürlükler en üst norm olan Anayasaca korunmaktadır. Anayasa m. 12, 19 vd. "Temel hak ve özgürlükler" başlığıyla özgürlükleri güvence altına almıştır. Kişi hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde dilediği yerde oturur, yerini değiştirir, serbestçe düşünür düşüncesini yayar, inanır. Aksi uygulama kişilik hakkına saldırı olur (*Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 428 vd Egger/Cernis, Akipek, Ataay*).

### cc. Onur ve saygınlık (Şeref ve Haysiyet)

Kişinin temelde sahip olduğu (bedensel yapı ve nitelikleri) bir kısmını sonradan kendi davranışlarıyla elde ettiği tüm değer onur ve saygınlıktır (bkz. *Kılıçoğlu A. Hukuksal Sorumluluk, s. 61*):

Bir davranışın kişinin onur ve saygınlığına saldırı olduğunun temel kriteri standart bir "değer cetveli"dir. Federal mahkeme "normal vatandaş" modelini seçmiştir (ATF 100 11 177= JdT 1976, ATF 107 11 4= JdT 1982 I 98 vd; *Helvacı, s. 69*). Öğreti de bu yaklaşımı benimsemiştir. Eğer normal bir va-

tandaş bir davranışla onur ve saygınlığında eksilme olduğunu düşünüyorsa saldırı var demektir (*Helvacı*, s. 69 vd).

*Kanaatimizce* bu tür uygulama *ideal* başka bir anlatımla özenli, hassas (alınan değil) insan aleyhine durum yaratılmaktadır. Bilgin ve bilge insan modeli ideal insan modeli ele alınmalıdır.

*Yargıtay*, kişilik hakkına saldırılarda hukuka aykırılık koşulu üzerinde dururken özellikle sözleşme ilişkisi, var ise sözleşme sınırlarının aşılmış aşılmadığını aramaktadır.(bakınız Y HGK 27.10.1998 t. 1999/4-55E,1999/64K)

#### **dd.“Üç Alan Teorisi”: Gizli Yaşam-Özel Yaşam-Kamuya Açık Yaşam**

*Gizli yaşam*, kişinin güven duyduğu kimselerle paylaştığı yaşam alanıdır. *Özel yaşam*, kişinin gizli yaşamı kapsamında olmayan ancak ailesi ve yakınları ve arkadaşları ile paylaşmak istediği olay ve davranışlardır. *Kamuya açık alan* kişinin başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı alandır (*Helvacı*, s. 62 dın 223, 224, 225 de yer alan Federal Mahkeme Kararları). *Tercier*'e göre kamuya açık alanda kişinin *rızası* varsayılır. Özellikle *her kamuya açık olan yayınlanabilir değildir* (*Helvacı*, s. 62).

#### **ee. Resim üzerindeki hak**

Kişinin *izni olmadan* resim yapılması, çekilmiş yayının çoğaltılması, dağıtılması, sergilenmesi kişisel hakka saldırı oluşturur. Kişinin izni olmasına rağmen, onu suçlu, özürsüz hasta bir kişinin adıyla yayınlamak, yanlış kanı uyandıracak biçimde ilgisi olmayan zamanda ve yerde yayınlamak; son olarak resmin çok geniş çevreye yayımı da kişisel değerlere saldırıdır (*Zevkiler/Acabey/Gökyayla*, s. 435).

*Toplumsal yaşam gereği*; örneğin, belirli bir manzaranın çekiminde resmin bir karesinde kişinin gözükmesi, kültürel amaçla resim çekilmesi (BGE 70 II 127) kişilik hakkına saldırı olmaz (*Zevkiler/Acabey/Gökyayla*, s. 437). Bilmin çıkarı olduğu durumlarda da saldırı oluşmaz. Örneğin ender görülen hastalığın resminin tıp albümlerine veya dergilerine konu olması (*Zevkiler/Acabey/Gökyayla*, s. 437).

#### **d. Kişisel hakka yapılan saldırıların normatif alanda korunması**

Uluslararası sözleşmeler en üst koruma normlarıdır. İnsan Haklar Evrensel Beyanamesi'nin 5. maddesi işkence, insanlık dışı cezaların insanlara



verilmeyeceği; 12. madde de özel ve aile yaşamı konut veya haberleşmeye keyfi müdahaleye hukuken koruma hakkı verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi özel yaşama saygı, düşünce özgürlüğü vicdan ve din özgürlüğü gibi hakları güvence altına almıştır. Cenevre Sözleşmesinde savaş zamanında yapılacak davranışlar ve sivilleri korumaya ilişkin hükümler düzenlenmiştir (Bkz. *Helvacı*, s. 34-39).

Anayasa 15-17, Ceza Kanunu m 193 vd, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 85; Medeni Kanun 24, 25 (eMK 24/a), Borçlar Kanunu m 49 kişilik hakkına yapılan saldırıların normatif açıdan koruyan hükümlerin bir kısmıdır (*Zevkiler/Acabey/Gökyayla*, s. 442).

## **B KİŞİSEL DEĞERLERE YAPILAN SALDIRILAR**

Medeni Kanun m 24, Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kim-seden söz eder. Hukuka aykırılık norma aykırılıktır. Nitekim *Federal Mahkeme*; yasa dışı saldırı/hukuka aykırı saldırıyı; zarar verici davranışın hukuk düzenin yazılı ve yazılı olmayan emir ve yasaklarını ihlâli olarak görmüştür (ATF 112 I b 446 JT 1987 I 188; *Scyboz/Gilleron*, C.I).

*Federal Mahkemeye* göre, “saldırı” her türlü beşeri davranışla üçüncü kişinin her türlü fiiliyle bir başkasının kişilik değerlerini koruyan hakları ihlal etmektir (ATF 120 II 369 JT 1997 I 313; *Scyboz/Gilleron*, C.I).

Unutulmamalıdır ki saldırılar hukuki bir hakka dayanmamalıdır. Başka bir anlatımla hukuka aykırılığı nötralize eden bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamalıdır. Aksi halde kişi MK m 24 den yararlanamaz. Örneğin rıza, meşru müdafaa vs. gibi.

### **aa. Basın yoluyla kişilik hakkına yapılan saldırılar**

#### **aaa. Basının görevi**

Demokratik toplumlarda basının görevi “... okuyucuya, *toplumu ilgilendiren olayları bildirmek*, onu her türlü *siyasi, ekonomik, bilimsel, edebi ve sanat olayları* hakkında *yönlendirmek*, *kamu yararıyla ilgili sorunlarda fikir alışverişini başlatmak*, toplumu meşgul eden sorunlarda *pratik çözümün bulunmasına çalışmak*, *devlet yö netimi* ve özellikle *kamu parasının harcanması konusunda bilgi istemek*, *devlet işlerindeki her türlü suistimalleri bulmak* ve *meydana çıkarmaktır*” (BGE 37 I 377, *Eren*, Genel, I, s. 795).

Basın görevini haber (olay açıklaması) ve eleştiri (değer yargısı) yoluyla yapar, araç olarak yazı film resim karikatür kullanılabilir (Kılıçoğlu, A, Hukuk-Sal Sorumluluk, s. 73-78).

*Haber* (olay açıklaması), olayla sadece obje olarak ilgilenmektir. Olay veya durum objektif olarak aktarılır (*Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 27, 28*). Burada "*somut gerçeklik= doğruluk*" ilkesi geçerlidir (*Eren, Genel, I, s. 796*).

*Eleştiri* (değer yargısı), olay veya durumun kişisel (subjektif) düşünce açıklamalarıdır. *Soyut eleştiri*, eleştiride bulunan *kişinin takdir etme, düşünce ve inanma yargılarıdır. Karışık/karma* değer yargılarında olayla *dıştan öğrenilebilir* yani bir ölçüde *ispatlama* özelliği vardır. Olaydan *somut sonuç* çıkarılabilir söz konusudur (*Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 28, 29*). En çok yargıya konu olan basın açıklamaları karışık değer yargılarıdır. Çünkü açıklamanın bir bölümü haber/olay bir bölümü değer yargısı eleştiridir Böyle durumlarında yazının tamamının okunması haber/olay bölümün gerçek olup olmadığı değer yargısının(sonucun) *olay/haberden ayırık zararlandırıcı amaçla* yazılıp yazılmadığına bakmak gerekir.

İşte bu karışıkların ayrımı için ABD'de Sigma Delta CHI Ahlak yasasında *haber ve görevinin* birinden *ayrılma gereği*, haberin *özel görüşlerden arınmış olması*, yazarın kendi yorumlarına ayrılan yazılarda bu durumun *açıkça belirtilmesi* gerekeceği vurgulanmıştır (*Özgen, Meslek Ahlakı, s. 110*).

Aynı Yasaya göre gazetecilerin değerli bir şey kabul etmemeleri (bedava seyahat, özel uygulama, ayrıcalıklar) yani halkın gereği bilme hakkından başka hiçbir çıkarın bağlayıcı olmaması gereği, gerçeğin bilinçli olarak çarpıtıldığı partizan yayıncılığın gazetecilik ruhuna aykırı olduğu ifade edilmiştir (*Özgen, s. 110*). İç hukukumuzda da bu konuda çeşitli belgeler bulunmaktadır ileride yeri geldikçe işlenecektir (Topluca bkz. *Özgen, s. 194-234*).

*Chomsky, ABD'deki* medya olgusunu eleştirirken ilk olarak gazetecilerin propoganda modelinin öngörülerine yakından bağlı kalan medyaya haber ulaştıranların pek çoğunda cesaret, erdemlik ve atılganlık sergilendiğini vurgulamıştır (*Chomsky, Noam, Medya Gerçeği, Çev. Yılmaz, Abdullah, s. 25*). *Sorun olan şey*, ifade edilen düşüncelerin dürüstlüğü, gerçekleri arayanların erdemliliği değil, konuların seçimi ve sorunlara ışık tutulması, dile getirilmesine izin verilen düşünceler yelpazesi, haberciliğe ve yorumlara kılavuz-

luk eden tartışılmaz öncüller ile belirli bir dünya görüşünün sunulmasında zorunlu tutulan genel çerçeveden görmüştür (Chomsky, s. 25).

Sonuç olarak basın sorumluluğunda *samimiyet ve doğruluk* esas alınmalıdır. *Medya vicdan kimi zaman* her ulusta, sosyal ve politik ortam nedeniyle *subjektif ve yapay öğeleri* içinde barındırabilir. Bu öğelerden *objektif ve evrensel olanlarını* belirleyip *ortak bir norm* oluşturmak öncelikle medyanın temel görevidir. Aksi halde medya inandırıcılığı ve tarafsızlığını yitirir. Medyaya *aydın kültürü* değil *günlük, yapay kültür* egemen olur. Örneğin, yapay gündem ortaya konulduktan sonra onu çözmeye çalışmak ülkeye zarar verir.

### **bbb. Basın özgürlüğü**

Çağdaş demokratik ülkeler basın özgürlüğünü temel *esaslara/normlara* bağlamışlardır. İngiltere’de “Rex versus Grey” kararında “basının özgürlüğü Kraliçenin uyuğu olan her vatandaşın sahip olduğu özgürlüklerden ne daha büyük ne de daha küçüktür” ifadesi ile tanımlanmıştır (*İçel, Kayhan, Kitle Haberleşme Hukuku*, s. 27). ABD’de basın özgürlüğü kavramı İngiltere ve Fransa’daki düşüncelerden esinlenmiştir. Milton, Locke, Mill ve diğerleri, “özgürlükçü basın” diye adlandırılan basının gerekçelerini şu esaslara dayandırılmıştır: “Basın hükümet kontrolünden bağımsızdır. ii) Basın serbest teşebbüs işletilmelidir. ii) Basın çok sesli olup çoğulcu görüşler sunar, iii) Basın devletin aşırılıklarını ve yolsuzluklarını kontrol eder (*Inceoğlu, Yasemin Giritli, Uluslararası Medya, İstanbul 2000*, s. 101). *Everette Dennis*, “basın özgürlüğündeki temel amaç, toplumsal olaylarda karar verecek olan kültürlü ve bilgili varlığını güçlendirmektir” (*Inceoğlu*, s. 101).

1982 Anayasasının 28. maddesinde “Basın hürdür sansür edilemez”. Basın hakkı Anayasadaki yeri itibarıyla “Anayasal haktır”. *Negatif statü* hakıdır. Çünkü bu haklar devlete “gölge etmeme” ödevi yüklerler. Aynı zamanda kişiyi devlete karşı koruduğu için “koruyucu haklar” da denilir (*Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku*, s. 211). Anayasa m 28’in ikinci fıkrası 3.10.2001- 4709/10 sayılı değişiklikle kaldırıldı. Anılan fıkrada “Kanunla yasaklanmış herhangi bir dilde yayım yapılamaz” tümcesi bulunmaktaydı. AY.m. 29 da “Sürelî ve Süresiz Yayın Hakkı”, m 30 da “Basın Araçlarının Korunması” düzenlenmiştir. AY. m. 26 “Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti”ni güvenceye bağlamıştır. Anayasa m 26 daki düşüncelerin açıklanma-

sı ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz ve devamı tümceleri kaldırılmıştır (3.102.001-4709/9). Keza düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetlerinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunla düzenleneceği vurgulanmıştır (Ek fıkra: 3.10.2001- 4907/9). Yine AY. m 25 "Düşünce ve Kanaat Hürriyeti" özünde basın özgürlüğüne dayanak oluşturur. Anayasanın 17-40 maddeleri "Kişinin hakları ve ödevleri" başlığı altında düzenlenmiştir.

Basın özgürlüğü yanında, diğer kişilik hakları anılan hükümlerde yer almaktadır. "Kişi" de en geniş anlamda korunmaktadır. Örneğin, m. 17: "Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı"; m 19: "Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması"; m 20: "Özel Hayatın Gizliliği"; m 32: "Düzeltilme ve Cevap Hakkı Toplantı Hak ve Hürriyetleri"; m 36: "Hak Arama Hürriyeti"; m 39: "İspat Hakkı"; m 40 de: "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" düzenlenmiştir.

Bütün bu haklar özünde kişiyi-devlete, kişiyi-kışıye dolayısıyla basını-devlete, devleti-basına, kişiyi-basına, basını-kışıye karşı korumaktadır. İşte bu noktalarda *haklar çatışması*, bazı hakların üstünlüğü kavramı dolayısıyla *basın özgürlüğü ile basın özgürlüğünün sınırları*; başka bir anlatımla *hukuka aykırılık ve hukuka uygunluk kavramları* ortaya çıkar.

### **ccc. Basın yoluyla kişilik haklarına saldırının türleri**

Basın yoluyla kişilik hakkına yapılan saldırılar *açıklamanın konusuna* ve açıklama için *araca* göre olmak üzere iki kategoride toplanır (*Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 73-78*). *Açıklamanın şekli, okuyucu sayısı, saldırıya uğrayan kişinin niteliği* ancak tazminatın miktarına etki eden bir olgudur.

Açıklamanın konusu olay açıklaması (Tat sachenmitte ilungen) ve değer yargıları/yorum (Werturteile) olmak üzere ikiye ayrılır. Açıklama için kullanılan araç ise yazı, resim, karikatür, film vs. olabilir (*Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 73-78*).

### **ddd. Basın özgürlüğünün sınırları ve hukuka aykırılık**

1982 Anayasasının 28. maddesinde basının hür ve sansür edilemeyeceği vurgulanmıştır (m. 28/1). Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26

ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanacağı belirtilerek (m 28/III) sınırlamaları açıkça düzenlenmiştir.

Anayasanın 26. maddesinin ilk fıkrası, Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. İkinci fıkraya (3.10.2001-4709/9 md.) eklenen tümcelerle “Bu hürriyetlerin kullanılması milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanması, başkalarının şöhret veya hakların, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla sınırlanabilir.”

27. maddenin ilk fıkrasına göre; “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip” olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrada “Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılmaz” ifadesiyle sınırlamada bulunmuştur.

*Yargıtay* kararlarında Anayasal haber verme sınırları içindeki yazıları hukuka aykırı görmemiştir.(Y. HGK. 20.10.200T.2000/4-1791E. 2000/1873K.)

Anayasa dışında MK m 24 “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse; BK m 49” “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı şekilde tecavüze uğrayan kişi” terimleri diğer normatif sınırlamalardır.

Örf ve adet hukukuna hukuka aykırılığın belirlenmesinde rastlanır. Basında kullanılan bir ifadenin hukuka aykırı olup olmadığı konusunda, bu ifadenin yöneldiği okuyucu kitlesinin anlayışı ölçüt alınabilir (*Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 58*). Çünkü örf ve adet hukuku içerisinde *olması gereken düşünce* de bulunmaktadır (*İşıktaç, Yasemin, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku, s. 23*).

Öte yandan özel hukuk alanında da basın özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlar; düşüncenin basın yoluyla açıklanması hakkı sınırları “gerçeğe uygunluk sınırı”, “kamu yararı ve toplumsal ilgi kuralı”, “güncellik kuralı”, “düşüncenin açıklanış biçimi ile konu arasında düşünsel ilişki kuralı” “haberlin verilış biçimi açısından ölçülülük kuramları-

dır.” (Özek, Türk Basın Hukuku, s. 239-246).

Özetlersek bu sınırlamalar basının görevini, basın özgürlüğünü, *kurallara* bağlamaktır.

Kişilik hakkı ile basının özgürlük alanlarının birbirini kestiği alanlarda bir çatışma gözlenir. İşte bu çatışmada kişi; onur ve saygınlığı veya özel yaşamına saldırı gibi kişisel değerlere saldırıda bulunulduğunu iddia eder. Basının saldırısını haklı kılacak sebepler hukuka uygunluk sebepleridir. Hukuka uygunluk sebebinin olmadığı bir saldırı ve hukuka aykırıdır. Tazmini gerekir.

#### **Kişisel değerler alanı/Kişilik hakları**

- Onur ve saygınlık
- Özel yaşam
- Resim ve ses
- Ad
- Ve diğerleri.

#### **Dava alanı/Hakların çatışması**

- Basın özgürlüğünün sınırları/kurallar
- Hukuka aykırılık-Hukuka uygunluk ikilemi
- Üstün hak kriteri

#### **Basın hakkında hukuka uygunluk sebepleri**

Uygun amaç

Uygun araç

Kamu yararı · Güncellik · Gerçeklik · Ölçülülük ve toplumsal ilgi

#### **eee. Hukuka uygunluk kavramı**

#### **aaaa. Hukuka uygunluk sebebi: Üstün yarar kriteri**

Haklar hukuk düzenince korunur. *Korunan hakka yapılan saldırı kural* olarak *hukuka aykırıdır*. Saldırının dayanağı olan hak ile saldırıya uğrayan

hakkın *tartılmasında saldırıyı haklı kılan sebepler daha ağır/üstün* ise *saldırıyı üstün kılan sebep hukuka uygunluk* sebebidir (Bkz. *Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk*, s. 111). Doğaldır ki basının görevi "haber verme görevi" niteliğinde ise, yayın hukuka uygundur. Üstün değer sözkonusudur. (Bkz. *Çetin, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, s. 249).

Basın yoluyla kişilik hakkına yapılan saldırıda, saldırı *uygun bir –amaca* (richtiger Zweck) ulaşmak için *uygun bir araç* (richtiger Mittel) ise, basının saldırısı kişinin kişisel değerlerine ilişkin yararına daha *üstün* tartılacak ve hukuka uygun olarak değerlendirilecektir (*Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk*, s. 122). Aksi halde basına basın özgürlüğü hakkı verip daha sonrada görevinden ötürü cezalandırmak çelişki oluşturur (Özek, *Basın Özgürlüğü*, s. 249).

*Uygun amaç* başlığı altında "*kamu yararı ve toplumsal ilgi*" "*güncellik*"; *uygun araç olarak da "gerçeklik" ve "ölçülülük"* yani düşünsel bağ/kullanılan aracın amaca uygunluğu kavramları incelenecektir. Bu sayılanlar başka bir anlatımla özel hukuktaki *özel hukuka uygunluk* nedenleridir. "*Öz savunma*", "*zorunluluk durumu*", "*kamu görevinin ifası*" "*zarar görenin ifası*" daha önce incelenen *genel hukuka uygunluk* nedenleridir.

*Üstün yarar kriterine*, her davada, *yargıç* tarafından; hakların özü ve saydamlaştırılan maddi olgular gözönünde tutularak *bilgi ve mantık süzgecin-den* de geçirilerek varılır.

#### **bbbb. Hukuka Uygunluk Sebepleri**

##### **aaaaa. Uygun amaç kriteri**

##### **aaaaaaa. Kamu yararı ve toplumsal ilgi**

Kişinin onur ve saygınlığına saldırı oluşturan bir basın açıklaması üstün bir kamu yararına hizmet ediyor ise hukuka uygun olarak değerlendirilir (*Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk*, s. 128).

Toplumsal ilgi uyandıran, düşünmeye tartışmaya yönelten, bir sorunun aydınlatılmasına buna çözüm yolunun gösterilmesine hizmet eden olayların açıklanmasında *kamu yararı* vardır (*Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk*, s. 131).

Sadece toplumun ilgisini çekmemeli ilginin tatmin edilmesinde *hukuka uygun* olmalıdır. Örneğin, toplum bir çok kişinin özel yaşamına ilgi duyar.

Ancak kişinin kamuya ilgilendirmeyen özel yaşamı açıklandığında eylem hukuka aykırıdır. Bir başka anlatım ile haber vermek hakkı bir görevdir. Ayrıcalık değildir. Haberin içeriğinin kamuyu ilgilendiren nitelik taşıması gerekir (Özek, Türk Basın Hukuku, s. 164).

Ana hatları ile belirttiğimiz bu kavramlar basının *haber verme/bilgi edinmek* hakkının bir açıdan *kişiyi* “özgür haber dolaşımı” ile bilgilendirme hakkını sağlamaya yönelik esasları açıklamaktadır (Özek, Basın özgürlüğü, s. 248, 249).

#### **bbbbbb. Yasama, Yürütme, Yargı alanlarında basın açıklamaları**

1982 AY m. 83/1'e göre; “Türkiye Büyük Millet Meclisi *Üyeleri*, Meclis çalışmalarındaki *oy ve sözlerinden*, Mecliste ileri sürdükleri *düşüncelerden* o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Mecliste *başka bir karar alınmadıkça* bunları Meclis dışında *tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulmazlar*” (Batum/Yüzbaşıoğlu, s. 162, 163).

Basının, TBMM üyelerinin sorumlu tutulamayacağı (AY m 83/1) açıklamaların aynen aktarılması durumunda sorumluluğu yoktur. Ancak, Anayasanın yukarıda sözü edilen konudaki korumadan yararlanamayacak sözler; örneğin meclis faaliyeti *dışında* söylenen; ya da meclis faaliyeti *içinde olsa* dahi toplumu bilgilendirmeye yönelmiyen, *zararlandırıcı amaçla ölçüsüz* (konuşmaları) gerek ifadelerin sahibi TBMM üyesi, gerek o konuyu açıklayan yayın *hukuka aykırı* olup tazmini gerekir. TBMM üyesi ve yayın yapan gazete sorumluları oluşan manevi zararı tazminle yükümlüdür. Farklı uygulama yapılamaz.

Basının yargı alanında açıklama işlevi bulunmaktadır. Böylece vatandaşlar millet adına görev yapar *yargı/mahkeme* faaliyetini ve kararlarını kontrol eder (Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk s 135).

Basın suç teşkil eden adli olaylara ilişkin açıklamalarda bulunabilir. Bu yolla suçlular ile mücadele olanağı doğar (Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk, s 135). Ancak bu faaliyetle, gerçeklik kuralına uyulmalıdır.

Basın Kanunu m 30'a göre; “Ceza kovuşturmalarına ait *talep ve iddianamelerle kararların ve diğer her türlü vesika ve evrakın* aleni duruşmada okunmasından, hazırlık ve ilk soruşturmalarda takipsizlik veya yargılamanın men’i tatili veya düşmesi kararı *verilmesinden önce* yayınlanması yasaktır” (m 30/1).



“Ceza kovuşturmasının başlamasıyla hüküm kesinleşinceye kadar hakim ve mahkemenin hüküm, karar ve işlemleri hakkında mütalâa yayımlamak yasaktır” (m 30/II) (Bkz. *Yenisey/Özel*, Basın Mevzuatı, s 21 ve orada gösterilen Yarg. 7. CD. Kararları). Keza üçüncü fıkra da müeyyidesi gösterilmiştir.

*Mahkeme kararından sonra* basın açıklaması bu yolla toplumun bilgilendirilmesinde kamu yararı vardır (*Kılıçoğlu*, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 139). Toplum vicdanında karar tartışılır. Denetime uğrar. Özellikle ceza davalarında caydırıcı bir etkiye sahiptir.

Yargıç, savcı ve diğer yargı sujelerinin *kararları ve faaliyetleri* de basın açıklamalarına konu olabilir. Tazminatın düşük ya da yüksek tutulması, kanunun yanlış uygulanması, özel yaşamındaki görevini etkileyecek *dış unsurlar* basın eleştiri kapsamındadır (*Kılıçoğlu*, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 139).

Ancak, bu yapılırken konuya *özenle* yaklaşılmalıdır. Konunun *bir hukukçu* tarafından inceleme ve denetimi yapılmalıdır. Haksız olarak yargıyı toplum önünde *güvenilmez-kuşkulu* konumda bırakmak, yasa dışı kişi ve çetelerin oluşmasına gerçek neden olmasa dahi önemli etkenlerden biri olmasına neden olur.

Günümüz medya olgusu ve özellikle medya dünyasının üyesi Fikret *Bila* tarafından şöyle açıklanmaktadır: “82 Anayasasıyla beraber, *yargının etkiside, etkinliği de kırıldığı için, yasama ve yargının yarattığı boşluğu*, ekonomik olarak giderek güçlenen ve güçlendirilen *medyanın doldurulduğunu* görüyoruz. Dolayısıyla da bu boşlukta *medya, bazan yasama organı gibi, bazan yargı organı gibi* ve bazen de *yürütme organı gibi, çalışabiliyor, işlev görebiliyor*. Böyle genel bir zemin oluşturduktan sonra, *medyanın hukuk ihlalden çekinmesi için çok fazla sebep kalmıyor*” (*Bila*, Fikret, “Basında Hukuk İhlalleri” Hukuk Merceği s. 171). Bil’anın bu değerlendirmesi düşündürücüdür.

#### **bbbbb. Kültürel konularda basın açıklaması**

##### **aaaaa. Bilimsel eser hakkında eleştiri**

Bilimsel, kültürel ve sanat faaliyetlerine ilişkin eleştiriler hukuka uygundur. Kişisel değerler geriye çekilebilir (*Kılıçoğlu*, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 140).

Bilimsel eserler, eser sahibinden de söz edilerek eleştirilebilir. Ancak yaklaşım bilimsel gerçeklere uygun olmalıdır. Eserin kopya olması, eksik inceleme bu bağlamdadır (*Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 142*). Özellikle tez değerlendirilmesinde, akademik yükselmelerde bilimsel eleştirilerden uzaklaşılarak, onur kırıcı ifadeler ve bunun basında yer alması hukuka aykırıdır. Çünkü akademik alanda "makul insan" ölçüğüne gidilemez. O alanın okuyucu kitlesi ele alınmalıdır:

*Yargıtay, HGK akademik alanda (yapılan) kanaatimizce manevi tazminatı gerektiren bir eylemi hukuka uygun görmüştür.*(Y. HGK. 20.10.1999T. 1999/4-621E. 1999/842K)

Bilimsel ya da kültürel eserlere konu alınacak kişilerin *gerçeklere aykırı olgularla ilişkilendirilmesi* ve onun bu yolla toplum önünde *küçük düşürülmesi* hukuka aykırıdır (Özek, Türk Basın Hukuku, s. 209).

#### **bbbbbb. Sanatçı ve sanat eserleri hakkında basın açıklaması**

Basın sanat eserini ve sanatçıyı eleştirebilir. Eleştiri ayrı ayrı olabileceği gibi birlikte de olabilir.

Sanatçı eser yaratır. Sanatçıyı özel yapan ve onu toplum gündeminde tutan onun bu özelliğidir. Zamanla *eser ismi sanatçıyı ya da sanatçı eserini çağırıştırır.*

Toplum, eseri kadar sanatçının özel yaşamını merak eder. Eserine etki eden yaşam biçimi toplumun ilgi alanındadır. Toplumun bilgilenme hakkı vardır.

Sanatçıyı ve eserinin eleştirilme hakkının sınırlarını çizmek son derece zordur. Genel olarak sanatçı hakkında *küçültücü, aşağılayıcı*, ifadeler kullanmak, hukuka aykırıdır. Eser ile *bağlantı içinde* olsa dahi bu tür ifadeler haksız eylem oluşturur (Özek, Türk Basın Hukuku, s. 205). Ancak, sanatçının *sanatına etki eden gerçek olaylar ahlak dışı* olsa da bunun basına konu olmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Örneğin Oscar Wilde'ın "De Profundis"inin değerlendirilebilmesi için Lord Douglas ile ilgili ahlak dışı ilişkisine değinilmesi (Özek, Türk Basın Hukuku, s. 205).

Sanatçının isteği dışında *özel ve gizli yaşamın* görüntülenmesi, hukuka aykırıdır.

**ccccc. Sanatçının sanat(yaratma) hakkının sınırları ve özellikle mizah eserleri**

Özellikle mizah ve diğer eserler sanatçının “yaratma hakkı” kapsamında düşünmek gerekir. Sanatçı kişisel anlayışını ve yorumunu eserinde gösterir belirli bir kişiyi hedef de alabilir. Onu gülünç duruma düşürebilir. (Bkz. Özek, Türk Basın Hukuku, s. 210, 211).

Mizah sanatı, diğer sanat dalları arasında zeka ve yaratıcılığın üst düzeyde arandığı bir alandır. Okuyucu kitlesi özeldir.

Basın özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar burada da vardır. Diğerlerinden farkı *hoş görü* alanındadır. Hoşgörü, hukuka uygunluk sebebi olarak görülmemekle birlikte (Özek, Türk Basın Hukuku, s. 212) yargıcın üstün yarar tesbitinde eser sahibi lehine asgari bir durum oluşturur. Kısacası basına bu alanda diğer görev sınırlarından farklı yaklaşmak gerekir. Mizah sanatının, insanları düşünmeye sevk etmek, politika ya da diğer alanlarda, toplum önünde bulunan kişileri eleştirme işlevi bulunmaktadır. Eleştirisinde akılda uzun süre kalıcı izler bırakması gibi olağanüstü bir işlevi bulunmaktadır. Sadece güldürüye yönelik boş ve yeterli anlam ifade etmeyen çalışmalar, bir toplumun aydınlanmasına bilgilendirilmesine ve ilerlemesine katkısı yoktur. Öte yandan mizahın yok olmaması için mizahçı özgür bırakılmalıdır.

Bununla birlikte burada da sınırsız bir özgürlükten söz edilemez. Özellikle karikatürlerde *konu ile bağlılıktan çıkacak* nitelikte, *insanların* bedensel yapılarını aşağılayıcı amaçla *abartılı olarak çirkin* göstermek, ve özellikle *insan kimliğini hayvan kimliği* ile birleştirici çizimler hukuka aykırıdır. Çünkü bu tür çalışmaların toplumu aydınlatma, bilgilendirme işlevi yoktur. Olsa olsa sanatçının sanatını *öç olma* ya da *toplumsal linç* aracı olarak kullanması söz konusudur.

**dddddd. Toplumun dikkatini çeken/gözönünde/topluma malolmuş kişiler hakkında basın açıklaması**

Kural olarak toplumun dikkatini çeken kimselerin bu dikkati çektikleri sürece faaliyetleri toplum tarafından izlenebilir (Karşılaştır. Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk s. 155). Basın bu kişiler hakkında açıklamada bulunabilir. Bu açıklamaların hukuka uygunluğunun nedeni *kamu yararı* düşüncesidir (Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 155).

Topluma malolmuş kişilerin kamuya açık alanlar hariç *gizli yaşamı* ve *özel yaşamına* ilişkin açıklamalar ancak *çalışma alanlarıyla bağlılık*/çalışmasını biçimlediği, etkilediği ölçüde *üstün yarar* kriterine konu olabilirler. Eylem hukuka uygun sayılır (Bkz. Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 159).

Görevini etkilemeyen *görevle bağlılık içinde olmayan* olaylar/resimler vs. açıklaması hukuka aykırıdır (Bkz. Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 159).

#### eeeeee. Sade vatandaşlara/kişilere ilişkin basın açıklamalar

Sade vatandaşın kamu yararı bulunan bir olayla bir şekilde ilişkilendiril-medikçe onun onur ve saygınlığına ya da diğer kişilik değerlerine basına konu yapılarak saldırıda bulunulamaz (Kılıçoğlu, A. Hukuku Sorumluluk, s. 161).

Raslantısal olarak bir kişinin bir resim ya da programda yer olması durumunda ancak o konunun orjini olarak ele alınmaması durumunda hukuka uygundur. Başka bir anlatımla yan öge olması gerekir (Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 161). Ancak vatandaşın rızası olmadan bir resimde çıplak mayolu yer olmasında yan öge olsa dahi hukuka aykırılık oluşturur (Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 161).

#### ffffff. Teknolojik araçlar yoluyla kişisel değerlere yapılan saldırı

Kişinin, modern teknolojik araçlarla gizli ve özel yaşamına saldırılarda bulunulmaktadır. Örneğin dinleme araçları, teleobjektifli görüntüleme, filme alma vs. bir anlamda bunlar *fiziksel gözetlemelerdir* hukuka aykırıdır (Özsunay, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, s. 140). Test ve anket yoluyla yapılan *psikolojik gözetlemeler* son olarak bilgisayarlarla gerçekleştirilen *veri gözetlemeleri de hukuka aykırıdır* (Özsunay, s. 140).

Yukarıda anlatılan gözetme türleri ister *özel amaçla* ister *resmi amaçla* yapılsın, haksız eylem oluşturur (Özsunay, s. 140). Çünkü 1982 AY'na göre özel yaşamın gizliliği (m 20) ve haberleşme özgürlüğü (m 22) güvence altına alınmıştır.

Gizli dinleme yoluyla elde edilen bilgilerin kişi aleyhine *delil olamaz*. Çünkü yine yukarıda sözü edilen AY m 20, 22 nin konuluş amacı buna engeldir (Özsunay, s. 142).

Bu temel esasın ayrık hali değişikliğinin öncesi şudur: "Kanunun açıkca

gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez, ve gizliliğine dokunulmaz” iken maddenin 3.10.2001-4709/7 md değişikliğiyle anılan hüküm: “Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak” “hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar. Aksi halde, karar kendiliğinden kalkar” (m 22/II). (AY m 22/III). İstisnalen uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir (AY m 22/IV).

#### **bbbb. Güncellik**

Basın açıklamasının uygun bir amacı için yapıldığını söylenebilmesi için yazının haber niteliğinde, *güncel*(aktüel) olması gerekir. Olayın bir an önce topluma sunulması gerekir. Basının görevi özü olarak budur. Kamu yararı ve toplumsal ilgi bu yolla kurulur (Özek, Türk Basın Hukuku, s. 164).

Olayın güncelliği kaybolduktan sonra yayına konu olması durumunda *objektif bir yayından* söz edilemez. Kişiye karşı *subjektif hareket* edildiği sonucu çıkar. Toplumsal yarar ve *ilgi* bulunmaz, yayın hukuka aykırı olur (Özek, Türk Basın Hukuku, s. 164, 240). Örneğin, zamanın geçmesiyle özel ve gizli yaşam içerisinde yer alan bir olay söz konusu olduğundan; bir suçlunun portresini işleyen bir belgeselin medya/radyo vasıtasıyla yayımlanarak tekrar gündeme getirilmesi hukuka aykırıdır (ATF 109 II 355 Jt 1985 I 98; Scyboz/Gilleron, C I).

Kamu yararı *toplumsal barış*tır. Geçmişte oluşan bir olayın sırf kişiyi *zararlandırmak* amacıyla yayma konu edilmesi toplumsal barışı bozar.

Güncellik olayın ayrık durumu, toplumu yönetmeye aday ve söz sahibi olmayı isteyen kişiler, özellikle siyasi parti üyeleri, liderleri üst yöneticilerin geçmiş yaşamlarının yayıma konu olmasıdır. Anılan kişilerin hataları *her zaman günceldir*. Çünkü onların *güvenirliklerinin* gözden geçirilmesinde *toplumsal yarar* vardır (Bkz. Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk, s. 156, 157). *Federal Mahkemeye* göre, gerçeğe uygun olduğu ölçüde topluma mal olmuş,

kişilerin vaktiyle siyasi davranışı konusunda yapılan yayın hukuka uygundur. Çünkü o kişinin "unutma hakkı" yoktur (ATF 111 II 209 Jt 1986 I 600; *Scyboz/Gilleron, C.I.*).

#### **cccc. Uygun araç kriteri**

##### **aaaaa. Gerçeklik**

Basın özgürlüğünün doğurduğu haklardan biri basının *haber verme* hakkıdır. Haber niteliği taşıyan yayının içeriği, ileri sürülen iddiaların *gerçeğe uygunluğu* da bu hakkın varlığı için *koşuldur* (Özek, Türk Basın Hukuku, s. 35, 165).

"Gerçeklik" kavramını, habere konu olan *içeriğin/özün* haber verildiği sırada olayla ilgili duruma uygunluk olarak anlamak gerekir. Başka bir anlamıyla olayın varlığının gerçek olması anlamına gelir (Özek, Türk Basın Hukuku, s. 165). Yazarın kusuru olmasa dahi gerçek olmayan/yalan haber hukuka aykırıdır (ATF 106 II 92 Jt 1981 I 518; *Scyboz/Gilleron, C.I.*).

Bir olayın *eksik anlatımı* olayın başka şekilde oluştuğu sonucunu doğuruyor ise hukuka aykırıdır (*Kılıçoğlu, Hukuksal Sorumluluk, s. 166 vd. Riklin Federal Mahkemeye göre ilgili kişiyi şüphe altında bırakacak şekilde olayların eksik verildiği bir basın beyanı hukuka aykırıdır* (ATF 107 II 1 JT 1982 I 98; *Scyboz/Gilleron, C.I.*).

Öte yandan olayın *ana noktasında* gerçekdışılık var ise haber daima hukuka aykırıdır. Değer yargısını sarsmayacak yan noktalarda gerçek dışılık hukuka aykırı ayılmaz (*Kılıçoğlu, Hukuksal Sorumluluk, s. 167*). Yazarın kusuru olmasa dahi gerçek olmayan/yalan haber hukuka aykırıdır (ATF 106 II 92 JT 1981 I 518; *Scyboz/Gilleron, C.I.*).

Bu ölçüler basın ile toplum sağlıklı bir köprü kurulmasının *değişmez yoludur. Alemдар'ın*; "...gazetecilerin her şeye bu açıdan toplumun *tek vicdanı* gibi bir rol vermesi değil, sadece bir meslek, *olan-biteni aktaran* bir insan grubu olarak toplumdaki yerlerini almalarını, sanıyorum en sağlıklı ilişki kurmanın bir yolu olduğunu belki birlikte göreceğiz" eleştirisi (*Alemдар, Korkmaz, "Basında Hukuk İhlalleri" Hukuk Merceği, s. 199, 200*) dikkate değerdir.

Doğal olarak gazeteciden maddi gerçeğin tam olarak saptandıktan sonra verilmesi beklenilemez. Aksi halde haber verme hakkı sınırlanmış olur (Özek, Türk Basın Hukuku, s. 166).

*Haberin bir yargıyı içermemesi gerekir. Örneğin (B)nin katilinin (A) olduğunu haber verme ile (B)nin katilinin (A) olduğu ileri sürülüyor (kaynak gösterilerek) başlıklı haberler farklı anlatımlardır. İlkinde somut bir sonuç var. İkincisinde kuşku var. İlkinde aynı delillerle zararlandırıcı bir değere varılıyor. İkincisinde delillerin kesin sonuca varmayı engellediği farklı sonuç çıkabileceği dolayısıyla somut olaya uygun bir değerlendirmeye gidiliyor.*

Unesco tarafından 12-13 Kasım 1973'de "iletişim araçları ahlâk yasası" hakkında ortak incelemeye sunulan belgede"; "Gazeteci naklettiği ya da yorumladığı olayın *doğruluğunu* inceleme *çaba gösterecektir*", "haber toplamak için *uygunsuz yollara başvurmamalıdır*" (Özgen, s. 94). 1954 yılında Bordeaux Kongresinde kabul edilen Uluslararası Gazetecilik Federasyonu Gazetecilerin Görevleri Bildirisi"; gazeteciye "Sadece *kaynağı bilinen* haberleri yayınlaması, haberin *asıl yönünü ortadan kaldırmamak* ve belgeleri tahrif etmemek" ile yükümlü kılmiştir (Özgen, s. 92). Yine "Basın ve Enformasyon Alanında Çalışanların Uluslararası Ahlak Yasası"nın birinci maddesine göre, "Basın ve enformasyon alanında çalışanlar *halka doğru bilgi vermek, olayları tam olarak aktarmak için elinden geleni yapar*. Bunun bilgileri en iyi şekilde *doğrulamaya çalışır*" (Özgen, s. 92).

Alman Basın Konseyi'nin temel ilkelerinden biri, doğrulanmayan haber ve söylentilerin ve varsayımların özellikle belirtilmesi; ABD'de Sigma Delta CHI Ahlak Yasası, gereği en önemli amaç olduğu vurgulanmıştır (Özgen, s. 106, 110).

Bir kitle iletişimcinin herhangi bir konuda program yaparken masa başında kaynak getirerek değil, ele alınan olayın meydana geldiği yere gitmesi gerekir. Doğruluk bu şekilde sağlanır (*Kural, Sacide, Kitle İletişiminde Dene-tim Stratejileri* s. 98). *Federal Mahkemeye* göre; tarihi bir araştırmaya ya da siyasi bir yayına dayanmadan gerçek dışı bir metin aracıyla bir kimseyi yayım yoluyla ihanetle suçlanması hukuka aykırıdır (ATF 111 II 209 Jt 1986 I 200 *Scyboz/Gilleron, C.I*).

### **bbbbb. Ölçülülük (= Düşüncenin açıklanış biçimi ile konu arasında düşünsel bağ)**

Haberin verilmiş biçimi ile haber konusunun önemi ve kamusal yarar arasında *dengenin/ölçülülüğün* aşılması hukuka aykırılık oluşturur (Bkz. *Özek, Türk Basın Hukuku*, s. 246). Uygulamadan birkaç örnek:

*Guibal*'ın idare hukukuna özgü tanımına kıyasen, ölçülülük/orantılığı; medyanın/bireyin davranış ve hareketlerinde kullandığı araç ve ölçülerin, bu davranış ile *hedeflendiği/amaçlandığı* sonuçlara uyarlanmasıdır (*Guibal* için bkz, *Oğurlu, Yücel*; Ölçülülük lilesi, s. 21).

Aracın (yayın biçimi) amacın (kamu yararı) hizmetinde olması gerekir. Eğer açıklama fazla sürüm(tiraj), sansasyon, kin, öc, rekabet gibi subjektif amaçlar taşıyor ise, kişisel değerlere saldırı hukuka aykırı olur (*Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk*, s. 170).

Araç yani *yayının sunumu*, konuyla elde edilecek *amaca uygun orantıda* olmalıdır. Kişiye en az zarar verecek yöntem izlenmelidir (*Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk*, s. 171).

Olayla bağlantısı olmayan, salt kişinin onur ve saygınlığını hedef alıcı, en büyük zararı vermek amacıyla yapılan yayında ölçülülükten söz edilemez. Çünkü bu tür yayınlar objektiflikten yoksun olup hukuka aykırıdır.

Eleştiriler, *objektif araştırmaya yönelik, bilimsel yöntemlerle* yapılmalıdır. Subjektif etkenler varılacak sonuca etkili olmamalıdır. *İstatiksel* ve *deneysel* verilerden yararlanmalıdır. Toplum ya da okuyucu kitlesi ne istiyor değil *doğruların ne olduğu* okuyucuya aktarılmalıdır. Aksi halde kamuoyu yanlış konularda odaklanır.

Açıklanan okuyucuya sunulduğunda *kamu yararı amacı* gözetilmelidir. Harflerin dizilişi, büyüklüğü, açıklamanın genişliğinde, resmin gerekli olup olmasında aşırıya kaçmamalıdır. Aksi halde tiraj arttırmak, reyting amacı öne çıkar. Kamu yararından söz edilemez (*Kılıçoğlu, A. Hukuksal Sorumluluk*, s. 173).

Tiraj ve reyting kaygısı, günümüz Türkiye Medyası için ciddi bir sorundur. Sorunun ekonomik boyutları ağırlıklıdır. Medya çalışanlarına öncelikle güçlü sendikal örgütlenme ve iş güvencesi gibi çağdaş hukuksal ve ekonomik düzenlemeler getirilmelidir. Sonraki aşamada gazeteci güçlü olması gereken düzeyi kolayca yakalar düşüncesini özgürce açıklar. Gerçek işlevini yerine getirir.



### KAYNAKÇA

- Alemdar,Korkmaz** : Basında Hukuk İhlalleri,Hukuk Merceği, Law Scope,Ankara 2000.
- Batum/Yüzbaşıoğlu** : Anayasa Hukukunun Temel Metinleri,B.3.İstanbul 1999.
- Bila,Fikret** : Basında Hukuk İhlalleri,Hukuk Merceği, Law Scope,Ankara 2000.
- Chomsky,Noam** : Medya Gerçeği (çev.Abdullah Yılmaz) Tüm Zamanlar Yayıncılık.
- Eren,Fikret** : Borçlar Hukuku,Genel Hükümler C.1B.6 İstanbul 1998.
- Gözler,Kemal** : Türk Anayasa Hukuku,Bursa 2000.
- Helvacı,Serap** : Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001.
- Işıқтаç,Yasemin** : Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku,İstanbul 1992.
- İçel,Kayıhan** : Kitle Haberleşme Hukuku, İstanbul 1977.
- İnceoğlu,Yasemin Giritli** : Uluslar arası Medya, İstanbul 2000.
- Kılıçoğlu,Ahmet** : Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırınlardan Hukuksal Sorumluluk,B2.Ankara 1993.
- Özek, Çetin** : Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına,İstanbul 1999.

- Özek, Çetin** : Türk Basın Hukuku, İstanbul 1978.
- Özgen, M. İhsan** : İnsanlık ve Sosyoloji Boyutlarıyla Basın Meslek Ahlakı ve Yasalar, İstanbul 1994.
- Özsunay, Ergun** : Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, B. 3 İstanbul 1977.
- Öztan, Bilge** : TMK, Türk Medeni Kanunu, Ankara 2002.
- Scyboz, Georges/Gilleron, Robert** : Code civil suisse et Code des obligations annotés Sixième édition mise à jour Introduction de Jean Gauthier Lausanne 1999.
- Yenisey/Özel** : Basın Mevzuatı, İstanbul 1996.
- Zevkliler/Acabey/Gökyayla/** : Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku. B5 İzmir 1995.

## HAKSIZ FİLLERDE İLLİYET BAĞI

**Dr. Mustafa KILIÇOĞLU (\*)**

*ANLATIM DÜZENİ: I.Ön Bilgiler, II.Sebebe Kavramı, III.Şart Teorisi, IV.Uygun İlliyet Bağı Teorisi, I.Uygun İlliyet Bağının İşlevi, 2.Uygun İlliyet Bağının Tanımı, 3.Uygun İlliyetin Özellikleri, 4.İlk Sonuç- Nihai Sonuç Bağlamında Sonucun Genelleştirilmesi, 5.Önceden Değerlendirme (ex ante) Sonradan Değerlendirme (ex post) Sorunu,6.Uygun Olmayan İlliyet,V.Uygun İlliyet Bağının Kesilmesi,1 Çıkış Noktası ve Hukuki Esaslar, A.İlke, B.Hukuki Esasları, 2.Uygun İlliyet Bağının Kesilme Nedenleri, A.Zarar Görenin Ağır Kusuru, B.Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru,C.Mücbir Sebep, 3.Umulmayan Hal, 4.Birden Çok Sebepden Yalnız Birinin İlliyeti Kesmesi, A.Sonraki Sebebin Daha Önce Sonuç Vermesi, B.Önüne Geçilen İlliyet, 5.Yarışan İlliyet,6.Alternatif Sebepler, 7.Ortak İlliyet, A.Birden Çok Sebebin Birlikte Etkide Bulunması, B.Zarar Verene Ait Bir Sebep ile Umulmayan Halin Birleşmesi, C.İspat Sorunu*

### I. ÖN BİLGİLER

İlliyet bağı sorumluluğun temel ögesidir. Zararla eylem arasında illiyet bağının mevcut olması, zararın eylemin bir neticesi olarak ortaya çıkması, yani eylem olmadan zararın meydana gelmeyeceğinin kesin olarak bilinmesidir (*Tandoğan, Mesuliyet, s. 71*). Kısaca illiyet bağı olay veya davranışla zarar arasındaki *sebebe-sonuç ilişkisidir* (*Eren, Genel, I, s. 503*). Bir *mantık meselesidir*. Hiçbir hukuk düzeni mantık yasalarına göre mevcut olmayan illiyeti yaratamaz. Zararı tazmin sorumluluğu için *gerekli ve yeterli* illiyet derecesini belirlemek hukuk düzeninin işidir. Mantık bakımından bu illete sonsuz zincir halinde neticeler bağlanabilir. Hukuki netice olarak zararı tazmin sorumluluğunun kabulü için, bir sebebe illi olarak bağlanan neticeler silsilesinin içinde hangi kesimin gerekli ve yeterli olacağını belirlemek yine hukuk düzeninin görevidir (*Tandoğan, Mesuliyet, s 74*)

(\*) Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi - Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Borçlar Hukuku Öğretim Görevlisi

## II. SEBEP KAVRAMI

*Felsefi sebep kavramı*, sonucu meydana getirecek birçok zorunlu koşulların bir araya gelmesidir. Olaylar içinde bir sonuç, başka bir olayın sebebi, bir sebep önceki olayların sonucudur. Sonsuza kadar uzanan bir sebep-sonuç bağı içindedir. Bu tür bir illiyet anlayışı bir kör bir *determinizm* ya da *fatalizme* götürür (Eren, Genel, I, s. 505).

*Tabii (mantıklı sebep kavramı)*, sonucu meydana getiren koşullardan her biri sebep adını alır. Sorumluluk sorumluluğu kişiler açısından adalete aykırı şekilde genişletir (Eren, Genel, I, s. 505).

*Hukuki sebep kavramı*, sonucu meydana getiren koşullardan yalnız birine veya bir kaçına sebep adı verilmektedir. Sorun da burada çıkmaktadır. Çünkü sebep olacak koşulun, sonucu doğuranlardan *hangisidir?* Esser'in mantık ve tabiat bilimlerindeki sebep kavramı, *Koziol'un* tazminat hukukuna ilişkin illiyet kavramı arayışları ve felsefi ve tabii bilimlere ilişkin illiyet bağı düşüncesinin red edişi tartışmaları günümüze dek getirmiştir (Eren, Genel, I, s. 506).

## III. ŞART TEORİSİ

Bu teoriye göre zarar için zorunlu şartlar gereklidir. O şartlar olmasa zarar oluşmayacaktı. Bir anlamda zorunlu şartlar (conditio sine qua non) o neticenin sebebidir (Tandoğan, Mesuliyet, s. 74). Şartların tamamının dikkate alınması gerekmez. Zararlı sonucun *doğmasına veya artmasına* katkıda bulunmayanlar hukuki önem taşımadığı için dikkate alınmaz. Böylece somut olayda mevcut sınırsız şartların sayısı azalır (Eren, Genel, I, s. 507). *Sonucu meydana getiren şartlar arasında ayırım yoktur. Şartlar birbirine eşittir.* Illilik yönünden her şart hukuken aynı(eş) değerde olup, birbirine eşittir (Eren, Genel, I, s. 507). Şart teorisi mantıklı illiyet düşüncesinin hukuk alanına aktarımıdır. Sorumluluğu sınırlama konusunda yetersizdir (Tandoğan, Mesuliyet, s. 75). Her şart sebep kabul edilerek sorumluluk sınırsız genişler. Sorunlu olan şartı belirlemenin subjektif takdir ögesini içermekte oluşu nedeniyle eleştiriye uğramaktadır (Bkz. Eren, Genel, I, s. 508).

#### IV. UYGUN İLLİYET BAĞI TEORİSİ

##### 1. Uygun İlliyet Bağının İşlevi

Teorinin *sorumluluğu kurma, ve sınırlama* olmak üzere iki fonksiyonu vardır. Sorumluluğu kuran illiyet norma uygunluktur. Sorumluluğun çevresini sınırlayan illiyetle, zararlandırıcı sonuçla talep edilen zarar arasında uygun sebep sonuç bağının aranmasıdır (*Eren, Uygun İlliyet, s. 54*). Failin haksız fiiliyle ayağı kırılan mağdurun, tedavi esnasında hekimin kusuruyla işgörme gücünü kaybetmişse, illiyet, maluliyet zararının haksız fiille mağdurun ayağını kıran faile isnadı sorunun çözümünde önemli fonksiyon görecektir (*Rey, s. 117*).

*Federal Mahkemeye* göre; tabii illiyetten başka, kanun, uygun illiyet bağı gerektireceğini; *tabii illiyetin* olgu alanına, *uygun illiyetin* hukuk alanına ilişkin olduğu; başka bir anlatımla uygun geldiğini vurgulamıştır (ATF 107 II 269 JT 1981 I 446; *Scyboz/Gilleron, C.II*).

##### 2. Uygun İlliyet Bağının Tanımı

*Eren'in* kapsamlı tanımına göre uygun illiyet bağı "somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu olayların normal akışına ve yaşam tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayulu itibarıyla meydana getirmeğe genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağa denir" (*Eren, Genel, I, s. 509*). Bu tanım *Von Kries, Traeger, Oftinger* gibi teorisyenlerin tanımlarını birleştirici niteliktedir.

Objektif olarak zararlı sonucun gerçekleşmesini önemli ölçüde arttırarak zorunlu şartın ne olacağı konusunda model belirleme sorunu vardır. Gelişen sorumluluk olayları normların yetersizliği normun koruma amacı kuramını da yetersiz kılmaktadır. Kuramın savunusunda *Atamer*, ihlal edilen normun içeriğinin saptanmasının, benzer olayları kapsayacak çıkarlar dengesinin oluşturulması ve bunun kararda yansıtılması yoluyla bir denetim olanağının da beraberinde getireceği ve haksız fiil hukukunun gelişimine katkıda bulunacağı görüşündedir (*Atamer, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, s. 106*).

### 3. Uygun İlliyetin Özellikleri

Uygun illiyet teorisi *kaynağını* modern ihtimal teorilerinden, geçmişteki yaşam tecrübesinden, olayların normal akışından, hakkaniyet duygusu pratik ihtiyaçlar ve sağduyudan almaktadır (*Eren, Genel, I, s. 511*). Örneğin, *Federal Mahkeme*, simsarlık şirketinin yüksek riskli borsa işlemlerinin doğurabileceği kayıplar konusunda müşterilerini uarmak ve tavsiyede bulunmak ödevinin ihlali ile müşterilerin kaybı arasında illiyet bağının var olduğunu kabul etmiştir (ATF 124 III 155 Jt 1999 I 125; *Scyboz/Gillero, C II*).

Uygun illiyet bağı *doğal (tabii) illiyeti şart koşar* (*Rey, s. 119*). Bazı olaylarda, uygun illiyetin varlığı kabul edilmesine rağmen, doğal illiyet bağı mevcut olmayabilir. Örneğin, tutucusu tarafından bir köpeğin eksik gözetimi, genel hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre bir zararın doğmasına elverişli görülebilir. Ancak, buna rağmen hayvan tutucusu, gerekli özeni göstermiş olsaydı dahi somut olaydaki zararın gerçekleşeceğini ispat ederse, sorumluluktan kurtulur. Çünkü, bu tür bir durumda, özen yükümlülüğünün ihlal edilmesiyle sonuç arasında doğal illiyet bağı mevcut değildir (*Brehm, OR 56 N. 85-86; Keller/Gabi, s. 181-182; Rey, s. 119*). Sorumluya yüklenen *davranış* veya *olayın* zararlı sonucun zorunlu şartı olması gerekir. Zarar vereni, hareketin *objektif* ihtimal dahilindeki uygun ve tipik sonuçlarından sorumlu tutar. *Tesadüfi (nadiren)* gerçekleşen ilişkiler dikkate alınmaz (*Eren, Genel, I, s. 513; Rey, s. 120; Brehm, OR N. 123; Oftinger I. s. 75; Oser/Schnönberger, OR 41 N. 79*). *Federal Mahkeme*, uygun sebebi şu şekilde tanımlamıştır: Bir olay, eğer şeylerin olağan gidişatına ve yaşam tecrübesine göre böyle bir sonucu doğurmaya elverişli olarak kabul ediliyorsa ve böyle bir sonucun genel olarak bu olay tarafından doğurulduğu veya teşvik edildiği anlaşılıyorsa, uygun sebep oluşturur. (ATF 112 II 439 Jt 1987 I 392; *Scyboz/Gilleron, C II*).

İlliyetin uygun olup olmadığını belirlerken, meydana gelen sonuçlara bakmak, geriye doğru gidilerek eylemin bu sonuçlar açısından *esaslı bir sebep* oluşturup oluşturmadığına ya da hangi ölçüde esaslı bir sebep oluşturduğunu belirlemek gerekir. Eylemin bu bağlamda nadiren görülen sonuçları illiyetin uygun olduğunu engellemez. Böyle bir muhakemede uygun illiyet teorisine *şart* teorisinin aşılması gerektiğini düşündürmektedir (*Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s. 576*). Böylece pratikte uygun illiyet bağının sınır-

lanması azalmaktadır. Zarar görenin bazı hastalıklara bünyevi yatkın oluşu faili sorumluluktan kurtarıp kurtarmamasına ilişkin Federal Mahkemenin ölçütü şudur "İşlenen eylemin tahrik ettiği ruhi hastalıklar, *hakkaniyet esaslarına uygun olarak, acaba zararı verene yükletilebilir mi?* (BGE 96 II 392 e JdT 1972 I 142). Buna karşı işlenen eylem, ruhi hastalığın sadece görünürdeki sebebinden ibaret olduğu ve hastalık itibarıyla zara gören kişinin iradesindeki bozukluktan ileri geldiği takdirde faili/zarar vereni bundan sorumlu tutmak mümkün olamaz." (BGE 96 II 392= JdT 1972 I 142; BGE 70 II 172 e JdT 1944 s. 630) (Her iki karar için bkz. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*, s. 575 dn 13).

Yukarıda tanımını verdiğimiz uygun illiyet kavramı, genel kloz niteliğinde olup, her somut olayda somut olarak belirlenmesi gerekir. Uygun illiyetin değerlendirmesini hakim, takdir hakkı çerçevesinde yapacaktır. Bu açıdan hakimin kararı, bir değer hükmü (Werturteil) niteliğindedir (BGE 123 III 12 2 E. 3a; BGE 109 II 7 E. 3; *Rey*, s. 118). Doğal illiyet bağının mevcut olup olmadığı sorunundan farklı olarak, uygun illiyet bağı sorunu hukuki bir sorun olup, *Yargıtay*'ın denetimine tâbidir (Oftinger/Stark I, § 3 N. 18; Brehm, OR 41 N 121 a; BGE 116 II 524; BGE 113 II 56 E. 2 BGE 112 II 442). Zarar verici davranışla, zararın gerçekleşmesi arasındaki zaman süreci uygun illiyet bağı sorunun değerlendirilmesinde önemsizdir (*Rey*, s. 121; Brehm, OR 41 N. 127; BGE 57 II 41). 10 yıllık mutlak zamanaşımı süresinin de gerçekleşmiş olması, illiyet bağı sorunu açısından önemsizdir. Zira, zamanaşımı talebin dâva edilebilirliğiyle ilgili olup, uygun illiyet bağı meselesinde herhangi bir etkisi yoktur (*Rey*, s. 121).

#### 4. İlk sonuç-Nihai Sonuç Bağlamında Sonucun Genelleştirilmesi

Sorumluluğu doğuran davranış veya olayla hem ilk sonuç hem de nihai sonuç arasında uygun illiyet bağı oluşmalıdır. Bu nedenle ilk sonuçla sonraki sonuç arasında gerçekleşen ara koşullar sonucun genelleştirilmesinde göz önünde tutulur. Gerek ilk gerek ikinci sonuç zarar verenin davranışının *uygun sonucu* olmalıdır. Her iki sonuç *ayrı ayrı genelleştirilecek*. Dolayısıyla *önceki zarar sonraki zararın sebebi olacaktır* (*Eren*, Genel, I, s. 514, 517). Ancak, uygun illiyet sadece sebeple zarar arasında bulunmamalı, ayrıca bu ikisi arasındaki illiyet zincirinin bütün halkalarında da mevcut olmalıdır (*Rey*, s. 918; Keller/Gabi, s. 29; Oftinger/Stark 1, § 3 N. 17).

### 5. Önceden Değerlendirme (ex ante), Sonradan Değerlendirme (ex post) Sorunu

Önemli sorunlardan biri, fiilin öyle bir sonucu doğurmaya uygun olup olmadığının yargıcın *fiilin ve sonucun olmasından sonra (ex post) objektif olarak mı* takdir edecektir? Yoksa *zarar verenin böyle bir sonucun oluşmasını önceden (ex ante) görecek durumda olup olmadığına mı bakacaktır?* (Tandoğan, Mesuliyet, s. 77).

*Ex ante* görüşü temel olarak fiilin işlendiği anı ele alır. Ölçek olarak zarar verenin bilmesi veya bilmesi gereken koşullar subjektif değerlendirme görüşü başlığıyla incelenir. *Von Kres* tarafından savunulmuştur (Eren, Genel, I, s. 520). Zarar veren yerine ortalama insanı esas alan görüş *Thon* tarafından; ideal insanı esas alan görüş ise *Traeger* tarafından savunulmuştur. Ancak, öngörme kusur kavramının ögesidir. Dolayısıyla bu görüşün illiyet ile kusur kavramını karıştırdığı düşüncesiyle eleştirilmiştir (Eren, Genel, I, s. 522).

Öğretide ve yargıda baskın görüş, objektif ve *ex post* düşüncesidir. Neticenin oluşmasından sonraki koşulların objektif olarak belirlenmesi. Buna göre eylemin bir sonucu doğurmaya uygunluğunun belirlenmesi gerekir. Zarar veren için düşünemeyeceği sonuçlardan sorumluluk ağır olabilir. Fevkalade haller indirim nedeni yapılarak sorumluluk hafifletilebilir (Tandoğan, Mesuliyet, s. 78). Bu görüşe göre, *mevcut ve esasen bilinen* bütün koşullar hesaba katılır. Zarar görenin normal olmayan bünyevi duruma illiyeti kesmez. Öte yandan zarar veren olayların normal akışına göre öngörülen veya sorumluluğu doğuran olayla *özel olarak kolaylaştırılmış* olarak sonradan gerçekleşen tüm olaylardan da sorumludur (Eren, Genel, I, s. 523). *Rumelin'e* göre, illiyet bağının *tesadüfen* olduğu durumlarda, örneğin araya giren yeni olaylarla illi serinin kesilmesi durumunda gerçekleşen yeni zarardan ilk davranış sahibi (fail) sorumlu olmaz. Aksi halde illiyet teorisi *hukuk ve adalet duygusuna aykırı* düşeceğinden başarısız kalacaktır (Eren, Genel, I, s. 523).

*Federal Mahkemeye* göre uygun illiyet için objektif öngörülebilirlik esas alınır (ATF 101 II 69 JT 1975 I 633); dolayısıyla olağanüstü sonuçlar dahi uygun sebep olabilir (ATF 93 II 329 JT 1969 I 130; ATF 119 I b 3345 J 1993 616); dolaylı bir sebep yeterlidir (ATF 57 II 47 JT 1931 I 330); sebep ile sonuç arasında belli bir zamanın geçmesi illiyet bağını kesmez (ATF 57 II 36 JT



1931 I 322); (Yukarıda sözü edilen karar özetleri için bknz *Scyboz/Gilleron*, C.II).

## 6. Uygun Olmayan İlliyet

*Uygunluğun yokluğunda*, sebeple sonuç arasında *tabii illiyet bağı* bulunmaktadır. Ancak bu bağ uygun illiyet bağının kabulü için gerekli kriterleri taşımaz. Bir başka deyişle, doğal bir sebep, genel hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre somut olayda meydana gelen zararı doğurmayaya elverişli değildir (*Rey*, s. 123; Brehm, OR 41 Nr. 130-131; Keller/Gabi, s. 30; Oftinger I, s. 108). Örneğin, sürücü, yoldan geçen birisine bir yeri sormuş, yaya da ona hataen yanlış yol tarif etmiştir. Sürücü bu yolda seyredirken bir kamyonla çarpışmıştır. Bu olayda, doğal illiyet bağı vardır; fakat uygun illiyet bağı gerçekleşmemiştir (*Rey*, s. 123).

Öte yandan unutulmamalıdır ki, bir *zararlı sonucun/kazanın* uygun ve uygun olmayan sonuçları arasındaki ayırım, (özel hukuka ilişkin) sorumluluk hukukunda ve sosyal sigortalar hukukunda, uygulanan norm tarafından izlenen hukuk politikası amaçları nedeniyle farklı olabilir (ATF 124 V 209; *Scyboz/Gilleron*, C.II).

## V. UYGUN İLLİYET BAĞININ KESİLMESİ

### 1. Çıkış Noktası ve Hukuki Esaslar

#### A. İlke

İlk sebep gerçekleşen türden bir sonucu doğurmağa niteliği itibarla elverişlidir. Ancak ortaya atan ikinci sebep ilk sebebi arka plana itmiştir. İlk sebebi somut olayda elverişsiz hale getirmiştir (*Eren*, Uygun İlliyet, s. 173; *Rey*, s. 124). İkinci sebebin yeterli derecede yoğun ve şiddetli olması (eine gewisse Intensität aufweisen) gereklidir (*Tandoğan*, Mesuliyet, s. 80 vd *Oftinger*, *Stark*).

#### B. Hukuki Esasları

Kesilme nedenlerinin en önemli hukuki esasını, Borçlar Kanunu'nun 44'üncü maddesi teşkil eder. Borçlar Kanunu'nun 44'üncü maddesi 1'nci fıkrası, yalnızca mağdurun şahsî kusurundan bahsedilmektedir. Ancak, uygun illiyet bağı, failin sorumlu tutulabilmesinin bir şartı olduğundan, kanunda açıkça belirtilmeyen diğer nedenlerin de, uygun illiyet bağının kesilmesi sorununda dikkate alınması gereklidir (*Oftinger* I, s. 111-112; *Rey*, s. 125).

## 2. Uygun İlliyet Bağının Kesilme Nedenleri

### A. Zarar Görenin Ağır Kusuru

Zarar görenin kusurlu davranışı (sebeup) *ağır ve yoğundur*. Zarar verenin sorumlu olduğu olay zararlı sonuç için uygun sebep olmaktan çıkmakta arka planda kalmaktadır. Kesilen sebep zararlı sonucun zorunlu Şartlardan birini teşkil eder. Tabii illiyet bağı mevcuttur. Ancak bazen sebep zarar vereni sorumluluktan kurtarmaktadır (Eren, Genel, I, s. 546). Yeterli derecede aydınlatılmayan mahsene inen merdivenlerden inen bir kimse, bu sebeple düşmüş ve yaralanmışsa, mağdurun merdivenlerden dikkatsizce inmesi, eserdeki ayıpla meydana gelen zarar arasındaki uygun illiyet bağıını keser (Rey, s. 126; karş. BGE 81 II 450 vd.) Zarar görenin ağır kusurunun illiyet bağıını kesip sorumluluktan kurtulma sebebi olması dürüstlük kurallarına (MK m 2) ve ahlaki değer hükmüne dayanmaktadır (Eren, Genel, I, s. 546). Kaldıki *hiç kimse kendi kusurundan yaralanamaz*.

Sorumlulukların karşılaşması durumunda illiyetin kesilmesi olgusu, sorumluluğun niteliğine göre değişir. Zarar verenin işletme tehlikesi sorumluluğu ile yükümlü olması durumunda illiyet bağıının kesilmesi zordur. Ancak zarar verenin gerçekleştiği sebep sebep sorumluluğu ise, zarar görenin işletme tehlikesi ise illiyet bağıının kesilmesi mümkündür (Eren, Genel, I, s. 547).

Zarar görenin ağır kusuru illiyet bağıını kesecek yoğunlukta değil ise tazminattan indirim yapılır (Deschenaux/Tercier, ev. Özdemir, s. 36; Rey, s. 126). Mağdurun kusurunun ağırlığının değerlendirilmesinde katı davranılmamalıdır. Mağdurun kusurunun zarar verenin kusurundan daha ağır olması halinde, hemen illiyet bağıının kesildiği sonucuna varılmamalıdır (BGE 116 II 524 E. 4b; Rey, s. 126). Federal Mahkeme, temyiz kudretine sahip olmayan mağdurun davranışını illiyet bağıını keser neden olarak görmemiştir; zira, kusurun subjektif yönü gerçekleşmemiştir. Yüksek Mahkeme, bu tür durumlarda, Borçlar K'nun 54'üncü maddesini kıyasen uygulayarak, tazminattan indirime hükmetmiştir (BGE 105 II 212; BGE 102 II 363 vd; aksi görüş için bkz. EREN, s. 547). Mağdur, zarar verenin kusurlu davranışından haberdar değilse, illiyet bağıının kesilmesinden söz edilemez. Örneğin, önceki işverenin, zimmete para geçirme hadisesini tespit ettiğinden habersiz olan yeni işveren bir işçiyi, onu öven bir referansa güvenerek istihdam etmiştir. Işçi, alışma yavaşladığı yeni işyerinde de zimmetine para geçirmiştir. Bu hadisede, referansın düzenlenmesiyle meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağı yeni

işverenin kontrolleri ihmal etmesi sebebiyle kesilmemiştir (Karş. BGE 101 II 69 v.d.; *Rey*, s. 127).

### **B. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru**

Üçüncü kişi, zarar gören ve zarar veren ile bunların davranışından sorumlu olduğu müstahdem ve MK m 369 (eMK 320)'ye göre ev reisinin gözetimi altındaki kişiler dışında kalan kişileri ifade eder (*Eren*, Genel, I, s. 550; *Rey*, s. 127; *Brehm*, OR 43 N. 81; *Keller/Gabi*, s. 35).

Kural olarak hiçbir kimse aynı zarardan üçüncü kişinin de sorumlu olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Her biri *zincirleme sorumluluk* kuralları gereği zararın tamamından sorumludur. Bununla birlikte üçüncü kişinin kusurunun çok ağır olması, birinci sebebin geri plana itilmesi durumunda sonuç değişir. Soruna özenle yaklaşılmalıdır. Objektif sorumlulukta bu özen daha da artmaktadır (*Deschenaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 37). Örneğin, tren yolu geçidindeki trafik ışığına (sinyalizasyona) dikkat etmeksizin geçidi geçmeye kalkan bir motorlu taşıt, seyir halindeki trenle çarpışır. Bunun sonucunda, taşıt içindeki yolculardan birisi ölür. Bu hadisede, trenin işletilmesiyle meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağı, motorlu taşıtın sürücüsünün ağır kusuruyla kesilmiş olur (bkz. BGE 93 II 111; *Rey*, s. 127).

*Illiyet bağının kesilebilmesi için, üçüncü kişinin kusuru zararlı sonucun tek sebebi* olmalıdır. Üçüncü kişinin kusur yoğunluğu ilk sebebin arzettiği yoğunluktan daha ağır olmalıdır (*Eren*, Genel, I, s. 548, 549). Üçüncü kişinin hafif kusuru, illiyet bağını kesmeyeceği gibi, tazminatla indirim sebebi de teşkil etmez (*Brehm*, OR 43 N. 81; *Keller/Gabi*, s. 35; *Rey*, s. 127; BGE 113 II 331 E. 2b; BGE 112 II 144).

İlk sebep ve üçüncü kişinin illiyeti kesen sebep ayrı sonuçlar meydana getirirse, ilk davranışta bulunan ile üçüncü kişi sebep oldukları sonuçlardan kendileri sorumlu olur. Örneğin, arabayla yaralanan kişi hastahane personelinin kusurlu davranış sonucu ölürse. Araba sahibi yaralanmadan. Hastahane personeli ölümden sorumlu olur. Aracın kullanılması ile ölüm olayı arasındaki illiyet bağı hastahane personeli (üçüncü kişi) davranışı ile kesilmiş olur (*Eren*, Genel, I, s. 549).

*Büyük tehlike arzeden işletmelerin sorumluluğu üçüncü kişinin kusuru ile illiyet bağını kesmez.* Çünkü tehlike o kadar yoğundur ki *üçüncü kişinin kusuru bu yoğunluğa varamaz.* Örneğin, uçak işletmelerinde, atom tesisle-

rinde üçüncü kişinin davranışları sonucu oluşan zarar, işletme sahiplerini sorumluluktan kurtarmaz (*Eren, Genel, I, s. 549*). *Eren*, Alman hukukunda olduğu gibi üçüncü kişiye yükletilen sebep kavramı sebep ve tehlike sorumluluğunda illiyet bağıni kesmemek gerektiğini, yerine *kaçınılmazlık* kavramına yer verilmesi gerektiğini önermiştir (*Eren, Genel, I, s. 551*).

### C. Mücbir Sebep

Türk ve Yabancı hukuklarda mücbir sebebin öğelerinde büyük bir yakınlık vardır. *Olay, haricilik, ihlal, uygun illiyet bağı, mutlak kaçınılmazlık temel öğelerdir*. Tanım bütün bu öğeleri kapsar (Tanım için bkz. *Tandoğan, Mesuliyet, s. 464, dn 46, Eren, Genel, I, s. 539*).

*Olay*, gerçekleşmiş olmalıdır. Gerçekleşme tehlikesi mücbir sebep olmaz. Tabii (doğal), toplumsal hukuki nitelikte olabilir (*Tandoğan, Mesuliyet, s. 464*). Tabii olaylar (çığ, yıldırım, zelzele, yer çekimi, aşırı fırtına) sınırlanmaz. Savaş, ihtilal, isyan gibi insan orjinli olaylarda mücbir sebep kabul edilebilir (*Eren, Genel, I, s. 540; Rey, s. 128*).

*Federal Mahkemeye* göre; eğer kişinin bizzat kendisi tarafından alınabilecek tedbirler olayı ve sonuçlarını engelleyebilecek durumda ise mücbir sebep oluşmaz. Çünkü, mücbir sebep *olağanüstü* ve öngörülemmez, borçluyla ilgisiz, *önlenemez* bir güçle *dışarıdan* gelen bir olaydır (ATF 90 IV. 265 JT 1965 I 435; Scyboz/Gilleron, C. I)

*Haricilik*, mücbir sebep teşkil eden olay borçlunun işletmesi veya faaliyetine *yabancı ve bunların dışında* olmalıdır (*Tandoğan, Mesuliyet, s. 464*). Borçlunun işletmesi ve faaliyetine yabancılik kavramı haricilik ögesinin temel esasıdır. Dış orjinli eylem veya kararı amaçlar.

*Ihlal*, borcun yerine getirilmemesine neden olmalıdır (*Tandoğan, Mesuliyet, s. 465*).

*Uygun illiyet bağı* mücbir sebep konusu olan olay davranış normunu ihlalin veya borcun aykırılığın uygun sebebi olmalı. Kısaca, mücbir sebeple norm/sözleşmenin ihlâl arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Ancak bu yolla illiyet bağı kesilmektedir (*Eren, Genel, I, s. 542*).

*Mutlak kaçınılmazlık*, olay sonucu *kaçınılmaz* olarak davranış normunun veya borcun ihlaline yol açar. *Karşı konulmazlık ve önlenmezlik* kavramını da

içerir. Herkes yönünden *mutlak objektif* bir nitelik taşır (*Eren, Genel, I, s. 542*). Amaç, teknik ve bilimin sunduğu her türlü tedbire rağmen zararın önlenememesidir. *Umulmayan hal* kavramında bulunan, kişiye bağlı, *nispi* niteliğini içeren kaçınılmazlıktan farklıdır (*Eren, Genel, I, s. 543*).

Mücbir sebep *nadir* olarak vukubulan olaylardan olması gerekir. Savaş hali buna örnektir. Ancak, isyan ve ihtilallerin sık sık olduğu ülkelerde sayılan haller mücbir sebep olmaz (*Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop s. 1004*).

### 3. Umulmayan Hal

Umulmayan halin (Beklenmedik Durum/Fevkalade Hal, Kaza) tanımı, sözleşmesel(akdi) ve sözleşme dışı (akid dışı) sorumluluğu kapsar şekilde *Eren* tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: "Sorumlu şahsın (kişinin) irade ve davranışından bağımsız olarak, herkese ödev yükleyen genel bir davranış kuralının veya sözleşmeden doğan bir borcun kaçınılmaz surette ihlali sonucunu doğuran olaya umulmayan hal denir" (*Eren, Uygun İliyet, s. 139*). *Tekinay* ve arkadaşları *kaza* terimini kullanmışlardır. Özellikle sözleşmesel sorumlulukta borçlunun davranışından "bağımsız" bir olayın gerekli olup olmadığını irdelemişlerdir. Borçluya ait bir davranış *etkisi* altında kalan olayın kaza (umulmayan hal) niteliğini taşıyabileceğini *Federal Mahkemenin BGE 57 II 508= JdT 1932 I 462 vd* kararlarını referans göstererek benimsemişlerdir (*Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s. 1000*).

Sözleşme dışı sorumluluk (özellikle haksız fiil sorumluluğu) yönünden umulmayan hal, zararlı sonucun tek (münhasıran) sebebi ise bundan ilke olarak kimse sorumlu olmaz (nemo pro casu tenetur) (*Rey, s. 129*). Zararlı sonuca zarar gören katlanır. Ancak umulmayan hal kusurlu veya kusursuz sorumlulukta zararlı sonucun kısmî (bölümsel) sebeplerinden (Teilursache) birini oluşturuyor ise, zarar veren zararlı sonuçtan kısmen veya tamamen sorumludur (*Eren, Uygun İliyet, s. 140*). Örneğin ılık hava sebebiyle çözülen buz sarkığı, misafir olarak gelen bir şahsın başına düşmüş ve bu kişi yaralanmışsa, bina maliki BK. m. 58'e göre sorumlu olur (*Rey, s. 129*).

*Olay*, umulmayan halin ögesidir. Dış dünyada değişiklik meydana getirebilecek maddi psikolojik, dinamik, statik olay ve durumu kapsar. Tabiat olayları (fırtına, şiddetli yağmur, kar veya dolu), fizyo psikolojik olaylar (zarar görenin bedensel uygunluğu), hukuki ve sosyal dolayısıyla benzeri olaylar (genel grev) örnek sayılabilir (*Eren, Uygun İliyet, s. 141*): Örneğin, A, B'yi hafif yaralıyor; fakat B hemofili hastası olduğundan ölüyor.

*Ihlâl*, bir davranış normunun veya sözleşmeden doğan borcun ihlalidir. Hukuk düzeninin emir ve yasak ödevlerine aykırılık, sözleşmeye aykırılık ihlâl sayılır (*Eren, Uygun İlliyet, s. 142*).

*Kaçınılmazlık*, umulmayan hali teşkil eden olayın kendisi değil, *bu olaydan doğan ihlâldir*. Bazı durumlarda *olay kaçınılmaz* ancak, *zarardan kaçınılabilir*. Burada ölçüt, normal ve makul bir kişinin fiziki ve mesleki yetenekleridir (soyut model). Bu ölçüdeki bir insan için ihlal kaçınılmaz olacak idiyse zarar veren (borçlu) *objektif kaçınılmazlık* gerçekleşir (*Eren, Uygun İlliyet, s. 144*). Umulmiyan halde kaçınılmazlık *objektif* olması yanında nispi olmalıdır. Sorumlu kişinin alacağı tedbirler kişiliği ve ekonomik durumuyla orantılı olmalıdır (*Eren, Uygun İlliyet, s. 145*).

Zarar görenin bünyesinden doğan ve zararın artmasına neden olan etkenler meydana gelen zararın uygun illî kısmî sebebi olması veya zararın artmasına sebep olması hâlinde tazminatta indirim nedenidir. Örneğin; kalp hastalığı, şeker hastalığı, allerjiler (*Oğuzman/Öz, s. 564 vd. Brehm, OR 44 N. 55; Keller/Gabi, s. 110, Oftinger, I, s. 280; Rey, s. 130*). Öğretide hakim görüş, mağdurun bedensel yatkınlığını BK m. 44/I kapsamında tazminatın hesaplanmasında dikkate almaktadır (*Eren, s. 765-766; Brehm, OR 44 N. 55; Keller/Gabi, s. 110; BGE 113 II 92 E. 3a*). Buna karşılık bir kısım yazarlar, BK m. 43'e göre hakim tarafından hal ve mevkinin icabı ile kusurun ağırlığının değerlendirilmesinde dikkate alınmasını savunmaktadırlar (*Merz, SPR VI/1, s. 233; Stark, Skriptum, N. 36b*).

#### **4. Birden Çok Sebepden Yalnız Birinin İlliyeti Kesmesi**

##### **A. Sonraki Sebebin Daha Önce Sonuç(zarar) Vermesi**

Zararı doğurabilecek sebeplerden ilki oluşmasına rağmen ikinci sebep zararlı sonucu(zararı) meydana getirirse, ikinci sebep ilk sebebin illiyet bağını keser. Kesen sebebi oluşturan sorumlu olur. Buradaki kriterler sonuç kriterleridir. Gerçekten ilk eylem (davranış) failini hakkaniyet gereği dahi sorumlu tutamayız. Çünkü özel hukukta netice sorumluluğu vardır (*Tandoğan, Mesuliyet, s. 79 vd*).

##### **B. Önüne Geçilen İlliyet**

Zararı birinci sebep (gerçek sebep) meydana getirmiştir. Sonradan doğan ikinci sebep (farazi sebep) aynı zararı meydana getirecek olsa dahi so-

rumluluk doğurmaz (*Tandoğan*, Mesuliyet, s. 82). Bir başka deyişle, gerçek sebebin faili, "kendi davranışı olmasaydı, farazi sebep aynı zararı meydana getirecekti, savunmasında bulunarak sorumluluktan kurtulamaz. Çünkü, zararı sonuç gerçek sebeple meydana gelmiş; böylece, gerçek sebeple zararlı sonuç arasındaki illiyet bağı fiilen kurulmuştur (*Eren*, Genel I. s. 533; *Rey*, s. 135).

Ancak şu hususu belirtelim ki, mağdurun şeker hastası ya da hemofili olması gibi bedensel yatkınlığı, tek başına somut olayda gerçekleşen zararı meydana getirmeye elverişli olmadığı durumlarda, farazi illiyetten bahsedilemez. Bu tür durumlar, meydana gelen zararın büyümesine sebep olurlar (iyileşmenin gecikmesi veya iyileşmeyi güçleştirmesi) (*Rey*, s. 135). Ancak ikinci sebep ilk sebep olmasa dahi mutlak surette zarar oluşturacağı olayların gelişiminden anlaşılıyor ise ilk sebep faili için tazminatta bir indirim yapılabilir (Bkz. *Tandoğan*, Mesuliyet, s. 83).

Her iki sebep farklı zamanlarda oluşur. Zararı oluşturan sebep gerçek sebeptir. Oluşturmayan ise farazi sebeptir. Farazi veya gerçek sebep önce ya da sonra olabilir (*Eren*, Uygun Illiyet, s. 166 vd). Örneğin, bir yaya, motorlu taşıtın kendisine çarpması sonucu (gerçek illiyet) malul olmuş ve çalışmaması sebebiyle kazanç kaybı zararına maruz kalmıştır. Hastanın önceki rahatsızlığı da yaralanan bu yayanın ileride çalışmamasına yol açacaktı (farazi illiyet). Farazi illiyetteki, farazi sebebe "yedek veya saklı sebep" adı da verilmektedir. Örneğin, tanıdığıının, bilgisayar yanlış komut vermesi sonucu, bilgisayarda işyeriyle ilgili kayıtlı bütün dataları silinen işveren bir zarara maruz kalmıştır. Ancak daha sonra, kompütere önceden bir virüsün bulaştığı, komputere hatalı komut verilmeseydi dahi , ertesi gün sisteme bulaşmış bu virüsün aktive olacağı ve bütün dataların tekrar kaybolacağı tespit edilmiştir. Burada farazi illiyet, yedek veya saklı sebep olan virüsün, kompütere hatalı komut vermek şeklindeki gerçek sebebin gerçekleşmesi sonucu etkilerini doğuramamaktadır (*Rey*, s. 136).

Birden çok sebep başkaları için tehlike arz ediyor ancak haksız fiil oluşturmuyor ise teselsül(dayanişma) yoktur (*Tandoğan*, Mesuliyet, s. 88; *Eren*, Uygun Illiyet, s. 162, 163).

## 5. Yarışan Illiyet

Zarara birden çok sebep katılıyor. Her bir sebep zararı *tek başına* meydana getirebiliyor ise sebep faileri müteselsilen sorumludur. Örneğin, A ve

B iki ayrı fabrika sahibi olup, her birinin fabrikasından, E'nin balık üretme çiftliğinin bulunduğu göle zehirli atıklar dökülmektedir. Her bir fabrikadan akan bu zehirli atıklar tek başına balıkların ölümüne yol açacağından, her birisi meydana gelen zararlardan müteselsil sorumludur (*Rey*, s. 138; *Eren*, Genel I, s. 529). Zenginleşme yasağı, mağdurun, yalnızca tek bir zarar faili olması hâlinde elde edeceği tazminattan daha fazlasını talep etmesini engellemektedir. Zarar verenler arasındaki iç ilişki, BK m. 50 ve 51'in öngördüğü rüçû düzenine tâbidir (*Rey*, s. 138). Kusur derecelerine göre biri birine rüçû edebilirler (*Tandoğan*, Mesuliyet, s. 85). Burada sebepler (davranışlar) *bağımsızdır*. Bir başka deyişle, her sebep, diğer sebep olmaksızın yani ondan bağımsız olarak tek başına zararlı sonucu doğurmada yeterli olmalıdır (*Rey*, s. 137-138; *Oftinger/Stark I*, § 3 N. 129; *Eren*, s. 529). Sebepler *aynı anda* gerçekleşmiş; zararlı sonucu meydana getirmiş olmalıdır (*Eren*, Uygun İlliyet, s. 158).

### 6. Alternatif Sebepler

Zarar birden çok sebeplerin birinden doğmuş ancak sorunun hangi sebepten doğduğu anlaşamıyor ise alternatif illiyet söz konusu olur (*Rey*, s. 138; *Oftinger/Stark I*, § 3 N. 116). Ancak sebepler bir bütün (vahdet) *oluşturuyor* ise sebep faillerinin sorumluluğuna gidilemez. Örneğin, bir motosiklet sürücüsü, otobanda düşüyor ve bir motorlu taşıt tarafından eziliyor. Motosiklet sürücüsünün düştüğü esnada üç motorlu taşıt sürücüsünün o yolda seyir halinde olduğu tespit ediliyor; fakat ölüme sebep verenin kim olduğu kesin olarak belirlenemiyor.

A ve B birbiri arkasına kısa aralıklarla, biri 100 kg diğeri 52 kg ağırlığındaki taşı, yamaç aşağı yuvarlıyorlar. Yamacın altında ölü bulunan bir şahsın, bu taşlardan birisinin isabet etmesi sonucu öldüğü kesin olarak belirlenemiyor (BGE 113 IV 58 vd). Gerekeçesi ispat imkansızlığıdır (*Tandoğan*, Mesuliyet, s. 86). Zarar tek ise fail de tektir. Ancak failin kim olduğu anlaşılama-maktadır; anlaşıldığı takdirde, seçimlilik illiyetten bahsedilemez. Bir başka deyişle, hakim öğretiyeye göre, muhtemel faillerden hangisinin meydana gelen zarara sebep olduğu ispat edilemediği sürece, hiçbiri sorumlu değildir (A. Keller, I, s. 87; Keller/Gabi, s. 23-24; *Oftinger I*, s. 81-82; *Brehm*, OR 41 N. 145; *Oser/Schönenberger*, OR 41 N. 87). Öğretide ileri sürülen yeni görüşe göre, ispat problemi BK m. 50'nin kıyasen uygulanması suretiyle kabul edilecek müteselsil sorumluluk ile çözülebilir (*Honsell*, § 3 N. 67). Bize haklı ge-



len diğer görüş bu sorunu, tamamen ihtimale dayanan zarar verenlerin, zarara sebep olmadaki payını ölçü almaktadır. Buna göre, yukarıdaki örnekle, herbir otomobil sürücünün zararı gerçekleştirme ihtimali %33 olduğundan her biri zararın 1/3'ünden sorumlu olmalıdır (*Rey*, s. 139). Şu hususu belirtelim ki, Amerikan hukukunda uygulanan "market-share-liability" sistemine göre, meydana gelen zarar farklı imalatçının hatalı ürünlerinden ileri gelmiş; fakat hangi ürünün somut zarara sebep olduğu tespit edilememişse, sözkonusu her bir imalatça, piyasadaki pazar paylarına göre zararı paylaşmalıdır (Bkz. *Rey*, s. 139).

Sebepler birlik(vahdet) oluşturuyor ise, durum farklıdır. Ortada *haksız fiil* sonucu bir zarar vardır. Olaya katılanlar bellidir. Ancak zarar (sonuç) kim tarafından meydana getirildiği belli değildir. Böyle durumlarda olaya katılanlar zarardan teselsülen (dayanışmalı) sorumludurlar (*Tandoğan*, Sorumluluk, s. 87).

Birden çok kişi birlikte kavgaya katılsa ve bir kişi bu kavgada yaralanırsa, ancak yaralanmayı hangi kişinin meydana getirdiği tespit edilemezse, kavgaya katılanlar zarar görene karşı müteselsilen sorumludur (*Eren*, Genel, I, s. 530; *Rey*, s. 139-140).

## 7. Ortak İlliyet

### A. Birden Çok Sebebin Birlikte Etkide Bulunması

Zarar oluşumuna birden çok sebep katılmaktadır. Sebeplerin her biri zarar için gereklidir. Biri olmaz ise zarar oluşmaz (*Tandoğan*, Mesuliyet, s. 83). Ortak sebep (illiyete) zararı birden çok uygun sebep meydana getirebileceği gibi (Mitursache), kısmi sebep de (Teilursache) olabilir (*Eren*, Uygun İlliyet, s. 149).

Birden çok sebep sorumlusu anlaşarak zararı meydana getiriyor iseler (kusurlu ortak illiyet) BK 50'ye göre müteselsilen (tam teselsül) sorumlu olacaktır. Anlaşma yok, birbirinden habersiz (yalın ortak illiyet) iseler sorumlular, BK 51'e göre eksik teselsül hükümleri gereğince sorumlu olurlar (*Tandoğan*, Mesuliyet, s. 83; *Eren*, Uygun İlliyet, s. 150-152).

### B. Zarar Verene Ait Bir Sebep Umulmayan Halin Birleşmesi

Zarar verene ait bir sebep umulmayan bir hal bir birleşirse, umulmayan

hal zararlı sonucun kısmi sebebi olur. Zarar verenin sorumluluğu *kusur sorumluluğuna* dayanıyor ise tazminattan *umulmayan hal kısmı indirilir* (Eren, Uygun İlliyet, s. 155).

Zarar verenin sorumluluğu sebep ya da tehlike sorumluluğuna dayanıyor ise ilke olarak *tazminattan indirim bulunmaz*. Çünkü bu bir umulmayan hal sorumluluğudur (Haftung für Zufall). Ancak zarar verenin işletme ve faaliyetine *yabancı* olan olaylar kısmi veya ortak sebep olarak zararı meydana getirebilir (Eren, Uygun İlliyet, s. 155). Böyle durumlarda tazminattan indirim yapılabilir. Zarara kişinin bünyevi yatkınlığı umulmayan hal olup tazminattan indirim sebebi olur (Eren, Uygun İlliyet, s. 156).

### **C. Zarar Verene Ait Bir Sebep Zarar Görene Ait Bir Sebebin Birleşmesi**

Zarar verene ait bir sebeple zarar görene ait bir sebebin birleşmesi halinde, zarar veren zarardan sadece sebep olduğu oranda (BK 44/1) sorumlu olur (Eren, Uygun İlliyet, s. 155).

### **8. İspat Sorunu**

Sebeple zarar arasında illiyet bağının varlığını kural olarak mağdur ispat etmelidir (Brehm, OR 41 Nr. 118; Oettinger/Stark, I, § 3 N. 35; Rey, s. 144; BGE 115 II 442-443 E. 4; BGE 113 I b 424 E. 3). Buna karşılık ihmali bir hareketin illiliğinin ispatında güçlükler doğabilir. *Federal Mahkeme*, mağdurun, *ihmal edilen davranışın yerine getirilmesi halinde, genel hayat tecrübelerine ve olayların normal seyrine göre meydana gelen zararın önlenmiş olacağını kuvvetle muhtemel olduğunun ispatını yeterli görmüştür* (BGE 121 III 363 E-5). İspat yükünde diğer kolaylık, hekimin sorumluluğunda ispat yükünün ters çevrilmesiyle sağlanmıştır. İspat yükünün bu şekilde ters çevrilmesi, illiyet bağının varlığının karine olarak kabul edildiği anlamına gelir. Örneğin, bir cerrah bir tümörü ameliyatla almıştır. Ancak lenfaiyenin temizlenmesi 14 gün, ışınla yakılması 4 hafta geç yapılmıştı. Hasta ölür. Burada hastanın ölümlüyle gecikme arasında illiyet bağının varlığı karineten kabul edilir mağdur bu bağı ispatlamak zorunda değildir. Bu karineyi çürütmek için hekim, zamanında müdahale yapılmış olsaydı dahi hastanın öleceğini ispatlamak zorundadır (Rey, s. 144).

**KAYNAKÇA**

- Atamer, M. Yeşim** : Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması(Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları), İstanbul 1996
- Deschenaux, H/ Tercier, P** : Sorumluluk Hukuku, (Çev. Salim Özdemir), Ankara, 1983
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C I B 6, İstanbul, 1998
- Eren, Fikret** : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975
- Keller, Alfred** : Haftpflicht im Privatrecht Bd I-4Auf 1979
- Oftinger, Karl** : Federal Mahkeme İçtihatları(Çev. Kemal Dayınlarlı)Ankara 1985
- Oguzman, Kemal/Öz, Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B 3, İstanbul 2000
- Oser, Dr H/ Schöenberger, Dr W** : Borçlar Hukuku (Çev. Recai Seçkin), Ankara 1947
- Rey, Heinz** : Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2, Auflage, Zürich 1998
- Scyboz, Georges/Gilleron, Robert** : Code civil Suisse et Code des obligations annotés Sixieme Edition Misse a jour Introduction de Jean Gauthier Lausanne 1999

**Tandoğan, Haluk**

: Türk Mes"uliyet Hukuku, Akid  
Dışı ve Akdi Mes"uliyet, Ankara  
1961

**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**

: Borçlar Hukuku ,Genel  
Hükümler, B7 İstanbul 1993

—oOo—

## İTİRAZIN İPTALİ DAVASI VE İCRA İNKAR TAZMİNATI

**Halil YILMAZ (\*)**

*ANLATIM DÜZENİ: A-Giriş, B-İcra İnkâr Tazminatının Yasada Düzenleniş Şekli, C-İcra İnkâr Tazminatının Yasaya Konuluş Amacı, D-Hukuksal Niteliği, E-İcra İnkâr Tazminatı Verilmesinin Koşulları, 1.Borçlu Hakkında İlam-sız İcra Takibi Yapılmış Olması, 2.Borçlunun İcra Takibine İtiraz Etmesi, 3.Alacaklının İtirazın Kaldırılması İçin Mercie Müracaat Etmemesi, 4.Alacaklının İtirazın İptali Davası Açmış Olması, a) Davacı, b) Davalı, 5.Talep, 6.İtirazın Haksız Yapılması, a) Borçlunun Haksızlığı, b) Alacaklının Haksızlığı Ve Kötü niyeti, 7.Takibe Konu Alacağın Likit Olması, a) Likit Sayılan Alacaklar, aa) Alacağın Belirli Ve Sabit Olması, bb) Alacağın Miktarının Bilinmesi Veya Bilinmesinin Mümkün Olması, b) Likit Sayılmayan Alacaklar, aa) Sonucunun Yargılamaya Bağlı Olması, i. Tazminat Davaları, ii. Bilirkişi İncelemesi, bb) Hakimın Takdiri, F-Miktarı, G-Sonuç, Kaynaklar*

### **A-Giriş**

Elinde kambiyo senedi yada bir ilam olmayan ve alacağına icra yoluyla kavuşmak isteyen alacaklı için, ilamsız icra takibine başvurmaktan başka bir yol yoktur. Böyle bir takip yolu borçlular aleyhine kötüye kullanmaya açıktır. Çünkü borçlu tarafından itiraz edilmediği takdirde takip hukuku bakımından alacağın tahsili için bir engel kalmamaktadır. Borçlu itiraz ederse, takip alacaklısı itiraz eden takip borçlusuna karşı, itirazın kaldırılması için icra tetkik merciine başvurabileceği gibi genel mahkemelerde itirazın iptali davası da açabilir. Bu iki yoldan istediğini seçmekte serbest olan alacaklı, itirazın kaldırılması yolunu seçtiği takdirde İİK.nun 68.maddede sayılan belgelerden birisine sahip olması gerekir.

---

(\*) Ankara Asliye 7. Ticaret Mahkemesi Hakimi

Alacaklı, icra tetkik merciine başvurmak yerine doğrudan genel mahkemede itirazın iptali davası açtığı takdirde alacaklının elinde, İLK. nun 68-68a maddelerinde belirtilen belgelerden birisi olabilir yada olmayabilir. Böyle bir davanın konusu, normal bir alacak davası ile aynıdır. Bu nedenle bu dava, normal bir alacak davasının tabii olduğu usul ve ispat kurallarına tabidir. Davanın sonunda davacı davasını kazanırsa, alacağını konu ettiği takibe, davalı borçlunun yaptığı itirazı iptal ettirir. Böylece alacaklı alacağına kavuşmuş olur. Alacaklı yalnızca alacağını almakla kalmaz, dilerse borçlu davalının inkar tazminatına mahkum edilmesini de isteyebilir.

İcra inkar tazminatı, ilamsız icra takibine itiraza karşı itirazın iptali davası açıldıktan sonra dinamik hale gelen ve çoğu kere borçlu taraf olmakla birlikte alacaklının da ödemekle yükümlü olabileceği bir tazminattır. Borçlu, açılan bir dava sonunda aleyhine yürütülen ilamsız icra takibine yaptığı haksız itirazın neticesi olarak hükmolunan borç miktarının asgari %40'ı oranında bir tazminatı ödemeye mahkum edilir. Alacağına haklı olan taraf bir an önce alacağına kavuşmak ister. Alacağın tahsilinin gecikmesi daima onun zararlıdır. Borçlu ise, aleyhine yapılan ilamsız takipde ödeme emrinin kendisine tebliği ile bazı hususları araştırma ihtiyacındadır. Alacağın kapsamı ile miktarı ve dayanaklarını bilmek ister. Bu nedenle takibin kesinleşmesini önlemek için itiraz yolunu seçer. İşte bu ihtiyaçların karşılanması ve her iki tarafın çıkarlarının dengelenmesi düşüncesi ile hukuk sistemimize icra inkar tazminatı adı altında kendine özgü bir tazminata icra iflas yasası içinde yer verilmiştir. Böylece, borçlu olduğunu bildiği halde gereksiz yere takibe itiraz edip, davacının alacağına kavuşmasını geciktirmesi nedeniyle duran takiple alacaklı aleyhine bozulan çıkar dengesi sağlanmış olmaktadır. Uygulamada çoğu kere alacaklı elinde kambiyo senedi olsa dahi ilamsız takibe başvurarak borçlunun itirazı ile karşılaşmış alacağına yüzde kırkı oranında bir artışla kavuşma yolunu seçmektedir. Böyle bir düşünce icra iflas hukuku uygulaması içerisinde sıkça başvurulan ilamsız takip yolu ile icra inkar tazminatını gündeme getirmektedir. Bu nedenle itirazın iptali davaları ile sınırlı olmak üzere icra inkar tazminatının açıklanmasına çalışılacaktır.

### **B-İcra İnkâr Tazminatının Yasada Düzenleniş Şekli**

Başka hukuk sistemlerinde rastlanılmayan icra inkar tazminatı Türk hukukunda ilk defa 16.3.1928 tarihli 1215 sayılı yasada yer almıştır<sup>1</sup>. İcra inkar

(1) **Kuru Baki**, "İcra İnkâr Tazminatı", Yargıtay Yüzyüncü Yıl Dönümü Armağanı, Ankara 1968, s.727

tazminatı ile ilgili düzenlemeye daha sonra, 1932 tarih 2004 sayılı icra iflas yasasında yer verilmiştir. İcra iflas yasasında zaman içinde doğan ihtiyaçlara göre yapılan değişikliklere paralel olarak, inkar tazminatı ile ilgili düzenlemelerde de değişikliğe gidilmiştir. Uygulamada icra inkar tazminatı olarak adlandırılan bu tazminata icra iflas yasasının 67, 68, 68/a, 69, 72, 169/a ve 170. maddelerinde yer verilmiştir. Tazminatın geçtiği icra iflas yasası maddelerinde 1940 yılında 3890 sayılı (İİK.nun 67, 68, 69, ve 170. maddelerinde), 1965 yılında 538 sayılı (İİK.nun 67, 68, 69. ve 170. maddelerinde), 1985 yılında 3222 sayılı (İİK.nun 68. ve 68/a maddelerinde), 1988 yılında 3494 sayılı (İİK.nun 67, 68, 68/a, 69, 72, 169/a ve 170. maddelerinde) ve 17.7.2003 tarihinde 4949 sayılı yasa (İİK.nun 67, 68, 68a. ve 169a maddelerinde ) ile değişiklikler yapılmıştır. Daha önce %15 olan icra inkar tazminatı oranı, 3494 sayılı yasa ile yapılan değişiklik sonucu gereksiz itirazların önlenmesi, enflasyon karşısında faizle karşılanamayan zararların telafisi ve takibin etkinliğinin sağlanması amacıyla %40' a çıkarılmıştır.

İcra iflas yasası dışında icra tazminatı ibaresine, HUMK'un 1. maddesinde rastlanmaktadır. Buradaki düzenlemede, "...Faiz, icra tazminatı ve giderler görevin tespitinde hesaba katılmaz " hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, icra tazminatı yada icra inkar tazminatı tek başına bir davaya konu olamayacağı gibi, mahkemenin görevinin belirlenmesinde de esas alınmaz. Bu halile icra tazminatı asıl alacağına bağlı ferî bir alacak niteliğindedir. Bu nedenle bağımsız bir davaya konu edilip talep edilemez<sup>2</sup>.

### **C-İcra İnkâr Tazminatının Yasaya Konuluş Amacı**

İİK.nun 67. maddesinde düzenlenmiş olan itirazın iptali davası, borçlunun itiraz etmesi üzerine İİK.nun 66. maddesine göre duran icra takibinin devam etmesini sağlayan hukuksal bir yoldur. Takip borçlusu sebep bildirmesi koşulu olmadan borca itiraz ederek, alacaklının alacağına kavuşmasını geciktirebilmektedir. Gereksiz itirazların önlenmesi için bunun bir yaptırıma bağlanması gerekmiştir. Bu nedenle tamamen icra hukukuna özgü kuralları olan inkar tazminatı adı altında bir tazminat türü ihdas edilmiştir.

(2) "Davaya konu kötü niyet tazminatı, itfaya dayalı olarak yapılan borca itirazın kabulü üzerine verilmiştir. Takibe konu komisyon alacağı veya bu alacağı yapılan ödeme itirazı dava edilmemektedir. Oysa kötü niyet tazminatı, takibe konulan alacağı ve bu alacağı yöneltilen itiraza bağlı olarak verilmiştir. Asıl alacak dava konusu edilmeden, mercii kararını sırf kötü niyet tazminatı yönünden değiştirecek biçimde dava açılması mümkün değildir." (Y. 11. HD.nin 27.3.2001, 2001/343-2488 sayılı kararı)

Borcunu ödemeyen borçlulara karşı cebri icrayı etkili kılmaya yönelik genel amaç taşıyan bir yaptırım türü olarak inkar tazminatının yasaya konulmasının amacı; borç miktarını bilen veya bu miktarı belirleyebilecek durumda olan borçlunun ödeme emrine icrada itiraz etmesini önlemektir.<sup>3</sup>Dolayısı ile herhangi bir ilama dayalı olmayan takiplerde, takibin dayanaksız olarak itiraza uğrama risklerini ortadan kaldırmak ve ilamsız icranın etkinliğini tedbiren sağlamak amacıyla düşünüldüğü yasaya konulmuş bir yaptırımdır.<sup>4</sup>

İcra inkar tazminatının yasaya konulmasının önemli iki sosyal amacının olduğu sonucunu çıkarabiliriz.

Birincisi yapılan düzenleme ile, tazminatın sahip olduğu caydırıcılık etkisi altında, borçluların geçerli bir sebep olmaksızın, borcuna itiraz ederek inkar yoluna başvurusu önlenmek istenmiştir.Bu yolla, geçerli sebebi olmayan, takibi sürüncemede bırakmak, işin çabuk bitirilmesini engelleyerek alacağın tahsilini geciktirmek isteyen kötü niyetli borçluların, inanmadığı sebeplerle itiraz yoluna başvurusu halinde<sup>5</sup>, tazminat ödemekle yükümlü kalacağına ilişkin yaptırımın kendisini haksız itirazdan vazgeçireceği ve böylece icra müdürlüğü ve mahkemelerin iş yükünün azalacağı ümit edilmiştir.

İcra inkar tazminatının en önemli işlevlerinden bir diğeri ise, gereksiz itiraz yoluna başvurarak alacağın tahsilini geciktirmek isteyen borçluyu ifaya zorlamaktır. İcra inkar tazminatı, takip talebindeki asıl borca ekleme yapmak suretiyle borcun kapsamını genişleterek, borçlunun inanmadığı itiraz sebeplerine karşı, manevi baskı yoluyla borcun ifasını kolaylaştırmaktadır.Burada borçlu, ödeme emrindeki borcu ödemediği takdirde, borcun yüzde kırk gibi önemli bir oranda büyüyeceğini, böylece şüpheli itiraz sebeplerinin kabul görmemesi halinde daha ağır bir ödeme yükü altına gireceğini düşünerek, ödeme emrindeki borcu ödeme yolunda psikolojik olarak zorlanmaktadır.İcra inkar tazminatının herhangi bir kusur ve zarar olmasa dahi istenebilmesi ve oranın yüksekliği, bu oranın altına istenilse dahi düşürülebilmesi bu zorlamayı fazlasıyla yerine getirmektedir.Zira icra inkar tazminatı gerçek bir taz-

(3) YHGK.nun 7.11.2001, 2001/19-1028-766 sayılı kararı

(4) **Kuru Baki/Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder**, İcra Ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1985, s.152

(5) Y.13.HD.nin 11.10.2001, 7718/9046 (**Kaçak Nazif**, Ansiklopedik Yargıtay İçtihatları Külliyesi, Ankara 2002, s.361)



minat olma işlevini yüklense idi, bu tazminatın zarar ve kusurla bağlantılı olması gerekirdi. Böyle bir bağlantı olmadığına göre, icra inkar tazminatının manevi baskı yoluyla borcun ifasını sağlamaya yönelik olduğu düşünülebilir.

### D-Hukuksal Niteliği

Tazminat, bir zararın karşılığı olarak talep edilen ve karşı tarafı maddi bir ödemeye mahkum eden hukuksal bir yaptırım türüdür. Zarar, hukukun koruma kapsamı içinde bulunan kişiye ait maddi ve manevi varlıklarının, bunlara yönelik zarar verici eylemin gerçekleştirilmesinden önceki ve sonraki durumları arasındaki farkı anlatır<sup>6</sup>. Hukuksal anlamda zarar, maddi yada manevi olarak ortaya çıkar. Dolayısı ile zarara yol açan eylem maddi yada manevi varlıklara yönelik olmaktadır. Kasıtlı yada taksirli olan zarar doğurucu eylemler çok değişik biçimlerde ortaya çıkabilir.

Klasik anlamda tazminatı belirleyen unsurlar; zarar, haksız eylem, nedensellik bağı ve mağdurdur. Tazminatı belirleyen temel unsurlardan en önemlisi kusur ve zararın miktarıdır. Tazminatın amacı, uğranılan zararın telafi edilmesidir. Ancak, tazminat bir cezalandırma yolu değildir.

İcra inkar tazminatı ise, icra takibinin alacaklı olan tarafın genel mahkemelerde açtığı itirazın iptali davasında, borçlunun icra takibine yaptığı itirazının haksızlığı nedeniyle, borçlunun aleyhine hükmedilen bir tazminattır<sup>7</sup>. Gerçek anlamda tazminattan çok yaptırım<sup>8</sup> yönü ağır basan bir tazminat niteliğindedir. <sup>9</sup>Dolayısı ile tazminata ilişkin borçlar hukukunun genel kuralları icra inkar tazminatın da bulunmaz. Tamamen kendine özgü koşulları olan ve başka hukuk sistemleri ile diğer yasalarda bulunmayan bu tazminat bir zararın karşılığı olmadığı için, lehine inkar tazminatı verilen açısından bir zararın gerçekleşmesi koşulu aranmaz. Bir zararın doğması aranmadığı gibi ödemekle yükümlü olan kişinin kusuru da aranmaz. Dolayısı ile zarar ve kusurun karşılığı olan bir tazminat değildir. Bu tazminata nakdi olarak hükmedilmesi gerekir. İncar tazminatı istemine konu olan asıl alacağın ticari yada adi alacak niteliğinde olması inkar tazminatı verilip verilmemesi yönünden etkili de-

(6) **Karahasan M.Reşit**, Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1995, s.79

(7) **Kuru**, s.727

(8) YHGK.nun 7.1.2001, 2001/19-1028-766 sayılı kararı

(9) Y.19.HD.nin 27.9.2001, 5469/6009 (**Kaçak**, s.360)

ğildir. Ancak itirazın iptal edilip inkar tazminatı ile birlikte takibin devamına karar verilmesi halinde inkar tazminatı için ancak yasal faiz istenebilir<sup>10</sup>.

Bu tazminata, yasal bir kavram olmamakla birlikte uygulamada icra inkar tazminatı adı verilmiş ve bu adlandırma yerleşik bir hal almıştır.

### **E-İcra İnkâr Tazminatı Verilmesinin Koşulları**

#### **1. Borçlu Hakkında İlamsız İcra Takibi Yapılması**

İcra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için, her şeyden önce geçerli bir ilamsız icra takibinin olması gerekir. Bu takip para alacaklarından dolayı yapılmış bir takip olmalıdır. İcra iflas yasasında ilamsız icra yoluyla takip; genel haciz yolu ile takip (İİK 46-144 md.), kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip (İİK 167 vd.) ve rehlin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip (İİK 147, 150a md.) olarak düzenlenmiştir<sup>11</sup>. Kambiyo senetlerine mahsus takipte itiraz, satıştan başka icra takip işlemlerini durdurmayacağından (İİK 169.md.) itirazın iptali davasının açılması da söz konusu değildir. İflas yoluyla takiplerde ise, bu takip yolunu düzenleyen İİK.nun 154. vd. maddelerinde, davanın reddi halinde davalı lehine inkar tazminatı verileceğine ilişkin bir düzenleme olmadığından, davalı lehine inkar tazminatı verilmez.<sup>12</sup> Konkordato süresi içerisinde alacaklılar borçlu hakkında takip yapamazlar (İİK.md.289). Böyle bir takip yapılması halinde, borçlunun takibe itirazı haklılık kazanmış olacağından, açılacak itirazın iptali davasında inkar tazminatına hükmedilmez.<sup>13</sup>

İpoteğin paraya çevrilmesi yolundaki takiplere yapılan itiraz sonucu açılan itirazın iptali davasında istenen icra inkar tazminatı, üst sınır ipoteğinin sağladığı teminat kapsamı içinde sayılır mı? Yargıtay'a göre, borçlunun itirazının iptali halinde, en çok ipotek limiti üzerinden hükmedilen icra inkar tazminatı, belirlenen sınırı aşsa bile, ipotekli taşınmazın sağladığı teminattan ya-

(10) Y.12.HD.nin 12.6.1995, 1995/8852-8640 sayılı kararı

(11) **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.152

(12) Y.19.HD.nin 24.11.1997, 1997/12434-13087 (**Deynekli Adnan/Kısa Sedat**, İtirazın İptali Davaları, Ankara 2002, s.554)

(13) Y.19.HD.nin 28.11.1995, 1995/2398-10338 (**Deynekli/Kısa**, s.566)

rarlanır. <sup>14</sup>Keza, toplam alacak ipotek limitini aşmadan ilamsız takibe geçen alacaklının bu konuda duyarlı davrandığını kabul etmek gerekir.Sonradan borçlunun itirazı sonucu alacağın tahsilinin gecikmesinden kaynaklanan fer'i alacakların, ipoteğin sağladığı teminattan yararlandırılmaması çıkar dengesine uygun düşmeyecektir. <sup>15</sup> Borçlunun direnimi ile sonradan oluşan icra inkar tazminatı da bu fer'i alacaklar içindedir.

Para alacağına ilişkin olmayan takiplerde inkar tazminatına hükmetme olanağı yoktur.Keza ilamsız yapılmayan takiplerde de inkar tazminatı verme olanağı yoktur.İlamların icrası yoluyla para alacağına ilişkin bir takip dahi olsa inkar tazminatına hükmedilmesi mümkün değildir<sup>16</sup>. O halde takibin ilamsız ve para alacağına ilişkin olması gerekir.İlamsız icra takibine konu para alacağının kaynağının, bir mal yada hizmet olmasının icra inkar tazminatı verilip verilmemesi açısından bir etkisi söz konusu değildir.Böylece alacaklı olduğuna inanan ve ilamsız takip yoluyla hakkını arayan alacaklının, hak arayışında zayıf olan takip yolunun güçlendirilmesi sağlanmış olmaktadır.

Yapılan ilamsız icra takibinde takibin ehliyet, süre yada diğer usulü koşullardan dolayı geçersizliği söz konusu olmamalıdır.Dolayısı ile takibe ilişkin diğer usulü koşulların tam ve geçerli olarak gerçekleşmiş olması gerekir.Aksine bir durum takibin sıhhatine etki edeceğinden, geçerli bir şekilde gerçekleşmeyen takipten dolayı inkar tazminatı istenemez.Geçersiz takip şeklinde borçlu, itirazında haklı sayılır.Itirazın iptali davası borçlunun, haksız yere itirazlarını aşmayı amaçlamaktadır.Inkar tazminatı bu hukuksal engelle başvurulmasını önleme amacına hizmet etmektedir.Bu yolla takibin engellenerek alacaklının alacağına kavuşmasının geciktirilmesinin önüne geçilmiş olmaktadır. Örneğin takibin ehliyet, tebligat, ..vs. dan dolayı şikayet yoluyla

(14) *"Davacının icra takibine dayanak yaptığı ipotek, MK.nun 766, 2 maddesi anlamında bir azami meblağ (üst sınır) ipoteği olup limiti (25.000.000 TL.dır).Davacı takip talebinde alacağının ipotek limitiyle sınırlı (25.000.000 TL.) sını alıp talep ettiği gibi takip tarihinden itibaren yıllık %37 nispetinde faiz istemiştir.Oysa üst sınır ipoteğine dayalı takipte alacaklı gerek asıl alacağını gerek bunun faiz gider vergisi, takip masrafı gibi fer'ilerini ancak ipotek limiti dahilinde talep edebilir.Bunun tek istisnası İİK.nun 150 ve 67. maddelerinde yasal dayanağını bulan icra inkar tazminatıdır."* (Y.11. HD.nin 18.10.1988, 2884/5972 sayılı kararı ), Y. 11. HD.nin 23.2.1988, 1987/7882-1037 sayılı kararı (YKD 1988/7, s.946 vd.)

(15) **Postacıoğlu İlhan E.**, İflas Hukuku İlkeleri, İstanbul 1978, s.114

(16) Y.12.HD.nin 7.2.2002, 226/2609 (Kaçak, s.362)

icra tetkik mercii tarafından iptal edilmesi durumunda ortada geçerli bir ilamsız takibin varlığından söz edilemez. Aleyhine takip yapılamayacak kişiler hakkında takip yapılması durumunda da ortada geçerli bir ilamsız takip yoktur.

Hakkında yapılan ilamsız icra takibine itiraz eden borçlunun devlet olması ve itirazın iptali davasının borçlu aleyhine sonuçlanması durumunda, devlet icra inkar tazminatı ödemeye mahkum edilecek midir? Önceden belirlenmiş kurallara göre işleyen ve bütün işlemleri yazılı usullere göre kayıt altına alınan kamu tüzel kişiliğine karşı ilamsız icra takibi yapmak mümkündür. Uygulamada hemen hemen bütün ilamsız takiplere karşı kamu idaresi itiraz etmektedir. Elinde bulunan kayıtlara göre borcunu bilen yada bilmesi gereken kamu idaresi takibe yaptığı itirazında haksız mıdır? Devlet aleyhine yapılan takip geçerli olmakla birlikte, kesinleşmiş bir takip dahi olsa devlet mallarının (İİK 82/1.md.) haczi caiz değildir. Zira devlet, ilamsız icra takibine itiraz etse de etmese de, devlet mallarını haczetme olanağı olmadığından, itirazı iptal edilse bile alınacak ilam ile icra takibine haciz uygulamak suretiyle devam etme olanağı yoktur. Borçlu devlet itiraz etse de etmese de hakkında haciz uygulaması yapılamayacağından, kendi iradesi ile borcu ödemesinin dışında alacağın cebren tahsil imkanı olmadığından aleyhine inkar tazminatına hükmedilmemesi gerekir.

Yasa alacaklıya alacağını isterse ilamsız takibe konu edebilme hakkı vermektedir. Hatta bu alacak bir belgeye dayansa bile bunu ilamsız takibe konu edebilmektedir. Uygulamada, alacaklının elinde kambiyo takibi yapmasına elverişli bir senet olmasına rağmen, alacaklı borçlunun itirazı halinde inkar tazminatı alabilmek için ilamsız takip yapma yolunu seçmektedir. Zira, alacaklı elindeki senet geçerli bir senettir ve her durumda borçlu itiraz etmekle haksız duruma düşecektir.

## 2. Borçlunun İcra Takibine İtiraz Etmesi

Kendisi hakkında ilamsız icra takibi yapılan borçlu, ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde takibe itiraz edebilir. İtirazın icra müdürlüğüne yapılması gerekir. İtiraz bizzat borçlu yada vekili tarafından yapılabilir. İtiraz süresinde değilse, takip durmayacak ve itirazın iptali davası açılmayacaktır. İtirazın iptali davası açılrsa dahi, davanın açılmasında hukuksal yarar ve dayanak yoktur. Kaldı ki, usulüne uygun bir itirazın olmaması nede-

niyle bu dava itirazın iptali davası olarak nitelendirilemeyeceğinden, davacıya icra inkar tazminatı verilmez.

Borçlu, yapılan icra takibinde, borcun takibe konulduğu kadar olmadığını ileri sürerek borca kısmen itirazda bulunuyorsa, itiraz ettiği kısmın miktarını açıkça göstermesi gerekir. Aksi takdirde itiraz edilmemiş sayılır (İİK.nun 62.md.). Bu yasal koşula uyulmadan yapılan itirazda, itirazın iptali davası aleyhine sonuçlanan borçlu itiraz ettiği miktar üzerinden inkar tazminatı ödemeye mahkum edilir. Ancak, borçlu ne kadar borçlu olduğunu yada olmadığını her zaman kendi elinde olan delil ve bilgilerle bilme ve araştırma olanağına sahip olmayabilir. Böyle bir durumda, genel ifadelerle yapılacak bir itirazın geçerli kabul edilmesi gerekir.<sup>17</sup>

Takip borçlusu, ödeme emrine, borçlu olmadığına dair itiraz edebileceği gibi, başka sebeplerle de itiraz edebilir. Yani, borçlu hem borca hem de imza, yetki (50/2. md.), derdestlik, yeni mal iktisab edilmediği (müflis borçlu) (251/2.md.) sebebine dayanarak itirazda bulunabilir. İcra takibinin durdurulması ve alacağın tahsilinin geciktirilmesi açısından borcun miktarı ile diğer sebeplere istinaden itiraz edilmesi arasında fark yoktur. Zira İnkâr tazminatı, icra takibini itiraz ederek durduran ve işin çabuk bitirilmesine engel olan borçluya karşı konulmuş bir yaptırımdır. Dolayısı ile, takibi durdurmuş olması koşuluyla itiraz sebebinin önemi yoktur. Ne var ki, borçlunun her itirazına karşı, itirazın iptali davası açılmaz. Normal bir alacak davasının koşullarına tabi olan itirazın iptali davası, takip konusu alacakla doğrudan ilgisi olmayan itirazlardan dolayı başvurulacak bir yol değildir. Yetki, derdestlik gibi bu neviden itirazlar için iptal davası yerine tetkik merciinde itirazın kaldırılması yoluna başvurulması gerekir<sup>18</sup>.

### 3. Alacaklının İtirazın Kaldırılması İçin Mercie Müracaat Etmemesi

İtiraz üzerine duran ilamsız icra takibine devam edebilmek için alacaklı itirazın kaldırılması için icra tetkik merciine başvuracak veya genel mahkemelerden birinde itirazın iptali davası açacaktır. Yasa, takibe devam edebilmek için alacaklıya, aralarında doğurduğu sonuçlar itibari ile önemli farklar bulunan bu iki yoldan dilediğini seçme hakkı tanımıştır. İcra tetkik merciine

(17) Kuru, s.738 (dipnot 31a)

(18) Kuru/Arslan/Yılmaz, s.148

müracaat edebilmek için alacaklının elinde İİK.nun 68. maddesinde sayılan belgelerden birisinin olması gerekir. Böyle bir belgeye sahip olan alacaklı tetkik merciine veya mahkemeye başvuracaktır. Şüphesiz, tetkik mercii genel mahkemelerde açılan davaya göre, yargılamayı çok daha hızlı yürüterek davayı karara çıkarması mümkündür. Tetkik merci kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Ancak alacaklının elinde 68. maddede sayılan belgelerden hiç birisi yoksa alacaklının genel mahkemelerde itirazın iptali davası açmaktan başka yolu da yoktur. Alacaklı elinde, tetkik merciine başvurabilmesini mümkün kılan 68. maddede sayılan belgelerden birisi bulursa dahi, itirazın kaldırılması yolunu seçmeyip itirazın iptali davası açabilir.

Son olarak 4949 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önce İİK.nun 67/1. maddesi; "Takip talebine itiraz edilen ve itirazın kaldırılması için mercie müracaat etmek istemeyen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, umumi hükümler dairesinde, alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir" şeklindeydi. Yapılan değişiklik sonucu "itirazın kaldırılması için mercie müracaat etmek istemeyen alacaklı" ifadesi hükümden çıkarılmıştır. Böylece alacaklının itiraz edilen takibe karşı mercie başvurusundan sonra genel mahkemeye başvurup başvuramayacağı yolundaki tereddüt giderilmiş olmaktadır<sup>19</sup>. Dolayısı ile alacaklı mercie yaptığı başvuru reddedilse bile bir yıl içinde genel mahkemeye başvurarak itirazın iptali davası açabilecektir. Bu durumda inkar tazminatına hak kazanmak için alacaklının tetkik merciinde itirazın kaldırılması yoluna başvurmadan doğrudan genel mahkemede itirazın iptali davası açması gerektiğine dair bir koşuldan söz edilemez. Alacaklının tetkik merciine yaptığı itirazın kaldırılması talebi reddedildikten sonra genel mahkemeden itirazın iptalini isterse, bu dava sonucunda alacaklı davayı kazanarak duran takibe devam edebilir ve diğer koşulların varlığı halinde lehine icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerekir.

(19) "İtirazın kaldırılması için mercie başvuran ve talebi reddedilen davacı, mahkemeye başvurarak itirazın iptali davası açamaz." Y.13.HD. nin 26.9.2002, 2002/7754-9671 (YKD 2003/7, s.1095) Tetkik mercii kararı kesin hüküm teşkil etmediğinden, genel mahkemelerde yapılacak yargılama ile daha geniş delil ve ispat olanakları ile alacaklının alacağına ilişkin dava açarak hak aramasına yasal engel olmaması gerekir. Nitekim 4949 sayılı yasa ile bu tereddüt giderilmiştir.

İcra inkar tazminatına itirazın iptali davasının sonucuna göre mahkeme tarafından hükmolunur.Genel hükümlere göre açılmış bir alacak davasında inkar tazminatına hükmolunamaz.Itirazın iptali olarak açılmış bir dava alacak davasına dönüşmüş veya süresinde açılmış bir itirazın iptali davası yoksa<sup>20</sup> yine inkar tazminatına karar verilmez.

#### 4. İtirazın İptali Davası Açılması

Borçlunun itirazı üzerine duran icra takibine devam edebilmek için itirazın iptali davasının süresi içinde açılması gerekir.Yani, borçlunun itirazının alacaklıya tebliğinden itibaren bir yıl içinde (67/1.md.) bu davanın açılması gerekir.Itiraz tebliğ edilmemiş ise, takip düşmediği sürece her zaman dava açma olanağı vardır.Dava açma süresinden sonra itirazın iptali talebiyle açılan ve inkar tazminatı talep edilen dava, itirazın iptali olarak nitelendirilemez.Süresinde açılmayan bu dava normal bir alacak davası olduğu için inkar tazminatı verme olanağı yoktur.

##### a) Davacı

Davacı, davaya konu edilen takip talebinde alacaklı olarak görünen kişidir.Bu kişi gerçek yada tüzel kişi olabilir.Alacağın temlik halinde, eski alacaklının yerini, yeni alacaklı olarak, alacağı temlik alan alacaktır.Alacaklı takibe ehil değilse, yasal temsilcisi onun adına bu takibi yapacaktır.

##### b) Davalı

Davalı, takip borçlusu olan kişidir.Bu kişi gerçek yada tüzel kişi olabilir.Davalı, husumet ehliyetini haiz değilse, davayı onun adına yasal temsilcisi yürütecektir.Ancak, davanın sonuçları gerçek borçlu hakkında hüküm ifade edecektir.İİK.nun 67/3. maddesinde borçlunun kısıtlı olması nedeniyle hakkında yapılan takiplerde, onun adına itirazları veli yada vasiinin yapacağı belirtilmiştir.Veli, vasi yada mirasçının itirazda kötü niyetli olması halinde, borçlu hakkında inkar tazminatına hükmedilecektir.

Takipten sonra davalı borçlunun değişmesi halinde ortada yeni bir takip yoktur.Takip, önceki borçlu hakkındaki takibin devamıdır.Örneğin, borcun nakli yada borçlu tacirin iflas etmesi halinde, davanın borcu devralan kişi ya-

---

(20) Y.11.HD.nin 28.5.1986, 1986/3141-3278 sayılı kararı

da iflas masasına yöneltmesi gerekir. Bu durumda, inkar tazminatının da yeni borçlu-davalı hakkında hükmedilmesi gerekir.

Alacağın temlik edilmiş olması borçlunun hukuksal durumunda bir değişiklik meydana getirmez. Önceki alacaklı tarafından açılan itirazın iptali davasına, temlik edilen yeni alacaklı devam edebilir. <sup>21</sup>Borçlunun alacağı temlik alan kişiden alacaklı olması halinde, takip kesinleşmemiş ise yeni alacaklıya karşı takas def'inde bulunabilir. Takip kesinleşmiş ise, temliki öğrendiği tarihten itibaren İİK.nun 65. maddesine göre üç gün içinde gecikmiş itiraz yoluyla takas def'inde bulunabilir.<sup>22</sup>

İtirazın iptali davası devam ederken davalının iflas etmesi durumunda, iflasın açılması İİK.nun 193. maddesine göre, borçlu aleyhinde yapılan takipleri durdurur. İflas kararının kesinleşmesi ile duran takipler düşer (İİK.nin 193/2). İflas eden borçlu hakkında hükmedilen inkar tazminatının da masaya kaydına karar verilmesi gerekir. <sup>23</sup>Dava devam ederken iflasına karar verilip kesinleşen borçlu hakkındaki davaya esas alınan takipler düşmüş olduğundan, davanın dayanağını oluşturan bir takip bulunmamaktadır. Bu durumda geçerli bir takibin varlığı koşuluna bağlı olan icra inkar tazminatının da dayanağı kalmamış olacaktır.<sup>24</sup>

Davalının kamu kurumu olması, itiraza haklılık kazandırmaz. Yasa, itirazında haksız çıkan borçludan bahsediyor. Kamu kurumları hakkında itiraza haklılık kazandıran ayırıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, İİK.nun 82/1. maddesine göre devlet mallarının haczi caiz olmadığından, kamu aleyhine inkar tazminatı verilmemelidir. Özel yasalara göre takip yapan kamu kurumları açısından, kendi kurum ve takip usulüne ilişkin özel yasalarındaki hükümlere bakmak gerekir.

*"Davalı kurumdan %40 icra inkar tazminatının tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Gerçekte, 506 sayılı yasanın 80/4. maddesi gereği uygulanması gerekli 6183 sayılı yasanın 58/5. maddesinde itirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu*

(21) **Kuru Baki**, "İcra Takibi Konusu Alacağın Temliki", Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Ankara 1977, s.218

(22) **Kuru**, agm, s. 219

(23) Y.19.HD.nin 5.11.1999, 1999/5400-6534 (YKD 2000/2, s.253)

(24) Y.19.HD.nin 29.5.1997, 1997/1924-5543 (YKD 1998/9, s.1356)



miktardaki kamu alacağıının %10 zamlı tahsil edileceği öngörülmüş olup yasa alacaklı kurumun tazminatla yükümlü alacağına ilişkin bir hüküm mevcuttur değildir"<sup>25</sup>

### 5. Talep

İcra inkar tazminatına karar verilmesi için, hak kazanan tarafın bunu talep etmesi gerekir. İncar tazminatı kamu düzenini ilgilendirmeyen, talep edilmedikçe mahkemece resen gözönüne alınmayan bir tazminattır. İİK'nun 67/2. maddesinde "diğer tarafın talebi üzerine" şeklinde, açıkça talep edilmesi koşuluna bağlanmıştır. Dolayısı ile talep olmadıkça inkar tazminatına hükmedilmez. Talep koşulu hem alacaklı hem borçlu için geçerlidir.

Özellikle rücu tazminat istekleri nedeniyle açılan itirazın iptali davalarında selefın isteyemeyeceği icra inkar tazminatını halef durumunda olan (sigorta şirketi tarafından da) kişi de isteyemez<sup>26</sup>.

Talep dava dilekçesi ile yapılabileceği gibi, Yargıtay'ın itirazın kaldırılması davası nedeniyle verdiği icra inkar tazminatının mahiyetini açıklayan hukuk genel kurulu kararı gereğince, itirazın iptali davalarında da hüküm verilinceye kadar talep edilmesi mümkündür.<sup>27</sup>

(25) Y.21.HD.nin 9.11.2000, 2000/7412-7708 (YKD 2001/7, s.1068)

(26) Y.11.HD.nin 25.4.1986, 1986/1985-2478 sayılı kararı (Ulaş Işıl, Uygulamalı Sigorta Hukuku, Ankara 2002, s.174)

(27) "Uyuşmazlığın dayanağı olan İİK'nun 68/son maddesinde ve aynı yasanın 169/a-6, 170/3 maddelerinde, icra tetkik merciiince yüzde kırktan aşağı olmamak üzere hükmedilmesi öngörülen tazminatlar, özellikle borçluların süre kazanmak kastıyla takibe karşı yaptıkları haksız itirazların önlenmesi ve alacaklıları da, takiplerinde daha dikkatli olmaya sevk etmek için konulmuştur. Zararın başladığı tarihten yargılama sürecinin sonuna kadar oluşacak taraf zararlarının, karşılanmasını amaçlamaktadır. İİK'nun 68/son, 169/a-6 maddelerinde bu tazminatı talep için belirli bir süre koşulu öngörülmemiştir. Ancak dava açılması halinde tazminatın tahsilinin bu dava sonuna kadar tehir olunacağı hükmü yer almaktadır. İİK'nun 170/3 maddesinde ise, tazminata hükmedilmesi için talep şartı dahi aranmamaktadır. Açıklanan nitelikleri gözönüne alındığında, HUMK'nun 185. maddesindeki - davanın, karşı tarafın iznine bağlı olarak tevsi edilebileceği - kuralının, takip hukukuna ilişkin bu tazminatlar yönünden uygulama yeri bulunmamaktadır.

Öte yandan, doktrinde benimsenen ve mahkemece de kabul edildiği şekilde, İİK'nun 68. maddesindeki icra inkar tazminatının, talep şartına bağlı olması nedeniyle bu talebin mutlaka dava dilekçesinde yer alması gerektiği aksi halde iddianın genişletilmesi sa-

## 6. İtirazın Haksız Yapılması

### a) Borçlunun Haksızlığı

İlamsız takibe itiraz eden borçlunun icra inkar tazminatına mahkum edilmesi için, borçlunun itirazının kötü niyetli olması yasal bir koşul değildir. Bu nedenle, iyi niyetle itiraz etmiş olsa dahi, takibi durdurup alacağın tahsilini geciktiren borçlu itirazında haksızdır ve inkar tazminatına mahkum edilmelidir. Buradaki haksızlık, borçlunun ödeme emrine karşı yaptığı itirazının haksızlığıdır.<sup>28</sup>

---

*vunması ile karşılaşılabileceği görüşünün icra inkar tazminatının özelliği ve niteliği ile bağdaşıp bağdaşmayacağı üzerinde de durulmalıdır. Bilindiği üzere uygulamada icra-inkar tazminatı olarak nitelendirilen bu tazminat türü, İİK'nun sadece dava konusu olan 68. maddesinde değil, aynı yasanın 67, 68/a, 69, 72, 169/a ve 170. maddelerinde de yer almış bulunmaktadır. Bu tür tazminatın amacı bir yönden, borçluları dayanaksız bir şekilde icra takibine itiraz etmekten men etmek, diğer yandan ise itiraz veyahut ihtiyati tedbir alınmak suretiyle durdurulan icra takibi nedeniyle alacağına zamanında kavuşmayan alacaklının, bu sebepten kaynaklanan zararın ayrı bir davaya gerek olmaksızın giderilmesini sağlamaktır. İşte bu nedenledir ki, yasada icra inkar tazminatına taban olarak % 40 oranı öngörülmekle yetinilmemiş, alacaklının ileri sürüp kanıtlayabilmesi halinde tazminata bu oran üzerinde de hükmedileceği kabul edilmiş bulunmaktadır. Yukarıda sayılan tüm maddelerde varsayılan zarar, icra takibine itiraz veyahut ihtiyati tedbir kararı alınıp, uygulaması anından itibaren başlayıp, itirazın kaldırılması, itirazın iptali, veyahut menfi tesbit davası sonuçlanıncaya kadar olan devrede oluşan zarardır. Görülmekte olan bir dava sırasında oluşacak zarar miktarı dava açılması sırasında bilinmesi mümkün olmadığına göre, alacaklının bu tür davalar sırasında oluşabilecek tüm zararını alabilmesi amacıyla icra inkar tazminatına hükmedebilmek için (talep) şartı bulunan hükümlerdeki bu şartın sadece dava dilekçesinde yer alması gerektiğinin ileri sürülmesinin, hükmedilecek bu tazminatın niteliği ve kapsamı ile bağdaşmadığı görülmektedir. Bunun dışında yerleşmiş Yargıtay uygulamasına göre, icra inkar tazminatına, görülen davada hükmedilmesi gerektiği, bu tür tazminatın ayrı bir dava ile istenemeyeceği de dikkate alındığında, talep şartının sadece dava dilekçesi ile sınırlandırılmasının menfaatler dengesine uygun düşmediğinden bir başka deyişle, adaletli sonuç doğurma imkanı tanımadığından bu görüş benimsenmemiştir.*

*Kaldı ki bozmadan sonra bu tazminat talep edilmiş ve davacı vekilince bu isteğe açıkça karşı çıkılmamış bulunmaktadır.*

*Bu itibarla Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi doğru değildir. O halde usul ve yasaya uygun bulunmayan direnme kararı bozulmalıdır “(YHGK.nun 19.4.1995, 1995/12-296-404 sayılı kararı).*

(28) Kuru, s.734

Haksızlık hangi tarihe göre olacaktır.Genel hükümlere göre açılan alacak davalarında haklılık durumunun dava tarihine göre belirlenmesi gerekmekte ise de, haksızlık takibe yönelik<sup>29</sup> bir kavram olduğu için, itirazın iptali davalarında haklılık durumunun takip tarihi itibarı ile gözetilmesi gerekir.<sup>30</sup>Haklılık yada haksızlığın değerlendirilmesi takip hukuku kuralları içinde yapılmalıdır.Zira, her dava açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirilmekle birlikte, itirazın iptali davasının amacına bakıldığında, amaç takip hukuksal kaynaklanan sebeplerle itiraz üzerine duran takibin devamını sağlamaktır.Davanın sebepleri itibarı ile geçmişte başlatılmış bir hukuksal süreç bulunmaktadır.Dolayısı ile hak arayışının başlangıcı icra takibinin başlangıcıdır.Dava, bu süreci kesen engeli (itirazı) aşmayı amaçlamaktadır.Inkar tazminatı da takip tarihindeki koşullara göre değerlendirilir.Borçlunun sonradan haklı yada haksız duruma düşmesi önemli değildir

*"İtirazın iptali istemine ilişkin davanın konusu kalmamış olmakla beraber, takibe itiraz haksız olarak yapılmışsa İİK'nun 67. maddesi hükmünce icra inkar tazminatına hükmedilmesi gereği düşünülmeden yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır. Mahkemece yapılacak iş icra takibine yapılan itiraz nedenleri incelenerek, haklı, yada haksız sayılması gerektiği yönü takdir edilerek sonucuna göre hüküm kurmaktan ibarettir"<sup>31</sup>*

Borçlu haksız itirazda bulunmakla birlikte dava açılmadan önce ödemede bulunursa, takibe yapılan itiraz ortadan kalkmış olacaktır.Bu durumda davanın dayanağı kalmamış olmaktadır.Ödeme emrine itiraz edip takibi durduran borçlu dava açılmadan önce ödemede bulunarak borcundan kurtulmakla birlikte bunu alacaklıya bildirmeyerek davanın açılmasına sebebiyet verecek olursa, davanın konusu kalmasa dahi, inkar tazminatı ödemeye mahkum edilmelidir.Çünkü borçlu ödeme emrine itiraz ettiği tarihte borçludur ve itirazında haksızdır.<sup>32</sup>Aksi takdirde davadan önce borcu icraya ödemiş olan borçlu, ödemenin davadan önce yapıldığını alacaklının bildiğini ispat etmelidir.Edemediği takdirde inkar tazminatı ödemekle yükümlüdür.Davadan önce alacaklı ve borçlu, alacak hakkında takas, tecdit veya sulh yo-

(29) Y.11.HD.nin 3.6.2002, 2002/2078-5620 sayılı kararı

(30) Y.19.HD.nin 5.4.2001, 8790/2517 (YKD 2003/5, s.757)

(31) YHGK.nun 6.12.1995, 1995/876-1079 sayılı kararı

(32) **Kuru**, s.739

luna başvuracak olurlarsa bu işlem, itirazın olumsuz etkilerini karşılıklı anlaşarak ortadan kaldırdıkları anlamına gelir. Bu durum ayrıca bir anlaşma olmadıkça, inkar tazminatı talebinden de zımnen vazgeçildiği anlamını taşır. Davacının, dava açılmasından sonraki feragatı yada davalının davayı kabulü kendisi açısından haksızlığını göstermiş olacağından, talep varsa diğer tarafta inkar tazminatı verilmesi gerekir<sup>33</sup>.

*“Davalı borçlu her ne kadar borcunu bu davanın açılmasından önce 18.4.1996 tarihinde ödemiş ise de bundan davacıyı haberdar ettiğini ve davacının borcun icra dosyasına ödendiğini bilmesine rağmen itirazın iptali davası açtığını ispat edememiştir. Bu nedenle davalı borçlunun alacağın tümü üzerinden icra inkar tazminatı ile sorumlu tutulması gerekir.”*<sup>34</sup>

Alacaklı tarafından yapılan icra takibi, borçlu tarafından alınan tedbir kararı ile durdurulmuş ise, menfi tespit davasında, davanın reddedilen bölümü için İLK.nun 72/4. maddesi gereğince tazminata hükmedilmesi gerekir. Zira, alınan tedbir kararı ile icra takibinin durdurulmasında borçlu haksız sayılmamıştır<sup>35</sup>. Çünkü, tedbir kararı nedeniyle alacaklı alacağını geç almıştır.<sup>36</sup>

*“...Bir sosyal güvenlik kuruluşu olan, Sosyal Sigortalar Kurumunun icra takibi yapmakta kötü niyetli olmadığı düşünülmesizin kurum aleyhine icra inkar tazminatına hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır.”*<sup>37</sup>

Yasa, kötü niyet koşulunu açıkça aradığı durumu açıklamıştır. İLK.nun 67/3 de icra takibindeki alacağı itiraz eden kişinin takip borçlusunun velisi, vasisi, kayyımı yada mirasçısı olması durumunda, takibe konu borç, itiraz eden bu kişilerin kendi eylemlerinden doğan bir borç olmadığı için, bu kişilerce yapılan itirazlarda, itiraz edenin inkar tazminatı ile yükümlü tutulabilmesi için, takibe kötü niyetle itiraz ettiklerinin ispat edilmesi gerekir. Kötü niye-

(33) *“Kambiyo senetlerine mahsus takip yoluyla hakkında icra takibine geçildikten sonra, borçlunun süresinde itiraz etmesi üzerine icra dosyasına gelerek ‘yanlış borçlu gösterilerek yapılan takipten vazgeçiyoruz’ sözcüklerini kullanarak takipten feragat eden alacaklının icra tazminatına mahkum edilmesi gerekir.”*(YHGK.nun 20.9.2000, 2000/12-1104-1156, ABD 2000/4, s.359)

(34) Y.13.HD.nin 17.11.1997, 1997/8334-9244 sayılı kararı

(35) Y.13.HD.nin 2.5.2002, 2002/120-2255 sayılı kararı

(36) Y.19.HD.nin 5.2.1998, 1997/7563-1998/470, Y.13.HD.nin 2.5.2002, 2002/120-2255 sayılı kararı

(37) YHGK.nun 7.5.2003 tarih 2003/10-328-328 sayılı kararı

tin arandığı bu itirazda fiilen itiraz edenle borçlu kişi farklıdır.Hukuken borçlu görünen kişi kısıtlı, takibe itiraz eden kişi ise yasal temsilcidir.

Burada, kötü niyetin ne olduğunun belirlenmesi gerekir.Kötü niyet veli, vasi, kayyım veya mirasçının, temsilcisi oldukları kişinin borçlu olmadığını bildikleri halde ödeme emrine itiraz etmiş olmaları durumudur.Yasa, kötü niyetin ayrıca belirlenmesini istediğine göre, bu kişilerin kötü niyetle itiraz ettiklerinin ispatı alacaklıya düşmektedir.Şayet kötü niyet mahkemece sabit görülür ise, hükmedilen inkar tazminatını temsilci olan bu kişiler değil, takip borçlusu olarak görünen kişi ödemekle yükümlüdür.Ancak küçük yada mahcur, kötü niyetli temsilciden genel hükümlere göre, uğradığı zararın tazmini ni talep edebilir.<sup>38</sup>

Ödeme emrine itiraz edilen borcun; veli, vasi veya kayyımın velayet, vesayet veya kayyım görev ve hizmetlerinden kaynaklanması durumunda, temsilci olan kişiler itiraz ettikleri ödeme emrindeki borcun gerçek borçlusu gibi sorumlu oldukları için, bu tür işlemlerden kaynaklanan borçlar için ayrıca kötü niyet aramaya gerek yoktur.

Kötü niyet koşulu, itirazın haksızlığı ile birlikte aranan bir koşul mudur? Yoksa, itiraz haksız olmasa bile borçlu temsilcisi olan kişinin sadece itirazında kötü niyetli olması yeterli midir?Esasen kötü niyetin içinde haksızlık vardır.Itiraz eden kişi itirazında kötü niyetli ise aynı zamanda itirazında haksızdır.Kötü niyet, haksız itiraza göre daha kapsayıcıdır.Bu nedenle yasa koyucu ayrıca itirazın haksızlığını aramamıştır.Temsilci üçüncü kişi tarafından yapılan bir itirazda, inkar tazminatına hükmedebilmek için bizzat borçlu ve ehliyetli olan kişi tarafından yapılan itiraza göre, daha sıkı koşulların aranması gerekeceği düşüncesinden hareketle, temsilci durumundaki kişiler için ayrıca haksızlık koşulunu aramaya gerek yoktur.

#### **b) Alacaklının Haksızlığı Ve Kötü Niyeti**

Alacaklının inkar tazminatı ile yükümlü sayılması için açtığı itirazın iptali davasının borçlu lehine sonuçlanması, dolayısı ile davanın reddedilmesi gerekir.Açtığı itirazın iptali davası tamamen reddedilen alacaklı, kural olarak takibinde haksız sayılır.Ancak borçlunun haksızlığında olduğu gibi alacaklının

(38) Kuru, s.760

haksızlığında da takibe konu alacağın likit olması gerekir. Bundan amaç alacaklının, takip talebindeki miktardan daha az alacaklı olduğunu yada alacaklı olmadığını bilmesine rağmen borçlu aleyhine takip yapmasıdır. Alacaklının inkar tazminatına mahkum edilmesi için, takibin haksızlığının yanı sıra açıkça kötü niyetle yapılmış olması koşulu vardır. Takibe konu alacağın bulunmadığını bildiği yada bilmesi gerektiği halde, icra takibine girişen kişi kötü niyetlidir. Alacağın zamanaşımına uğraması, bunun takip edilmesini engellemeyeceği gibi, böyle bir takipte alacaklı kötü niyetli sayılmaz.

Kötü niyet, borçlunun takibe karşı yaptığı itirazına yönelik bir kötü niyet değildir. Buradaki kötü niyet, olmayan alacağın takibine yönelik bir kötü niyet olarak değerlendirilmelidir.<sup>39</sup> Takip konusu senedin teminat senedi olması nedeniyle takibin geçersiz sayılması durumunda alacaklı haksız ve kötü niyetli sayılmalıdır.

Alacağın kendisine ödendiğini bilen kişi aynı alacak için yaptığı takibinde kötü niyetlidir. Bu kötü niyetin borçlu davalı tarafından ispat edilmesi, en azından ispata gerek kalmayacak kadar dosya kapsamından bunun açıkça belli olması gerekir<sup>40</sup>. Alacaklı, alacaklı olduğuna inanarak yaptığı takibinde takip ve usul hukukunun kurallarına göre alacağını ispatlayamaması, dolayısıyla ile açtığı itirazın iptali davasının reddedilmesi sonucu takibinde haksızlığa düşmüş olsa bile, kötü niyetli sayılmayacaktır. Her takibe girişen kişi usul kurallarına göre alacaklı olduğunu ispat edememesi nedeniyle haksız ve kötü niyetli sayılacak olsa, kendisine davayı kazanmaktan başka seçenek kalmamaktadır. Bu durum hak arama özgürlüğüne ve alacağını takip etme hakkını kullanmasına aykırı düşmektedir. Ayrıca, alacaklının alacağına yönelik elinde delil bulunmakla birlikte, ispat açısından yeterli olmaması da kötü niyetli olmadığını gösterir.

Kötü niyet tamamen deruni, sübjektif bir kavramdır. Kötü niyetin varlığına dayanarak, inkar tazminatına hükmedilebilmesi için, iç dünyaya ait olan tutumun ve durumun, dışa yansıyan objektif hukuksal verilerinin olması gerekir. Dış dünyaya yansıyan ve normal bir insandan beklenmeyen bu davranışların, hukuksal bir kavram haline gelen 'kötü niyet' olarak nitelendirilmesinde objektif ölçülere başvurulması gerekir.

---

(39) Y 11.HD.nin 3.6.2002, 2002/2078-5620 sayılı kararı

(40) YHGK.nun 10.4.2002, 2002/19-282-299 sayılı kararı

*“Alacağının bulunmadığını bildiği veya bilmesi gereken bir durumda olduğu halde, icra takibine girişen alacaklı, kötü niyetli kabul edilir.Örneğin, alacağı kendisine tamamen ödenmesine rağmen icra takibine girişen veya kefil hakkında kefalet limitinin üzerinde bir miktar için takip yapan alacaklı, icra ve iflas kanununun 67. maddesi anlamında kötü niyetli sayılmalıdır.”<sup>41</sup>*

### 7. Takibe Konu Alacağın Likit Olması

Takip talebine itiraz edilen alacaklının açtığı itirazın iptali davasında ; talep üzerine iki tarafın durumuna, dava ve hükmolunan şeyin tahammülüne bakılacaktır.Buna göre hakim, red veya hükmolunan meblağın yüzde kırkıdan aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkum edilmesine karar verecektir.Borçlunun haksızlığının yada alacaklının takipteki kötü niyetinin belirlenmesi için ortada belirgin yada belirlenebilir miktarın olması gerekir.Böyle bir miktar olmalı ki, bu miktar bilinmesine rağmen yapılan takip yada itirazın haksız olduğu sonucuna varılabilsin.

İlamsız takibe konu edilen alacağın likit olması durumu hangi tarihe göre belirlenecektir?Yasa koyucu, takibin gereksiz yere sürüncemede kalmasını engellemek amacıyla icra inkar tazminatını ihdas ettiğine göre, bu tarihin belirlenmesinde icra takibi ile başlamış olan hukuksal sürecin baz alınması gerekir.O halde, alacağın likit olup olmadığının takip tarihine göre belirlenmesi gerekir.Bu nedenle Yargıtay'ın dava tarihini esas alan, *“...kabule göre de, alacağın dava tarihinde belirlenebilir (likit) olmadığı, ancak yargılama sonucuna göre haklılık durumunun tesbit edilebileceği, bir başka anlatımla uyuşmazlığın yargılamayı gerektirdiği düşünülmeden inkar tazminatına karar verilmesinde isabet görülmemiştir”<sup>42</sup>* şeklindeki kararına katılmıyorum.

*“Gerek icra takibi tarihinde, gerekse dava tarihinde tazminat alacağı henüz likit halde değildir.O halde, davacının icra inkar tazminatı isteminin reddedilmesi gerekir”<sup>43</sup>*

Yasada açıkça alacağın likit olmasına dair bir hüküm yoktur.Bir alacağın likit olup olmadığı 13.12.1967 tarih 1966/4-1344-615 sayılı kararı ile açıklığa kavuşturulmuştur.O halde likit olma durumu hangi alacaklar için geçerlidir?

(41) YHGK.nun 10.4.2002, 2002/19-282-299 sayılı kararı

(42) Y.19.HD.nin 30.6.1999, 1999/2836-4560 sayılı kararı

(43) Y.11. HD.nin 23.12.1996, 1996/8492-9039 (Ulaş, s.785)

### a) Likit Sayılan Alacaklar

#### aa) Alacağın Belli Ve Sabit Olması

Likid olan alacakta, alacağın miktarı bellidir. Açıkça belli olmasa bile borçlu ne kadar borçlu olduğunu tespit edebiliyor veya edebilecek durumda yada tespit edebilmek için gerekli olan unsurlara ve bilgilere sahip ise, alacak yine likit ve muayyen sayılır<sup>44</sup>. Likit bir alacağın gerçek miktarını belirlemek için, alacaklı ve borçlunun anlaşmalarına yada bir mahkeme kararına ihtiyaç yoksa bu alacak sabit ve belirli bir alacaktır.

*“Davaya konu takipte alacak, sözleşmede kararlaştırılan taşıma ücretinin tahsili olduğuna göre, likit olup itirazın haksızlığına karar verildiğine göre icra inkar tazminatına hükmedilmesi gerekir.”<sup>45</sup>*

*“Davalı sigorta şirketinin kendi düzenlediği tazminat makbuzu ile hasar bedelini somutlaştırıp likit hale getirmiş bulunmasına göre<sup>46</sup>”* alacak likit sayılmalıdır.

Alacaklının itirazın iptali davası açması için esasen elinde bir belgenin bulunması şartı yoktur. Elinde hiçbir belge olmasa dahi (58/4.md.) alacaklı ilamsız takip yoluna başvurabilir. Ancak, alacaklının elinde itirazın kaldırılmasını sağlayacak 68. madde de sayılan belgelerden birisi varsa, alacak likit sayılmalıdır. Böyle bir belge ile itirazın iptali davası açan alacaklının davayı kazanması halinde inkar tazminatına da hak kazanması gerekir.

#### bb) Alacağın Miktarının Bilinmesi Veya Bilinmesinin Mümkün Olması

Alacağın belli, muayyen, likit yada belirlenebilir olmasından amaç, alacak miktarının objektif ölçülere göre bilinebilir veya belirlenebilir olmasıdır. Elbette her alacak belirlenebilir bir alacaktır. En azından bu yargılama sonunda anlaşılacaktır. Alacağın belirlenebilir olması demek, normal bir alacaklı kişinin alacağın miktarını bilebilir yada kolay ve bilinen ölçülere göre belirleyebilir olmasıdır. Yoksa, borçlunun yada alacaklının kendi saikinde bildiği

(44) YHGK.nun 12.3.2003, 2003/19-109-152 sayılı kararı

(45) Y.11.HD.nin 3.6.2002, 2002/2078-5620 sayılı kararı

(46) Y.11.HD.nin 24.6.2002, 2002/2616-6486 sayılı kararı (Ulaş, s.516)



yada bilebileceği yol ve ölçülere göre bilinebilirlik değildir. Dolayısı ile sübjektif değil objektif ölçülere göre belirlenebilir olma söz konusudur.

Alacağın gerçek miktarı açık bir şekilde belli olmayabilir. Ancak borçlu, borca ilişkin miktarı belirleyebilmesi için borcun bütün unsurlarını biliyor ise yada bilmesi gerekiyor ise, alacak-borç yine muayyen sayılmalıdır. Örneğin, kaçak enerji bedeli, Enerji Tabii Kaynaklar Bakanlığının tarifeler talimatnamesine göre hesap edilebilir nitelikte olduğundan, alacak likit sayılır<sup>47</sup>. Bu nedenle inkar tazminatına hükmetmek gerekir. Burada, alacağın, basit bir hesap işlemi ile belirlenebilmesi alacağı likit yapmaktadır.

Keza borçlu, borcun miktarını basit ve kolayca yapabileceği bir araştırma sonucunda belirlemesi mümkün ise, başka bir anlatımla borçlu yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tesbit edebilir durumda ise, alacağın likit ve muayyen olduğunun kabulü zorunludur<sup>48</sup>. Bir alacağın likit olup olmadığının belirlenmesi çoğu kere somut uyuşmazlıklara göre ortaya çıkan uygulamaya ile mümkün olmaktadır. Örneğin, sonuç olarak borç bir miktarı göstermekle birlikte, borca ilişkin miktar ve sonucun kolayca hesaplanması yolu varsa, borçlu bunu bilebilecek durumdadır ve böyle bir borca itiraz etmekle haksızdır. Bu nedenle alenilik kazanmış hesaplama tarifelerine göre belirlenen borçlarda ve tarafların önceden belirledikleri anlaşma kriterlerine göre belirginleşen borçlarda borcun tespiti her zaman mümkündür. Örneğin, avukatlık asgari ücret tarifesine göre tesbit edilecek olan vekalet alacağı belirlenebilir niteliktedir. Öte yandan, alacağın belirlenebilmesi ve muayyen sayılması için alacağın muhakkak bir belgeye bağlı olması koşulu yoktur. Borçlu tacir, ticari defter ve kayıtlarını düzenli tutmak ve takip etmek zorundadır. Borçlu tacir yasa ve usule göre tuttuğu defterlerini incelese idi, buradaki kayıtlara göre borcu belirlenebiliyor ise, borçlu bu kayıtları inceleyerek borcunu bilebilecek durumda olduğundan böyle bir borca itiraz etmekte haksız sayılmalıdır.<sup>49</sup> Basiretli bir tacirin böyle bir inceleme ve araştırmayı

(47) YHGK.nun 7.11.2001, 2001/19-1028-766 sayılı kararı (Aksine karar; Kaçak elektrik kullanımı nedeniyle icra takibine konu edilen alacak yargılama sonucu belirlendiğinden likit değildir. Bu nedenle icra inkar tazminatına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır. (Y.4.HD.nin 7.2.2002, 2001/10153-1361 sayılı kararı) (Yılmaz Halil/Kütük Ahmet, Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Emsal Kararları, Ankara 2002, s.60)

(48) 13.HD.nin 11.4.2000, 2000/2714-3232, YHGK.nun 7.11.2001, 2001/19-1028-766

(49) YHGK.nun 4.6.2003, 2003/15-404-381 sayılı kararda karşı oy yazısı

yapması gerekir.Faiz alacakları yönünden bunu söylemek her zaman mümkün olmayabilir.Uygulamada faiz hesabı için mahkemelerce dahi bilirkişi incelemesine başvurulmaktadır.Zira, ülkenin yaşadığı enflasyon ve ekonomik durum faiz oranlarının sürekli ve kısa aralıklarla değişmesine sebebiyet vermektedir.Sabit bir orana bağlı olmayan ve sürekli değişen faiz oranları muayyen olmadığından faize itirazlarda, alacağın likit olmadığını kabul etmek gerekebilir.

*“Somut olayda, davalı defterine işlenmiş olan faturanın miktarı likit (muayyen) olmakla beraber; istenen birikmiş faizin miktarı ise muayyen olmayıp, yargılama sırasında bilirkişi incelemesi sonucu saptanmıştır.Bu durumda, sadece muayyen olan asıl alacak üzerinden icra inkar tazminatının hesaplanması gerekirken, muayyen olmayan ve bu nedenle davalının itirazında haklı bulunduğu işlemiş faiz üzerinden de icra inkar tazminatının hesaplanması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”<sup>50</sup>*

Borçlu karz akdinden kaynaklanan borcunu bildiği yada bilebilecek durumda olduğu için herhangi bir belge olmasa dahi, karz akdinden kaynaklanan alacak için yapılan takipte alacak likittir.<sup>51</sup>

Birim fiyatı ve tüketim miktarı önceden belli olan bir malın yada hizmetin bedelinin gerçek miktarını tespit etmek için mutlaka bir mahkeme kararı na ihtiyaç yoktur.Bu durumda alacak belirli ve likit sayılır.Örneğin elektrik, su, doğalgaz gibi tüketim birim fiyatları ve tüketim miktarı tarife ve sayaçlar ile kolayca belirlenebilen alacaklar böyledir.

İcra takibine itiraz edildiği tarihte, alacak miktarının belirlenmesini sağlayacak yürürlükte olan bir tebliğ bulunması durumunda, haksız olarak itiraz edilen borç miktarının belirlenmesinde, borçlu ne miktarda borçlu olduğunu bilebilecek durumdadır. Dolayısı ile yasal durum çerçevesinde belirlenebilen borç likit borçtur.<sup>52</sup>

Telefon aboneliği hakkında yürütülen icra takibinde, borçlu ne kadar telefon borcu olduğunu yürürlükte olan hüküm ve abonman sözleşmesine göre bilebilecek durumda olduğundan alacak likit sayılır<sup>53</sup>.

(50) YHGK.nun 4.6.2003, 2003/15-404-381 sayılı karar

(51) **Kuru**, s.735

(52) Y.13.HD.nin 25.5.1999, 1999/3808-4233 sayılı kararı

(53) **Kuru**, s.744

Satın aldığı mal bedelinin borçlu tarafından ödenmemesi nedeniyle girilen icra takibinde, mal bedeli belli ve borçlu tarafından bilindiğinden alacak likit sayılır<sup>54</sup>.

Haricen satılan taşınmaz bedelinin iadesine ilişkin icra takibinde, borçlu ödemesi gereken borç miktarını bildiği ve bilmesi gerektiği için alacak likit sayılır<sup>55</sup>.

Miktarı, içeriğinden belli olan sözleşmelerden doğan borçlarda, borç miktarı likittir.Kira sözleşmesi, satış sözleşmesi, kredi sözleşmesi...vb.

### **b) Likit Sayılmayan Alacaklar**

Alacağın miktarını haricen belirlemek her zaman mümkün değildir.Alacağın belirlenebilir olmasına ilişkin yukarıda bahsedilen koşulların mevcut olmaması halinde alacak likit ve muayyen değildir.Özellikle haksız fiilden ve sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan borçlarda alacak likit değildir.Borçlu mevcut bilgi ve belgeleri ile borcunu belirleyemiyor veya borcunun miktarını alacaklının elinde bulunan belgelerden öğrenme durumunda ise ve bu belgeler kendisine gönderilmeden yapılan takibe itiraz etmişse (örn. kesin hesap, hesabın katı vs.) bu tür alacakların açıklığa kavuşması için yargılama faaliyetine ihtiyaç vardır.Dolayısı ile alacak-borç likit değildir.

### **aa) Sonucunun Yargılamaya Bağlı Olması**

Özellikle zararın ve alacağın belirlenmesinin delillerin toplanarak yapılacak bir yargılama sonucuna bağlı olduğu durumlarda alacak muayyen olmadığı gibi belirlenebilir de değildir.Bu durum genellikle tazminat davalarında ortaya çıkar.Tazminat zararın karşılığıdır.Zararın belirlenmesi yargılamayı zorunlu kılar. <sup>56</sup>Zaman zaman yüksek mahkemenin alacağın yargılamayı gerektirir olması, dolayısı ile yargılamayı gerektiren bir alacağın da muayyen olmayacağı sonucundan hareketle inkar tazminatı verilemeyeceğine ilişkin kararları mevcuttur. Örneğin, ferdi koltuk kaza sigortasında, sigortalının araçta seyahat etmekte olduğunun ispatı yargılamayı gerektirdiği için, davalı durumunda olan sigortacının takibe itirazı haksız kabul edilemeyeceğinden, inkar

(54) **Kuru**, s.743

(55) **Kuru**, s.758

(56) YHGK.nun 7.11.2001, 2001/19-1028-766 sayılı kararı

tazminatı verilmez<sup>57</sup>. Yine ortaklık payı tutarının neden ibaret olduğu ancak yargılama sonunda belirlenebileceğinden likit bir alacak sayılmaz<sup>58</sup>.

Yargı, devletin hukuk düzenini devam ettirebilmesi için sahip olması gereken güçlerinden birisidir. Bu güç sayesinde, kişilerin sübjektif haklarının korunması mümkün olmaktadır. Maddi anlamda yargısal faaliyet, başkalarına devri mümkün olmayan ve yalnızca hakimlere bırakılmış olan ve yargılama faaliyetine ilişkin yetkinin hakimlerden alınmadığı bir fonksiyonu ifade eder. Bu fonksiyon bir mahkeme tarafından önceden düzenlenmiş olan, taraflara eşit ve adil davranılmasını amaçlayan bir takım usul kurallarına uyularak gerçekleştirilen yargılama faaliyeti sonunda, haklı olan tarafın lehine verilen bir kararla neticelendirilir.<sup>59</sup> Dolayısı ile alacaklı mahkemeye başvurmuş ve alacağına mahkeme kararı ile kavuşmuş ise, mahkeme kararı ile gerçekleşen hak kazanımlarının tamamının yargılamayı gerektirmediğinden bahsedilemez. Bütün davalar yargılamayı gerektirir. O halde bir alacağın yargılamayı gerektirir olmasına dair ifade yeterli değildir. Belki, alacak miktarının yargılama sonunda belirlenebilir nitelikte olması şeklinde ifade edilmesi daha doğru olurdu. Alacağın tahsili yada sübutu bir yargılamayı gerektirse dahi, tarafların önceden yaptıkları anlaşmaya göre bu belirlenebiliyor ise borçlu alacağın miktarını bilebilecek durumdadır. Örneğin; *“Alacağın ceza koşulu alacağı olması ve miktarın önceden belli olmaması ve ancak yargılama ile saptanabilecek olması davacının yasadan kaynaklanan icra inkar tazminatı isteminin reddi için bir sebep olarak kabul edilemez.”*<sup>60</sup> Zira borçlu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğüne aykırı davranması halinde ödemesi gereken cezai şartın miktarını bilebilecek durumdadır.

Takibe konu olan alacağın yargılama faaliyetine ihtiyacı olup olmadığı, takip taleplerinde belirtilen rakamlarla yargılama sonunda ortaya çıkan rakamların farklı ve takip taleplerinden daha az olmasından da anlaşılabilir. Bu rakamların farklı olması, alacağın likit olmadığını gösterir.<sup>61</sup> Alacağın

(57) Y.19.HD.nin 16.2.1995, 1994/6640-1224 sayılı kararı

(58) Y.13.HD.nin 12.10.1992, 6207/7799 sayılı kararı

(59) **Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001, s.53-54

(60) Y. 13.HD.nin 31.10.2000, 2000/8716-9376 sayılı kararı

(61) YHGK.nun 30.1.2002, 2002/4-9-29 (**Kaçak**, s.363)

belirlenmesi, yargılamanın sonucuna bağlı olduğunu gösterdiğinden alacak likit değildir.

*“Adi ortaklığın tasfiyesi sonucunda belirlenecek tasfiye payına ilişkin alacak muhakemeyi gerektirdiğinden ve icra takibi sırasında likit ve muayyen olmadığı açık olduğundan, icra inkar tazminatına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir<sup>62</sup>.”*

Bir alacağın belirlenmesinin yargılamayı gerektirip gerektirmediği, her iki tarafın durumuna, alacağın türüne ve miktarına göre objektif ölçüler içinde takdir edilmelidir. Taraflardan birisinin kendi sübjektif ölçülerine göre yargılamayı gerektirmiyor olması değerlendirmede etkili değildir. Yargılama sonucunda, alacaklının takip talebinde istediği miktara hükmedilmesinden, alacağın yargılamayı gerektirmediği sonucu çıkarılmamalıdır.

### **i. Tazminat Davaları**

Genel olarak bir tazminattan bahsedebilmek için, borçlunun haksız bir eylem ile veya sözleşmeye aykırı davranışı ile verdiği bir zararın bulunması gerekir. Kusur, haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurudur. Yasanın ayrıca belirlediği durumlar (BK.nun 55., 58...vs.) hariç kusur yoksa sorumlulukta yoktur. Kusura dayalı sorumluluk, bir sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi sözleşme dışı kusurlu bir eylemden de doğabilir. Konusu suç teşkil eden eylemler aynı zamanda tazminatı gerektiren birer haksız fiildir. O halde, haksız fiilden kaynaklanan bir tazminat sorumluluğunda, haksız fiil unsurlarının belirlenmesi, en azından zarar ve tazminat miktarının belirlenmesi zorunlu olarak yargılamayı gerektirmektedir. Öyleyse belirlenmesi yargılamayı gerektiren bir alacağın likit olması söz konusu olamaz. Bu tespiti göre, tazminat niteliğini haiz alacaklar belirli değildir. Bu nedenle inkar tazminatı verilmez. Uygulama da bu şekilde devamlılık arz etmektedir.

İsteğin itirazın iptali olarak talep edilmesi, bir alacağın tazminat olma niteliğini ortadan kaldırmaz<sup>63</sup>. İtirazın iptali yoluyla açılan rücu davalarında da bu nedenle (likit olmaması ve hakim takdirine bağlı olması) icra inkar tazminatına hükmedilmez.<sup>64</sup>

(62) Y.13.HD.nin 15.2.1993, 9947/1177 sayılı kararı

(63) YHGK.nun 30.1.2002, 2002/4-9-29 sayılı kararı

(64) Ulaş, s.174

*“İcra inkar tazminatına hükmedilebilmesi için borç miktarının belli veya belirlenebilir olması yeterli olup, bunun yargılamayı gerektirmiş olması sonuca etkili değildir.”<sup>65</sup>*

Haksız eylemden kaynaklanan ve miktarı da belirgin olmayan bir alacak talebinde alacağın gerçek miktarı, alacaklı ve borçlunun bir anlaşmaya varmaları veya bir mahkeme kararı ile tespit edilebilir. Aksi takdirde ortada likit bir alacağın varlığından söz edilemez<sup>66</sup>. Zararın önceden mahkeme tarafından delil tespiti yoluyla belirlenmesi, gerçek zararın belirlenmesini sağlamadığı gibi istem sonucunun yargılamayla belirlenmesi niteliğini de ortadan kaldırmayacağı için alacağı likit hale getirmez.

Kiracının, eve verdiği zarardan dolayı açılan tamirat bedeli davasında; kiracının mecuraya zarar verip vermediği, ne kadar zarar verdiği ve tamirat bedeli kesin olarak belirli veya belirlenebilir nitelikte değildir. Söz konusu belirlenlik mutlak anlamda yargılama sonucunda anlaşılacağı için alacak likit değildir ve inkar tazminatı verilmesi gerekmez<sup>67</sup>.

## ii. Bilirkişi İncelemesi

İtirazın iptali davasına konu olan bir alacağın gerçek miktarının hesaplanması bilirkişi incelemesini gerektiriyorsa, takibe konu olan alacağın miktarı belirli olmaktan çıkmıştır. <sup>68</sup>Özellikle taksirli suçlardan kaynaklanan zararların tazmini amacıyla yapılan takiplerde, kusur oranı dolayısı ile alacağın belirlenmesi, bilirkişi incelemesi ve bir yargılama sonucunda anlaşılacağından, borçlu davalı itirazında haksız sayılmaz.

*“Davalı defterine işlenmiş olan faturanın miktarı likit (muayyen) olmakla beraber; istenen birikmiş faizin miktarı ise muayyen olmayıp, yargılama sırasında bilirkişi incelemesi sonucu saptanmıştır. Bu durumda, sadece muayyen olan asıl alacak üzerinden icra inkar tazminatının hesaplanması gerekirken, muayyen olmayan ve bu nedenle davalının itirazında haklı bulunduğu işlemiş*

(65) Y.13.HD.nin 25.5.1999, 1999/3808-4233

(66) Y.11.HD.nin 15.12.1997 T.8496/9283 sayılı kararı (Gökcan H.Tahsin, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, s.295)

(67) Kuru, s.746

(68) YHGK.nun 7.11.2001, 2001/19-1028-766 sayılı kararı

*faiz üzerinden de icra inkar tazminatının hesaplanması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”<sup>69</sup>*

*“İcra takibi itibariyle borçlu Neşat’ın kesinleşmiş bir kusuru ve likit bir alacak söz konusu olmadığı ve alacak miktarının tespitinin yargılamayı gerektirdiği halde davalı şirketin icra inkar tazminatı ile sorumlu tutulması isabet-sizdir.”<sup>70</sup>*

Bir alacağın varlığının ve miktarının tespiti ne zaman bilirkişi incelemesini gerektirir.Hakim, kendi hukuk ve hayat bilgisi ile belirleyebileceği veya her normal kişi tarafından belirlenebilecek bir alacağın tespitinde bilirkişi incelemesine başvurursa, alacağın tespiti bilirkişi incelemesini gerektirdiği gerekçesi ile icra inkar tazminatı verilmeyecek midir? Günümüzde mahkemelerin iş yoğunluğu yada değişik nedenlerle dosya kapsamındaki alacağın ve miktarının belirlenmesinde sık sık bilirkişiye başvurulmaktadır.Bu durum, alacaklı aleyhine olarak icra inkar tazminatı verilmemesi sonucuna yol açmaktadır.Böyle bir durumda, her somut olaya göre, çözümün bilirkişi incelemesine bağlı olup olmadığı, dosya bilirkişiye gitse dahi hakimlik bilgisi ve borçlu tarafından bilinebilecek olması koşullarının varlığı halinde inkar tazminatının verilmemesi gerekir.

#### **bb) Hakimin Takdiri**

Bir tazminat alacağından kaynaklanan itirazın iptali davalarında, tazminat miktarının belirlenmesi bir hesap ve bilirkişi incelemesini gerektiriyor olsa da, sonucun ortaya çıkması için bu unsurların bir arada bulunması her zaman yeterli olmayabilir.BK.nun 43. ve 44. maddelerinde hakimin tazminattan makul bir hakkaniyet indirimi yapabileceği belirtilmiştir.Dolayısı ile tazminat davalarında hükmedilecek tazminat miktarı, hakimin takdir hakkını ilgilendirdiğinden bu tür alacaklar likit alacak olarak nitelendirilemez.Bu durumda, tamamen hakimin saikinde olan bir miktarın belirli olmasından söz edilemez.Hakkaniyet ilkesinin uygulanmasının söz konusu olacağı davalar, hakimin takdir hakkını yakından ilgilendirir.Alacağın miktarı hakimin takdir yet-

(69) Y. 15.HD.nin 3.4.2002, 2001/6157-1551 sayılı kararı

(70) Y.10.HD.nin 14.2.2002, 2002/668-1142 (YKD 2002/8, s.1189), Y.15.HD.nin 20.3.2001, 2001/279-1373 (YKD 2001/8, s.1225)

kisini kullanmasını gerektiriyor ise, alacak likit değildir. <sup>71</sup> Bu nedenle tazminat davalarında takibe itiraz eden borçluya icra inkar tazminatı yüklenemez.

### E.Miktarı

İcra inkar tazminatı, hüküm altına alınan alacağın en az yüzde kırkı oranında olacaktır.Oran olarak bu miktarın altında hükmedilmesi için hakime takdir hakkı tanınmamıştır.Söz konusu inkar tazminatı bir zararın karşılığı olmadığı için, borçlu yada alacaklı karşı tarafın zararının yüzde kırkın altında olduğu yada hiç zararı olmadığını ispat etse dahi, talep halinde hakimin inkar tazminatına hükmetmeme yada yüzde kırktan az hükmetme yetkisi yoktur.Bu nedenle böyle bir tazminat talebinde zararın varlığının yada miktarının tespiti yapılmaz.

Alt sınır olarak hakime bir takdir hakkı verilmemekle birlikte, üst sınır olarak bir sınırlama getirilmemiştir.Dolayısı ile yüzde kırktan daha fazla bir inkar tazminatına hükmedilebilir.Böyle bir durumda asgari haddin aşılması için, hakim iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne bakacaktır.Bunlara göre uygun bir tazminatla mahkum edecektir. Miktar belirlenirken davacının haklı çıkma durumuna uygun alacak miktarı esas alınacaktır<sup>72</sup>. Yasadaki sınırın aşılması için tazminat alacaklısı, yüzde kırktan daha fazla tazminata hak kazandığını ispat etmesi yada dosyadaki belge ve bilgilerden açıkça yüzde kırktan daha fazla inkar tazminatı verilmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. <sup>73</sup>Daha açıkçası alt sınırın aşılması talep eden kişinin bu yoldaki iddiasını ispatı ya da hakimin re'sen bu sınırı aşması ile mümkündür.Hakim takdir yetkisini kullanırken yukarıda belirtilen ölçülere başvuracaktır.Takdire ilişkin yetkiler her somut uyuşmazlığın kendi özellikleri gözönüne alınmakla birlikte objektif esaslara dayanmalıdır.

İnkar tazminatına hangi miktar üzerinden hükmedileceği uygulamada bazen sorun olmaktadır.İİK.nun 67/2. maddesinde; "...red veya hükmolunan meblağın yüzde kırkıdan aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminat" dan, 68., 68/a., 69. ve 169/a.maddelerin de; "...diğer tarafın talebi üzerine yüzde

(71) YHGK.nun 7.11.2001, 2001/19-1028-766 sayılı kararı

(72) YHGK.nun 12.3.2003, 2003/19-109-152 sayılı kararı

(73) Örneğin; itirazın iptali davasının çok uzun sürmesi halinde, inkar tazminatının konuluş amaçları da gözönüne alınarak asgari had aşılabılır.(Y.Ticaret dairesi 17.3.1959, 3233/803 sayılı kararı)



kırıktan aşağı olmamak üzere tazminat” dan, 72. ve 170. maddelerde; “...takip konusu alacağın yüzde kırkıdan aşağı olamayacağı” ndan bahsedilmektedir. Ancak oran konusunda bir sorun olmamakla birlikte, bu oran hangi miktara uygulanan oran olacaktır. Yasada ”red veya hükmolunan meblağın”(md.67), “Dava veya hükmolunan şeyin”(md.69), itirazın reddi halinde “senede dayanış takip konusu alacağın” (md.170) yüzde kırkı olarak belirlendiği görülmektedir. İnkâr tazminatının geçtiği diğer yasa maddelerinde de bu oranın hangi miktar üzerinden uygulanacağı konusunda açıklık yoktur. Dava edilen, hükmolunan, takip konusu alacaktan söz edilmektedir. Takip talebindeki alacak dendiğine göre takip talebindeki alacağa, faiz ve diğer feri alacaklarda dahil edilmelidir. İİK.nun 67. maddesinde dava ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, ifadesinde hükmolunanın içinde faizde vardır. Bunu belirleyebilmek için, inkâr tazminatının konuluş amacını göz ardı etmemek gerekir. Amaç, borçlu olduğu miktarı bilen veya bu miktarı tayin edebilecek durumda olan borçlunun, icra takibine konu olan alacağa haksız olarak itiraz etmesini önlemektir. Haklılık yada haksızlığın esas alındığı takip tarihinde, takip talebinde borçlunun asıl borcunun yanında faiz borcu da vardır<sup>74</sup>. İnkâr tazminatının konuluş amacı, borçlunun ödeme emrindeki borcunu inkâr etmesini, yani icra takibine karşı itirazda bulunmasını önlemektir. O halde, alacaklının takip konusu yaptığı alacak ile borçlunun takipte itiraz ettiği miktar esas alınmalıdır. Alacaklı takipte asıl alacağa faizde eklemiş ve ona göre takip yapmış ise, borçlu ayrıca belirtmeksizin asıl alacak ve ferilerine birden itiraz etmişse, borçlunun itirazı takip talebindeki sonuç miktardır. Öyleyse esas alınacak miktar sonuç miktardır.<sup>75</sup>

*“Hükmolunan asıl alacak, gecikme zammı ve KDV toplamının %40’ı oranında icra inkâr tazminatının davalıdan alınarak davacıya verilmesine.”*<sup>76</sup>

Borçlu, itiraz ile takibi durdurmaktadır. Amaç, duran takibin önünü açmak ve hukuksal süreci devam ettirmektir. Bu nedenle takipteki miktar, %40 oranının uygulanacağı miktar olmalıdır.

(74) Y.19.HD.nin 5.4.2001, 2000/8790-2517 (YKD 2003/5, s.757)

(75) Aksine karar “İİK.nun 67. maddesinde yazılı inkâr tazminatına sadece asıl alacak üzerinden hükmedilmesi gerekirken, mahkemece gecikme bedeline de inkâr tazminatı uygulanması usul ve yasaya aykırıdır.” Y.13.HD.nin 23.9.2002, 2002/6849-9351 (YKD 2003/1, s.64) Aynı doğrultuda; Y.11.HD.nin 17.9.2002, 2001/4106-6867 (ABD 2002/1, s.369), Y.13.HD.nin 17.11.1997, 1997/8334-9244 sayılı kararları

(76) Y.13.HD.nin 11.4.2000, 2000/2714 -3232 sayılı kararı

*"Davacı tarafından alacağın tahsili için başlatılan icra takibine davalı borçlu takipteki faiz oranı ve takibe kadar işleyen temerrüt faizine itiraz etmiştir. Bu durumda mahkemece, davacının temerrüt tarihinde 2.916.591.408 TL alacaklı olduğu ve bu miktarın icrada kabul edildiği gözetilerek, takip tarihine kadar işleyen temerrüt faiz tutarı dikkate alınıp bu miktar üzerinden icra inkar tazminatına hükmolunması gerekirken, takibe konu tüm alacak üzerinden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir."*<sup>77</sup>

İcra inkar tazminatına itiraza uğrayan faiz alacağının da dahil olduğu miktar üzerinden hesaplanarak hükmetmek gerekir.<sup>78</sup> Kısmi itirazlarda davalıların icra dosyasında kabul ettikleri miktar düşülüp kalan asıl alacak üzerinden icra inkar tazminatına karar verilmelidir.<sup>79</sup>

### G-Sonuç

İcra inkar tazminatının amacı, borçlu tarafından gereksiz itirazlar ile haksız yere durdurulan yada alacaklı tarafından kötü niyetle girilen ilamsız icra takiplerinde, borçluları dayanaksız bir şekilde icra takibine itiraz etmekten men etmek, ayrı bir davaya gerek olmaksızın alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamaktır. İncar tazminatı, bir zararın karşılığı olarak talep edilen gerçek anlamda bir tazminat değildir. Borçlu olduğunu bilen yada bilebilecek durumda olan borçluyu, ödemede gecikme eğiliminden caydırma etkisine sahip kendine özgü bir tazminat türüdür. Ayrıntısı, uygulama şekli, unsurları yargı kararları ile açıklığa kavuşmuş ve belirginleşmiştir. İncar tazminatı alacağı bir faiz alacağı değildir. Asıl alacağın varlık kazanması ile ortaya çıkabilen ona bağlı ferî bir alacak niteliğindedir. Gerçekte icra inkar tazminatı oranının yüksekliği, borcunu ödemekte kötü niyetle gecikme gösteren yada bu amaçla hareket eden borçlulara karşı caydırıcı etkiye sahiptir ve uygulamada bu şekilde yerleşmiştir. Unsuruları uygulama ile belirginleşen bu tazminata takip talebindeki asıl alacak ile birlikte işlemiş faiz ve diğer ferî alacak-

(77) Y.19.HD.nin 5.2.2001, 2000/6999-929 (YKD 2002/3, s.428)

(78) Y.12.HD.nin 24.4.2002, 7669/8420 (Kaçak, s.362), "İİK. 169/a-6'cı maddesi hükmü uyarınca takip konusu asıl alacak miktarı üzerinden, İİK'nun 58/3 maddesi de gözönüne alınmak suretiyle inkar tazminatına hükmolunması gerekir." (Y.12.HD.nin 27.9.2001, 12073/14754), Eriş Gönen, Uygulamalı Çek Hukuku, Ankara 2003, s.618

(79) Y.19.HD.nin 22.3.2001, 8027/2055 (Kaçak, s.363)

lar toplamına Türk parası üzerinden (yabancı para alacağının takip tarihindeki rayicine göre Türk lirası karşılığı üzerinden<sup>80</sup>) hükmedilmesi gerekir.

### Kaynaklar

- Deynekli Adnan/Kısa Sedat** : İtirazın İptali Davaları, Ankara 2002
- Eriş Gönen** : Uygulamalı Çek Hukuku, Ankara 2003
- Gökcan H.Tahsin** : Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003
- Kaçak Nazif** : Alfabetik İçtihatlar Ansiklopedisi, Ankara 2002
- Karahasan M.Reşit** : Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1995
- Kuru Baki** : "İcra İnkâr Tazminatı", Yargıtay Yüzüncü Yıl Dönümü Armağanı, Ankara 1968
- Kuru Baki** : "İcra Takibi Konusu Alacağın Temliki", Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Ankara 1977
- Kuru Baki/Arslan Ramazan**
- Yılmaz Ejder** : İcra Ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1985
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz**
- Özekes Muhammet** : Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001
- Postacioğlu İlhan E.** : İflas Hukuku İlkeleri, İstanbul 1978
- Ulaş Işıl** : Uygulamalı Sigorta Hukuku, Ankara 2002

(80) Y.12. HD.nin 3.6.1999, 6657/7459 sayılı kararı (Eriş, s.518), Ayrıca; Y.11.HD.nin 27.6.1996, 2279/4729 sayılı kararı (İBD 1997/1,s.187). İİK.nun 4949 sayılı yasayla değişik 58/3 maddesi; "...alacak veya teminat yabancı para ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği..." şeklindedir.

**Yılmaz Halil/Kütük Ahmet** : Yargıtay 4.Hukuk Dairesi Emsal Kararları,  
Ankara 2002

—oOo—

## TÜRK BORÇLAR KANUNUNA GÖRE KOMİSYON SÖZLEŞMESİ

*Dr. Zülfü KUZU (\*)*

*ANLATIM DÜZENİ: I- Giriş, II- Alım Satım Komisyonculuğu, A- Komisyon Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği, a- Komisyon Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları b- Komisyon Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, B- Komisyoncunun Borçları ve Hakları, a- Komisyoncunun Borçları, 1- Genel Olarak, 2- Müvekkil ile Komisyoncunun İşlem yaptığı Üçüncü Kişi ile Doğrudan Hukuki İlişki Kurabilme İmkani, 2a- Müvekkilin Komisyon Sözleşmesinden Doğan Borçlarını İfa Etmesi, 2b- Müvekkilin Söz konusu Borçlarını İfa Etmesi Anında Dış İlişkiyi Teşkil Eden Hukuki İlişkinin Sona Ermemiş Olması, 2c- Müvekkilin Üçüncü Kişiyeye Karşı Doğrudan Alacaklı Olmasının Hükümleri, b- Komisyoncunun Hakları, C- Müvekkilin Borçları, a- Genel Olarak, b- Müvekkilin Ücret Ödeme Borcu, c- Komisyoncunun Yaptığı Masrafları ve Ödediği Avansları Ödeme Borcu, d- Müvekkilin Komisyoncuyu Onun Hesabına Giriştiği Borçlardan Kurtarma Borcu, D- Komisyon Sözleşmesinin Sona Ermesi, a- İş Görme Borcunun İfası ile, b- Komisyon Sözleşmesinin tarafların iradesiyle Sona Ermesi (Azil - İstifa), c- Komisyon Sözleşmesinin Taraflardan Birinin Ölümü Ehliyetsizliği ya da İfası nedeniyle Sona Ermesi, d- Komisyon Sözleşmesinin Tarafların tek Taraflı İradesi (Azil veya İstifa) Ölümü, Ehliyetsizliği ve İfası ile Sonucu sona Ermesinin Hükümü ve Geçici İş Görme Yükümlülüğü, III- Diğer Komisyon İşleri, IV- Komisyonculuk İlişkisinden Doğan Alacakların Tabii Oldukları Zamanaşımı, V- Sonuç.*

### **I- GİRİŞ**

Komisyonculuk kurumu, ticaretin alan itibariyle genişlemesinden doğmuştur. Tarihin her döneminde, bulunduğu yerden uzaklarda mal satmak veya satın almak isteyen tacir, bir yardımcıya ihtiyaç duymuş ve alış-veriş

---

(\*) Üsküdar Hakimi

de bu yardımcı aracılığıyla gerçekleştirmiştir. Ticaretin gelişmesine paralel olarak, bugünkü anlamda, komisyonculuk mesleğine 16. ve 17 yy. da rastlandığı bildirilmiştir.<sup>1</sup>

Bir serbest meslek adamı olarak komisyoncu, komisyon sözleşmesi geçince kendi adına ve fakat temsil olunan (müvekkil) hesabına hukuki işlem yapar. Temsil eden doğrudan doğruya müvekkil adına ve hesabına hareket edebileceği gibi, kendi adına ve müvekkil hesabına da hareket ederek hukuki işlem yapabilir. Bunlardan birincisine *doğrudan doğruya temsil*, ikincisine ise *dolaylı temsil* adı verilmektedir. Dolaylı temsil ilişkisinin hukukumuzda düzenlenmiş olduğuna ilişkin örneğini komisyon sözleşmesi teşkil etmekte olduğu söylenebilir<sup>2</sup>. Komisyon sözleşmesi BK.md. 416-430 arasında düzenlenmiştir. Bunun dışında TTK.nun 800-815. maddeleri arasında da "Taşıma işleri komisyonculuğu", 1615 Sayılı Gümrük Kanununun 166-173 maddelerinde ise "Gümrük Komisyonculuğu" düzenlenmiştir.

Biz bu çalışmada yalnızca Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde komisyon sözleşmesini inceleme konusu yapacağız.

Komisyon sözleşmesi başlığı altında Borçlar Kanun'unda "Alım-Satım Komisyonculuğu (md. 416-429)" "Diğer Komisyon İşleri (md. 430)" düzenlenmiştir. Kanunun bu düzenleniş şekline uygun olarak incelemeyi üç ana bölümde yapmayı planladık.

Birinci Bölümde, Alım-Satım komisyonculuğu sözleşmesinin tanımı, unsurları hukuki niteliği, tarafların hakları ve borçları, sözleşmenin sona ermesi ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

İkinci Bölümde ise diğer komisyon işleri, son bölümde ise komisyonculuk ilişkisinden doğan alacakların tabi oldukları zamanaşımı konusu incelenmiştir.

---

(1) ARSLANLI Halil, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, İstanbul, 1960, s. 189

(2) YAVUZ, Dolaylı Temsil, s.131.

## KOMİSYON SÖZLEŞMESİ

### II- ALIM SATIM KOMİSYONCULUĞU

#### A- Komisyon Sözleşmesinin Tanımı, Unsurları ve Hukuki Niteliği

##### a- Komisyon Sözleşmesinin Tanımı Ve Unsurları

BK. md. 416/ f 1'e göre "*komisyoncu ücret mukabilinde kendi namına ve müvekkili hesabına kıymetli evrak ve menkul eşya alım ve satımını deruh-te eden kimsedir*". Bu tanım, mehzaz metin olan İBK. md. 425/1'e göre şu şe-kilde anlaşılması gerekir. "*Alım ya da satım konusunda komisyoncu, kendi adına ve fakat müvekkili hesabına bir komisyon hakkı (provizyon) karşılığında menkul eşya veya kıymetli evrak alımı ya da satımı muamelesini yapmayı yü-kümlenen kimsedir*"<sup>3</sup>

Doktrinde komisyon sözleşmesi; öyle bir sözleşmedir ki, onunla taraf-lardan biri (komisyoncu), müvekkilin ödeyeceği bir ücret karşılığında kıymet-li evrak ya da menkul eşya alım veya satımını *kendi adına* ve fakat *müvekki-li hesabına* görür şeklinde tanımlanmıştır.<sup>4</sup> Bu tanımdan hareketle komisyon sözleşmesinin unsurlarını şu şekilde tespit edebiliriz.

##### aa- Tarafların Anlaşması

Komisyoncu ile müvekkilin, komisyonculuk faaliyeti konusunda bir an-laşmanın mevcut olması gerekir.<sup>5</sup> Anlaşma herhangi bir şekle tabi değildir. Bu anlaşma komisyoncunun faaliyet konusu , şartları, hakları ve borçlarının nelerden ibaret olduğunu, üçüncü kişilerden elde edilen mal ve diğer hak-

(3) Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C.2. İstanbul, 1999, s.683.

(4) Aslanlı, s.189; Becker, H. İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara,1993,s.794;Berki, Şakir, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler ,s. 182; Domaniç, Hayri, Ticaret Hukukun Genel İlkeleri, İstanbul, 1988, s.339; Hatemi / Serozan /Arpacı, Borçlar Hukuku , Özel Bölüm, İstanbul, 1992, s.458; İmregün, Oğuz, Ticaret Hukukunun Genel ilkeleri, İstan-bul, 1989, s.198; Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, C.4. İstan-bul,1992,s.1371; Poroy Reha, Ticari İşletme Hukuku 5. Basım .s.173; Tekil Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1981, s.152 ; Uygur, Turgut, Borçlar Kanunu , 6. Cilt Ankara, 1994,s.835 .

(5) Arslanlı, s.191; Domaniç,s.340; Hatemi/Serozan/Arpacı, s.458; İmregün ,s.198; Karahasan, s.1373; Uygur, s. 836 ; Yavuz, Özel Hükümler, s.683.

ların müvekkile devri şartlarını, buna karşılık müvekkilinde komisyoncuya karşı borçlarını tespit eder.<sup>5</sup>

Komisyon sözleşmesinin geçerli olabilmesi için konusunun mümkün, hukuka ve ahlaka uygun olması gerekir(BK. md.19-20). Sözleşme sürekli bir ilişkiyi değil, belirli bir işi düzenler<sup>7</sup>. Komisyoncu bu anlaşmaya dayanarak kendi adına ve müvekkili hesabına üçüncü kişilerle yaptığı hukuki muamelelerden doğan hakları ve borçları müvekkile devreder ve komisyon ücretini alır<sup>8</sup>.

#### **bb- Komisyoncunun Kendi Adına Ve Fakat Müvekkil Hesabına Üçüncü Kişilerle Hukuki İşlem Yapması<sup>9</sup>.**

Bu unsur komisyonculuk faaliyetinin özel görünümü niteliğindedir<sup>10</sup>. Komisyoncu dış ilişkide üçüncü kişilerle yaptığı işlemin tarafını oluşturur. Bu işlemde doğan haklar ve borçlar dolaylı temsile ilişkin kurallar çerçevesinde komisyoncuya aittir. Ancak iç ilişki de bu haklar ve borçlar müvekkile geçirecektir ya da kanuni temlik nedeniyle geçmiştir<sup>11</sup>.

Kısaca denebilir ki, komisyoncu dış ilişkide sözleşmenin tarafı olarak elde ettiği hakları ve borçları müvekkile geçirmeyi, müvekkilde dış ilişkide üçüncü kişilere karşı komisyoncunun yüklenmiş olduğu borçları üzerine almayı ve onu borçtan kurtarmayı komisyonculuk anlaşmasıyla taahhüt etmiş (yüklenmiş) olmaktadır<sup>12</sup>

#### **cc-Komisyon Ücreti**

Komisyon sözleşmesinin bir diğer unsuru da komisyonculuğun bir ücret karşılığında yapılmasıdır. Komisyon sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Bu nedenle de komisyonculuğun bir ücret karşılığında yapılması zorunludur.

(6) Yavuz,Özel Hükümler, s.684.

(7) İmregün,s.198.

(8) Domaniç, s.340; Karahasan, s.1373; Uygur, s.836; Yavuz,Özel Hükümler, s.684.

(9) Arslanlı,s.189; Domaniç, s.339; İmregün, s.198; Karahasan s. 1373; Poroy, s. 173; Tekil, s.152; Uygur, s.835.

(10) Karahasan, s. 1373; Uygur, s. 836; Yavuz,Özel Hükümler, s.684.

(11) Karahasan, s. 1372; Poroy, s. 274; Tekil, s. 152; Dolaylı Temsil Konusunda karşı görüş için bkz.İmregün, s.199.

(12) Karahasan, s.1372; Yavuz,Özel Hükümler,s. 684.



Hesabına hareket edilen müvekkil, komisyoncunun üçüncü kişiye karşı yerine getirdiği borçları ve yapılan masrafları karşılamak, ayrıca komisyon adıyla anılan birde ücret ödemek zorundadır<sup>13</sup>. Ücret kararlaştırılmamış olması halinde, komisyon sözleşmesinde söz etmek mümkün değildir. Bununla birlikte bu durumda da yine ilişkiye vekalet hükümleri uygulanması gerekir<sup>14</sup>.

#### **dd- Komisyon Sözleşmesinin Konusu**

Komisyonculuk faaliyetinin konusunu, *kıymetli evrak ile menkul mallar* oluşturur. Komisyoncu kendi adına ve fakat müvekkil hesabına kıymetli evrak ve menkul malların alım ve satımını konu edinen işlemleri üçüncü kişilerle yapabilir<sup>15</sup>. Ancak BK.md. 430 yeniden düzenlenmesi karşısında bu unsur hukuki önemini yitirmiştir.

#### **b- Komisyon Sözleşmesinin Hukuki Niteliği**

Komisyon sözleşmesi, tipik bir dolaylı temsil ilişkisidir<sup>16</sup>. Komisyoncu kendi adına ve müvekkili hesabına dolaylı temsil yetkisine sahip olarak hukuki işlem yapmaktadır. Bir komisyon sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için her durumda kendi adına olduğu halde müvekkil hesabına hukuki işlem yapılması gerekmektedir. BK.nun komisyon sözleşmesine ilişkin düzenlenmesi, pozitif hukukumuzda dolaylı temsilin bir hukuki kurum olarak benimsendiğini gösteren önemli bir kanıt olmaktadır<sup>17</sup>. Bu konuda İMREGÜN 'ün aksi düşüncede olduğu anlaşılmaktadır. Bu yazara göre, doktrinde komisyonculuk ilişkisinin dolaylı temsil ilişkisi olarak adlandırılması isabetli değildir. Çünkü burada herhangi bir temsil ilişkisi bulunmadığını, komisyoncunun sözleşmeyi üçüncü kişi ile yapmış olması müvekkille üçüncü kişi arasında kural olarak bir ilişki doğurmayacağını, bunların birbirine yabancı kalmakta devam edeceklerini belirtmektedir<sup>18</sup>.

(13) Arslanlı, s. 193; Kara hasan, s. 1372; Tekil, s. 152; Uygur, s. 836; Yavuz, Özel Hükümler, s. 684.

(14) Tekil, s. 152.

(15) Arslanlı, s. 192; İmregün, s. 198; Karahasan, s. 1373; Poroy, s. 173; Tandoğan, s. 205; Uygur, s. 836; Yavuz, Özel Hükümler, s.684.

(16) Domaniç, s.340; Tekil, s. 152; Uygur, s. 836; Yavuz, Özel Hükümler, s.684.

(17) Uygur, s. 836; Yavuz,Özel Hükümler, s.685; Yargıtay 11.H.D.nin 25.2.982 t.413/740 k.sayılı (Karahasan, s. 1374,dip.n.168)

(18) İmregün s.199.

Düşüncemize göre İMREGÜN tarafından ileri sürülen bu görüş, komisyon sözleşmesine ilişkin düzenlemeyle uyumlu değildir. Çünkü komisyoncu, komisyon sözleşmesi ile kendi adına ve fakat müvekkil hesabına hukuki işlem yapmaktadır. Bu nedenle de komisyon sözleşmesi dolaylı temsil yetkisi veren vekalet sözleşmesi hukuki niteliğini haiz olmakta ve buna bağlı olarak komisyon sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu düzenlenmesi dışında vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerde bu sözleşmeye uygulanabilecektir. Borçlar Kanununun 416/son maddesinin yollaması nedeniyle aynı kanunun 386/2 hükmü, kanunla düzenlenen diğer iş görme sözleşmelerine ilişkin vekalet sözleşmesi hükümlerinin tamamlayıcı olarak uygulanacağına ilişkin kural teyit edilmiş olmaktadır<sup>19</sup>.

## **B- Komisyoncunun Borçları ve Hakları**

### **a- Komisyoncunun Borçları**

#### **aa- Genel Olarak**

Komisyoncunun borçları BK.nun 417-421.maddelerinde düzenlenmiştir. Bunlar mecburi ihbar ve sigorta, eşyaya ihtimam (özen), müvekkil tarafından tayin olunan fiyat , veresiye mal satma, malı tesellüm etmeden tediyeye ve komisyoncunun kefaleti başlıkları altında sıralanmıştır.

#### **bb- Komisyoncunun Müvekkile Bilgi Verme Borcu**

Komisyoncu, komisyon sözleşmesi gereği yükümlendiği hukuki işlem yapma tarzındaki iş görme borcunu yerine getirdiğini ve hatta yerine getirme esnasındaki durumu müvekkile bildirmek zorundadır<sup>20</sup>.

BK.md. 417'de açıklıkla komisyoncunun bilgi verme borcu düzenlenmiştir. Buna göre "Komisyoncu yaptığı muamelenin cereyanından müvekkili haberdar etmeye ve hususi ile emrinin icra edildiğini kendisine bildirmeye mecburdur." Bu hükümlerle komisyoncu, müvekkile özellikle kendisini ilgilendiren ve kararını etkileyebilecek olan bilgileri vermek zorunda olduğu sonucu çıkmaktadır<sup>21</sup>. Komisyoncunun bu borcuna aykırı davranması halinde ya-

(19) Yavuz, Özel Hükümler, s.277.

(20) Arslanlı, s. 198;Berki, s.186, İmregün, s.201; Karahasan, s. 1374; Yavuz, Özel Hükümler, s.686.

(21) Domanıç, s.342; Karahasan, s. 1374;

pılan hukuki işlemin müvekkil hesabına yapılmadığı müeyyide olarak kabul edilebilir<sup>22</sup>

Doktrinde belirtildiği gibi, komisyoncu mesleki faaliyeti gereği olarak aynı nitelikte iş görme borcunu birden fazla kişiye karşı yükümlenebileceğinden, bu hükümlerle onun bu durumdan yararlanarak spekülasyon yapması önlenmek istenmiştir<sup>23</sup>.

#### **cc- Komisyoncunun Sözleşme Konusu Malı Sigorta Ettirme Borcu**

Komisyoncu, müvekkilin açık talimatı olmadıkça sözleşme konusunu oluşturan eşyaları sigorta ettirmekle yükümlü değildir. Komisyoncunun borcu, ancak müvekkilin açık talimatının bulunması halinde söz konusu olur (BK.md. 417/son)<sup>24</sup>. Bununla birlikte teamülün ya da dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda komisyoncunun sözleşme konusunu oluşturan eşyaları sigorta ettirme borcunun bulunduğu kabul edilmelidir<sup>25</sup>.

#### **dd- Komisyoncunun İşlem Konusu Eşyaya Özen Gösterme Borcu**

Satılmak üzere komisyoncuya gönderilen eşyaların görünür şekilde ayıplı olması durumunda komisyoncu taşıyıcıya dönüp isteme hakkını ve zararın saptanmasını sağlamak, eşyanın korunmasını elinden geldiğince yerine getirmek ve müvekkili gecikmeksizin durumdan haberdar etmekle yükümlüdür (BK.md. 418/1)<sup>26</sup>.

Satılmak üzere komisyoncuya gönderilen eşyanın hemen bozulmasından korkuluyorsa komisyoncu derhal müvekkile bilgi vermek şartı ile o eşyayı sattırma hakkı ve hatta müvekkilin yararının zorunlu kılması halinde bunları sattırma borcu bulunmaktadır. (BK.md.418/son)<sup>27</sup>.

(22) Yavuz, Özel Hükümler, s. 686.

(23) Yavuz, Özel Hükümler, s. 686.

(24) Arslanlı, s.196; Becker, s. 805; Berki, s.186; Hatemi / Serozan /Arpacı, s. 458; Karahasan, s. 1374; Poroy, s. 875; Uygur, s. 854; Yavuz, Özel Hükümler, s. 686.

(25) Karahasan, s. 1375; Yavuz, Özel Hükümler, s. 686.

(26) Becker, s.807;Berki, s.186; Domaniç, s. 342; Hatemi / Serozan /Arpacı, s.458; İmregün, s. 201; Karahasan, s. 1375; s. 175; Uygur, s. 855; Yavuz, Özel Hükümler, s. 687.

(27) Yavuz, Özel Hükümler, s. 687.

Bu borçlarına aykırı hareket eden komisyoncu, kusurlu olması halinde neden olduğu zararlardan sorumlu olur<sup>28</sup>. Burada *kusura dayanan sorumluluk* söz konusu olduğundan, komisyoncu kusurunun bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

### **ee- Komisyoncunun Müvekkilin Bedele İlişkin Talimatına Uyma Borcu ve Sınırları**

Kural olarak komisyoncu müvekkilin tayin ettiği bedele uymak zorundadır. Müvekkili hesabına, müvekkilin tayin ettiği fiyattan daha ucuza mal alması veya daha pahalıya mal satması durumunda, aradaki farkı müvekkile vermekle yükümlüdür. Bu durum komisyoncunun müvekkili hesabına hareket etmesinin zorunlu bir sonucudur<sup>29</sup>.

Komisyoncu müvekkilin tespit ettiği en az fiyattan daha aşağı bir bedelle eşyayı satamaz. Eğer eşyayı ucuza satarsa aradaki farkı doğrudan doğruya müvekkile ödemekle yükümlüdür(BK.md. 419/1) . Bununla birlikte komisyoncuya kurtuluş kanıtı getirebilme olanağı tanınmıştır. Buna göre, komisyoncu sorumluluktan kurtulabilmesi için müvekkilin bedele ilişkin talimatına uygun hareket etmek isteseydi, onun (müvekkilin) bedel noksanından daha çok bir zarara uğrayacağını ve halin icabı müvekkilinden yeniden talimat istemesine uygun bulunmadığını ispatlaması gerekir. Böylece komisyoncunun noksan bedelden sorumluluğu *kurtuluş kanıtı getirilebilen bir kusursuz sorumluluk* niteliğinde olmaktadır<sup>30</sup>.

Komisyoncunun tespit edilen bedelden noksanına satmak suretiyle müvekkilin talimatına aykırı hareket etmesinde kusuru bulunan durumlar da ise bedel farkından ayrı olarak müvekkilin uğradığı *diğer zararları* da tazmin etmesi gerekir. Buradaki sorumluluk kusurun varlığına bağlı olduğundan komisyoncu, sorumluluktan kurtulabilmesi için kusurunun bulunmadığını ispat etmesi gerekir<sup>31</sup>.

(28) Domaniç, s. 342; Hatemi /Serozan/Arpacı, s. 459; Karahasan, s. 375; Poroy,s.175; Uygur, s. 856; Yavuz, Özel Hükümler, s.687.

(29) Arslanlı, s. 195;Berki, s.186; Domaniç, s. 341; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 459; İmregün, s. 201; Karahasan, s. 1375; Poroy, s. 175; Yavuz, s.687.

(30) Berki, s. 186-187; Domaniç, s. 341; Karahasan , s.1376; Uygur, s. 857; Yavuz,Özel Hükümler, s. 687.

(31) Berki, s. 187; Karahasan s. 1376; Uygur, s. 857; Yavuz, Özel Hükümler, s. 687.

Komisyoncunun müvekkil hesabına tespit edilenden daha pahalıya mal alması halinde ise, ancak kusurunun bulunması koşuluyla sorumlu olur. Sorumluluktan kurtulmak için ise komisyoncu olayda kusurunun bulunmadığını ispat etmesi gerekir<sup>32</sup>. Buna göre, komisyoncunun müvekkil hesabına tespit edilen fiyattan daha pahalıya mal almasından dolayı kusursuz sorumluluğu söz konusu değildir. Çünkü BK. Md. 419/1'de açıkça komisyoncunun müvekkili hesabına mal satması ihtimali öngörülmüştür. Doktrinde kusur sorumluluğuna istisna getiren BK. md. 419/1 hükmünün dar yorumlanması gerektiği belirtilmiştir<sup>33</sup>.

#### **ff- Komisyoncunun Veresiye Mal Satmama ve Malı Teslim Almadan Peşin Ödemede Bulunmama Borcu**

Komisyoncu, ancak müvekkilinin izni ya da onayının bulunduğu durumlarda veresiye mal satabilir veya malı teslim almadan peşin ödemede bulunabilir (BK. md.420/1) . Aksi halde müvekkilin onayını olmaksızın veresiye satan veya malı teslim almadan peşin ödemede bulunan komisyoncu bu davranışı ile yol açtığı zarardan sorumlu olur <sup>34</sup>.

Müvekkil açık bir talimat vermemiş olmasına rağmen, komisyoncu satış yerindeki teamüle göre veresiye satış yapabilir (BK. md. 420/son)<sup>35</sup>.

Komisyoncu müvekkilin izni olmaksızın malı veresiye satmış ya da malı teslim almadan parasını peşin ödemiş olması halinde yapılan işleme müvekkilin onay vermesi her zaman mümkündür. Müvekkilin onay vermesi durumunda komisyoncunun sorumluluğu söz konusu olmaz.

#### **gg- Komisyoncunun Müvekkil Hesabına Kazandığı Alacaklar Nedeniyle Kefalet Borcu**

Komisyoncunun kural olarak müvekkil hesabına kazandığı alacaklar nedeniyle işlem yaptığı üçüncü kişilerin ödeme gücünden ve borca aykırı hareketlerinden müvekkile karşı herhangi bir sorumluluğu söz konusu değil-

(32) Karahasan, s. 1376; Yavuz, Özel Hükümler, s. 687.

(33) Uygur, s.857; Yavuz,Özel Hükümler, s.687.

(34) Arslanlı, s. 196;Berki, s. 1e87; Karahasan, s. 1376; Yavuz, Özel Hükümler, s. 687.

(35) Arslanlı, s.196;Berki,s.187; Domaniç, s. 341; İmregün, s. 201; Poroy, s. 176; Yavuz, Özel Hükümler, s.688.

dir<sup>36</sup>. Ancak komisyoncu müvekkil hesabına iş görme borcu ile hedef tutulan sonucun başarılı olması için, hayat deneyimlerine ve işlerin normal akışına göre onun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu bildiği veya bilebileceği bir üçüncü kişiyle hukuki işlem yapmaktan kaçınması gerekir. Aksi halde kanuna ve sözleşmeye aykırılık nedeniyle komisyoncu sorumlu olacaktır<sup>37</sup>.

Bu kuralın istisnaları BK. md. 421'de düzenlenmiştir. Belirtilen şu istisnai durumlarda, komisyoncu üçüncü kişilerin ödeme gücünden ve borca aykırı davranışlarından sorumlu tutulabilecektir.

Komisyoncu yetkisi olmaksızın veresiye satış yapmış ise müvekkile karşı işlem yapmış olduğu üçüncü kişilerin borca aykırı hareketlerinden ve ödeme gücünden sorumludur (BK. md. 421/1)<sup>38</sup>. Aynı şekilde komisyoncu yetkisi olmadığı halde malı teslim almadan peşin ödeme de bulunması durumunda da müvekkile karşı işlem yaptığı üçüncü kişilerin ödeme gücünden ve borca aykırı davranışlarından sorumlu olacaktır (BK. md. 421/1)<sup>39</sup>.

Komisyon sözleşmesinin yapıldığı yerdeki ticari teamülün gerektiği durumlarda komisyoncu müvekkil hesabına işlem yaptığı üçüncü kişilerin ödeme gücünden ve borca aykırı davranışlarından sorumlu olur (BK. md. 421/1)<sup>40</sup>.

Komisyoncu işlemde bulunduğu üçüncü kişilerin ödeme gücü ve borca aykırı davranması nedeniyle sorumluluğu için kefil olmayı taahhüt edebilir (BK. md. 421/1c.2). Böyle özel bir kefalet veren komisyonculara DUCROİRE (Kredili) komisyoncu denir<sup>41</sup>. Dükruar komisyoncu, bu kefaleti için ayrı bir ücrete hak kazanır (BK. md. 421/1). Kefilin sorumluluğunu düzenleyen kanun hükümleri, kefil olan komisyoncu hakkında da uygulanır<sup>42</sup>. Çünkü komisyoncu burada kefil gibi sorumlu olmayı taahhüt ve açıkça sonuç sorumlulu-

(36) Arslanlı, s. 197; Berki, s. 187; Domaniç, s. 342; Karahasan, s. 1377; Uygur, s. 859; Poroy, s. 176; Yavuz, Özel Hükümler, s. 688.

(37) Yavuz, Özel Hükümler, s. 688.

(38) Domaniç, s. 342; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 460; Karahasan, s. 1377; Poroy, s. 176; Uygur, s. 859; Yavuz, Özel Hükümler, s. 688.

(39) Yavuz, Özel Hükümler, s. 688.

(40) Karahasan, s. 1377; Yavuz, Özel Hükümler, s. 688.

(41) Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 460; Yavuz, Özel Hükümler, s. 689.

(42) Karahasan, s. 1377; Yavuz, Özel Hükümler, s. 689.

ğunu kabul etmektedir. Ancak komisyoncunun kefiliden farklı olarak kendi yararı için hareket ettiğinden kefilin korunmasına ilişkin kanun hükümlerinin burada uygulanması söz konusu olamaz<sup>43</sup>.

### **hh- Komisyoncunun Müvekkile Hesap Verme Borcu**

BK.md. 416/ f.2'nin yollaması ile aynı kanunun hesap vermeye ilişkin 392. maddesi komisyon sözleşmesinde de uygulanır. Buna göre komisyoncu müvekkilin isteği üzerine yapmış olduğu işlemin hesabını vermeye mecburdur. Gerçekten müvekkilin alım ve satım işlemi şeklindeki iş görmenin nasıl yürütüldüğü ve sonuçlandırıldığını bilmeye ihtiyacı vardır. Böylece hesap verme borcu geniş anlamı ile genel bir bilgi verme yükümlülüğü olarak kendisini göstermektedir<sup>44</sup>.

Hesap verme borcu bir yapma borcu niteliği taşıdığından ifasına ilişkin sorunlar, yapma borçlarının ifasına ilişkin ilkeler çerçevesinde çözümlenmesi gerekir<sup>45</sup>.

### **ii- Komisyoncunun Aldıklarını Verme Borcu**

#### **1-Genel Olarak**

BK. md.392'ye göre " vekil...bu cihetten dolayı her ne nam ile olursa olsun aldığı şeyi müvekkile tediye mecburdur. Vekil zimmetinde kalan paranın faizini de vermeye mecburdur". Bu düzenleme ile komisyoncunun sözleşmenin ifası için veya ifa dolayısıyla aldıklarını verme borcun bulunduğu ortaya çıkmaktadır.

Komisyoncunun (dolaylı temsilcinin) alınanları verme borcu, iş görme borcu gibi bir yapma değil, bir verme borcudur. Komisyoncunun yapmış olduğu iş nedeniyle üçüncü kişilerden aldığı şeyleri müvekkile vermekle yükümlü olduğu gibi, müvekkilden aldığı ve fakat kullanmadığı veya elinde kalan parayı ve şeyleri müvekkile geri vermekle de yükümlüdür<sup>46</sup>.

Komisyoncunun aldıklarını müvekkile vermesi, menkullerden vasitasız

(43) Karahasan, s. 1377; Yavuz,Özel Hükümler, s.689.

(44) Arslanlı, s. 198; Yavuz, Özel Hükümler, s. 610.

(45) Yavuz, Özel Hükümler, s. 610.

(46) Yavuz, Özel Hükümler, s.611.

zilyetliği müvekkile sağlamakla, alacaklarda- BK. md. 393/ f.1, f.2'deki hükümün uygulama alanının söz konusu olmadığı durumlarda- yazılı temlik yapmakla, nama yazılı kıymetli evrakta yazılı temlik beyanı ve senedi teslim; emre yazılı olanlarda ciro ve senedi teslim ile, hamile yazılı olan senetlerde ise senedi teslim ile yerine getirecektir<sup>47</sup>.

Komisyoncu fiilen elinde bulunanları vermekle yükümlü olması yüzünden onun bunları vermemesi halindeki sorumluluğu bir *sonuç sorumluluğudur*<sup>48</sup>. Buna bağlı olarak müvekkilin alınanların verilmesine ilişkin alacağı bir teminat alacağı olmayıp, ifaya yönelen akdi bir alacaktır<sup>49</sup>.

Bununla birlikte doktrinde kabul edildiği gibi, dolaylı temsil de, dolaylı temsilcinin kendi adına ve fakat dolaylı temsil olunan (müvekkil) hesabına yaptığı hukuki işlemlerde doğan hakların sahibi geçici bir süre için de olsa dolaylı temsilcidir. Bu haklar iktisaden olmasa bile hukuken dolaylı temsilcinin malvarlığının kaderini paylaşır. Bu durumda dolaylı temsil olunanın kendi hesabına alınanların verilmesine ilişkin alacağının konusu, dolaylı temsilcinin bu borcuna aykırı davranarak yapacağı alacak temliklerinden ve onun malvarlığına el koyabilecek olan kendi alacaklılarından kurtarabilecek bir çözümlün bulunmasını gerektirmektedir. Böylece dolaylı temsilcinin alacaklara ve taşınırlara ilişkin alınanları verme borcunu yerine getirmekten kaçınması veya iflas ya da haciz dolayısıyla borç konusu üzerinde tasarruf yetkisini kaybetmesi nedeniyle bu borcunu yerine getirmemesi ihtimaline karşı dolaylı temsil olunanı korumak için BK. md. 393/ f.1 ve f.2 hükümleri getirilmiştir<sup>50</sup>. Bu hükümler çerçevesinde müvekkil ile dolaylı temsilcinin (komisyoncunun) işlem yaptığı üçüncü kişi arasında doğrudan hukuki ilişki kurulabilmesi imkanı üzerinde durmak istiyoruz.

## 2- Müvekkil ile Komisyoncunun İşlem Yaptığı Üçüncü Kişi Arasında Doğrudan Hukuki İlişki Kurulabilme İmkani

BK. md. 393/ f.1, f.2 hükümleri ile getirilen düzenleme "*müvekkil vekiline karşı olan muhtelif borçlarını ifa edince, vekilin kendi namına ve müvekkil hesabına üçüncü şahıstaki alacağı müvekkilin olur. Vekilin iflası halinde müvek-*

(47) Tandoğan, s.491; Yavuz, Özel Hükümler, s.644.

(48) Yavuz, Özel Hükümler, s. 644.

(49) Yavuz, Özel Hükümler, s. 644.

(50) Akünel, Teoman, Türk – İsviçre Borçlar Kanununda İlgili İçin İşlem Teorisi, s. 65 dip not 43; Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, s.296; Tandoğan, s.513; Yavuz, Özel Hükümler, s.644; Yavuz, Dolaylı Temsil, s.230.



*kil bu hakkını masaya karşı iddia edebilir.* “ şeklindedir.

Eğer Hukukumuzda BK. md. 393/ f.1 ve f.2'nin öngördüğü şekilde bir düzenleme bulunmasa idi, dolaylı temsilcinin müvekkili hesabına kazandığı üçüncü kişilerdeki alacağı ona temlikten kaçınması halinde müvekkil; ya dolaylı temsilciyi temlik için irade beyanında bulunmaya mahkum eden ve bu irade beyanının yerini tutan bir ilam alması veya dolaylı temsilciden BK.md. 96'ya göre tazminat istemesi gerekecekti. İşte BK.md. 393/ f.1 ve f.2'de öngörülen kanuni temlik, müvekkili bu yollara gitme külfetinden kurtarmakta ve ona dolaylı temsilcinin üçüncü kişiden kazandığı alacağı başkasına temlik etmesini önlemek imkanı sağlamaktadır<sup>51</sup>.

BK. md. 393 f.1 ve f.2 hükümlerinin amacının tam olarak açıklığa kavuşturulabilmesi bakımından getirilen düzenlemenin hukuki niteliği üzerinde durulmasında yarar vardır. Bu konuya ilişkin doktrinde değişik görüşler bulunmaktadır. Bunlara kısaca değinmekte yarar görüyoruz<sup>52</sup>.

Bir kısım yazarlar, BK. md. 393/ f.1ve f.2 düzenlemesi içinde alacak haklarının dolaylı temsil olunana intikal etmesini bir *kanuni halefiyet* olarak nitelendirirken<sup>53</sup>, diğer bazı yazarlara göre ise, burada kanuni halefiyet değil, bir *alacağın kanuni temlikinin* söz konusu olduğunu belirtmektedirler<sup>54</sup>.

YAVUZ'un isabetle belirttiği gibi, burada bir kanuni halefiyet durumu söz konusu değildir. Çünkü doktrinde kabul edildiği gibi halefiyet, başkasına ait bir borcun ifasına dayanır; dolayısıyla temsil olunan ise, başkasına ait bir borcu değil, komisyon sözleşmesinin kendisine yüklediği borçları yerine getirmektedir. Bunun dışında halefiyet hallerinde alacaklının kendi nam ve hesabına iktisap etmiş olduğu alacaklar halef olan kişiye geçmektedir. Komisyon sözleşmesinde ise, komisyonçunun kendi adına ve fakat dolaylı temsil olunan hesabına kazanmış olduğu alacaklar, dolaylı temsil olunana geçmektedir<sup>55</sup>.

(51) Yavuz, Özel Hükümler, s. 644; Yavuz, Dolaylı Temsil, s.230.

(52) Geniş bilgi için Yavuz, Özel Hükümler, s.644 vd.

(53) Berki, s.165; Yavuz, Dolaylı Temsil, s.230; Yavuz, Özel Hükümler, s.644.

(54) Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 230; Yavuz, Özel Hükümler, s. 644.

(55) Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 232; Yavuz, Özel Hükümler, s.645.

Diğer yandan, BK. md. 393/ f.1 ve f.2 hükümlerinin getirdiği düzenlemeyi bir alacağın kanuni temlik olarak nitelendirmek de mümkün değildir. Çünkü alacağın temlikinin konusu, geniş anlamda borç ilişkisi değil, bizzat alacağın kendisidir. Bundan dolayı da söz konusu borç ilişkisine ait yenilik doğuran haklar, alacağı temlik alana geçmeyip, alacağı temlik edende kalır. Oysa ki BK.393/ f.1 ve f.2'nin getirdiği düzenlemede, dolaylı temsil olunana sadece komisyoncunun onun hesabına kazandığı alacağın değil, onun hesabına yaptığı sözleşmelerdeki hukuki durumun da geçtiği kabul edilmelidir. Bir başka ifade ile komisyoncu (dolaylı temsilci) sözleşmede kendi hesabına hareket etmediği için, yapılan sözleşmenin hükümlerinin tümünün müvekkille (dolaylı temsil olunana) geçtiği kabul edilmesi gerekir<sup>66</sup>.

Müvekkilin üçüncü kişiye karşı doğrudan alacaklı olmasının şartlarını şöylece sıralamak mümkündür.

- Müvekkilin komisyon sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmesi,

- Müvekkilin söz konusu borçlarını ifa etmesi anında dış ilişkiyi teşkil eden hukuki ilişkinin sona ermemiş olması gerekir.

## **2a- Müvekkilin Komisyon Sözleşmesinden Doğan Borçlarını İfa Etmesi.**

BK. md. 393/ f.1'e göre müvekkil, komisyoncunun üçüncü kişi ile yaptığı hukuki işlemde doğan alacakları kazanabilmesi için öngörülen tek şart, müvekkilin komisyoncuya, komisyon sözleşmesinden doğan borçlarını ifa etmesidir. Bu durumda, müvekkilin (dolaylı temsil olunanın) üçüncü kişiye karşı doğrudan alacaklı olduğunun kabul edilmesi gerekir<sup>67</sup>. Bazı durumlarda ise, BK. md. 393 f.1'in öngördüğü bu şart, dış ilişkiyi teşkil eden hukuki işlemin yapılması anında gerçekleşmiş olabilir. Örneğin komisyon sözleşmesi gereğince hesabına hareket edilen müvekkil, bu borçlarını dış ilişkiye oluşturan hukuki işlemin yapılmasından önce yerine getirmiş olabilir. Hatta müvekkilin (dolaylı temsil olunanın), komisyoncuya (dolaylı temsilciye) sağladığı avansın onun komisyoncuya olan borçlarını fazlasıyla karşıladığı durum-

(56) Yavuz, Dolaylı Temsil, s.232; Yavuz, Özel Hükümler, s.645.

(57) Yavuz, Dolaylı Temsil, s.239; Zevkliler/ Aydoğdu/ Petek, Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri, Ankara, 1998, s.373.

larda, müvekkilin( dolaylı temsil olunanın) üçüncü kişiye karşı doğrudan alacaklı olduğunun kabul edilmesi gerekir<sup>68</sup>.

### **2b- Müvekkilin Söz Konusu Borçlarını İfa Etmesi Anında, Dış İlişkiyi Teşkil Eden Hukuki İlişkinin Sona Ermemiş Olması.**

Doktrinde , BK. md. 393/ f.1 hükmünün uygulanabilmesi için, dolaylı temsil olunanın, komisyoncuya olan borçlarını ifa anında, komisyoncunun dolaylı temsil olunan hesabına kazanmış olduğu alacakların, alacakları sona erdiren herhangi bir hukuki nedenle sona ermemiş olması gerekir<sup>69</sup>

### **2c- Müvekkilin Üçüncü Kişiye Karşı Doğrudan Alacaklı Olmasının Hükümleri**

BK. md. 393/f.1'in öngördüğü yukarda incelenmiş bulunan şartlar gerçekleşince, komisyoncunun yaptığı hukuki işlemler nedeniyle doğan tüm alacaklar müvekkile geçer. Bunun için BK. md. 163 /f.1'de öngörülen yazılı bir temlik beyanına ya da şekilsiz bir temlik beyanına ihtiyaç yoktur<sup>60</sup>. Burada kanuni temlik kendiliğinden gerçekleşmektedir. Bu nedenle müvekkil kanuni temlik gerçekleştirmek için bir ifa davası açamaz; ancak kanuni temlik yönünden şartların gerçekleştiğini tespit ettirmek için bir *tespit davası* açabilir<sup>61</sup>

Diğer yandan BK. md. 393/ f.2 hükmü gereği olarak komisyoncunun iflası halinde, onun iflas masasına karşıda kanuni temlikin gerçekleştiği ileri sürülebilir. Hatta komisyoncunun iflası açıldığı anda müvekkil BK. md.393/ f.1'deki şartı gerçekleştirmemiş ise, bu şartı iflas masasına karşı gerçekleştirerek kanuni temlik imkanından yararlanması mümkündür<sup>62</sup>. Komisyoncunun alacaklıları, onun müvekkil hesabına kazandığı alacaklar üzerine haciz koydurmaları halinde de, müvekkil BK. md.393/ f.1'deki şartı gerçekleştirerek f. 2 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu üzerine haciz konulmuş ala-

(58) Tandoğan, Dolaylı temsil olunanın fazlaya ait avans bölümünün kendisine verilmesini istemesiyle kanuni temlikin gerçekleşeceğini belirtmektedir s.515; Yavuz, Dolaylı Temsil, s.240; Yavuz, Özel Hükümler, s. 650-651.

(59) Yavuz, Dolaylı Temsil, s.240-241.

(60) Yavuz, Özel Hükümler, s.652.

(61) Tandoğan, s. 523; Yavuz. Özel Hükümler, s. 652.

(62) Yavuz, Özel Hükümler, s. 655.

cakların kendisine intikalini sağlayabilir ve böylece gerçekleşen kanuni temlik, komisyoncunun haciz koyduran alacaklılarına karşı ileri sürebilir<sup>63</sup>.

Komisyoncu, müvekkile ait menkul mal veya kıymetli evrak üzerinde kendi adına olduğu halde onun hesabına tasarruf edebileceği gibi, iş sahibi hesabına olduğu halde kendi adına kıymetli evrak veya menkul mal kazanabilir.

Komisyoncunun müvekkile ait menkul eşya ve hamiline yazılı senetler üzerinde tasarruf edebilmesi için söz konusu menkul eşya ve hamiline yazılı senetlere malik kılınması zorunlu değildir. Bunun için komisyoncunun söz konusu menkul eşya ve hamiline yazılı senetlere zilyet kılınması gerekli ve yeterlidir<sup>64</sup>. Böylece komisyoncu, sahip olmadığı malik sıfatıyla zilyetlik veya tasarruf işleminin konusu bir aynı hakkın devri ya da tesisi olduğu durumlarda fer'i zilyetliği üçüncü kişiye zilyetliğin devri yollarından biriyle gerçekleştirebilecektir. Müvekkil, komisyoncunun bu niteliğiyle yaptığı tasarruf işlemine hiçbir katılması olmaksızın, tasarruf işleminin konusu olan menkul eşya ve hamiline yazılı senet üzerindeki mülkiyet hakkını kaybetmekte ya da onunu mülkiyet hakkı komisyoncunun bu niteliği ile yaptığı tasarruf işlemi sonucu sınırlandırılmış olmaktadır. Dolayısıyla bu çeşit tasarruf işlemlerinde müvekkil ile üçüncü kişi arasında doğrudan bir hukuki ilişki kurulduğunun kabul edilmesi gerekir<sup>65</sup>.

Diğer kıymetli evrakta ise, müvekkil kıymetli evrakın devrine ilişkin hükümlere göre komisyoncuya, kıymetli evrak üzerinde malik olarak tasarruf etme imkanı sağlamalıdır<sup>66</sup>.

BK. md 393/ f. 3 hükmünden ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Şöyle ki;

*Bir görüşe göre*, aksine hükmen teslim şekli altında bir anlaşma olmadıkça komisyoncu, müvekkil hesabına aldığı menkul eşya ve kıymetli evrakın maliki olur<sup>67</sup>. BK. md. 393/ f.3 hükmü ise komisyoncunun (dolaylı tem-

(63) Akünel, s. 67 dip not 47; Tan doğan, s. 527 ;Yavuz, Özel Hükümler, s. 655.

(64) Yavuz, Özel Hükümler, s. 665.

(65) Yavuz, Özel Hükümler, s. 665.

(66) Yavuz, Özel Hükümler, s. 665.

silcinin) iflası halinde veya bir başka alacaklı tarafından müvekkil (dolaylı temsil olunan) hesabına kazanılan menkul eşya üzerine haciz veya ihtiyati haciz koydurulması halinde müvekkile, hesabına kazanılan menkul eşyayı ayırma hakkı tanımıştır<sup>68</sup>. Böylece bu hüküm komisyoncunun iflası durumuyla ilgili olarak, müvekkilin kendi hesabına kazanılan menkul eşyanın kendisine teslimine ilişkin alacağını, komisyoncunun iflası dolayısıyla ancak kısmen ödenecek bir para alacağına dönüşmekten korumaktadır.

*Bir diğer görüşe göre ise* müvekkil (dolaylı temsil olunan), komisyoncunun (dolaylı temsilcinin) onun hesabına kazandığı menkul eşyanın, yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde kazandığı menkul eşyanın maliki olur<sup>69</sup>.

Bize ikinci görüş daha doğru görünmektedir. Çünkü BK. md.393/ f.3 hükmünün kendi içinde ve kanun diğer hükümleri ile çelişkiye düşmeden yorumlanması halinde müvekkilin (dolaylı temsil olunan), komisyoncunun (dolaylı temsilcinin) yaptığı bütün işlemler sonucunda müvekkil (dolaylı temsil olunan) hesabına kazandığı menkullere ilişkin aynı haklar ile kıymetli evrakın mülkiyetini müvekkilin (dolaylı temsil olunanın) doğrudan kazandığı kabul edilmelidir.

## **b-Komisyoncunun Hakları**

### **aa-Genel Olarak**

BK. md. 422-429 da komisyoncunun hakları düzenlenmiştir. Buna göre komisyoncunun yaptığı masrafları ve verdiği avanslara ilişkin alacak hakkı, ücret hakkı, hapis hakkı, malları arttırma ile sattırma hakkı, bizzat alıcı ya da satıcı olma hakkı vardır.

### **bb-Komisyoncunun Yaptığı Masrafları ve Verdiği Avanslara İlişkin Alacak Hakkı**

BK. md. 422/1'de komisyoncu müvekkilin menfaati için yaptığı bilcümle masrafları ve verdiği paraları faizi ile beraber isteyebilir" hükmü yer almak-

(67) Akünel, s.67; Tandoğan, s.513; Yarg. 13. HD. 8.10.1990, 1165-6012 ( Karahasan, c.6, s.724-725);Yavuz, Özel Hükümler, s. 667.

(68) Yavuz,s.667.

(69) Yavuz,s. 690.

tadır. Buna göre komisyoncu, müvekkilin işleri için yaptığı tüm masrafları, bu arada depo kiralari nakliye ve bakım yükleme ve boşaltma ücretlerini verdiği avansları yapıldığı ya da verildiği tarihten itibaren işleyecek olan akdi veya kanuni faizleri ile birlikte istemek hakkına sahiptir<sup>70</sup>.

Komisyoncu , ardiye ve nakliye ücretlerini müvekkil hesabına geçirme hakkına sahip olmakla birlikte, kendi işletmesinin devamı için ödemekle yükümlü bulunduğu yazıhane ve memur masraflarını isteme hakkına sahip değildir (BK. md.422/son)<sup>71</sup>.

### **cc- Komisyoncunun Komisyon Ücreti İsteme Hakkı**

Komisyon sözleşmesi ivazlı sözleşmelerdendir. Ücret, komisyon sözleşmesinin esaslı unsurudur. Bundan dolayı, komisyonculuk işlerinde komisyoncunun normal hakkı, komisyon adıyla anılan bir ücret almaktır<sup>72</sup>.

Kural olarak ücret işin tamamlanması üzerine ödenir. İş yapılmamış ise ücret istenemez. Ancak işin yapılmamasına müvekkil neden olmuş ise, yine tam ücret istenebilecektir<sup>73</sup>. Ayrıca komisyoncunun ücrete hak kazanabilmesi için akdin üçüncü kişi tarafından ifa edilmiş olması da gerekir. Akdin hangi şartlar altında ifa edilmiş sayılacağı İsviçre hukukunda ihtilafıdır.

*Bir görüşe göre* ifa tam olmalıdır. Buradaki amaç, komisyoncuyu güvenilir kişiler ile akit yapmaya teşvik etmek, müvekkilin de ücreti yapılan işten alacağı bedelle ödeyebilecek duruma getirmektir.

*Diğer bir görüşe göre ise* ifaya geçilmiş olması ya da komisyoncunun iştiraki bakımından akit ifa edilmiş sayılıyor ise veya üçüncü şahıs borçlarını ifa etmiş ise ücret ödenmelidir<sup>74</sup>.

(70) Berki, s. 188; Yavuz, Özel Hükümler, s. 690.

(71) Arslanlı, s. 200; Becker, s. 819; Berki, s. 188-189; Domaniç, s. 344. Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 462; Karahasan, s. 1377; Uygur, s. 861; Yavuz, Özel Hükümler, s.690.

(72) Arslanlı, s. 199; Berki, s. 189; Domaniç, s. 343; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 461; Karahasan, s. 1378; Yavuz, Özel Hükümler, s. 690.

(73) Arslanlı, s.199; Domaniç, s.343; Hatemi/serozan/Arpacı, s. 461; Karahasan, s. 1378; Yavuz, Özel Hükümler, s. 690.

(74) Arslanlı, s. 199; Becker, s. 823.

İşin yapılmaması, komisyoncunun kusuru olmaksızın başka bir nedenden ileri gelmiş ise, komisyoncu yerel teamüle göre uygun bir ücret isteyebilir. Hiç şüphesiz bu ücret normal iş komisyonundan daha az olacaktır<sup>75</sup>.

Komisyoncunun sadakat(doğruluk) yükümüne aykırı hareket etmesi durumunda ücret talep etme hakkı düşer. Bu husus BK. md. 424'de açıklıkla belirtilmiştir. Anılan bu hükümde iki özel sadakasızlık, bir başka deyişle dürüstlük kuralına aykırı davranış hali düzenlenmiştir. Bunlar komisyoncunun müvekkil hesabına satın aldığından fazla veya sattığından noksan fiyat göstermesi halidir ki, bu durumlarda ücret hakkını komisyoncu tamamen kaybedecektir<sup>76</sup>.

Komisyoncu müvekkil hesabına satın aldığından fazla ya da sattığından eksik fiyat geçirmek suretiyle onun zarara uğramasına yol açarsa, müvekkil komisyoncu doğrudan alıcı ya da satıcı saymaya hakkı vardır. Böyle bir durumda, komisyoncu taraf olarak sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür. Bu halde komisyoncu gerçekte bağladığı fiyat göz önünde tutularak sorun çözümlenmelidir<sup>77</sup>.

Müvekkil tarafından komisyoncu alıcı veya satıcı sayılmış olması halinde komisyon ücretinin ödenmesi gerekip gerekmediği konusunda kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Düşüncemize göre, bu şıkkı tercih eden müvekkil, yani komisyoncu alıcı veya satıcı saymış ise komisyoncunun ücret talep etme hakkının bulunduğu kabul edilmesi uygun olur<sup>78</sup>.

#### **dd- Komisyoncunun Hapis Hakkı**

Komisyoncunun sattığı malın parası üzerinde ve satın aldığı malın kendisi üzerinde hapis hakkı vardır (BK. md. 425)

Komisyoncu gerektiğinde bu hakkına dayanarak ücret, mal bedeli ve masraf gibi alacaklarını, müvekkile ait haklar ve malların bedeli üzerinde imtiyazlı olarak ve rehinin paraya çevrilmesi hükümleri çerçevesinde

(75) Berki, s.189; Domaniç,s.343; Karahasan, s.1378; Yavuz,Özel Hükümler,s.690.

(76) Domaniç, s.343; Hatemi/Serozan/Arpacı, s.461; Karahasan,s.1378; Yavuz, Özel Hükümler,s. 691 .

(77) Hatem/Serozan/Arpacı, s.461;Karahasan, s.1379; Yavuz, Özel Hükümler, s.691.

(78) Hatemi/Serozan/Arpacı, s.462.

(İİK.md.145) tahsil edebilir. Müvekkilin iflası halinde de komisyoncunun bu imtiyazlı durumu devam eder(İİK. md.185)<sup>79</sup>.

Doktrinde, buradaki hapis hakkının gerçek anlamda bir hapis hakkı olmadığı belirtilmiştir. Müvekkil tarafından komisyoncuya satması için bir menkul mal teslim edilmiş ve henüz başkasına devredilmemiş veya malın satılmamasına müvekkil sebep olmuş ise komisyoncu ücrete hak kazanacaktır. Bu durumda komisyoncu malı müvekkile devretmeyip, üzerinde hapis hakkını kullanabilir; bu durumda gerçek anlamda hapis hakkı vardır. Çünkü komisyoncu müvekkile ait bir mal üzerinde hapis hakkını kullanmaktadır. Ancak müvekkil adına değil, hesabına devralınan şeyler üzerinde müvekkilin değil, komisyoncunun mülkiyet hakkı doğduğundan, bir kimsenin kendi malı üzerinde hapis hakkını kullanması mümkün değildir. O halde BK. md. 425 şöylece yorumlanması yerinde olur. Üzerinde hapis hakkı bulunan eşya, henüz komisyoncunun mülkiyetinde ise burada teknik anlamda bir hapis hakkı değil, sadece müvekkile karşı bir ödemezlik defii veya şahsi hapis hakkı(BK. md.81) söz konusu olduğu kabul edilmelidir<sup>80</sup>.

#### **ee- Komisyoncunun Malı Arttırma ile Satırma Hakkı**

Komisyoncuya verilen mal satılmazsa ya da müvekkil satıştan vazgeçtiği halde malı geri almaktan veya onun üzerinde başka türlü tasarrufta aşırı ölçüde gecikirse komisyoncu o malları bulunduğu yer mahkemesi aracılığıyla açık arttırma yolu ile sattırabilir(BK. md. 92, 426/1). Komisyoncunun bu hakkını kullanabilmesi için kural olarak durumu müvekkile bildirmesi zorunludur<sup>81</sup>. Ancak malın değerini hızlı bir şekilde kaybettiği durumlarda komisyoncu ihbar yapmaksızın satış yaptırabilir, hatta TTK.md. 20 göre buna mecbur olduğu söylenebilir.

BK. md.92/son fıkra hükmüne göre, verilecek şey borsada kayıtlı veya piyasada fiyatı mevcut ya da masraflarına oranla değeri az ise satışın aleni olması gerekmediği gibi, ihtara lüzum görmeksizin de hakim satışa izin verebilir <sup>82</sup>.

(79) Domaniç, s.344; Karahasan, s.1379; Yavuz, Özel Hükümler, s.691.

(80) Hatemi/Serozan/Arpacı, s.463.

(81) Domaniç,s.344;Uygur,s.870; Yavuz,s.691.

(82) Domaniç,s.344; Karahasan, s. 1280; Uygur, s. 870;Yavuz, s. 692.



Arttırma ile satış için kendisine başvuru malın bulunduğu yer mahkemesi malın bulunduğu yerde müvekkil ya da temsilcisi hazır bulunmakta ise satışa izin vermeden önce onları da dinlemelidir. Hazır bulunmuyorlarsa onlar dinlenmeksizin satış kararı verilebilir. Ancak mal pek çabuk değerden düşmeyecek ise, müvekkile satış talebinin resmen bildirilmesi zorunludur. Eğer malın değeri pek çabuk değerden düşecek ise bu bildirimden vazgeçilmelidir<sup>83</sup>.

#### **ff- Komisyoncunun Bizzat Alıcı Ya da Satıcı Olma Hakkı**

Vekaletin gerek doğrudan temsil ve gerekse dolaylı temsil yetkisi verdiği durumlarda temsilci -vekilin gerçekleştirdiği faaliyetin normal alanı, bir üçüncü kişi ile temsil olunan hesabına hukuki işlem yapmaktır. Acaba temsilci-vekil, bir üçüncü kişi ile temsil olunan-müvekkil hesabına yapma durumunda olduğu bir hukuki işlemi kendisi ile ya da temsilci-vekilin birden fazla kişinin temsilcisi olduğu durumlarda aynı temsil olunanlardan biri hesabına olarak diğer temsil olunanla her ikisini de temsil ederek yapabilecek midir ? Temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapmasının, yapılan sözleşmenin bir tarafından kendi hesabına, diğer taraf dan ise temsil olunan hesabına olarak hareket etme şeklinde olduğu durumlarda "*kendi kendisi ile sözleşme yapmanın*" varlığından söz edilir. Temsilcinin aynı sözleşmede iki tarafı teşkil etmek üzere bizzat kendisinin temsil ettiği iki ayrı temsil olunan hesabına hareket ettiği durumlarda ise "*çifte temsil*"in varlığı söz konusu olur. Dolaylı temsil alanında bu durum "*ısmarlama ların denkleştirilmesi*" kavramı ile anlatılmaktadır<sup>84</sup>.

Komisyoncu kural olarak kendi aracılığı ile yapılan sözleşmelerde müvekkiline muhatap yani üçüncü kişiler yerine kaim olmayacaktır. Bir kimse nin aynı zamanda vekil ve asil sıfatıyla hareket edememesi, bu sözleşmenin bünyesinde mevcut olan güven düşüncesine dayanır. Böylece komisyoncu

(83) Karahasan, s.1380; Poroy, s.178; Uygur, s.870; Yavuz, s. 692.

(84) Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, s. 535; Esener, Turhan, Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara, 1968, s.258; Esener, Turhan, Mümessilin kendi kendisiyle mukavele yapması, AÜHFD. 1957, s.72 vd.; Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, s.166, İstanbul, 1995; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, s.179; Ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, Dolaylı Temsil, s. 248 vd.

müvekkil hesabına alım ve satım işlerini ancak üçüncü kişilerle yapabilecek, kendi kendisi ile yapmayacaktır. Ancak kötü kullanma ve tehlike ihtimallerinin bulunmadığı veya çok az olduğu bazı istisnai durumlarda bu hak ve imkan komisyoncuya tanınmış ve müvekkil hesabına kendi kendisi ile anlaşma yapması kabul edilmiştir<sup>85</sup>. Bu duruma göre komisyoncunun yaptığı sözleşmenin diğer tarafın teşkil etme, yani karşı taraf olma imkanı ortaya çıkmaktadır. Teknik anlamıyla burada kendi kendisi ile sözleşme yapma söz konusudur.

Borsada yazılı olan veya piyasa fiyatı bulunan dövizleri ve diğer değerli evrakları veya ticaret mallarını satmakla ya da satın almakla görevlendirilen komisyoncu aksine müvekkil tarafından talimat verilmemiş olması şartıyla, satın alacağı mal yerine kendi malların satabilir ya da satacağı malları kendisi için satın alabilir (BK. md. 427/1). Hatta komisyoncu bizzat alıcı veya satıcı olabildiği bu gibi hallerde bir karşı taraf göstermeyerek vekaletin icra edildiğini, bildirmesi halinde, karşı tarafa ait borçları üstlenmiş sayılır (BK. md. 428). Ancak müvekkil, vekaleti geri alır ve geri alma haberi komisyoncuya onun vekaleti yerine getirdiği haberini müvekkile göndermesinden önce ulaşırsa, artık kendisini alıcı yada satıcı saymasına imkan yoktur (BK. md. 429)<sup>86</sup>.

Komisyoncu alıcı veya satıcı sıfatıyla hareket ettiği durumlarda vekaletin yerine getirilmesi zamanında malın borsa ya da piyasa fiyatını göz önüne almak zorundadır. Ayrıca komisyoncu komisyon işlerinde alışla gelmiş ücret ve giderlerini alabilir.(BK. md. 427/2)<sup>87</sup>. Bunun dışında işlem, satım hükümlerine tabi olacaktır. Komisyoncu alıcı veya satıcı olarak hareket ettiği durumlarda satışa ilişkin hükümler uyarınca sorumlu sayılacaktır. Satın almada yalnız kusurda değil ayrıca tekeffüle ilişkin hükümlerde uygulama alanı bulacak, komisyoncu eşyanın niteliğinden ve üzerindeki haktan sorumlu olacaktır<sup>88</sup>.

(85) Domaniç, s.345; Uygur, s. 871; Yavuz,Özel Hükümler, s.674.

(86) Domaniç, s. 345; Karahasan, s.1381;Uygur, s. 872; Yavuz, Özel Hükümler,s. 674.

(87) Domaniç, s. 345; Karahasan, s.1380; Yavuz, Özel Hükümler, s.675.

(88) Becker, s. 835; Karahasan, s. 1380; Uygur, s. 872; Yavuz,Özel Hükümler. s.617.

## **C- Müvekkilin Borçları**

### **a- Genel Olarak**

Müvekkilin borçları komisyoncunun haklarının karşılığını teşkil eder. Buna göre komisyon ücretini ödeme, komisyoncunun yaptığı masrafları ve verdiği avansları ödeme komisyoncuya avans verme ve karşılık sağlama, komisyoncunun onun hesabına giriştiği borçlardan kurtarma olarak sıralanabilir.

### **b- Ücret Ödeme Borcu**

Müvekkil komisyon sözleşmesi gereğince kararlaştırılan ücreti ödemek zorundadır. Ücret ödeme borcunun doğması için, komisyoncuya verilen işin ifa edilmiş olması gerekir. Ücrete hak kazanma, işin yapılarak sonucunun alınmasına bağlıdır. Bunun için komisyoncunun öncelikle üçüncü kişiyle geçerli bir sözleşme yapması zorunludur. Sözleşme henüz kurulmamış ise müvekkil, kendisi ile komisyoncu arasındaki sözleşmeyi feshedebilir, bu durumda komisyon ücreti istenemez<sup>89</sup>. Ancak haksız fesih nedeniyle komisyoncu BK.md. 96'ya göre olumsuz zararlarını isteyebilir.

### **c-Komisyoncunun Yaptığı Masrafları ve Ödediği Avansları Ödeme Borcu**

BK. md. 422/1 göre komisyoncu müvekkilin yararı için yaptığı tüm masrafları ve harcadığı paraları faizi ile birlikte isteyebilir. Buna göre müvekkil komisyoncu tarafından yapılan masrafları, ödenen avansların ödeme borcunun doğması için gerçekleşmesi gerekli şartları şunlardır.

Müvekkilin masrafları ve avansları ödeme borcunun doğması için her şeyden önce bu masrafların ve avansların geçerli bir komisyon sözleşmesine dayanılarak yapılmış olması gerekir. Geçersiz bir komisyon sözleşmesi dolayısıyla yapılan masraflar ancak vekaletsiz iş gören hükümlerine göre istenebilir.

Komisyoncunun komisyon sözleşmesi gereğince yapılan alım ve satım işlemi için masraflar yapması ve avanslar vermesi gerekir. Komisyoncunun

---

(89) Arslanlı, s.199.

masraf yapması onun kendi adına ve müvekkil hesabına yaptığı alım ve satım işlemi için isteyerek kendi iradesi ile kendisine ait mal varlığı değerlerinden fedakarlıkta bulunması, harcamaları gerçekleştirmesidir. Avans deyimi daha çok para ile yapılan masrafları ifade eder<sup>90</sup>. Müvekkil komisyoncu tarafından yapılan masraf ve avansların sadece sermayesini (anaparasını) değil, verildikleri tarihten itibaren hesaplanacak faizini de ödemesi gerekir.

Komisyoncunun masraf ve avansların ödenmesini isteyebilmesi için bunları komisyon sözleşmesi ile üstlendiği alım ve satım muamelesi şeklindeki iş görme borcunun ifası için yapmış olmalıdır. Komisyoncu usul ve kural dışı yaptığı masrafları müvekkilden isteyemez.

Masrafların ve avansların ödenmesi borcu, buna ilişkin alacağın ileri sürülmesi ile muacceliyet kazanır. Ayrıca bir ihtarda bulunmaya gerek yoktur<sup>91</sup>.

### **c- Müvekkilin, Komisyoncu Onun Hesabına Giriştiği Borçlardan Kurtarma Borcu**

Komisyoncu, bu sıfatı ile yaptığı hukuki işlemlerden şahsen sorumludur. Çünkü kendi adına hareket etmektedir. Buna karşılık müvekkilin, dolaylı temsilci olan komisyoncu bu borçlardan kurtarma yükümlülüğü vardır<sup>92</sup>. BK. md. 394/1'de dolaylı temsil olunanın bu borcu açıkça vurgulanmıştır.

Dolaylı temsile temel olan ilişkiden, örneğin komisyon sözleşmesinden doğan dolaylı temsil olunan, komisyoncu (dolaylı temsilciyi) onun hesabına giriştiği borçlarından kurtarma yükümlülüğü, hukuki niteliği itibariyle BK. md. 173 maddesinin düzenlediği borcun iç yüklenilmesi veya borçtan kurtarma vaadi olarak adlandırılan hukuki kurum karşılar, ancak buradaki dolaylı temsilciyi, onun hesabına giriştiği borçlardan kurtarma borcu kanundan doğan bir borç olması nedeniyle dolaylı temsil olunanın BK. md. 173 anlamında bir borçtan kurtarma vaadinde bulunması gerekli değildir<sup>93</sup>.

Komisyoncunun, müvekkile karşı sahip olduğu onun hesabına giriştiği borçlardan kurtarılması yolundaki talep hakkı bir alacak hakkı olup bir baş-

(90) Yavuz. s.617.

(91) Yavuz, Özel Hükümler, s.658.

(92) Yavuz, Özel Hükümler, s.660.

(93) Yavuz, Özel Hükümler, s.660.

kasına temlik edilebilmesi mümkün olduğu gibi, komisyoncunun alacaklıları tarafından haczedilebilir. Ayrıca komisyoncunun iflası halinde onun iflası masasında yer alarak masanın aktif kalemlerinden birini oluşturur<sup>94</sup>.

Komisyoncu, müvekkil hesabına girdiği borçlardan kurtarılmasına ilişkin alacağını, fiilen borç altına girdikten sonra müvekkile karşı her zaman ileri sürebilir. Müvekkilin, komisyoncuyla onun hesabına girdiği borçlardan kurtarma yükümlülüğü, komisyoncunun üçüncü kişiye karşı olan borcu varlığını sürdüğü sürece devam eder<sup>95</sup>.

Müvekkil, komisyoncuyla onun hesabına girdiği borçlardan çeşitli şekillerde kurtarması mümkündür.

Müvekkil bizzat kendisi komisyoncunun borcunu alacaklı üçüncü kişiye ifa edebilir.

Müvekkil, komisyoncuyla onun hesabına girdiği borçları ifa imkanı sağlayabilir (karşılık sağlamak suretiyle).

Müvekkil, alacaklı üçüncü kişi ile anlaşarak komisyoncunun ona olan borcunu yenilemek suretiyle, borçtan kurtarma yükümlülüğünü yerine getirebilir. Borçlunun değişmesi ile borcun yenilenmesinde, eski borç sona erer ve yerine yeni bir borç geçerli olur<sup>96</sup>.

Müvekkil alacaklı üçüncü kişi ile anlaşarak komisyoncunun ona karşı olan borcunu üstlenebilir( BK. md. 174).

Müvekkil, komisyoncu onun hesabına girdiği borçlardan dolayı belirtilen yollardan birisi ile kurtarmak suretiyle borcunu yerine getirebilir.

#### **D- Komisyon Sözleşmesinin Sona Ermesi**

##### **a- İş Görme Borcunun İfası ile Sona Erme**

İş görme borcunun gereği gibi ifa edilmesi, komisyon sözleşmesini sona erdirir. Sözleşme ile gerçekleştirilmek istenilen sonuca ulaşılmış olup olmaması önemli değildir. Artık vekaletle özgü sona erme nedenlerine başvuru

---

(94) Yavuz,Özel Hükümler, s. 660.

(95) Yavuz,Özel Hükümler, s. 660.

(96) Yavuz,Özel Hükümler,s.662.

ma (azil-istifa ) veya bunların ortaya çıkmasını beklemeye (ölüm-ehliyetsizlik-iflas gibi) gerek kalmaz<sup>97</sup>.

Sözleşmenin yöneldiği sonuç komisyoncunun eylemi ile tamamen elde edilir ise ifanın gereği gibi ve tam olarak gerçekleştiği kabul edilir. Ayrıca komisyoncunun özen borcunu yerine getirip getirmediğini araştırmaya gerek kalmaz. Başarılı sonuç özen eksikliğini ortadan kaldırır<sup>98</sup>. İş görme borcu böylece sona eren vekil haklarını ileri sürebilecektir.

Komisyoncu, özen borcunu tam ve gereği gibi yerine getirmiş olmakla birlikte vekaletin yöneldiği başarılı sonuç elde edilmemiş olabilir. Bu durumda sözleşmenin gereği gibi ifası olarak değerlendirilmelidir. Ancak böyle bir halde vekil, sonucu garanti etmişse ifa gereği gibi yapılmamış sayılır ve vekilin ifa borcu sözleşmeden doğan bir tazminat borcuna dönüşür.

Komisyon sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmediği durumlarda komisyoncunun gerekli özeni göstermemesi ve yönelinen sonucun başarılı bir şekilde elde edilmemesi söz konusudur. Bu durumda ifa borcu tazminat borcuna dönüşür. Ancak ifanın gereği gibi yapıp yapılmadığını uyuşmazlık halinde hakim tespit edecektir. Hakimin kararı tazminat ödenmesi gerekip gerekmediğine ilişkin olacaktır<sup>99</sup>.

Dolaylı temsilci komisyoncunun bozuk ifanın yerine yeniden gereği gibi ifade bulunması mümkün olsa bile, bu hususta artık onun böyle bir yükümlülüğü yoktur. Müvekkil bozuk ifa yerine gereği gibi ifayı aynı komisyoncuya yaptırmak için onunla yeni bir komisyon sözleşmesi yapması gerekir. Bu yeni anlaşmanın ,müvekkilin tazminat isteğinden zımnen (örtülü) vazgeçmeyi gerektirip gerektirmediği her somut olayın koşullarına göre değerlendirilmesi yerinde olur<sup>100</sup>.

#### **b- Komisyon Sözleşmesinin Tarafların İradesi İle Sona Ermesi (Azil-İstifa)**

BK.md. 416/son fıkrasının yollaması nedeniyle komisyon sözleşmesine de uygulanacak olan aynı kanunun md.396 f.1 hükmüne göre, “ *vekaletten*

(97) Tandoğan, s.618; Yavuz,Özel Hükümler, s. 663.

(98) Yavuz, Özel Hükümler, s. Özel Hükümler, s.620.

(99) Tandoğan,s.618.

(100)Tandoğan, s.619;Yavuz,Özel Hükümler, s. 621.

*azil ve ondan istifa her zaman caizdir*". Bu hüküm uyarınca vekalet sözleşmesi, müvekkil veya vekil tarafından bir nedene dayandırılması gerekmeyen, tek taraflı, varması gerekli bir beyanla her zaman ortadan kaldırılabilir. Tek taraflı geri alma, tamamen vekaletle özgü bir sona erme nedenidir<sup>101</sup>.

Müvekkilin tek taraflı beyanı ile sözleşmeyi sona erdirmesine azil, vekilin sözleşmeyi tek taraflı beyanı ile sona erdirmesine istifa denilmektedir. Doktrinde gerek azil ve gerekse istifa karşı tarafa ulaşmakla ileriye doğru olmak üzere hükümlerini hemen doğrudan meydana getirecekleri ve her ikisinin de bozucu nitelikte birer yenilik doğurucu hak olduğu kabul edilmektedir<sup>102</sup>.

Azil veya istifa kural olarak bir geçerlilik şekline bağlı değildir. Örtülü biçimde veya delalet edici bir eylemle yapılması mümkündür. Müvekkilin, vekile verdiği işi kendisinin görmesi ya da vekaletle bağdaşmayan işlemler yapması örnek olarak gösterilebilir.

Her çeşit vekalette olduğu gibi komisyon sözleşmesinde, müvekkil vekili her zaman azletmek hakkından, komisyoncuda her zaman istifa edebilmek hakkından önceden vazgeçemez. Bu nedenle BK. md. 396/1.hükmü emredici nitelikte olduğundan aksine sözleşme yapılamaz<sup>103</sup>. Aynı esas BK. md. 34 f. 2'de temsil olunan bakımından "temsil olunan kimsenin bu hakkından (temsil yetkisini kaldırma ya da daraltma hakkından) evvelce feragat etmesi hükümsüzdür" şeklinde ifade edilmiştir<sup>104</sup>.

BK. md. 396/1'de vekaletten azil veya ondan istifanın her zaman caiz olduğu belirtilmekle birlikte aynı maddenin ikinci fıkrasına göre "*münasip olmayan bir zamanda vekaletten azil veya ondan istifa eden kimse diğerinin zararını zamin olur*". Böylece haksız azil veya istifa halinde karşı taraf güvendiği vekaletin uygun olmayan bir zamanda ortadan kalkmasından dolayı uğradığı olumsuz zararın tazmini isteyebilecektir<sup>105</sup>.

(101) Hatemi/Serozan/Arpacı/, s. 431-433;Tandoğan, s. 619-620; Yavuz, Özel Hükümler, s. 621.

(102) Hatemi/Serozan/Arpacı, s.431-433; Tandoğan,s. 620.

(103) Tandoğan, s. 623;Yavuz,Özel Hükümler,s.621.

(104) Yavuz,Özel Hükümler, s. 621.

(105) Tandoğan, s. 640; Yavuz, Özel Hükümler, s.621.

Tespit ettiğimiz bu kurallar dolaylı temsil ilişkisini içeren komisyon sözleşmesine aynen uygulanır. Dolayısıyla Komisyon Sözleşmesinde de her zaman gerek komisyoncu ve gerekse müvekkil azil ve istifa hakkına sahip olup, bu haktan önceden vazgeçmeleri geçerli değildir. Aynı şekilde uygun olmayan zamanda hakkın kullanılması halinde diğer tarafın uğradığı olumsuz zararın tazmini gerekecektir.

### **c- Komisyon Sözleşmesinin Taraplardan Birinin Ölümü, Ehliyetsizliği Ya da İflası Nedeniyle Sona Ermesi**

#### **aa- Taraplardan Birinin Ölümü**

Vekalet sözleşmesi gibi komisyon sözleşmesi de tarafların karşılıklı güvenlerine dayanan bir ilişki ortaya çıkartmakta ve bu ilişkiden doğan iş görme borcuna ilişkin hak ve borçlar sıkı surette tarafların kişiliğine bağlı bulunmaktadır<sup>106</sup>. Müvekkil güvenini taşıyan bir vekil seçmekte, ona her zaman işin görülme biçimi hakkında talimat vermekte ve bu iş gördürmeyi dilediği zaman sona erdirmektedir.

Müvekkilin ölümü halinde iş görmenin yapılma biçimine egemen olan onun iradesi ve menfaati ortadan kalkacaktır. Vekilin ölümü halinde onun vekaleti şahsen ifası olanağını kaldıracaktır. Vekilin sağlığında onun işine dilediği gibi son veren vekil, onun ölümü halinde işi devam ettirmek isteyip istemeyeceği ve kime yaptıracağını serbestçe tayin edebilmelidir. Bütün bu hususlar, kural olarak taraplardan birinin ölümü halinde vekalet sözleşmesini sona ermesini haklı göstermektedir<sup>107</sup>. Bu yüzden BK. md. 397 f.1'de "*Hilafî mukaveleden veya işin mahiyetinden anlaşılmadıkça vekalet, gerek vekilin ve gerek müvekkilin ölümü ile nihayet bulur*" denilmektedir. Taraplardan birinin gaipliğine karar verilmesi veya tüzel kişi tarafın tüzel kişiliğinin sona ermesi durumu ölüme benzer sonuçlar doğuracağından vekalet ilişkisi kendiliğinden sona erecektir<sup>108</sup>.

#### **bb-Taraplardan Birinin Ehliyetini Kaybetmesi**

BK. md. 397f.1'e göre "*vekalet, gerek vekilin ve gerek müvekkilin... ehliyetinin zevali ile nihayet bulur*". Böylece vekalet sözleşmesi kurulduktan

(106) Tandoğan, s.646; Yavuz, Özel Hükümler, s. 621.

(107) Tandoğan, s.647; Yavuz, Özel Hükümler, s. 621.

(108) Tandoğan, s. 664; Yavuz, Özel Hükümler, s. 622.



sonra gerek müvekkilin ve gerekse vekilin temyiz yeteneğini kaybetmesi ve tam ehliyetsiz duruma düşmesiyle sona erecektir.

Taraflardan birinin sınırlı ehliyetli ya da sınırlı ehliyetsiz duruma düşmesi halinde vekaletin sona erip ermeyeceği konusunda BK. md. 397'de her hangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu durumda vekaletin sona erip ermeyeceği genel hükümlere göre çözümlenmesi gerekir<sup>109</sup>. Taraflardan birinin sınırlı ehliyetsiz duruma düşmesi hali de kendisine bir kanuni temsilci tayin edileceğinden vekalet kural olarak sona erecektir. Fakat kanuni temsilcinin muvafakati ile vekaletin devamı mümkündür. Aynı şekilde tarafların birine kanuni müşavir tayin edilmesi halinde de MK.nun 429 (eski md. 379)de sayılan işlemlere ilişkin vekaletin devamı kanuni müşavirin muvafakatine bağlı olacaktır<sup>110</sup>.

#### **cc- Tarafların Birinin İflası ile**

BK. md.397/1'de " vekalet, gerek vekilin ve gerekse müvekkilin iflası ile sona erer" demek suretiyle taraflardan birinin iflası halinde vekaletin sona ereceği hükme bağlanmıştır.

Müvekkilin iflası halinde masanın yararına olduğu takdirde iflas idaresi müvekkil yerine vekalet sözleşmesinin tarafı olarak yer alabilir (İİK. md.198/1). Bu takdirde vekil artık iflas idaresinin vekili olarak işe devam edecektir<sup>111</sup>.

Vekilin iflası halinde de vekalet sözleşmesi sona erer; vekilin alacakları masaya girer. Müvekkil bu alacaklar iflas idaresi tarafından istenildiğinde, bunların vekilin onun hesabına aldığı paraların kendisine verilmesine ilişkin borcuyla takas edilmesini isteyebilir<sup>112</sup>. Diğer yandan, müvekkil BK. md. 393 f.2 ve f.3 gereğince vekile olan borçlarını masaya ödeyerek veya tevdi yerine karşılığını yatırarak, vekilin kendi adına ve onun hesabına kazandığı alacakların kanuni temlik yoluyla kendisine geçmesini sağlayabilir<sup>113</sup>.

(109) Yavuz, Özel Hükümler, s. 622.

(110) Tandoğan, s. 667; Yavuz, Özel Hükümler, s. 622.

(111) Tandoğan, s. 673.

(112) Tandoğan s. 673-674.

(113) Tandoğan, s. 674.

Vekaletin ölüm, ehliyetin kaybı ve taraflardan birinin iflası nedeniyle sona ermesine ilişkin tespit ettiğimiz kurallar komisyon sözleşmesinde de uygulama alanı bulacaktır (BK. md. 416/son fıkrasının yollamasıyla). Buna göre komisyon sözleşmesi gerek komisyoncunun ve gerekse müvekkilin ölümü, ehliyetsizlik ve iflası halinde kural olarak sona erecektir.

#### **dd-Komisyon Sözleşmesinin Ölüm, Ehliyet Kaybı ve İflas ile Sona Ermesinin İstisnası**

BK.md. 397 f.1'de "Hilafi mukaveleden veya işin mahiyetinden anlaşıl-madıkça" demek suretiyle vekaletin taraflardan birinin ölümü, ehliyetsizliği, ya da iflası ile sona ereceğine ilişkin düzenlemenin emredici nitelikte olmadığı, açıklıkla ifade edilmiştir. Bu istisnalardan biri, vekil ile müvekkil arasındaki sözleşmede bu hususun kararlaştırılmış olması, diğeri ise işin mahiyetinin vekaletin devamını gerektirmesidir.

Dolaylı temsili gerektiren komisyon sözleşmesinde müvekkilin ölümü halinde işin mahiyetinden çok müvekkilin mirasçılarının vekaleti devam ettirip ettirmemek hususundaki açık veya örtülü iradeleri rol oynar. Mirasçılar vekaleti devam ettirmek istemiyorlarsa vekilin işine son verip alınanların verilmesine ilişkin alacaklarını ona karşı ileri sürebilirler. Ancak komisyoncunun ölümü halinde işin mahiyeti gereği kural olarak sözleşme sona ermelidir<sup>114</sup>.

#### **d- Komisyon Sözleşmesinin Tarafların Tek Taraflı İradesi (Azil Veya İstifa) Ölümü, Ehliyetsizliği Veya İflası Sonucu Sona Ermesinin Hükümü Ve Geçici İş Görme Yükümlülüğü**

BK.md. 397 f.2'de "vekaletin nihayet bulması müvekkilin menfaatlerini tehlikeye koyuyorsa, müvekkil veya mirasçısı ve mümessili bizzat işlerini görebilecek hale gelinceye kadar vekil veya mirasçısı veya mümessili vekaleti ifaya devam ile mükelleftirler." Buna göre dolaylı temsilin son bulması veya görülen işin ortada kalması müvekkilin, o ölmüş ise mirasçılarının yararlarını tehlikeye sokmalıdır. Daha açık bir deyimle sözleşmenin zamansız sona ermesi yüzünden gerekenin yapılmaması, müvekkil veya mirasçılarının zarar verme ihtimali bulunmalıdır<sup>115</sup>. Ayrıca görülen işe devam edilmesi mümkün ve caiz olmalıdır<sup>116</sup>.

(114) Tandoğan, s. 652.

(115) Tandoğan, s.661; Yavuz, Özel Hükümler, s. 623.

(116) Tandoğan, s. 661; Yavuz, Özel Hükümler, s. 623.

Satım komisyonculuğunda, komisyoncunun ölümü halinde mirasçılarının işe devam etmeleri mümkündür. Ancak mirasçılarının işi bizzat yürütmeye olanağı bulunmayan hallerde onların işe devam yükümlülüğü, komisyoncunun ölümünden müvekkile hemen haber vermekle sınırlı olacaktır<sup>117</sup>.

Burada, iş görme borcu geçici olarak devam ettiği için devâm ettiği müvekkil veya mirasçılarının menfaatlerinin tehlikeye düşmesini önleyecek ölçüde olmak üzere komisyon sözleşmesi (dolaylı temsilin) de devam edecektir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi BK. md. 397 f.2 hükmüne göre bu yüzden doğan zararın tazmini gerektirir. Daha açık bir ifadeyle işe devam edilse idi veya vaktinde haber verilseydi müvekkilin veya mirasçılarının malvarlığında meydana gelmeyecek olan eksilme tazmin edilmelidir<sup>118</sup>. Ancak komisyoncunun mirasçılarının işe devam yükümlülüklerini yerine getirmede kusurlu olup olmadıklarının tayininde onların sosyal durumları ve iş ilişkileri göz önünde tutulmalı, kendilerinden aşırı fedakarlık beklenmemelidir<sup>119</sup>.

Kural olarak hukuki işlemlere ilişkin vekalette, vekilin temsil yetkisinin azil, istifa, ölüm, ehliyetsizlik ve iflas gibi nedenlerle sona erdiği durumlarda vekilin sona erme anından itibaren müvekkil için yaptığı hukuki işlemler hakkında yetkisiz temsil ya da vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması gerekecektir<sup>120</sup>. BK. md. 398 hükmü bu kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Buna göre sona ermenin bu sonucu doğurabilmesi için ayrıca vekilin bu sona ermeyi öğrenmesi gerekir. Aksi halde vekil, sona ermeyi öğrenmedikçe, vekalet öğrenme anına kadar devam ediyormuş gibi hükümler doğuracaktır. Bir başka deyişle vekil temsil yetkisi varmış gibi öğrenme anına kadar yaptığı işlemlerle müvekkili hak sahibi ve ya borçlandırabilecektir<sup>121</sup>. Ancak vekilin müvekkil hesabına işlem yaptığı üçüncü kişi, vekilin vekalet yetkisinin sona erdiğini bildiği durumlarda yetkisiz temsil veya vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanacaktır.<sup>122</sup>

Yapılan bu tespitler komisyon sözleşmesi konusunda da aynen geçerli

---

(117) Tandoğan, s.661-662.

(118) Tandoğan, s.662.

(119) Tandoğan, s.662.

(120) Yavuz, Özel Hükümler, s.693.

(121) Yavuz, Özel Hükümler, s.693.

(122) Yavuz, Özel Hükümler, s. 693.

olacaktır. Daha öncede belirttiğimiz gibi, komisyoncu kendi adına ve müvekkil hesabına üçüncü kişilerle işlem yapmaktadır. Dolaylı temsil yetkisinin sona erdiğini öğrenmedikçe komisyoncu müvekkil hesabına üçüncü kişilerle yaptığı hukuki işlemler geçerli olacaktır. Ancak üçüncü kişi komisyoncunun dolaylı temsil yetkisini sona erdiğini bildiği durumlarda yapılan işlemin müvekkil hesabına olduğu kabul edilmeyecektir.

### III- DİĞER KOMİSYON İŞLERİ

Alım ve satım işlerinde komisyonculuk BK. md. 416-429 ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kenar Başlığı "diğer komisyon işleri olan" BK. 430 maddesiyle aynı kanunun 416-429 maddelerinin kıyasen uygulanması gereken komisyonculuk faaliyetleri düzenlenmiştir.

Malzemesi işverence sağlanmak üzere imal edilecek taşınır eşyaya ilişkin komisyon işleri, eşya misli şeylerden olmasa da alım ve satım komisyonu gibidir (BK.md. 430 /1).

Alım ve satım komisyonu sayılmayan işleri ücret karşılığında kendi adına ve müvekkili hesabına yapan alım ve satım komisyoncusu ve komisyon işleriyle uğraşmayıp da böyle bir işi rasgele üzerine alan tüccar içinde bu bölümdeki kurallar uygulanır. (BK. md. 430/II). Böylece tarım alanında faaliyet, örneğin ekip biçme, tavukçuluk, diğer besi hayvanlarını da yetiştirme işi de yapılabilecektir<sup>123</sup>.

### IV- KOMİSYONCULUK İLİŞKİSİNDEN DOĞAN ALACAKLARIN TABİ OLDUKLARI ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı, kanunda öngörülen süre içinde istenilmemiş olan alacakların dava edilebilme niteliğini ortadan kaldıran bir süre geçirimidir<sup>124</sup>. BK.nun 125-140.maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan zamanaşımı bir hakkın dava yoluyla istenilmesi yetkisini ortadan kaldırması nedeniyle düşürücü (iskati) zamanaşımı adı verilmektedir<sup>125</sup>. Bu açıdan komisyon sözleşmesinden doğan alacak hakkının dava edilebilme yetkisini ortadan kaldırması bakımın-

(123) Domaniç, s. 345; Karahasan, s. 1381; Yavuz, Özel Hükümler, s.694.

(124) Feyzioğlu, Fevzi, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.II,İstanbul,1977, s.521;Von Tuhr, Borçlar Hukuku, Ankara, 1983, s.687; Eren ,s. 482; Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuk, C.I, İst. 1976,S.1237.

(125) Feyzioğlu, s. 521.

dan zamanaşımı düşürücü nitelikte bulunmaktadır.

BK md. 126/4 hükmü uyarınca, komisyonculuk faaliyetlerinden doğan alacaklar beş yıllık zamanaşımı süresine tabiidir. Bu bakımdan komisyonculuk faaliyetinin alım veya satım işlerine yada diğer komisyon işlerine ilişkin olmasının bir önemi bulunmamaktadır<sup>126</sup>

## V- SONUÇ

Komisyon sözleşmesi ivazlı sözleşmelerdendir. Her sözleşme gibi tarafların anlaşması ile (icap ve kabulü ile ) kurulur. Komisyoncu bir ücret karşılığında kendi adına ve fakat müvekkil hesabına bir iş görme (kıymetli evrak ve menkul malalim satımı) borcu yükümlenir. Burada ücret, iş görme ile mübadele ilişkisi içinde olduğundan sözleşmenin esaslı unsurudur. Ücret belirlenmemiş ise komisyon sözleşmesinden söz etmek mümkün değildir. Ancak bu durumda da ilişkiye yine de vekalet hükümleri uygulanacaktır.

Hukukumuzda doğrudan doğruya temsil, yani vekilin müvekkil ad ve hesabına hukuki işlem yapması düzenlenmiş, ancak dolaylı temsil açıkça düzenlenmemiştir. Vekilin kendi adına ve müvekkil hesabına hukuki işlem yapması olan dolaylı temsilin belirgin bir örneği olarak komisyon sözleşmesinin pozitif hukukumuzda düzenlenmiş olduğundan hareketle dolaylı temsilin hukukumuzda da kabul edildiği sonucuna varmaktayız. Bu husus doktrinde baskın görüş olarak benimsenmektedir.

Komisyoncunun hak ve borçları ile müvekkilin borçları kanunda sayılmış, ayrıca hüküm bulunmayan hallerde BK. md. 416/son yollaması nedeniyle vekaletle ilişkin hükümler tamamlayıcı kural olarak uygulanacağı belirtilmiştir. BK. md. 386 f.2 gereğince iş görme sözleşmelerinde vekalet hükümlerinin tamamlayıcı olarak uygulanması gerektiği kuralı böylece teyit edilmiş olmaktadır.

Doğrudan temsilde olduğu gibi dolaylı temsilde de vekilin bu arada komisyoncunun aldıklarını verme borcu bulunduğu gibi, müvekkilinde komisyoncuyu onun hesabına giriştiği borçlardan kurtarma borcu vardır. Hatta müvekkil ile komisyoncunun hukuki işlem yaptığı üçüncü kişi arasında BK.

---

(126) İmregün, s. 204; Karahasan, s. 1382; Poroy, s. 177; Tekil, s.153; Yavuz, Özel Hükümler, s.694.

md. 393 f.1ve f.2'de öngörülen şartlar yerine getirilmesi halinde doğrudan ilişki kurulma imkanı da vardır.

Bütün iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi, komisyon sözleşmesi de ifa ile sona erer. Bunun dışında BK md. 416/son yollaması ile aynı kanunun 396.maddesi gereğince her zaman tarafların tek taraflı iradesi ile (Azil-İstifa) komisyon sözleşmesini sona erdirmek mümkündür. Ayrıca BK. 397.maddesi hükmü uyarınca taraflardan birinin ölümü, ehliyetsizliği ve iflası halinde de komisyon sözleşmesi kural olarak sona erer.

**YARARLANILAN KAYNAKLAR**

- ARAL, Fahrettin**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara,2000.
- ARSLANLI, Halil**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul, 1960.
- BECKER**, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 1993.
- BERKİ, Şakir**, Borçlar Hukuku (Özel Hükümler),Ankara, 1973.
- BİLGE, Necip**, Borçlar Hukuku (Özel borç münasebetleri),Ankara, 1971.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku,Genel Hükümler, C.1. Ankara,1996.
- ESENER, Turhan**, Salahiyete Müstenit Temsil, Ankara, 1968.
- ESENER, Turhan**, Mümessilin Kendi Kendisiyle Mukavele Yapması, AÜHFD.1957, s.72-107.
- FEYZİOĞLU, Feyzi N.** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler,C.II, İstanbul, 1977.
- HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Hukuku , Özel Bölüm, İstanbul, 1992.
- İMREGÜN, Oğuz**,Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul, 1989.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit**, Türk Borçlar Hukuku, C.4, C.6,İstanbul,1992.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1995.
- POROY, Reha**, Ticari İşletme Hukuku, 5.Bası.
- TANDOĞAN, Haluk**, Borçlar Hukuku,Özel Borç İlişkileri C.II,Ankara,1987.
- TEKİL, Fahiman**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1978.
- TEKİNAY/İAKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler , İstanbul, 1993.
- TUHR Von**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Ankara, 1983.

**TUNÇOMAĞ, Kenan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, İstanbul, 1976.

**UYGUR, Turgut**, Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri C.6, Ankara, 1993.

**YAVUZ, Cevdet**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1999 (YAVUZ. Özel Hükümler).

**YAVUZ, Cevdet**, Türk- İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul, 1983 (YAVUZ, Dolaylı Temsil ).

**ZEVKLİLER/ AYDOĞDU/PETEK**, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1998.

#### **KISALTMALAR**

AÜHFD. : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BK. : Borçlar Kanunu

C. : Cilt

İBK. : İsviçre Borçlar Kanunu

md. : Madde

MK. : Medeni Kanun

İST. : İstanbul

S. : Sayfa

TTK. : Türk Ticaret Kanunu

yy. : Yüzyıl



**AİLE KONUTU VE HAK SAHİBİ EŞİN BU KONUTLA İLGİLİ  
TASARRUFLARINA DİĞER EŞİN KATILMA HAKKI (RIZA)  
(TMK.nun 194. MADDESİ)**

**Mahmut KAMACI (\*)**

*ANLATIM DÜZENİ: I- Giriş, II- Aile Konutu Kavramı, a- Tanımı ve unsurları, b- Eşlerin birlikte seçtikleri konut (TMK. 186) ve Aile konutu ilişkisi, c- Aile konutu birden fazla olabilir mi?, d- Yazlık konut, devre mülk, sayfiye evi, yat, kotra vs. gibi yerler ve aile konutu ilişkisi, e- Aile konutu ve işyerinin aynı yer olması hali, III- Aile konutunun korunma süresi, a- Evlilik devam ettiği sürece korumanın devam edeceği kuralı, b- Terk halinde koruma, c- Ayrılık kararı yada birlikte yaşamaya ara verilmesi kararı, d- Boşanma ve iptal (evliliğin feshi) davası esnasında koruma, e- Boşanma ve iptal davasından sonra, f- Eşlerden birinin ölümü halinde, IV- Aile Konutu Üzerinde Hak Sahipliği, a- Aile konutunun tek başına eşlerden birinin mülkiyetinde olması, b- Aile konutunun eşlerin paylı (müşterek) mülkiyetinde olması, c- Aile konutu üzerinde eşlerin elbirliği mülkiyeti, d- Eşlerden biri ile üçüncü kişilerin aile konutuna birlikte malik olması; aa- Eşlerden biri ile üçüncü kişi yada kişilerin paylı mülkiyeti, bb- Eşlerden biri ile üçüncü kişilerin elbirliği mülkiyeti, e- Eşlerden birinin aile konutu üzerinde sınırlı aynı hakka sahip olması (intifa, sükna, üst) f- Aile konutunun ariyet sözleşmesi ile kullanılıyor olması, g- Aile konutunun kira sözleşmesi ile kullanılıyor olması hali (Aile konutunun kira ile temin edilmesi) aa- Lojman ve kamu konutları, bb- Kapıcı konutunun aile konutu olması, cc- Hizmet ilişkisine dayalı olarak verilen aile konutu, V- Aile konutu ile ilgili hak sahibi eşin, diğer eşin rızasına bağlı İşlemleri, a- Sağlar arası tasarruflar, aa- Hak sahibi eşin iradi tasarrufları, 1- Satış, 2- Trampa, 3- Bağış, 4- Bir şirkete aynı sermaye olarak verme, 5- Satış vaadi ve bağışlama taahhüdü, bb- Hak sahibi eşin iradesi dışında mülkiyetin devredilmesi, 1- Cebri İcra ile satış, 2- Kamulaştırma, b- Aile konutu üzerinde hak sahibi eşin, ölüme bağlı tasarrufları, aa- Aile konutunun, eş dışında başka bir mirasçıya yada üçüncü kişiye vasiyet edilmesi, bb- Aile konutunun, bir mirasçı-*

(\*) 2. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi.

*nın gelecekteki miras payına mahsuben devredilmesi, (mirastan ivazlı yada ivazsız feragat), cc- Aile konutunun eşlerden biri ile diğer mirasçılar arasında elbirliği mülkiyetinde olması halinde, 1- Miras taksim sözleşmesi, 2- Hak sahibi eşin mirası reddetmesi, 3- Miras payının temlik sözleşmesi, VI- Diğer eşin rızası, a- Rızanın hukuki niteliği, şekli, verilmesi anı, b- Rızayı sağlayamayan eşin başvurabileceği yol, VII- Rıza alınmadan yapılan hukuki işlemin niteliği, VIII- Aile konutu şerhi*

## **I - GİRİŞ**

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, hukukumuzda yeni bir kavramı sokmuştur. Aile konutu, (TMK. 194) Yeni Medeni Kanun, aile konutunu, bu konut üzerinde hak sahibi eşin tasarruflarına karşı, bu tasarrufları diğer eşin rızasına bağlı tutmakla koruma altına almıştır. Böylece evliliğin devamı süresince, aile konutunun kaybedilmesi önlenmiş diğer eşin ve çocukların barınma hakları hukuken etkin güvence altına alınmıştır<sup>1</sup>.

Aşağıdaki makalede, aile konutunun ne olduğu, tanımı ve unsurları, aile konutu üzerinde hak sahipliği, hak sahibi eşin hangi tasarruflarının diğer eşin rızasına bağlı olabileceği, rıza alınmadan yapılan tasarrufun hukuken geçerli olup olmayacağı, rızanın şekli ve verilme zamanı, iyi niyetli üçüncü kişilerin kazanımının korunup korunmayacağı konuları irdelenecektir. Kavram yeni olduğundan, eksiklikler görülebilir. Konu önümüzdeki yıllarda Yargıtay'ın kararlarıyla daha iyi anlaşılacaktır.

## **II- AİLE KONUTU KAVRAMI**

### **a- Tanımı ve Unsurları :**

Aile konutu 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 194. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir.

“...Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakim müdahalasını isteyebilir.

(1) Ö. Uğur Gençcan bk.: s. 92

Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir.

Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur...”

Görüldüğü gibi maddede aile konutunun tanımı yapılmamıştır. Aile konutunu düzenleyen 194. madde, Türk Medeni Kanununun “evliliğin genel hükümleri” bölümünde yer aldığından, 4722 Sayılı Yürürlük Kanununun 9/son maddesi gereğince, kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlilikler hakkında da geçerlidir ve yeni Medeni Kanunun yürürlüğe girmesiyle derhal uygulanma niteliğini kazanmıştır<sup>2</sup>.

Ayrıca, evliliğin genel hükümleri emredici nitelikte kurallardır, eşler aralarında yapacakları sözleşmelerle bu hükümleri değiştiremezler veya ortadan kaldıramazlar<sup>3</sup>.

194. maddenin gerekçesinde “... aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günlerini içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır...” şeklinde açıklanmıştır. Gereğince yer alan bu açıklamalar aile konutunu tanımlamamakta, tanımda başvurabilecek ipuçlarını vermektedir.

Madde, 1988 tarihli İsviçre Medeni Kanununun 169. maddesinden alınmış, ancak İsviçre Medeni Kanununun (ZGB) 169. maddesinde olmayan 4. fıkra, bizde kabul edilmiştir.

Kavramda iki unsur göze çarpmaktadır. Aile ve Konut.

Aile; yasaya uygun oluşmuş bir evlilik birliğini ifade eder “evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur..” (TMK. 185/1) Türk Medeni Kanunu evliliği resmi nikah denilen şekil koşuluna bağladığından (TMK. 141 ve 142) yasal olmayan fiili beraberlikler “evlilik” değildir. Demek ki nikahsız beraberliklerde, (evlilik dışı yaşam) 194. maddenin uygulanma olanağı yoktur. Başka bir ifade ile evli olmayan kişilerin birlikte oturduğu ve kullandığı konut,

(2) Şıpka : s. 3

(3) Şıpka : s. 44

194. madde anlamında ‐aile konutu‐ sayılamaz ve 194. maddenin sağladığı korumadan yararlanamaz<sup>4</sup>.

Kavramdaki ikinci unsur konuttur: Konut sözlük anlamı ile ‐...içinde otu- rulan kapalı mekan, yapı, ev, mesken, oturulan yer...‐ demektir.

Kılıçoğlu: Aile konutunu ‐... eşlerin düzenli olarak yerleşim amacıyla kul- landıkları kapalı mekan ....‐ olanak tanımlamıştır<sup>5-6</sup>.

Şıpka: aile konutunu, ‐... ailenin yaşam merkezi sayılan mesken ...‐ ola- rak tanımlamaktadır<sup>7</sup>.

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü; Tapu Sicil Müdürlüklerine gönderdiği 11.6.2002 tarihli genelgesinde; aile konutunu, ‐eşlerin bütün yaşam faaliyet- lerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekanları ifade eder ....‐ şeklinde açıklamıştır<sup>8</sup>.

Evlilik birliği eşlerin bir arada yaşama yükümlülüğünü de içerir. Bu hu- sus Türk Medeni Kanununun 185/son maddesinde ‐... eşler birlikte yaşamak zorundadırlar ...‐ şeklinde ifade edilmiştir.

Türk Medeni Kanununun 186/1. maddesi ‐... eşlerin, oturacakları konu- tu birlikte seçeceklerini ...‐ hükme bağlamıştır.

Türk Medeni Kanununun 185/son maddesinde yer alan ‐... eşler birlik- te yaşamak ... zorundadırlar ...‐ şeklindeki hükümden ve 186/1. maddedeki ‐... eşler oturacakları konutu birlikte seçerler ...‐ hükmünden ve 194. mad- denin gerekçesinde yer alan açıklamalardan hareketle, **aile konut**; eşlerin birlikte seçtikleri, bütün yaşam faaliyetlerinin gerçekleştiği, düzenli olarak yerleşilen ve kullanımı hukuka uygun olan mesken olarak tanımlanabilir. An- cak bu tanım yer alan ‐... eşlerin oturacakları konutu birlikte seçme yüküm- lülüğü, o konutun kiralınması yada satın alınması (mülkiyetinin iktisabı) sıra- sında, diğer eşin rızasını gerektirmez. Başka bir deyişle, birlikte seçilen bu konutun edinilmesinde her eş tek başına yetkilidir.

(4) Şıpka : s. 73

(5) Kılıçoğlu : s. 4

(6) Kılıçoğlu : s. 8

(7) Şıpka : s. 79

(8) Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü sözü edilen genelgesinde; ‐...tapu siciline aile konutu şerhinin ne şekilde işleneceğini, başvurunun şeklini ve başvuruda hangi belgelerin aranacağını‐ teşkilatlarına duyurmuştur.

Tek başına yetkili olma, eşlerin birlikte edinmesine de engel değildir. Buna göre, aile konutunun nasıl elde edildiği konut üzerindeki hakkın türü (mülkiyet, sınırlı ayni hak yada kiracılık gibi) yada konutun kişisel mal mı? yoksa edinilmiş bir mal mı? olduğu 194. maddenin uygulanmasında önemli değildir.

Hak sahibi olan eşin, o konutta eşini ve ailesini oturtma ve barındırmasının hukuka uygun bir nedene dayanması gerekir. Yani aile konutunun hukuka aykırı olarak kullanılan bir konut olmaması gerekir. Bu nedenle hukuka aykırı olarak kullanılan bir konut aile konutu olarak 194. maddenin korunmasından yararlanamaz<sup>9</sup>.

Bu açıklamalar doğrultusunda; bir konutun "aile konutu" sayılabilmesi için dört unsur gereklidir.

1- Eşler bu konutu birlikte seçmeli ve burada ortak bir yaşam merkezi oluşturmalarıdır.

2- O yerde ailenin fiilen düzenli olarak oturuyor olması gerekir.

3- Kaybedildiğinde diğer eşin ve çocukların barınma hakkını da kaybedeceği konut niteliğinde olmalıdır ve konutun kullanımı hukuka uygun olmalıdır.

4- Konut, üçüncü kişilerce de dışardan bakıldığında objektif olarak ailenin yaşadığı konut sayılmalıdır.

Aile konutu üzerindeki hak sahipliği, konutun ne suretle edinildiğinin önemi yoktur. 194. madde, aile konutuyla ilgili, hak sahibi eşin, konutun kaybı sonucunu doğuracak hukuki işlemlerinde diğer eşin rızasını aramaktadır. Yoksa, bu konutun edinilmesinde diğer eşin rızası ve oluru aranmamıştır.

#### **b- Eşlerin birlikte seçtikleri konut ve aile konutu ilişkisi;**

Genellikle ve çoğu kez, eşlerin birlikte seçtikleri ortak konut ile aile konutu aynı yerdir. Bazen, eşlerin birlikte seçtikleri bir konut, aile konutu özelliğinde olmayabilir. Örneğin yazlık konut, birlikte seçilmiş olabilir ama aile konutu sayılmaz.

---

(9) Şipka : s. 82

Kanun "... eşlerin oturacakları konutu, birlikte seçeceklerini" (m. 186/1) ve "... eşlerin birlikte yaşamak zorunda olduklarını ..." öngörmüştür.

**c- Aile Konutu Birden Fazla Olabilir mi?**

Eşlerin birlikte seçecekleri konut birden fazla olabilir. Eşler birden fazla yerde oturabilirler. Bunlardan yalnızca bir tanesi Türk Medeni Kanununun 194. maddedeki anlamında aile konutu özelliğini taşır. Aile konutu eşlerin ve ailenin müşterek yaşam merkezi olan ve üçüncü kişilerce de objektif olarak böyle olduğu anlaşılabilen kural olarak tek bir konuttur<sup>9</sup>.

**d- Yazlık Konut, Devre Mülk, Sayfiye Evi, Yat, Kotra vs.  
Gibi Yerler ve Aile Konutu İlişkisi**

Yazlık ev, yayla evi, tatilde kullanılan karavan, yat, kotra, aile konutu yanında konuklar için ayrılan bağımsız konutlar, devre mülkler, yazın kalınan villalar, otel odası, bağ evi, gemi vs. yerler ailenin ortak yaşam merkezini ve müşterek hayatın önemli bir bölümünü oluşturmadıklarından 194. maddenin korunmasından yararlanamaz ve aile konutu sayılamaz.

Nitekim Yargıtay "... yazlık konut ailenin tatil ihtiyacını karşılamak amacıyla edinilmiş olup, bütün yaşam faaliyetlerinin gerçekleştiği sürekliliği olan alan niteliğinde değildir ..." diyerek yazlık konutun 194. maddenin korunmasından yararlanamayacağına karar vermiştir<sup>10</sup>.

Yukarıda aile konutunun kural olarak tek bir konut olacağı belirtilmiştir. Eşlerin çeşitli sebeplerle (meslek, sağlık okul v.b.) birden fazla ve değişik yerlerde oturuyor olmaları durumunda, bunlardan ağırlıklı olarak yaşam faaliyetlerinin yoğunlaştığı yer neresiyse o yer, aile konutu sayılmalıdır.

**e- Aile Konutu ile İşyerinin Aynı Yer Olması Hali**

Aile konutu aynı zamanda hak sahibi eşin işyeri de olabilir. Örneğin: eşlerden biri kendi mülkünde hem oturuyor hem de terzi atölyesi veya kuaför, pansiyon vs. olarak işletiyor olabilir. Aile konutunun, aynı zamanda işyeri olması durumunda, böyle bir konutun devredilmesi, veya kiraya verilmesinde 194. madde gereğince diğer eşin rızası aranacak mıdır? Yasada bu konuda bir açıklık yoktur. Böyle bir durumda konut hem aile konutu hem de hak sahibi eşin ticari faaliyet alanı özelliğindedir.

(10) Yargıtay 2. HD.nin 27.3.2003 trihli 3071-4352 sayılı kararı (yayınlanmadı)

194. maddenin, kaynağı olan İsviçre Medeni Kanununun (ZGB) 169. maddesinin kabul edilmesi sırasında, ilgili komisyonlarda bu konunun tartışıldığı belirtilmektedir<sup>11</sup>. Bu tartışmalar sonucu, bu tür, konut-işyerinin aynı olması durumunda kural olarak 169. maddenin korunmasından yararlanamayacağı, dolayısıyla diğer eşin rızasının aranmayacağı benimsenmiştir.

İsviçre'deki bilimsel görüşlerde ise; hem konut hem işyeri olarak kullanılan bu tür yerlerle ilgili tasarruflarda eğer bu yerin kaybı, diğer eşin ve çocukların barınma haklarının kaybedilmesi sonucunu doğuruyorsa, diğer eşin rızasının aranması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>12</sup>.

Bizde henüz, buna ilişkin bir olay yargı organlarına intikal etmemiştir. Öğretide ise; konut ve işyerinin aynı mekan olması halinde, eş ve çocukların barınma hakları garanti altına alınmadan işyerinin devriyle ilgili tasarrufun diğer eşin rızasına bağlı olması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>13</sup>

Ama örneğin; işyeri olarak kullanılan yer, iki katlı ve alt kat işyeri, üst kat konut olarak kullanılıyorsa, kişinin kendi arsası üzerine iki katlı bina yapıp alt katı işyeri olarak kullanıyor, üst katta da oturuyor olması sıkça görülen bir olaydır.) bu durumda, hak sahibi eş, alt katı, üst kattan bağımsız olarak üçüncü kişilere kiraya verebilir. Bu halde diğer eşin rızasının alınması gerekmez. Çünkü aile üst katta oturmaktadır ve alttaki işyerinin kiraya verilmesi üst kattaki oturma hakkını engellememektedir. Aynı halde, hak sahibi eş, işyeri olarak kullandığı alt kattaki bölümü satmaya kalkışırsa (her iki kat ayrı ayrı kat mülkiyetine tabi bağımsız bölüm niteliğini kazanmadıkça) bu işlemi, diğer eşin rızasını almadan yapamamalıdır.<sup>14</sup>

### III- AİLE KONUTUNUN KORUNMA SÜRESİ

#### a- Evlilik Devam Ettiği Sürece Korumanın Devam Edeceği Kuralı

Kanun; aile konutuyla ilgili hak sahibi eşin tasarruflarını, diğer eşin rızasına bağlı tutmuştur. "...eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz..." (TMK. 194/1)

(11) Şıpka : s. 83

(12) Şıpka : s. 83

(13) Şıpka : s. 84

(14) Şıpka : s. 84

Diğer eşin rızasına bağlı olma, ne zamana kadardır? Bu soruya verilecek en mantıklı yanıt, kural olarak evlilik sona erinceye kadar olmalıdır. Evlilik, boşanma, iptal veya eşlerden birinin ölümüyle sona ereceğine göre 194. maddenin sağladığı koruma da, boşanma, iptal (fesih) ve ölümle sona erecektir. 194. madde, evliliğin genel hükümleri içerisinde yer aldığından, evlilik sona erinceye kadar etkisini sürdürecektir. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin ölümünden sonra, sağ kalan eşin, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde, katılma alacağına mahsup edilmek üzere konut üzerinde intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteme hakkı veya haklı sebeplerin varlığı halinde ölen eşin yasal mirasçılarının isteğiyle aile konutunun mülkiyetinin kendisine bırakılmasını isteme hakkı 240. maddede, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde 255. maddede, mal ortaklığı rejiminde 279. maddede düzenlenmiş, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun mirasta, sağ kalan eşin miras hakkına mahsuben aile konutunun mülkiyetinin kendisine bırakılmasını isteme hakkı 652. maddede düzenlenmiştir. Bu makalenin konusu 194. maddenin sağladığı koruma (diğer eşin rızası) olduğu için, 194. maddenin dışında kalan, evliliğin boşanma veya iptal kararıyla veya ölümle sona ermesinden sonra, aile konutu üzerinde diğer eşe tanınan haklar burada incelenmemiştir.

Evliliğin yukarıdaki hallerden biriyle sona ermesinden sonra artık, "aile konutu olarak özgülenmiş olan konutla ilgili hak sahibininin tasarruflarında, diğer eşin (esasen bu halle de artık diğer eşten söz edilemez) rızası aranmayacaktır.

Boşanma (yada evliliğin iptali) davası devam ettiği sürece, 194. madde etkisini sürecektir. Başka bir deyişle konutla ilgili hak sahibi eşin tasarrufları diğer eşin rızasına bağlı olmaya devam edecektir. Dava, boşanma veya iptal kararıyla sonuçlandığında, kararın kesinleşmesiyle, 194. madde artık etkisiz duruma gelecektir. Bu hallerde artık, ortada korunacak bir menfaat kalmadığından, rızada aranmayacaktır.

Sorun, terk (TMK. 164) ve ayrılık kararı yada birlikte yaşamaya ara verilmesi kararı (TMK. 197) halinde ne olacağındadır.

#### **b- Terk Halinde Koruma**

Burada kastedilen terk, Türk Medeni Kanununun 164. maddesindeki (aynı zamanda bir boşanma sebebi olan) terk olgusudur. Yoksa, eşlerden bi-



rinin uzun bir süre iş gezisine çıkması, sağlık yada öğrenimi, vs. gibi nedenlerle aile konutunu terk etmesinde sorun yoktur. Bu hallerde konut, aile konutu özelliğini kaybetmez.

Eşlerden biri, "...evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla" aile konutunu terk ederse ne olacaktır?

Bu halde,

Eğer; aile konutunu terk eden eş, o konutta hak sahibi olan eş ise; konutta kalan (..terk edilen eş), 194. maddenin sağladığı korumadan yararlanacaktır. Konutu terk eden hak sahibi eşin, aile konutuyla ilgili, konutun kaybedilmesi sonucunu doğuracak tasarrufları (örneğin, kira sözleşmesini feshetmesi) diğer eşin rızasına bağlı olmaya devam edecektir.

Şayet, hak sahibi olmayan eş aile konutunu terk ederse; başka bir ifade ile aile konutunu kendi rızasıyla (evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla) terk eden eş, o konut üzerinde hak sahibi olmayan eş ise;

Bu halde, terk eden eşin bir daha ortak hayata dönmeyeceğinin açıkça anlaşıldığı durumlarda, artık 194. madde gereğince, aile konutu ile ilgili hak sahibi eşin tasarruflarına katılma hakkı (rızası) aranmamalıdır.<sup>15</sup>

Ancak terk eden eşin bir daha ortak hayata dönmeyeceği açık biçimde nasıl ve ne zaman anlaşılacaktır? Türk Medeni Kanununun 164. maddesine göre terk sebebiyle bir boşanma davası açılacak ise, terk eden eşe ortak konuta dönmesi için usulüne uygun çekilen ihtarda belli edilen 2 aylık sürenin bitimi, bu duruma karine oluşturabilir. Şu halde; istisnasız ve herhalde; terk eden eşe gönderilen ihtarda tanınan sürenin sonuna kadar terk eden eş, 194. maddenin sağladığı korumadan yararlanmalıdır. Sonrasında ise; 194. maddenin sağladığı sorumadan yararlanıp yararlanmayacağı, ihtara rağmen birliğe dönmemesinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmamasına göre değişebilir. Terk eden eşin, ihtara rağmen birliğe dönmemekte haklı olduğu açıkça belli ise, (örneğin, koca başka kadınla ilişkisini sürdürüyorsa veya terk eden eş ağır bir hastalık nedeniyle tedavi altında ise) bu takdirde 194. maddenin sağladığı korumadan yararlanacaktır. Başka bir deyişle hak sahibi

(15) Şıpka : s. 92

eşin konutla ilgili tasarrufları, terk eden eşin rızasına bağlı olacaktır. Terk eden eşin, ihtara rağmen birliğe dönmemesi haklı bir nedene dayanmıyor ise; (örneğin; kızının yada oğlunun yanında kalmak istiyorsa) bu halde, artık 194. madde gereğince, hak sahibi eşin tasarruflarına katılma hakkı (rızası) aranmamalıdır.

Bu durumda şayet bir boşanma davası açılmış ise, hakim kendiliğinden, gerekmesi halinde 169. madde gereğince “..eşlerin barınmasına..” vs.ye yönelik tedbir kararı alabilir. Örneğin hakim, boşanma sonuçlanıncaya kadar evi terk eden eşin ve çocukların aile konutunda kalacaklarına karar verebilir. Ancak 169. maddeye dayanılarak böyle bir tedbir kararı verilmiş olması, aile konutu üzerinde hak sahibi eşin konutla ilgili tasarruflarını diğer eşin (terk eden eş) rızasına bağlı kılmaz. Yada boşanma davası açılmamış olsa bile; hak sahibi eşin aile konutu üzerinde tasarrufla bulunmasını, istem üzerine hakim, Türk Medeni Kanununun 199. maddesi gereğince, diğer eşin rızasına bağlayabilir.

Şayet ihtara uymamasını haklı kılan sebepler varsa, işleme katılma hakkı var kabul edilmelidir.

### **c- Ayrılık yada Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Kararı Halinde Rızanın Gerekli Gerekmeyeceği**

Türk Medeni Kanununun 167. maddesi gereğince “...boşanma davası açmaya haklı olan eş, .....dilerse ayrılık isteyebilir....” “...boşanma sebebi gerçekleşirse, hakim, boşanmaya veya ayrılığa karar verir.” (TMK. 170) “...Dava, yalnız ayrılığa ilişkin ise, boşanmaya karar veremez...” (170/2) “...Ayrılığa bir yıldan üç yıla kadar bir süre için verilebilir. Süre bitince ayrılık durumu kendiliğinden sona erer.”

Ayrılık davası sırasında mahkemenin Türk Medeni Kanununun 169. maddesi gereğince dava sonuçlanıncaya kadar geçici önlemlerden biri olarak eşlerin barınmasına ilişkin tedbir kararı vereceğinde kuşku yoktur. Böyle bir tedbir kararı verilmiş olması, 194’deki aile konutu ile ilgili hak sahibi eşin tasarruflarına, diğer eşin katılma hakkını bertaraf etmez. Ayrılık davası sırasında ve dava sonunda ayrılığa karar verilmesi halinde, evlilik ayrılık kararına rağmen devam ettiğine göre, evliliğin genel hükümleri ayrılık halinde de devam eder. Başka bir ifade ile 194. maddedeki “...katılma hakkı (rıza)”, ayrılık süresince de devam edecektir.

Türk Medeni Kanununun 197. maddesinde yer alan hükme göre “..eşlerden biri ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hakim, eşlerden birinin istemi üzerine .....konuttan yararlanmaya.... ilişkin önlemleri alır.”

197. madde gereğince birlikte yaşamaya ara verilmesi kararı halinde, bu madde uyarınca hakim tarafından talep halinde “..konuttan yararlanmaya...” ilişkin tedbir kararı alınmış yada alınmamış olsa dahi, bu dönemde de evlilik birliği devam ettiğine göre, aile konutuyla ilgili hak sahibi eşin, konutun kaybedilmesi sonucunu doğuran tasarruflarının geçerliliği, diğer eşin rızasına bağlı kalmaya devam edecektir.

#### **d- Boşanma (yada iptal davasından) Sonra Korumanın Devam Edip Etmeyeceği**

194. madde evliliğin genel hükümlerine ilişkin bir düzenleme olduğundan; aile konutunun korunması, kural olarak evliliğin devam ettiği süre ile sınırlıdır. Boşanmadan (yada iptal kararından) sonra, artık aile konutuyla ilgili hak sahibi eşin tasarrufları diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkar.

#### **e- Eşlerden Birinin Ölümü Halinde**

Eşlerden birinin ölümü halinde evlilik sona erer. Bu durumda da, aile konutuyla ilgili tasarruflar diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkar.

Sağ kalan eşin, aile konutu üzerindeki hak sahipliği, edinilmiş mallara katılma rejiminde Türk Medeni Kanununun 240. maddesinde, paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde Türk Medeni Kanununun 254. ve 255. maddelerinde, mal ortaklığı rejiminde yasanın 279. maddesinde düzenlenmiştir. Eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun miras hukukunda da 652. maddede de düzenlenmiştir.

Bunlar konumuzun dışındadır.

### **IV- AİLE KONUTU ÜZERİNDEKİ HAK SAHİPLİĞİ**

#### **a- Aile Konutu Eşlerden Birinin Tek Başına Mülkiyetinde İse**

Aile konutu üzerinde eşlerden biri tek başına mülkiyet hakkına sahip olabilir. Hak sahibi eş bu mülkiyet hakkını, miras, satın alma, bağış, trampa,

yada zilyetlik yoluyla iktisap etmiş olabilir. Aile konutu tapuya tescilli bir taşınmaz olabileceği gibi, tescil edilmemiş bir (tapusuz) taşınmaz da olabilir.

Aile konutu üzerinde tek başına mülkiyet hakkına sahip olan eş, bu mülkiyet hakkını ne şekilde kazanmış olursa olsun; aile konutu, tapuya tescil edilmiş yada tapusuz olsun, 194. madde gereğince bu konutun mülkiyetini devretmesi, yada aile konutu üzerindeki hakkını sınırlandırıcı işlemlerde bulunması diğer eşin rızasına bağlıdır.

### **b- Aile Konutunun Eşlerin Paylı Mülkiyetinde Olması**

Paylı mülkiyette, her paydaş, kendi payı üzerinde kural olarak tek başına tasarrufta bulunabilir. (TMK. 688/3)

Paylı mülkiyet konusu taşınmaz, aile konutu ise, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince, eşlerden her biri, diğerinin rızası olmadan kendi payı üzerinde tasarrufta bulunamaz. Başka bir ifade ile, aile konutunun eşlerin paylı mülkiyetinde bulunması halinde dahi, 194. maddedeki korumadan yararlanılacaktır. Türk Medeni Kanununun 223/II. maddesinde yer alan "...aksine anlaşma olmadıkça eşlerden biri diğerinin rızası olmadan, paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz..." şeklindeki hüküm karşısında, paylı mülkiyete tabi konutun aile konutu olması durumunda, 223/II. maddedeki düzenleme nedeniyle artık 194. maddenin sağladığı korumaya ihtiyaç yoktur diye düşünülebilir.<sup>16</sup>

Ancak böyle bir düşünce kanaatimizce doğru değildir. Zira, Türk Medeni Kanununun 223/II. maddesi "edinilmiş mallara katılma rejimi" içinde yer almaktadır ve Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra edinilen mallarda uygulama alanı budur. 194. madde ise, evliliğin genel hükümleri içinde yer aldığından, (malın ne zaman edinildiğine bakılmaksızın) derhal uygulanabilir hüküm niteliğindedir.

Öte yandan 223/II. maddedeki düzenleme "...aksine anlaşma olmadıkça..." uygulanabilecek bir hükümdür. 194. madde ise emredici bir hükümdür. Eşler 194. maddedeki düzenlemeyi ortadan kaldıracı bir anlaşma yapamazlar. 223/II. maddedeki düzenleme aile konutundan sürekli faydalanma hakkını kesin olarak korumamaktadır.<sup>17</sup>

(16) Kılıçoğlu "...bu düşüncededir" bkz. "Diğer Eşin Rızası.." s. 50

(17) Şıpka : s. 104

### **c- Aile Konutunun Eşlerin Elbirliği Mülkiyetinde Olması Hali**

Aile konutu üzerinde eşler elbirliği (iştirak halinde) mülkiyet hakkına sahip olabilirler. Elbirliği mülkiyetinde Türk Medeni Kanununun 702/2. maddesi gereğince malikler birlikte tasarrufta bulunabilecekleri için, başka bir ifadeyle zaten birlikte hareket ettiklerinden 194. maddedeki rıza koşulunun aranmasına lüzum yoktur.

### **d- Aile Konutunun, Eşlerden Biri ile Üçüncü Kişilerin Birlikte Mülkiyetinde Bulunması**

aa- Eşlerden biri ile üçüncü kişilerin aile konutu üzerindeki hak sahipliği paylı mülkiyet şeklinde ise:

Bu durumda, aile konutu zerinde üçüncü kişilerle birlikte pay sahibi olan eş, kendi payı üzerinde diğer eşin rızası olmadan tasarrufta bulunamaz. Ayrıca, aile konutu üzerinde üçüncü kişilerle birlikte pay sahibi olan eşin, Medeni Kanununun 698. ve 699. maddeleri gereğince diğer paydaşlara karşı ileri süreceği paylaşma istemi de diğer eşin rızasına bağlı olacaktır. Başka bir ifade ile, aile konutu üzerinde üçüncü kişi yada kişilerle birlikte pay sahibi olan eşin gerek rızai paylaşma istemi gerekse, aynen yada satılarak ortaklığın giderilmesini talep etmesi durumunda diğer eşin rızası aranacaktır.

Paylaşmayı başka (üçüncü kişi olan) paydaşın talep etmesi halinde ise, aile konutundan yararlanan eşin rızası aranmaz.

bb- Eşlerden biri ile üçüncü kişilerin aile konutu üzerinde iştirak halinde (elbirliği) mülkiyet hakkı var ise; aile konutunun eşlerden biri ile üçüncü kişilerin (örneğin kardeşlerinin) elbirliği mülkiyetin de olması halinde;

Bu durumda, hak sahibi olan eşin esasen tek başına tasarrufta bulunma hakkı bulunmamaktadır. Ancak, miras ortaklığına (terekeye) dahil olan aile konutunun kaybedilmesi sonucunu doğuracak işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı olması gerekir. İçerisinde aile konutu da bulunan bir terekede, mirasçı olarak, aile konutu kendisine tahsis edilmiş hak sahibi olan eş, miras payını, diğer mirasçılara yada üçüncü kişilere devredebilir. Bu halde böyle bir devir işlemi, aile konutunun kaybedilmesi sonucunu doğuracağından, "miras payının temliki" sözleşmesinin, diğer eşin rızasına bağlı olması gerekir. Yada, aile konutunun da dahil olduğu terekeyle ilgili, miras taksim sözleşmesi yapılabilir. Mirasçı olarak hak sahibi olan eşin, aile konutu dışında

başka bir taşınmazın kendisine bırakılmasını istemesi, paylaşım sözleşmenin bunu öngörmesi halinde sözleşmenin diğer eşin rızasına bağlı olması gerekir. İçerisinde aile konutu da bulunan bir terekeyle ilgili olarak bu tereke üzerinde mirasçı olacak hak sahibi olan eşin mirası reddetmesi de diğer eşin rızasına bağlı olmalıdır.

#### **e- Eşlerden Birinin Aile Konutu Üzerinde Sınırlı Ayni Hakka Sahip Olması**

Eşlerden biri, aile konutu üzerinde mülkiyet dışında sınırlı bir ayni hakka sahip ise (örneğin intifa hakkı, sükna -oturma hakkı- üst hakkına sahip ise), hak sahibi olan eşin, bu sınırlı ayni hakkını üçüncü kişilere devretmesi, diğer eşin rızasına bağlıdır. Aynı şekilde, bu haklarından feraget etmesi de aile konutunun kaybı sonucunu doğuracağından, diğer eşin rızasına bağlı olmalıdır.

#### **f- Aile Konutunun Ariyet Sözleşmesiyle Kullanılıyor Olması Hali**

Aile konutu eşlerden birinin yakınlarına ait olabilir. Bu konutta, aile hiçbir bedel odemeksizin, hak sahiplerinin izniyle oturuyor olabilir. Bu durumda bir ariyet sözleşmesinin varlığı söz konusu olur. (BK. m. 299 ve 300) Ariyet sözleşmesi ivazsız bir sözleşme olup, böyle bir sözleşmenin kurulması, herhangi bir şekil şartına bağlı tutulmamıştır. Böyle bir durumda ariyet sözleşmesinin sona erdirilmesi ve konutun boşaltılması, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince diğer eşin rızasına bağlı olacak mıdır? 194. madde aile konutunun kira sözleşmesi ile edinilmesi halini düzenlemiş "...aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshini..." diğer eşin rızasına bağlamıştır. Ariyet sözleşmesinin, ariyet alan eş tarafından, süresinden evvel (bir süre öngörülmemiş ise, tahsis maksadından anlaşılan şekilde kullanılmasından önce) sona erdirilmesi, diğer eşin rızasına bağlı olmak gerekir.

#### **g- Aile Konutunun Kira Sözleşmesiyle Kullanılıyor Olması**

Ülkemizde kira sözleşmesi ile edinilen aile konutu oldukça fazladır. Eşlerden biri aile konutu üzerinde kiracılık hakkına sahip ise, diğer eşin rızasını almadan kira sözleşmesini feshedemeyecektir. Konuttan tahliye edilme tehlikesini doğuracak tasarrufları da (örneğin yazılı tahliye taahhüdü, kiralayan tarafından açılan tahliye davasını kabul gibi işlemler) diğer eşin rızasına bağlıdır.

Burada önemli olan sorun şudur:

4721 sayılı Türk Medenin Kanununun yürürlüğe girmesinden önce akdedilmiş olan (örneğin, 5 Ocak 2001'de) aile konutuyla ilgili kira sözleşmelerinin feshi de diğer eşin rızasına bağlı mıdır? 194. madde evliliğin genel hükümleri içinde yer alan bir düzenlemedir. Yürürlük Kanununun 9/son maddesi gereğince Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanacak olduğundan kira sözleşmesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce akdedilmiş olsa bile, yürürlük tarihi ile birlikte, artık aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshi diğer eşin rızasına bağlanmıştır.

194. maddenin 1. fıkrasındaki korumadan diğer eşin yararlanabilmesi için sadece eşlerden birinin kiracılık sıfatına sahip olması gerekir. Eğer eşlerin her ikisi birlikte kira sözleşmesini imzalamışlarsa, başka bir deyişle kira ile sağlanan aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini her iki eş birlikte imzalamış ise, yada 194. maddenin son fıkrası gereğince kiracı olmayan eşin, sonradan kiralayana yapacağı tek taraflı bir beyan ile sözleşmeye taraf olması halinde, artık birlikte sorumluluk söz konusu olur. Böyle bir durumda eşlerden birinin kira sözleşmesini tek taraflı olarak feshetmesi de esasen sonuç doğurmaz.

aa- Aile konutu lojman ve kamu konutu ise

Böyle bir durumda 194. madde anlamında bir kira sözleşmesi söz konusu olmadığından, lojman ve kamu konutları, kamu görevlisine kurumlarınca tahsis edildiğinden, 194. maddenin sağladığı korumanın kapsamı dışındadır.

bb- Kapıcı konutunun aile konutu olması hali

Kapıcı, bir binaya ve orada oturanlara hizmet etmek amacıyla işe alınan görevlidir ve kapıcılık sözleşmesi de bir hizmet sözleşmesidir. Bu sözleşme gereğince, kapıcıya tahsis edilen kapıcının ailesiyle ve çocuklarıyla birlikte oturduğu konut aile konutudur. Kapıcılık sözleşmesi gereğince, konutun tahsisi söz konusu olduğundan, sözleşmenin kapıcı tarafından feshi halinde, aile konutu da kaybedilecektir. Bu durumda kat malikleri veya binada oturanlarla kapıcı arasındaki sözleşmenin belirgin özelliği hizmet sözleşmesi olmasıdır. Bu halde, sözleşmenin feshinin diğer eşin rızasına bağlı tutul-

ması, çalışma özgürlüğünün özüne dokunur ve sınırlandırır. Bu halde rıza aranmamalıdır.

### **V- AİLE KONUTU İLE İLGİLİ, DİĞER EŞİN RIZASINA BAĞLI İŞLEMLER**

Aile konutu üzerinde hak sahibi eşin hangi tasarrufları diğer eşin rızasına bağlıdır. Bu konu yer yer yukarıdaki paragrafta açıklanmıştır. 194. maddenin yazılış biçimi ve gerekçesinden, aile konutunun kaybedilmesi sonucunu doğuran işlemlerin, diğer eşin rızasına bağlı olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu işlemler hangileridir.

#### **a- Aile Konutu Eşlerden Birinin Tek Başına Mülkiyetinde İse**

Hak sahibi eş, bu konutu, diğer eşin rızası olmadan devredemez. (TMK. 194) Kanun açıkça "...aile konutunun... devredilemeceğini..." öngördüğüne göre, mülkiyetin naklini sağlayan bütün tasarruf işlemleri buraya girer. Bunlar; satış, bağış, trampa bir şirkete aynı sermaye olarak özgüleme, tapuya şerh verilmiş satış vaadi sözleşmesi, bağışlama taahhüdü gibi işlemlerdir.

Hak sahibi eşin mülkiyeti devir borcu doğuran işlemleri, kural olarak sağlar arası işlemlerdir. 194. madde, hak sahibi eşin ölüme bağlı tasarruflarını açıkça kısıtlamamıştır. Hak sahibinin ölümüne bağlı tasarruflar, ölümle sonuç doğuracaklarından 194. madde, aile konuta üzerinde hak sahibi olanın ölümüyle etkisini yitirir.

Ayrıca, 194. maddenin, diğer eşin rızasına bağlı tutulduğu işlemler, hak sahibi eşin iradi işlemlerdir. İrade dışı mülkiyetin kaybı sonucunu doğuran işlemler (kamulaştırma, cebri icra), 194. maddenin kapsamında değildir.

Ancak, aile konutunun bir mirasçının gelecekteki miras payına mahsuben devredilmesi (mirastan ivazlı feragat), diğer eşin rızasına bağlı olmalıdır.<sup>18</sup> Zira, mirastan feragat sözleşmesinin, feragat eden mirasçı yönünden ölüme bağlı bir tasarruf olmadığı, sağlararası bir muamele olduğu buna karşılık mirasbırakan açısından ölüme bağlı tasarruf olduğu kabul edilmektedir.<sup>19</sup>

(18) Şıpka : s. 115

(19) Z. İmre : "Türk Miras Hukuku" s. 300



Üçüncü kişiler yada diğer mirasçılar lehine yapılan bir vasiyetname ile aile konutunun vasiyet edilmesi Türk Medenin Kanununun 652. maddesindeki (ölüm halinde sağ eşin aile konutu üzerindeki bu konutun miras payına mahsuben kendisine bırakılmasını isteme hakkını) ortadan kaldıracığından, bu tür ölüme bağlı tasarrufun diğer eşin rızasına bağlı olması gerektiği İsviçre’de öğretide ileri sürülmüştür.<sup>20</sup> Bu halde, yani aile konutunun eş dışındaki öteki mirasçılara veya üçüncü kişilere hak sahibi eş tarafından vasiyet edilmesi durumunda, rızası gereken eşin, ölüme bağlı tasarrufu, kanuna aykırılık nedenine dayanarak (TMK.nun 557/3. maddesi) iptal ettirebilme olanağı vardır.

### **b- Aile Konutu Üzerinde Mülkiyet Hakkına Sahip Olan Eş**

Bu hakkını, üçüncü kişi lehine sınırlı bir ayni hakla sınırlandıramaz. Başka bir deyişle, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eş, konutun kaybı yada kullanılamaması sonucunu doğuracak şekilde, üçüncü kişi lehine sükna (oturma) hakkı, intifa hakkı, üst hakkı ve ipotek tesis edemez. Bu işlemlerde diğer eşin rızası aranacaktır.

Bankalar Birliği, 10.1.2002 tarihli 2002/67057 sayılı genelgesinde; aile konutunun, hak sahibi eşin kendi yada üçüncü bir kişinin borcu için ipotek verilmesini, malik olmayan eşin noterden imzası tasdikli rızasına bağlı olduğunu, ipotek tesis edilmeden önce rızanın alınması gerektiğini...” bankalara duyurmuştur.<sup>21</sup>

İşlem yapan eş, ipoteğin aile konutundan faydalanma ve oturma hakkını engellemediğini (...konut için ciddi bir tehlike oluşturmayacağını ve diğer eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçındığını) iddia ediyorsa, 194. maddenin II. fıkrası gereğince hakime başvurarak, işlem için “...diğer eşin rızasının gerekmediğine...” karar alabilir.

### **c- Aile Konutu Eşlerden Biri ile Üçüncü Kişiler Arasında Paylı Mülkiyete Tabi İse**

Paydaş olan eşin, paylaşma istemi (rızai yada hakim kararıyla) diğer eşin rızasına bağlıdır.

(20) Şıpka : s. 114

(21) Şıpka : s. 145

**d- Aile Konutu, Eşlerden Biri ile Üçüncü Kişiler Arasında  
(örneğin kardeşleri arasında) Elbirliği Mülkiyetinde İse**

Bu taktirde, taksim sözleşmesi diğer eşin rızasına bağlıdır. mirası red, diğer eşin rızasına bağlıdır.

**e- Aile Konutu Kira Sözleşmesi ile Edilmiş İse**

Kiracı eşin, sözleşmeyi feshi, diğer eşin rızasına bağlıdır. Konuttan tahliye sonucunu doğuran hukuki işlemlerde de (örneğin yazılı tahliye taahhüdü, tahliye davasını kabul gibi) diğer eşin rızası aranmalıdır.

**VI- RIZA ALINMADAN YAPILAN İŞLEM**

Aile konutu üzerinde hak sahibi eşin, konutun kaybedilmesi sonucunu doğuran yukarıda sayılan hukuki işlem ve tasarruflarını kanun diğer eşin rızasına bağlı tutmuştur. Rıza alınmadan yapılan işlem hukuken geçersizdir. ancak bu geçersizlik, askıda olan bir geçersizliktir. İşleme katılma hakkı olan (rızası gereken) eşin, sonradan vereceği rıza, işlemi baştan itibaren geçerli hale getirecektir. Rıza alınmadan yapılan işlemin geçersizliği, konutun korunma süresi içinde olmak koşuluyla her zaman ileri sürülebilmelidir. Aile konutunun korunma süresi yukarıda (III.) paragrafta açıklanmıştır.

**VII- DİĞER EŞİN RIZASI****a- Rıza beyanı açık olmalıdır.**

Zımni rıza, yada onay verildiğine delalet eden bir takım davranışlardan çıkartılan rıza, işleme geçerlilik kazandırmaz. Kanun, diğer eşin açık rızasından bahsetmektedir.

**b- Rıza, aile konutuyla ilgili henüz bir hukuki işlem yokken önceden verilememelidir. Yada konutla ilgili işlem daha ortada yokken alınmış bir rıza hükümsüz sayılmalıdır.**

**c- İşleme katılma hakkı olan diğer eş, rıza vermek hakkından önceden feragat edemez. Önceden feragat geçersizdir.**

**d- Rıza beyanı şahsa bağlı bir haktır. İşlemi yapan hak sahibi olan eşin, eşi tarafından (diğer eş) yada onun yasal temsilcisi vasıtasıyla kullanılabilir.**

e- Kanun rızanın şeklini göstermemiştir. Sözlü ve yazılı verilebilir. Rızanın da aile konutu ile ilgili yapılacak hukuki işlemin şekline bağlı olması gerektiği yönünde görüşler vardır.

f- Şayet rızası aranan eş, ayırtım gücüne sahip değilse ve vesayet altında da bulunmuyorsa, bu takdirde hukuki işlemi yapacak olan eş, Türk Medeni Kanununun 194/II. maddesi gereğince hakime başvurarak, "diğer eş rızasının gerekmediğine.." karar alabilir.

g- Rızası aranan eş vesayet altında ise (kısıtlı ise) bu takdirde yasal temsilcisi (vasisi)nin rızası aranmalıdır. Vasinin haklı bir sebep olmadan rıza vermekten kaçınması halinde, işlemi yapacak olan eş, 194/II. gereğince hakime başvurarak işlem için rızanın gerekmediğine karar alabilir. Vasinin vesayeti altındaki şahıs (diğer eş) adına konutla ilgili işleme vereceği rıza beyanının, vesayet makamının iznine bağlı olması gerektiği düşüncesindeyim. Zira vasinin vereceği rıza beyanı, aile konutunun kaybedilmesi sonucunu doğuracaktır. Böyle bir durumda vesayet makamı devreye girmelidir. Türk Medeni Kanununun 462. maddesinde gösterilen vesayet makamının iznini gerektiren haller içinde "...diğer haklar..." (462/2)'dan sözedilmiştir. Bu kapsama aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin konutla ilgili işleme katılma hakkı (rıza) da girer.

i- Rıza beyanından sonradan dönülemez. Ancak, rızaya ilişkin irade açıklamasının hata, ikrah (korkutma) gibi sebeplerle sakatlığı, Borçlar Kanununa göre ileri sürülebilir.

j- Rıza belirlenmiş bir hukuki işlem için verilebilir. Aile konutuyla ilgili hukuki işlem belirlenmiş ise, rızası aranan eş bu rızasını, işlemden önce işlem sırasında yada işlemden sonra o işleme icazet (onay) verme şeklinde verebilir. Tapudaki işlemlerde rıza beyanı, ya bizzat işleme katılarak verilebilir. Veya noterden imzası tasdikli irade açıklaması şeklinde olabilir. Sonradan, işleme icazet (onay) verilinceye kadar, o işlem geçersizliğini devam ettirir.

k- İşlem için rızası aranan eş, haklı bir sebep olmadan rıza vermekten kaçınırsa, işlemi yapacak olan eş, 194/2'ye göre hakime başvurarak, o işlemi yapmasının ailenin çıkarına olduğunu ve işlemin yapılmasının aile konutunun kaybına yol açmayacağını ve diğer eşin haklı bir sebebi olmadığını halde işleme rıza vermediğini kanıtladığı ve konuda ikna edici deliller getirdiği takdirde o işlem için diğer eşin rızasının gerekmediğine karar alabilir.

I- İşleme onay verinceye kadar söz konusu konut aile konutu niteliğini yitirirse (örneğin boşanma kesinleşirse) bu takdirde işlem yine baştan itibaren geçerli hale gelir.

m- Rıza alınmadan yapılan işlem geçersiz olduğundan, bu geçersizlik her zaman (194. maddenin egemen olduğu süre zarfında olmak koşuluyla) her zaman ileri sürülebilir, (aile konutuyla ilgili işlemin, rıza eksikliği nedeniyle iptali) istenebilir.

### **VIII- RIZA ALINMADAN YAPILAN İŞLEMLERDE, İYİNİYETLİ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KORUNUP KORUNMAYACAĞI**

Kanun, aile konutu ile ilgili hak sahibi eşin, tasarruflarını diğer eşin rızasına bağlı tutmuştur. Diğer eşin rızası alınmadan yapılan işlem hükümsüzdür. İşlemin tarafı olan üçüncü kişinin iyi niyetli olması, korunacak mıdır? İsviçre'de Federal Mahkeme kararlarında, iyi niyetli üçüncü kişinin bu iyi niyetinin korunmaması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>21</sup>

Üçüncü kişi, işlem yaptığı kişinin evli olduğunu ve yapılan işlemin aile konutuyla ilgili olduğunu bilmiyor yada bilebilecek durumda bulunmuyorsa iyi niyetli sayılmalıdır.

Aile konutuyla ilgili tapu kaydına "aile konutu" olduğu yolunda şerh verilmiş ise, artık işlemin tarafı olan üçüncü kişi iyi niyet iddiasında bulunamaz. Böyle bir şerh verilmemiş olsa dahi, asıl olan rıza alınmadan yapılan işlemin geçersizliği olduğuna göre, geçersiz bir sözleşmeye dayanan iyi niyetli hak kazanma yine söz konusu olamamaktadır. Prof. Kılıçoğlu, iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımının önüne geçmek için konuta ilişkin tapu kaydına "aile konutu" şerhinin konulması gerektiğini, kaydına bu şerh konulmamış bir aile konutunu, hak sahibi eşin işlemiyle kazanan üçüncü kişinin, iyiniyetli olması halinde, bu kazanımının korunacağı görüşündedir.<sup>22</sup> Doç. Şıpka ise, aile konutuna ilişkin tapu kaydına gerekli şerh verilmemiş olsa dahi, rıza alınmadan yapılan işlemin tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetli de olsa hak kazanmasının sözkonusu olamayacağı, hukuken geçersiz olan bir işlemle hak kazanılamayacağı görüşündedir.<sup>23</sup>

(21) Şıpka : s. 145

(22) Kılıçoğlu : s. 53

(23) Şıpka : s. 149

Ancak, aile konutu, rıza alınmadan hak sahibi eş tarafından üçüncü kişiye devredilmiş ve bu üçüncü kişi adına tescil edilmiş ise, bu tescil rıza alınmadan yapıldığından yolsuz tescil niteliğindedir. Bu yolsuz tescile güvenererek hak kazanan üçüncü kişinin bu hakkı Medeni Kanununun 1023 ve 1025/III. maddeleri gereğince korunur.

### **IX- DİĞER EŞİN RIZASI OLMADAN İŞLEMİN GEÇERLİ SAYILABİLECEĞİ DURUMLAR**

Kanun koyucu, aile konutunun kaybedilmesi sonucunu doğuran hukuki işlemlerin geçerliliğini diğer eşin rıza vermesine bağlı tuttuğuna göre, aile konutunun kaybedilmesi sonucunu doğurmayan işlemlerde doğal olarak diğer eşin rızası aranmaz.

**a-** Örneğin, aile konutunun mülkiyetinin devredilmesi sırasında devreden eş lehine konut üzerinde intifa yada oturma hakkı tanınması halinde başka bir ifade ile aile konutunun mülkiyetinin, devreden eş lehine intifa yada oturma hakkı tanınması koşuluyla devredilmesi durumunda rıza aranmaz. Bu halde, mülkiyet hakkının devrine karşılık elde edilen intifa ve oturma hakkı, diğer eşe o konuttan faydalanma olanağı sağlamaktadır.

**b-** Rızası gereken eşin rızasının aranacağı süre, evliliğin devam ettiği süredir. Rızası gereken eş, rıza vermeden veya rızasının yokluğu nedeniyle işlemin geçersizliğini ileri sürmeden önce ölürse, artık mirasçılarının, rıza alınmadan yapılan işlemin geçersizliğini dava yoluyla ileri sürme hakları yoktur.

**c-** Yeni bir aile konutunun edinilmesi halinde, önceki konutla ilgili hak sahibi eşin tasarrufu diğer eşin rızasına bağlı olmaktan kurtulur.

### **X- AİLE KONUTU ŞERHİ**

194. maddenin 3. fıkrası "...aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eşin, tapu kütüğüne konutla ilgili şerhin verilmesini isteyebileceğini..." öngörmüştür. Bu, ancak aile konutunun tapu sicilinde kayıtlı olması halinde mümkündür. Yasanın 1009. maddesinde de "...şerh edilebileceği kanunlarda öngörülen haklardan..." söz edilmiştir. Bu kapsama, aile konutu olan taşınmazın tapu kaydına bununla ilgili şerhin verilmesi girer. 1009. maddenin 2. fıkrasında "...şerh verilmekle, o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı şerh edilen kişisel hak ne ise, onun, ileri

sürülebileceği hükme bağlanmıştır. Burada vurgulanması gereken hususlar şunlardır; **Birincisi**, aile konutuyla ilgili şerh konulmasını isteme, kişisel bir haktır. Bunu ancak, aile konutu olarak özgülenmiş taşınmaz malın maliki olmayan eş isteyebilir. Konut üzerinde hak sahibi olan eşle, hak sahibi olmayan eşin, konutla ilgili şerhin verilmesini birlikte istemelerine de yasal bir engel bulunmamaktadır. Tapu kaydına konutla ilgili şerhin verilmesi, tapu sicil müdürlüğünden istenebilir. Ancak bunun için, konutun aile konutu olduğunun belgelendirilmesi (muhtarlıktan alınacak bir belge veya apartmanlarda apartman yöneticisinden alınacak belge ile) ve evlilik kaydının ibrazı zorunludur. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü; Tapu Sicil Müdürlüklerine gönderdiği 11.6.2002 tarihli ve 1559 sayılı genelgesinde, "...malik olmayan eşin talebiyle, tapu kaydına aile konutu şerhinin işlenebilmesi için, talepte bulunan eşin, evlilik birliğinin resmen devam ettiğini kanıtlayan nüfus kayıt örneği ile bu konutta eşlerin birlikte yaşantılarını sürdürdüklerini kanıtlayan muhtarlıktan alınmış belgenin ibrazı halinde konutla ilgili şerhin tapuya kaydına işlenebileceğini, Aile konutunun maliki olan eşin yada her ikisinin birlikte talepte bulunması halinde, evlilik cüzdanı veya nüfus kayıt örneğinin ibrazının yeterli olacağını, bu halde başkaca bir belge aranmaksızın 'aile konutudur' şerhinin işlenebileceğini; üçüncü şahsa ait taşınmazın tapu kaydına 'aile konutudur' şerhi verilmesine ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmadığından 194. maddenin son fıkrasında yazılı durum nedeniyle, üçüncü şahıs adına kayıtlı taşınmazın tapu kaydına 'aile konutudur' şerhi verilmemesini..." teşkilatlarına duyurmuştur. Taşınmaz üzerindeki mevcut "aile konutudur" şerhinin terkininin ise; a) şerh, malik olmayan eşin talebi ile işlenmişse, yine onun talebiyle; b) şerh, eşlerin her ikisinin birlikte talebiyle işlenmiş ise, yine ikisinin talebiyle; c) eşlerin birlikte malik olduğu hisseli taşınmazlarda, şerh, eşlerden birinin talebiyle işlenmiş ise, şerhi işleyen eşin talebiyle terkin edilebileceği aynı genelgede bildirilmiştir.<sup>24</sup> Şayet, konutun aile konutu olup olmadığı konusunda çekişme var ise, şerhin verilmesi hakimden istenebilecektir. **Yargıtay**: konut üzerindeki hak sahibi olmayan eşin, diğer eşe ait taşınmaz malın tapu kaydına, aile konutu olduğuna dair şerh verilmesi talebiyle açtığı bir davada; "...söz konusu taşınmaz malın aile konutu olup olmadığı yönünde taraflar arasında ihtilaf bulunduğuna göre, tapu sicil müdürlüğünün idari bir işlemle mülkiyet hakkını sınırlayan şerhi tapu siciline yazamayacağını

(24) Bk. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün 11.6.2002 tarihli 1559 sayılı genelgesi

(2644 sayılı Tapu Kanununun m. 26), böylece bir çekişmenin varlığı halinde, Türk Medeni Kanununun 195. maddesi uyarınca hakim müdahalesini gerektiren bir halin ortaya çıktığını, davacının isteğinin bu çerçevede değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerektiğine...” karar vermiştir.<sup>25</sup> Yargıtay, bir başka kararında, evlilik birliğinin devamı sırasında, kadının açtığı nafaka davasında, dava dilekçesiyle, mülkiyeti davalı eşe ait aile konutunun tapu kaydına, konutla ilgili şerhin verilmesinin de istenildiği bir olayda, yerel mahkemenin “dava sonu ile sınırlı olarak” (dava sonuna kadar geçerli olmak üzere) verdiği konutla ilgili şerh verilmesine ilişkin kararını bozmuş “...aile konutu şerhinin dava sonu ile sınırlı tutulmasının yasaya aykırı olduğuna...” karar vermiştir.<sup>26</sup> Yargıtay’ın bu kararı, evlilik birliğinin devamı sırasında açılmış nafaka davasıyla ilgilidir. Ve 194. maddenin sağladığı “...hak sahibi eşin konutla ilgili tasarruflarını diğer eşin rızasına bağlı tutma” şeklindeki korumanın, evlilik birliğinin devam ettiği süreyle sınırlı olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Boşanma veya evliliğin iptali davası söz konusu olduğunda, bu dava içinde istenebilecek aile konutu şerhi verilmesi şeklindeki talebin kabulü halinde, şerh konulmasına ilişkin kararın, boşanma veya evliliğin iptali kararının kesinleşmesine kadar geçerli olacağına kuşku bulunmamaktadır. Sorunun İkinci boyutu; tapu kaydına konulan şerhin etkisidir. Konuta ilişkin tapu kaydına aile konutu olduğu yönünde şerh verilmiş olması, üçüncü kişiler karşısında bildirici bir etkiye sahiptir. Konutun mülkiyetini devralmak isteyen veya konut üzerinde sınırlı bir ayni hakka sahip olmak isteyen üçüncü kişiler, hak sahibi eşin bu tasarruflarına diğer eşin katılma hakkı (rızası) gerektiğini bu şerh sayesinde görecektir. Kaydında “aile konutudur” şerhi mevcut olan bir taşınmazı devralan üçüncü kişi, iyiniyet iddiasında bulunamaz. Esasen, kaydında “...aile konutudur...” şerhi bulunan bir taşınmazın mülkiyetinin devri veya üzerinde sınırlı bir ayni hak tesisi talebiyle karşılanan tapu sicil memuru, diğer eşin rızası olmadan bu işlemi yapamayacaktır. Ancak taşınmazın kaydına, konutla ilgili şerhin verilmemiş olması, diğer eşin rızası alınmadan yapılan işlemi geçerli hale getirmez. İşlem yine geçersizdir. Bu halde aile konutunu devralan üçüncü kişi iyiniyetli ise (işlemi yaptığı kişinin evli olduğunu ve yapılan işlemin aile konutuyla ilgili olduğunu bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan kişi iyiniyetlidir. Ve asıl olan iyiniyetin varlığıdır

(25) Bk. Yargıtay 2. HD.nin 6.5.2002 tarihli ve 2002/3374 e., 2002/5991 k. sayılı kararı (yayınlanmamıştır.)

(26) Bk. Yargıtay 2. HD.nin 27.3.2003 tarihli 3071/4352 sayılı kararı.

(TMK. m. 3) kazanımı korunmalıdır. Aile konutunun eşlerden birinin tek başına (müstakil) mülkiyetinde olması durumunda, bu taşınmazın kaydına 'aile konutu' şerhinin verilmesinde sorunla karşılaşmaz. Kat mülkiyeti yada kat irtifaki tesis edilmiş bağımsız bölüme ilişkin taşınmazlarda durum böyledir. Bazı durumlarda aile konutunun, üzerinde yer aldığı taşınmaz (arz), birden fazla kişinin paylı mülkiyetinde olabilir ve böyle bir taşınmazın cinsi tapuda 'arsa' veya 'tarla' görünebilir. Eğer, bu nitelikteki birden fazla kişinin paylı mülkiyetinde olan taşınmazın tapu kaydında, üzerindeki konutlarla ilgili "muhtesat" şerhi yoksa, eylemli durumda konut (yapı) var olsa bile, böyle bir taşınmazın tapu kaydına "aile konutu" şerhi konulmasına olanak yoktur. Zira, arza malik olan onun üstüne de maliktir. "...arz üzerindeki mülkiyetin kapsamına yasal sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla üstündeki yapılar da girer..." (TMK. m. 718/2). Özel parselasyona tabi tutularak ifraz edilen taşınmazlarda, ifraz edilen kısmın (müfrez parça) değil, tapuda, taşınmazın belirli bir hissesinin satışı söz konusu olduğundan, böyle bir durum vardır. Bu nitelikteki taşınmaz mai, sonradan imar uygulamasına tabi tutulmuş ise, imar uygulaması nedeniyle yapılan kadastro tespitlerinde ve bu tespitler sonucu oluşan tapu kayıtlarında, taşınmazın üzerindeki yapılar (tesisler) ve bu yapıların paydaşlardan hangisine ait olduğu gösterilmektedir. İşte kaydında "muhtesat" şerhi bulunan birden çok kişinin paylı mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda, taşınmazın cinsi, tapu kaydında "arsa" olarak gösterilmiş olsa bile, üzerindeki yapı ve tesislerin paydaşların hangisine ait olduğunun gösterildiği durumlarda, pay sahibi olan eşe ait muhtesat şerhinin üzerine aile konutu olduğuna ilişkin şerh konulabilir. Bunu engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Sonuçta, böyle bir taşınmazda pay sahibi olan eş, bu payını 'ona ait olduğu' kaydında belirtilen muhtesatla birlikte devrecek ve böyle bir devirde diğer eş muhtesatın aile konutu olması durumunda onukaybetmekle karşı karşıya kalacaktır. Aile konutu şerhi verilmesinin bu nitelikteki taşınmazlarda kabul edilmemesi durumunda, yasanın öteki eşe sağladığı korumanın bir anlamı kalmayacaktır. Bazı durumlarda da; özellikle gecekondur niteliğindeki konutlarda taşınmazın (arzin) mülkiyeti, bir başkasına (genellikle hazineye veya bir başka tüzel kişiye) aittir. Ancak bu taşınmazla ilgili olarak, üzerindeki yapıda hak sahibi olanlara "...tapu tahsis belgesi.." verilmiş olabilir. Tapu tahsis belgesi mülkiyet hakkını gösteren bir belge değildir. İlerde taşınmazın mülkiyetinin devri sözkonusu olduğunda yada mülkiyetin devrinin önündeki engel kalktığında, devredilecek kişiyi belirleyen bir belgedir. Kay-



dında, belirli bir kişi lehine tapu tahsis belgesi verildiğine ilişkin şerh bulunan taşınmazlarda, bu taşınmaz aile konutu ise ve tapu tahsis belgesi eşlerden biri lehine verilmiş ise, diğer eş, taşınmazın kaydındaki “tapu tahsis belgesi vardır” şerhinin üzerine, aile konutu şerhi koydurabilir. Toplu konut kooperatiflerine üyelik yoluyla edinilen konutlarda, ferdi mülkiyete geçilerek bağımsız bölümlere ilişkin kat irtifakı yada kat mülkiyeti tesis edilmedikçe (diğer bir ifade ile konutların yer aldığı taşınmazın mülkiyetinin henüz yapı kooperatifinin üzerinde olduğu hallerde ise) konutlar kooperatif üyelerine tahsis edilmiş yada edilmemiş olsun, bu konutlara ilişkin tapu kaydına aile konutu şerhinin konulması söz konusu olmaz. Kooperatifteki “üyelik” kaydına da, böyle bir şerhin konulması olanağı bulunmamaktadır.

### **SONUÇ:**

Aile konutu ve bu konutla ilgili hak sahibi eşin tasarruflarına, diğer eşin katılma hakkı (rıza), evlilik birliğinin devamı süresince eşlerin ve çocukların barınma haklarını etkin bir hukuksal güvenceye bağlamak ihtiyacından doğmuştur. Bu konut üzerinde hak sahibi olan eşin hangi tasarruflarının diğer eşin rızasına bağlı olacağı, Yüksek Mahkemenin ortaya koyacağı yorumlarla açıklık kazanacak ve kavramın içi yargı kararlarıyla doldurulacaktır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun toplum ve aile hayatına soktuğu en kapsamlı değişiklikler “evliliğin genel hükümleri”nde ve eşler arasındaki mal rejimindedir. “evliliğin genel hükümleri” içindeki değişikliklerden en önemlisi ise aile konutuyla ilgili düzenlemedir. Bu düzenlemeleri günlük hayata taşıyacak ve kuruma işlerlik kazandıracak olan yargıçlardır.

**• KAYNAKÇA •**

- 1- Ş. Şıpka : "Türk Medeni Kanununda Aile Konutuyla İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası
- 2- A. Kılıçoğlu : "Diğer Eşin Rızası ve Yasal Alım Hakkı"
- 3- A. Kılıçoğlu : "...Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi..."
- 4- A. Kılıçoğlu : "Medeni Kanunumuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler"
- 5- Ö. Uğur Gençcan : "4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi"
- 6- Z. İmre : "Türk Miras Hukuku"
- 7- Murat Doğan : "Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu" AÜHFD. Cilt 6, sayı: 1-4, Erzincan 2002.

## 4721 SAYILI TÜRK MEDENİ KANUNUNA GÖRE MİRASIN AÇILMASININ HÜKÜMLERİ

Ömer Uğur GENÇCAN (\*)

*ANLATIM DÜZENİ: Giriş, I- Mirasa Ehliyet, 1- Hak Ehliyeti, 2- Mirastan Yoksunluk, a- Sebepi, b- Altsoya Etkisi, II- Sağ Olmak, 1- Mirasçı Olarak, 2- Vasiyet Alacaklısı Olarak, 3- Cenin, 4- İleride Doğacak Çocuk.*

### Giriş

Bu çalışmamızda 4721 Sayılı Türk Medenî Kanununa göre mirasın açılmasının hükümlerini yasanın sistematüğini esas alarak açıklamaya çalışacağız.

### I. Mirasa ehliyet

#### 1. Hak ehliyeti

Bilindiğı üzere mirasın açılmasının **h ü k ü m l e r i** TMK. m. 577-583 hükmüyle düzenleme konusu yapılmıştır.

TMK. m. 577-579 hükmüyle **mirasa ehliyet** konusu düzenlenmişken TMK. m. 580-583 hükmüyle bu bağlamda **sağ olmak** düzenleme konusu yapılmıştır.

**Hak ehliyeti** (TMK. m. 8) TMK. m. 577 hükmüyle düzenlenmiştir.

TCA. m. 35 hükmüne göre **herkes**, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Mülkiyet ve miras hakları ancak kamu yararı amacıyla, yasa ile sınırlandırılabilir.

Türk Medenî Kanununa göre mirasa ehil olmayanlar (=mirastan yoksunluk, ret, mirastan feragat gibi durumlar) dışındaki herkes;

---

(\*) Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

- **Mirasçı** olabilir,

- **Vasiyet alacaklısı** olabilir.<sup>2</sup>

Tüzel kişiliği **bulunmayan** bir topluluğa belli bir amacı gerçekleştirmek üzere yapılan kazandırmaları, o topluluk içinde yer alan kişiler, ancak kişiliğe sahip olanların hak edebilecekleri kuralının doğal bir sonucu olarak **birlikte** edinmiş olurlar. Bu kişiler kazandırmayı ancak mirasbırakan tarafından belirlenen amacı gerçekleştirme koşuluyla edinebilirler.

Eğer amacın bu yolla gerçekleştirilmesine olanak bulunmadığı anlaşılıyorsa artık yapılan kazandırma **vakıf kurma** sayılır.

4722 SK. m. 17 hükmüne göre mirasçılık ve mirasın geçişi, mirasbırakanın **ölümü tarihinde** yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir.

Hemen belirtmek gerekir ki 4916 SK. (RG. 19. 7. 2003, 25173) m. 19 hükmü ile 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesi değiştirilmiştir

Buna göre karşılıklı olmak ve yasal sınırlamalara uyulmak kaydıyla, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde taşınmaz edinebilirler.

Karşılıklılık ilkesinin uygulanmasında, yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına veya yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine tanıdığı hakların, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına<sup>3</sup> veya ticaret şirketlerine de tanınması esastır.

- 
- (1) Tüm tüzel kişilerin **vasiyet alacaklısı** ve **atanmış mirasçı** olabilmesine karşın tüzel kişi olarak yalnızca Devlet **yasal mirasçıdır**.
  - (2) Y2HD, 5.10.2000, 10321-11779.
  - (3) 31.7.1990 tarihli Yunanistan yasası ile Rum soylu Türk vatandaşları Yunanistan'da taşınmaz malları edinme ve tevarüs hakkını kazandıklarından Türk soylu davacı yönünden karşılıklılığın varlığının kabulü ve mirasçılık belgesi verilmesi gerekir. (Y2HD, 27.03.2000, 1888-3636) Buna karşılık Bakanlar Kurulunun 1.9.1997 tarihli 97/9901 sayılı kararı ile Yunanistan uygulamasına paralel olarak oluşturulan komisyonunun 25.12.1998 tarihli ilke kararı da Tapu Kanununun 35. maddesi hükümlerini ortadan kaldıracak nitelikte değildir (Y2HD, 28.02.2000, 759-2519)

Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının yasal miras yoluyla edindikleri taşınmazlar ile yasal kısıtlamalara tâbi alanlardaki taşınmazlar, intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilir ve bedele çevrilir. Bu nedenle mirasçı olduğu ileri sürülen kişilerin miras bırakanın ölüm tarihi itibarıyla hangi ülke vatandaşı olduğu belirlenmelidir.<sup>4</sup>

Vatansızların ise taşınmaz mal edinmelerini engelleyen bir hüküm yoktur.<sup>5</sup>

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin otuz hektardan fazla taşınmaz edinebilmesi Bakanlar Kurulunun iznine tâbidir.<sup>6</sup> Yabancı uyruklu gerçek kişilerin, yasal miras dışında ölüme bağlı tasarruflar yoluyla otuz hektardan fazla taşınmaz edinebilmesi de Bakanlar Kurulunun iznine bağlıdır. İzin verilmez ise, fazla miktar tasfiye edilerek bedele çevrilir.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin yasalarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine, taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilmesi halinde karşılıklılık şartı aranmaz. Kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından, bu maddenin uygulanmayacağı yerleri belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Görüldüğü üzere 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Kanunun 35 inci maddesinde yapılan bu değişiklik ile madde gerekçesinde de açıklandığı üzere karşılıklı olmak ve yasal sınırlamalara uyulmak kaydıyla, yabancı uyruklu gerçek kişiler yanında, yabancı ülkelerde, o ülke yasalarına göre kurulmuş ticaret şirketlerine de<sup>7</sup> ülkemiz sınırları içinde taşınmaz edinebilme olanağı verilmiştir.

Karşılıklılık ilkesinin uygulanmasında, yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına veya ticaret şirketlerine tanıdığı hakların, Türkiye

(4) Y2HD, 10.05.2002, 5379-6333.

(5) Y2HD, 02.07.2001, 8499-10360.

(6) **Yasal miras yoluyla** intikal eden taşınmazlar için bu hüküm uygulanmayacaktır.

(7) Ticaret şirketleri ifadesi, Türk Ticaret Kanununda tanımlanan şirketlere tekabül eden imalat, hizmet, ticarî, ziraî ve benzeri alanlarda faaliyet göstermek üzere yabancı ülkelerde kurulmuş şirketleri kapsar.

Cumhuriyeti vatandaşlarına veya ticaret şirketlerine de tanınması esastır. Bu nedenle yabancı ülke mevzuatında bir engel olmamakla beraber Türk vatandaşlarının o ülkede taşınmaz mal edinmeleri şu veya bu biçimde fiilen engelleniyorsa, Tapu Kanununun 35. maddesinde açıklanan edinme engeli var sayılır.<sup>8</sup>

Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık ilkesi uygulanmayan devlet vatandaşlarının yasal miras yoluyla edindikleri taşınmazlar ile yasal kısıtlamalara tabi alanlardaki taşınmazların, intikal işlemlerinin yapılarak tasfiye edilmesine ve bedele çevrilmesine olanak verilmektedir. Yabancı uyruklu **gerçek kişiler** ile **ticaret şirketleri** Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde otuz hektara kadar<sup>9</sup> taşınmaz edinebileceklerdir.

Yasal miras ve ölüme bağlı tasarruflarla yabancı uyruklu gerçek kişilerin taşınmaz edinimi de karşılıklı olma şartına bağlı olacaktır. Yabancı gerçek kişilerin dışında, ticaret şirketleri veya diğer yabancı tüzel kişilerin **ölüme bağlı tasarrufla** Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde taşınmaz edinmeleri ise olanaksızdır.

Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde sınırlı ayni hak iktisaplarında ise taşınmazın mülkiyeti devredilemeyeceğinden ve sınırlı ayni hak süresinin sona ermesi ile taşınmazın bütün tasarruf yetkisi malikine döneceğinden yabancı uyruklu gerçek kişiler ile ticaret şirketler açısından karşılıklılık ilkesi aranmayacaktır.

## 2. Mirastan yoksunluk

### a. Sebepleri

TMK. m. 578-579 hükmüyle **mirastan yoksunluk** düzenleme konusu yapılmıştır. TMK. m. 578 hükmüyle ise mirastan yoksunluğun **sebepleri** düzenlenmiştir.

(8) Y2HD, 14.05.2002, 5596-6516.

(9) Otuz hektarın üzerinde taşınmaz edinilmesi ise Bakanlar Kurulunun iznine bağlıdır. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin yasal miras hariç olmak üzere ölüme bağlı tasarruflarla otuz hektardan fazla taşınmaz edinimi de Bakanlar Kurulunun iznine bağlıdır. Bakanlar Kurulu tarafından iznin verilmemesi durumunda, edinilecek taşınmaz tasfiye edilecektir.

Yasada sınırlı olarak sayılan (TMK. m. 578) eylemlerden birini gerçekleştiren kişinin kendiliğinden mirasçılık sıfatını kaybetmesine **m i r a s t a n y o k s u n l u k** denilir. Mirastan yoksun olan kişi;

- mirasçı<sup>10</sup> olamaz,
- ölüme bağlı tasarrufla herhangi bir hak edinemez.

Mirastan yoksunluğa yönelik eylemler<sup>11</sup> aşağıda gösterilmiştir;

- Mirasbırakanı kasten<sup>12</sup> ve hukuka aykırı olarak<sup>13</sup> öldüren veya öldürmeye teşebbüs edenler,
- Mirasbırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak sürekli şekilde ölüme bağlı tasarruf yapamayacak duruma getirenler,
- Mirasbırakanın ölüme bağlı bir tasarruf yapmasını veya böyle bir tasarruftan dönmelerini aldatma, zorlama veya korkutma yoluyla<sup>14</sup> sağlayanlar ve engelleyenler,
- Mirasbırakanın artık yeniden yapamayacağı bir durumda ve zamanda ölüme bağlı bir tasarrufu kasten ve hukuka aykırı olarak ortadan kaldıranlar veya bozanlar.

Eğer varsa ceza dosyasının sonucu mutlaka beklenmelidir.<sup>15</sup>

Mirastan yoksunluk, mirasbırakanın affıyla<sup>16</sup> ortadan kalkar.<sup>17</sup>

Mirastan yoksunluk veraset belgesi istemeye engel değildir.<sup>18</sup> Yapılacak

- 
- (10) Yasal ya da iradî mirasçı.
  - (11) Bu eylemler iradî olmalıdır. Ayırt etme gücünden yoksun olanlar açısından mirastan yoksunluktan söz edilemez.
  - (12) Tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu olan eylemlerde mirastan yoksunluktan söz edilemez.
  - (13) Meşru müdafaa durumunda mirastan yoksunluktan söz edilemez.
  - (14) TMK. m. 557 b. 2 hükmüne göre ölüme bağlı bir tasarruf yanılma, aldatma, korkutma veya zorlama sonucunda yapılmışsa iptali için dava açılabilir.
  - (15) Y2HD, 07.04.2003, 3287-4964.
  - (16) Affedilme olgusu, mirasçılıktan çıkarma durumunda yasa koyucu tarafından sükut geçilmiştir. Mirasçılıktan çıkarılma mirastan yoksunluğa göre daha ağır olmayan eylemleri içerdiğine göre af olgusu mirasçılıktan çıkarmada da dikkate alınmalıdır.
  - (17) Örtülü olarak da af iradesi açıklanabilir. Birlikte tatile çıkmak, hacca gitmek gibi.
  - (18) Y2HD, 27.05.2002, 6298-7780.

olan, mirastan yoksunluğun "hukuki sonuçlarının terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceğine" işaret edilerek ve bu durumlar yok sayılarak miras paylarını gösterir biçimde hüküm kurulmasıdır.

### **b. Altsoya etkisi**

TMK. m. 579 hükmüyle mirastan yoksunluğun **altsoya etkisi** düzenleme konusu yapılmıştır.

Mirastan yoksunluk kişiseldir. Bu nedenle mirastan yoksunluk, yalnız **yoksun olanı** etkiler.<sup>19</sup> Mirastan yoksun olanın **altsoyu**, mirasbırakan-dan önce ölen kimsenin altsoyu gibi mirasçı olur.

Mirastan yoksunluk o kişiye özgüdür. Eylem kime karşı yapılmış ise sadece o kişiye karşı mirasçılık kaybedilir. Bu yüzden anasını öldüren kişinin babasının mirasçısı olmasına bir engel yoktur.

Mirastan yoksunluk hükmü geçmişe yürür. Mirastan yoksunluk etkisini mirasın açılmasından itibaren gösterir.

Mirastan yoksunluk kendiliğinden<sup>20</sup> sonuç doğurduğundan ayrıca bir mahkeme kararı alınmasına da gerek bulunmamaktadır.

## **II. Sağ olmak**

### **1. Mirasçı olarak**

Mirasçı olabilmek için mirasbırakanın **ölümü anında**;

- mirasa **ehil olmak** (=mirastan yoksunluk, ret, mirastan feragat gibi durumlar içerisinde bulunmamak)
- **sağ olmak** (=bir hakkın kullanılabilmesi için bir kimsenin sağ olduğunu veya belirli bir zamanda ya da başka bir kimsenin ölümünde sağ bulunduğunu ileri süren kimse, iddiasını kanıtlamalıdır) şarttır.

Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur.<sup>21</sup>

(19) Y2HD, 6.5.1996, 4112-4756.

(20) Oysa TMK. m. 510 f. I hükmüne göre mirasbırakan, ancak **ölüm e bağılı bir tasarrufla** saklı paylı mirasçısını mirasçılıktan çıkarabilir.

(21) TMK. m. 582 f. I.



TMK. m. 29 f. II hükmüne göre birden fazla kişiden hangisinin önce veya sonra öldüğü kanıtlanamıyorsa hepsi **aynı anda** ölmüş sayılır.<sup>22</sup>

Mirasın açıldığı anda sağ olan mirasçının yasa gereği kazanmış olduğu miras hakkı **sonradan** öldüğünde **kendi mirasçılarına** kalır.<sup>23</sup>

Hemen belirtmek gerekir ki 4722 SK. m. 17 hükmüne göre mirasçılık ve mirasın geçişi, mirasbırakanın **ölümü tarihinde** yürürlükte olan hükümlere göre belirlenecektir.

## 2. Vasiyet alacaklısı olarak

**Vasiyet alacaklısı** olabilmek için mirasbırakanın **ölümü anında**;

- mirasa **ehil olmak**,
- **sağ olmak** (=bir hakkın kullanılabilmesi için bir kimsenin sağ olduğunu veya belirli bir zamanda ya da başka bir kimsenin ölümünde sağ bulunduğunu ileri süren kimse, iddiasını kanıtlamalıdır) şarttır.

Vasiyet alacaklısı mirasbırakandan **önce ölmüş ise** vasiyeti yerine getirme yükümlülüğü<sup>24</sup>, vasiyet yükümlüsünün yararına ortadan kalkar. Mirasbırakan dilediği takdirde vasiyetinde vasiyet alacağıнын, onun (=vasiyet alacaklısının) mirasçılarına geçeceğini öngörebilir.<sup>25</sup>

Bilindiği üzere TMK. m. 520 hükmüne göre mirasbırakan, atadığı mirasçının kendisinden önce ölmesi durumunda onun yerine geçmek üzere bir veya birden çok kişiyi yedek mirasçı olarak atayabilir. Bu kural belirli mal bırakmada da uygulanır.

(22) Birlikte ölüm belirgesi (=karinesi) hakkında daha ayrıntılı bilgi için bakınız: **Ömer Uğur GENÇCAN, Nüfus Davaları (Genel Hükümler)**, Yetkin Yayınevi, ( 772 sayfa), Ankara 2000, s.82-85.

(23) Y2HD, 14.04.2003, 3992-5368.

(24) Vasiyeti yerine getirme görevlisi hakkında bakınız: **Ömer Uğur GENÇCAN, "4721 Sayılı Türk Medenî Kanununa Göre Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi"**, Yargıtay Dergisi, Cilt:29, Temmuz 2003, Sayı:3, Sayfa:244-251.

(25) Koruma önlemleri için bakınız: **Ömer Uğur GENÇCAN, "4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Geçmesinin Sonuçları Bağlamında Koruma Önlemleri"** Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı:118, 15 Mayıs 2003, Sayfa: 27-34.

### 3. Cenin

TMK. m. 582 hükmüyle **c e n i n** düzenleme konusu yapılmıştır.

TMK. m. 28 hükmüne göre kişilik, çocuğun **s a ğ o l a r a k** tamamıyla doğduğu anda başlar. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.

Cenin, **s a ğ d o ğ m a k k o ş u l u y l a** mirasçı olur. Mirasçı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak şart olduğundan ölü doğan çocuk doğal olarak mirasçı olamaz.

TMK. m. 643 f. I hükmüne göre mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğumuna kadar ertelenir.

TMK. m. 427 b. 3 hükmüne göre vesayet makamı, yönetimi kimseye ait olmayan mallar için gereken önlemleri alır ve özellikle bir terekede mirasçılık hakları henüz belli değilse veya ceninin çıkarları zorunlu kılıyorsa bir yönetim kayyımı atar.

### 4. İleride doğacak çocuk

TMK. m. 583 hükmüyle **ı l e r i d e d o ğ a c a k ç o c u k** düzenleme konusu yapılmıştır.

Aşağıdaki kimselere de artmirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak, tereke veya tereke malı bırakılabilir. Şöyle ki mirasın açıldığı anda **a y n ı a n l a m d a** olmak üzere ;

- henüz var olmayan,
- henüz doğmamış olan,
- cenin durumunda bile olmayan,
- mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine düşecek olan,
- ileride doğacak olan bir kimse **a r t m i r a s ç ı** veya **a r t v a s i - y e t a l a c a k l ı s ı** olabilir.

Mirasbırakan, önmirasçının ya da ön vasiyet alacaklısının kim olacağını kararlaştırabilir. Mirasbırakanın tarafından bu şekilde bir belirleme yapılmadığı takdirde **y a s a l m i r a s ç ı** önmirasçı sayılır.

## MÜTEKABİL (KARŞILIK) DAVA

**Ahmet Cahit İYİLİKLİ (\*)**

*ANLATIM DÜZENİ: I- Genel Olarak, II- Karşılık Davanın Şartları, 1- Usule İlişkin Şartlar, A- Karşılık Davanın Aynı Mahkemede ve Aynı Derdest Dosya Üzerinden Açılması, B- Karşılık Davanın Süresinde Açılması, C- Karşılık Davanın Aynı Yargı Yoluna Tabi Olması, III- Esasa İlişkin Şartlar, aa- Takas ve Mahsup Talebi, bb- Asıl Alacak ile Karşılık Dava Arasında Bağlantı Bulunmalıdır, IV- Karşılık Davada Görev ve Yetki, V- Karşılık Davanın İncelenmesi ve Hüküm*

### I. Genel Olarak.

Karşılık dava Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 203-212 maddeleri arasında düzenlenmiştir. HUMK 203' de müddeaaaleyh (davalı) davayı mütekeleyebildiğini, esas dava hakkındaki cevap layihasında bildirmek suretiyle ikame edebilir demektir. Aleyhine dava açılmış olan davalı kendisini çeşitli şekillerde savunabilir. Aynı zamanda davalı yalnız savunmada bulunmakla kalmayıp, aynı derdest davada, davacı aleyhine bir dava da ikame edebilir. Bu son durumda, davalı, savunma durumundan tecavüz durumuna geçmiş bulunmaktadır. Davalının aynı mahkemede ve aynı dosya üzerinden kendi hakkının da hüküm altına alınmasını isteyerek asıl davacıya karşı dava açmasına karşılık dava denir. Davalı, karşı dava açmaz ise, ileri sürdüğü hakkıyla sadece savunma yapmış olur. Hakkının hüküm altına alınmasını sağlayamaz. Zira, mahkemenin bir hususu hüküm altına alabilmesi için buna yönelik talep gereklidir(HUMK 74). Bu sebeple karşılık dava müstakil bir dava olduğu için harç da yatırmak gerekir. Karşılık dava elbette müstakil olarak dava edilebilir. Karşılık dava olarak açılınca, mahkeme her iki davanın konusunu teşkil eden uyuşmazlık hakkında tam bir bilgi sahibi olur. Mahkemenin vereceği karar isabetli ve birbiriyle bağlantılı olan uyuşmazlık

---

(\*) Cide Hakimi

hakkında çelişik hükümler verilmesinin önüne geçilmiş olur. Karşılık davada tahkikat ve yargılama daha çabuk ve kolaydır. Yargılama gideri azdır. Özetle karşılık dava usul ekonomisine daha uygundur<sup>1</sup>. Mütakabil davanın davalıya sağlayacağı diğler bir fayda, karşılık davanın, asil davanın ikame olunduğı yer mahkemesinde açmaya yetkili olmasında kendini gösterir<sup>2</sup>. Karşılık dava hakkında genel bir tanımdan sonra, şimdi karşılık davanın şartlarını incelemeye geçelim.

## II. KARŞILIK DAVANIN ŞARTLARI

Esas davaya karşı açılan her dava , karşılık dava olamaz. Bunun için bazı şartların tahakkuku gereklidir.

### 1. Usule ilişkin şartlar

A. Karşılık davanın aynı mahkemede ve aynı derdest dosya üzerinden açılması

Davalı tarafından ileri sürülen iddianın karşılık dava olabilmesi için asil davaya bakan mahkemede açılması gerekir. Hatta , davalının aynı mahkemede, aynı dosya üzerinden karşılık davayı açması zorunludur. Aksi halde karşılık dava değil, müstakil bir dava olur. Asil dava geri alma, feragat veya açılmamış sayılma gibi bir nedenle son bulmuş ise, artık böyle bir davaya karşı (şeklen derdest olsa bile) karşılık dava açılmaz<sup>3</sup>. Asil davada dava şartlarından biri eksik olsa dahi , asil davaya karşı bir karşılık dava açılabilir. Davalı aynı mahkemede ve aynı dosya üzerinden dava açmaz ise, bu karşılık dava değil, müstakil ayrı bir dava olur. Şartları gerçekleşirse, mahkemeye birleştirilebilir. Aynı dosya üzerinden de olsa , iki ayrı dava olduğu açıktır. Her biri dava şartları ve usul kuralları bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Takip edilmediğı için işlemde kaldırılmasına karar verilen karşılık dava ve birleştirilen davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir<sup>4</sup>.

(1) Kuru. B, Usul El Kitabı, s. 635

(2) Üstündağ. S, s. 513

(3) Kuru. B, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 2744

(4) 19. HD. 17.12.1998. 1998/6839-7737. takip edilmediğı için 21.04.1998 tarihli oturumda işlemde kaldırılmasına karar verilen karşılık dava ve birleştirilen davanın davacısı F.K. tarafından yasal süresi içinde yapılmadığından HUMK 409/son maddesi gereğince açılmamış sayılması kararı verilmesi gerekirken bu yön gözden kaçırılarak, karşılık dava ve birleştirilen davanın esası hakkında yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

### B. Karşılık Davanın Süresinde Açılması

HUMK 203. maddesinde karşılık davanın esasa cevap dilekçesiyle açılması gerektiğini belirtmiştir. Yani karşılık dava esasa cevap süresinde açılması gerekir. Davalı ilk itirazda bulunmuşsa esasa cevap vermek zorunda değildir. O konudaki itirazların giderilmesini müteakip cevap verebilir(m.196)<sup>5</sup>. Böylelikle cevap süresi ile birlikte karşı dava açma süresi de uzamış olacaktır. Asliye Hukuk Mahkemesinde yazılı yargılama usulü uygulanıldığından , kural olarak dava dilekçesinin tebliğinden itibaren on gün içinde verilecek cevap layihasıyla karşılık davanın açılması gerekir(md. 195. 203.)<sup>6</sup>. Süre HUMK 195, 197 ve 198. maddelerdeki nedenlerle mahkemece uzatılmış ise, davalı karşılık davasını bu süre içinde açabilecektir<sup>7</sup>. Basit (md. 507-511) ve sözlü yargılama usulünde ilk duruşmaya kadar en geç ilk oturumda esasa girmeden , seri yargılama usulünde ise, esasa cevap süresi olan yedi gün (md. 503-505) içinde karşılık dava açılmalıdır<sup>8</sup>. Basit ve sözlü yargılama usulünde daha önce dilekçe ile karşılık davanın açılmasına yasal bir engel yoktur<sup>9</sup>.

Esasa cevap süresi içinde karşılık dava açmamış olan davalı , bununla sadece karşılık dava açma yetkisini kaybeder. Elbette ayrı bir dava açabilir.

Davalının esasa cevap süresi geçtikten sonra karşılık davasını açması halinde mahkeme resen bu durumu nazarı itibara alabilecek midir? Bu husus ancak ilk itiraz olarak ileri sürülebilir. Mahkeme bu durumu resen gözetemez<sup>10</sup>. Doktrinde Üstündağ: bu halde hakim kanunun tayin ettiği süreyi resen nazara alacağından , süresi içinde açılmayan karşı davanın resen reddi gerekeceğini savunmuştur<sup>11</sup>. Kanımca bu görüşe katılamaz. Zira HUMK 187/8 açıkça karşı davanın kabule şayan olmamasını ilk itiraz olarak ileri sürülebileceğini düzenlemiştir. 187/8 deki kabule şayan olmama deyimi

(5) Soner. L.F.age.s. 50

(6) Pekcanitez.H, age. s. 320

(7) Üstündağ. S, age. s. 520- Soner. L:F. Age. s.50

(8) Pekcanitez. H. age s. 320

(9) Soner. L.F. age. s. 50

(10) Pekcanitez. H, age. s.320- Kuru. B,Usul El Kitabı s. 642

(11) Age. s. 521

genel niteliktedir. Hem karşılık davanın zamanında açılmamış olmasını , hem de diğer karşılık dava koşullarını taşımamayı kapsar<sup>12</sup>. Süre yönünden kamu düzeni ile ilgili bir durum yoktur. İlk itirazda bulunulmamışsa , mahkeme sadece davanın ayrılması şartları oluşmuşsa , davanın ayrılmasına karar verebilir(md. 46). Şayet süresinde karşı dava açılmadığı için karşı dava açma hakkı yitirilmişse, davalı ıslahla bu hakkını kullanabilmelidir. Davalı cevap layihasını ıslah ederek ya da verdiği cevap layihası ile karşılık dava açabilmelidir<sup>13</sup>. Mütekabil dava ne bir iddia ne de müdafaa sebebi olup, bilakis tamamen yeni ve müstakil bir davadır. Bu sebeple ıslahla karşılık dava açılmaz<sup>14</sup>. İki taraftan her biri usule ilişkin yapmış olduğu işlemi HUMK 83. maddesi gereğince bir kereye mahsus ıslah edebileceğini belirtmektedir. Karşılık dava da usul kanununda düzenlenmiş bir usul hukuku müessesesidir. O halde davalı ıslahla karşılık dava açabilmelidir. ıslahla ya da verilen cevap dilekçeyle karşılık dava açılmasına izin verilmesinde sakınca olmamalıdır. Bu usul ekonomisi ve usuli hakkaniyet ilkesine de daha uygundur<sup>15</sup>.

Davacı tarafından iptidai itirazda bulunulup süresinden sonra açıldığı tespit olan karşılık davanın akıbeti ne olacaktır? Bu hususta değişik yorumlar mevcuttur. Karşılık davanın süresinden sonra açılmış olduğunu tespit eden mahkeme karşılık davanın bu nedenle açılmamış sayılmasına yada reddine karar veremez. Mahkeme karşılık davanın ayrılmasına (md.45, 46) karar vermelidir<sup>16</sup>. Kanımızca, karşılık davanın süresinden sonra açıldığını tespit eden mahkeme, ayrı karar numarası altında açılmamış sayılması kararı vermelidir. Zira süreye uymamanın müeyyidesi bu olması gerekir. Aksi halde (red kararı) hakkın özü cihetinden karar verilmiş olur. Bu da hakkaniyetsiz sonuç doğurur. Yargıtay' ın da yeni kararları bu yöndedir.

Karşılık davanın gerek süresinde açılmaması , gerekse HUMK un 205. maddesi koşullarını içermemesi halinde dava reddedilmeyerek ayrılma ka-

---

(12) Soner. L.F. age. s. 55

(13) Kuru. B, Usul El kitabı. s. 642

(14) Üstündağ. S, age. s. 520

(15) Yılmaz. ,E. age. s. 220

(16) Kuru. B, Usul El Kitabı s. 643

rarı verilmelidir<sup>17</sup>. Basit yargılama usulünde davacı cevabını ilk oturumda bildirebilir ve karşılık davasını da ilk oturum gününde açabilir. Süresinde açılmamış olan karşı davanın itiraz edilmesi halinde tefrik edilmesi gerekir<sup>18</sup>. Karşılık dava süresinde açılmamışsa , ya asıl dava ile birlikte karara bağlanmalı ya da ayrı bir esasa kaydedilerek açılmamış sayılmasına karar verilmelidir<sup>19</sup>.

Anglo-Sakson Hukukunda da karşılık dava müessesesi bulunmaktadır.(bkz Counterclaim in Civil Procedure) burada davalı davacıya karşı ,karşı talebinin özelliklerini yazarak savunmasıyla (savunma süresinde) karşı da-

- 
- (17) 11.HD. 01.06.2000. 2000/1524-4972. “ HUMK 203 ve onu izleyen maddelerde düzenlenmiş bulunan karşı dava, bilindiği üzere asıl davadan bağımsız ayrı bir dava olup , harçlar kanunu gereğince de ikamesi için başvuru ve nisbi harç yatırılarak açılabilir. Karşı davanın gerek süresinde açılmamış olması, gerekse HUMK 205. maddesi koşullarını içermemesi halinde açılan bu davanın reddinin gerekeceği , yoksa asıl davadan ayrılarak mı görülmesi gerektiği tartışmalı bir usul sorunu olmakla birlikte gerek doktrinde , gerekse Yargıtay’ın son uygulamalarında bu davanın , bağımsız bir dava olması niteliği ve usul ekonomisi ilkesi dikkate alınarak bu davanın reddedilmeyerek , ayrılma kararı verilmesi gerektiği benimsenmiştir.
- (18) 3.HD. 25.01.2001. 2001/58-629 “ Davalı M’ ye çıkarılan davetiye tebliğ edilmediğinden ötürü , adres araştırması için C. Savcılığına müzekkere yazılmış, davayı sonradan öğrenen davalı 10.01.1997 tarihli celseye gelerek davanın reddini dilemiş 24.04.1998 tarihinde ise, karşılık davasını açmış, davacı vekili karşılık davanın süresinde açılmadığından bahisle itiraz etmiştir. Bu halde karşılık davanın asıl davadan ayrılmasına şeklinde karar verilecek yerde süresinden sonra açılan davanın , davacı vekilinin muvafakat etmemesine rağmen kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmüştür.
- (19) 11.HD. 12.09.1989. 1988/6956-89/4269.” Davalı dava dilekçesini 19.11.1987 tarihinde tebellüğ etmesine rağmen karşılık davasını 22.02.1987 tarihinde yani HUMK 203. maddesinin atıfta bulunduğu HUMK 195/1 maddesinde öngörülen on günlük yasal cevap süresinden sonra açtığına, davacı vekili buna karşı HUMK 187/8 maddesi uyarınca ilk itirazda bulunduğu göre mahkemenin süresinde açılmayan karşılık davanın açılmamış sayılmasına karar vermesi ilke olarak doğrudur. Ancak bu dava dosyasında biri asıl dava diğeri karşılık dava bulunduğu göre mahkeme ya karşılık davayı asıl davayla birlikte hükme bağlamalı yada karşılık davayı daha önce karara bağlamak istiyorsa karşılık davayı asıl davadan tefrik ederek ayrı bir esasa kaydetmeli ve yeni esas numarasına kayıtlı karşılık davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir. Aksi halde davanın aynı dosyada derdest bırakılması veya aynı esasa kayıtlı birden çok davanın birden fazla karar sayısı veya bir karar sayısı altında müteaddit ilamlarda hükme bağlanması gibi sonuçlarla karşılaşılır ki , bir mahkemede açılan davaların hangilerinin karara bağlandığı ve hangilerinin derdest olduğunu titiz bir şekilde takibi amaçlayan düzen kuralları muvacehesinde bu durum caiz görülemez.

va açabilir. Bunun için mahkemeden izne gerek yoktur. Meğerki savunma süresi dışında karşı dava açsın. Görüldüğü gibi son halde mahkemeden izne ihtiyaç vardır<sup>20</sup>.

### C – Karşılık Davanın Aynı Yargı Yoluna Tabi Olması

Bir davanın derdest bir davaya karşılık dava olarak açılabilmesi için her iki davanın da aynı yargılama usulüne tabi olması gerekir. Kanunda idari yargıda ve hakemde halli gereken davanın bir davaya karşılık dava olarak açılmayacağını belirtmiştir (md. 206). İdari yargı görev alanına giren bir davanın (adli) hukuk mahkemelerinde görülmekte olan bir davaya karşılık dava olarak açılmaz: Açılırsa, hukuk mahkemesi bu durumu kendiliğinden gözeterek karşılık dava olarak açılmış idari dava hakkında görevsizlik kararı vermesi gerekir<sup>21</sup>. Hukuk mahkemelerinde görülmekte olan bir davaya karşı açılmış olan karşılık dava için bir tahkim sözleşmesi veya (tahkim şartı) varsa, (md.516 vd.) hukuk mahkemesi bu karşılık davanın hakemlerde ayrı bir dava olarak açılması gerektiğini resen gözetemez. Gözetebilmesi için asıl davacının karşılık davalının cevap layihasıyla itirazda bulunması gerekir. Bu halde hukuk mahkemesi, karşılık dava dilekçesini karşılık davanın hakemlerde açılması gerektiği gerekçesiyle reddeder<sup>22</sup>. Tetkik ve halli hakemlere ait bir konu mahkemelerde karşı dava yolu ile ileri sürülemez<sup>23</sup>.

### III.- ESASA İLİŞKİN ŞARTLAR

#### aa- Takas ve Mahsup Talebi

HUMK 204. maddesi takas ve mahsup iddiasının karşılık dava olarak ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Kanun takas ve mahsup talebinin karşı dava yolu ile de dermeyan olunabileceğini ifade etmektedir. Yoksa bu hüküm

(20) Sweet-Maxwell, connections, white book service ,civil procedure,2003, volume 1 s.331."A defendant may make a counterclaim against a claimant without the court's permission if he files it with his defence or at any other time with the courts permission.

(21) Kuru. B, usul el kitabı, s. 636

(22) Kuru. B, hukuk muhakemeleri usulü, s. 2745

(23) Üstündağ. S, age. İst, 1992. s. 926. " tahkim anlaşması ile devletin mahkemelerine ait olan yargılama yetkisinin hakem mahkemelerine havale edilmesi gerekir. Bu sebeple adli yargı yolunu kapatmayan bir tahkim anlaşması hükümsüzdür.( 15.HD. 27.6.1978 ,yasa hd. 1978/10, s. 1783)



davada takas ve hatta mahsubun mutlaka bir mütekebil dava şeklinde dermeyan edilmesinin zorunluluğunu ifade etmemektedir. Başka bir ifade ile, takasa elverişli taleplerin de mütekebil dava yolu ile dermeyan edilebileceğinin ifadesinden başka bir şey değildir<sup>24</sup>. Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları da bu yöndedir. Takas , mahsup talebi harca tabi değildir ve mutlaka karşılık dava şeklinde açılması gerekmez<sup>25</sup>. HUMK 203. maddesinin birinci bendindeki hüküm mütekebil davanın kabulü için aranılan şartlardan birisinin bildirilmesi maksadıyla konulmuş olup, bu hüküm takasın sadece def'i olarak ileri sürülmesine engel olmaz. Eğer davalının takas etmek istediği karşılık alacağıın miktarı, asıl davada istenen alacak kadar veya ondan daha az ise, davalının bir karşılık dava açmakta hukuki yararı yoktur. Takas savunmasında bulunması yeter<sup>26</sup>. Buna karşılık davalının alacağı , davacının alacağından fazla ve hüküm altına aldırması gereken bir miktar ise, karşılık dava açılabilir.

Takas beyanı dava dışında kullanıldığı gibi, doğrudan davada da kullanılabilir. Davalı dava dışında takas yolu ile esas alacağını sukut ettirmiş olur. Bu durumda , davanın dışında dermeyan edilmiş olan takas beyanının mu-teberliği , şartları ve hükümleri tamamen Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir<sup>27</sup>. Borçlunun (davalının) takas etme iradesini açıklamasıyla sonuçlarını doğurur. (BK.122/1) Takas beyanı bozucu yenilik doğuran haklardandır. Tabiatıyla muhataba ulaşmasıyla diğer şartlar tahakkuk etmişse istenilen netice kendiliğinden meydana gelir ve karşılıklı iki borç en azı oranında düşmüş olur<sup>28</sup>. Davalı karşı alacağını dava dışında dermeyan etmeyip , bizzat dava içinde takas olarak ileri sürebilir. Bu halde davalı artık davadan önce

(24) Üstündağ. S, age. 517

(25) 3.HD. 18.05.1992. 1991/14507-1992/10280

(26) Kuru. B, hukuk muhakemeleri usulü, s. 2750- Pekcanitez. H, s. 320

(27) Üstündağ. S, age. 514." Dava dışında vukubulmuş takasın davaya intikalinde , böyle bir iddiayı ileri süren davalı maddi hukuk anlamında bir itiraz olmakla beraber, usul huku-kuna ilişkin geniş anlamda bir def'i dermeyan etmiş bulunuyor demektir. Davalı bu suretle davacının hakkını ortadan kaldıran bir vakıa ileri sürmekte olup, bu durum davalının dava konusu alacak hakkında evvelce yapılmış bulunan bir ibra sözleşmesine veya yaptığı bir ödemeye dayanmasından farklı değildir. Davacı takas ve muteberiyetini inkar ederse mahkeme davalının karşı alacağıının mevcut olup olmadığını , bu alacağıın takasa elverişli bulunup bulunmadığını ve takasın kanun hükümlerine uygun yapıp yapılmadığını tetkik etmek zorunda kalacaktır. (HGK . 12.04.1967.RKD. 1967/6. s.89)

(28) Kuru. B, Hukuk muhakemeleri usulü, s.2748

vukubulmuş bir takas olayına istinat etmemektedir<sup>29</sup>. Takas beyanı ile karşılık dava açılmasında , davalının karşılık dava açtığını açıkça bildirmesi ve karşılık dava için ayrıca başvurma harcı, peşin karar ve ilam harcını yatırmaması gerekir<sup>30</sup>. Usulüne uygun açılmış karşılık dava olmadığı halde istem konusunda karar verilmesi yok hükmündedir<sup>31</sup>. İleri sürülen neticede davanın reddi istenmiş bulunsa bile, karşılık dava açılmış olmaz. Şayet dava dilekçesi tam anlaşılıyorsa, mahkeme taraflara dilekçelerini açıklattırmalı, müphemiyeti gidermeli, sonuçta davalının karşı dava açma iradesi sabit olur ve harç da yatırmamışsa, davalıya harç için süre verilmelidir (HUMK 75/2).

Davalı karşılık açmadan sadece takas savunmasında bulunmakla yetenebilir. Fakat bu halde davalı, takas savunmasını , esasa cevap süresi içinde bildirmelidir. Davalının esasa cevap süresinden sonra takas savunmasını ileri sürmesi HUMK 202/2 anlamında savunmayı genişletmedir. Yani davalı savunmanın genişletildiği itirazında bulunabilir<sup>32</sup>. Davalı karşılık dava açmadan sadece takas savunmasında bulunmuşsa, mahkeme fazla alacak için davalı lehine karar veremez. Çünkü davalının bu fazla alacak için (karşılık) davası yoktur. Bundan başka mahkemenin talepten fazlaya hüküm vermesi yasaktır (HUMK 74)<sup>33</sup>. Netice olarak davalının dilekçesinin karşı dava mı? yoksa savunması mı? olduğu mahkemece tetkik edilmelidir. Yoksul-

(29) Üstündağ. S, age.s.514.” Bu konuda iki görüş vardır. Birincisi medeni hukuk teorisi. Bu teoriye göre, takasın mahkemede dermeyanı çifte vakıa vasfı taşımaktadır. Bunlardan ilki hususi hukuka ilişkin takas beyanının yapılması olup, bu vakıanın muteberiyet şartlarını tamamen özel hukuk tanzim eder. İkincisi ise, davalının bu suretle meydana getirilen alacağın sukutu vakıasına istinat etmesidir. Diğer bir görüş ise, davada dermeyan edilmiş olan takas tam anlamı ile usul hukukuna tabidir.”

(30) Kuru. B, hukuk muhakemeleri usulü, s.2752

(31) 2.HD. 02.07.1999. 99/5782-7763.” Davalı kadın 26.08.1998 de cevaplarını vermiş, bu dilekçesinde davalıdan karşılık dava niteliğinde istekte bulunmamıştır. Daha sonraki 24.12.1998 tarihli layihada harç ödemedi isteklerini sıralamış olması karşılık dava sonucunu doğurmaz. Dava olmadığına göre verilen karar yok hükmündedir. Taraflarca temyiz edilmemiş olsa bile yasaya açık muhalefetin bulunması hallerinde hükmün boşanma yönünde bozulması imkanı dahilindedir (HUMK 439). Açıklanan nedenlerle davalı tarafından açılmış bir dava olmadığı halde, yazılı şekilde boşanmaya ve araç bedeline hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”

(32) Kuru. B, hukuk muhakemeleri usulü, s. 2751. “ davalının takas savunmasını ileri sürmesi ile, takas edilen alacağı hakkında zamaşımı kesilir. Çünkü takasın ileri sürülmesi BK 133/2 anlamında defî davadır”

(33) Kuru. B, hukuk muhakemeleri usulü, s.2752

luk nafakasının artırılması davasında cevap niteliğindeki dilekçede, nafakanın kaldırılması gerektiği savunmasının bulunması bunun karşılık dava dilekçesi olarak kabulünü gerektirmez<sup>34</sup>.

Bu arada takas ile mahsubu karıştırmamak gerekir. Pratikte zaman zaman eş anlamlı kullanıldığı da olur. Takas edilen alacaklarda genelde bağlantı yoktur. Daha doğrusu takas edilen iki alacak birbirinden bağımsızdır. Buna karşılık mahsup edilen alacaklar ile asıl alacak arasında bir bağlantı vardır. Her iki alacak da aynı hukuki ilişkiden doğmaktadır. Yani mahsup edilen alacak asıl alaktan bağımsız değildir. Örneğin, sebepsiz zenginleşmede iade borçlusu iade halinde iyi ve kötü niyetli olmasına göre, yaptığı masrafların mahsubunu isteyebilir(BK 64). Veya BK'nın 202 ve 360/2. maddesinde olduğu gibi semenden veya fiyattan indirim yolundaki iddialar böyledir<sup>35</sup>. Davalının mahsup edilmesini istediği alacak genelde asıl dava konusu alaktan az olacağından davalının mahsup için dava açmakta kural olarak hukuki yararı yoktur. Çünkü davalı mahsup savunmasında bulunmakla iktifa edebilir<sup>36</sup>. Aksine bir durum varsa davalı mahsup ve alacak fazlasının tahsiline karar verilmesi için karşılık dava açabilir. Kanun takas ve mahsup talebinin asıl dava ile arada bağlantı görmeksizin müstakilen müteakbil dava açmak için yeterli görmüştür.

Takası , dava içinde dermeyeran etmek isteyen davalı mücerret bu beyanı ile davacının alacağını kabul etmiş olacağı için eğer o, bu sonucun hemen doğmasını istemiyorsa , takas defini terditli olarak dermeyeran edebilir. Yani davalı ilk sırada dava alacağının mevcut olmaması nedeni ile davanın reddini , bu olmadığı takdirde , dava alacağının karşı alacağı ile takas edilmesini talep edebilmelidir<sup>37</sup>. Taşınmaz alım- satımı konusunda gerçekte bir sözleş-

(34) HGK. 18.03.1992. 91/2-114-92/182. " davalının mahkemeye verdiği 04.06 1991 günlü dilekçe, başlığında da yazıldığı üzere aleyhine nafaka artırımı isteği ile açılan davaya cevap niteliğindedir. Karşılık dava dilekçesi olarak kabulü mümkün değildir. O itibarla , yerel mahkemenin somut olayda, davalının eski karısı davacıya karşı hükmen yükümlü bulunduğu yoksulluk nafakasının kaldırılması isteğine ilişkin usulüne uygun olarak açılmış bir davasının bulunmadığına dair direnmesi açıklanan gerekçelerle yerindedir."

(35) Soner. L.F, age. s. 49

(36) Kuru. B, hukuk muhakemeleri usulü, s.2755

(37) Üstündağ. S, s.518- Kuru B, huku muhakemeleri usulü. S.2753

me yapıldığını karşılık davası kabul eden kimsenin asıl davadaki muvazaa savunması dikkate alınmaz<sup>38</sup>.

Takas için ayrıca maddi hukuk anlamında takasın şartlarının da tahakkuku gerekir. Mahkemenin ileri sürülen takas sebebi üzerinde durarak, takas şartlarının tahakkuk edip etmediğini araştırması ve varacağı sonuca göre hüküm tesis etmesi gerekir<sup>39</sup>. Karşılık dava takas beyanını da içerir. İki alacağın takas edilebilmesi için muaccel olması gerekir. Cari hesap sözleşmesi ile cari hesaba giren alacak muaccel olmayıp, tek başına talep edilemez, hesabın kesilmesine kadar bu alacak için takas söz konusu olmaz<sup>40</sup>.

#### bb- Asıl Alacak ile Karşılık Dava Arasında Bağlantı Bulunmalıdır

Takas ve mahsup talebi dışında kalan mukabil taleplerin karşı dava yolu ile dermeyan edilebilmesi için bu taleplerin esas davadaki taleple irtibat halinde bulunması gerekir(md.205). irtibattan kasıt HUMK 45/3 de yerini bulmuştur. Buna göre her iki davanın aynı sebepten doğması veya davalardan biri hakkında verilecek kararın diğerini etkileyecek nitelikte olması hali-

(38) 14.HD. 05.02.1987. 86/6425- 87/821."Ö. asıl davada gerçek alım-satım vaadi sözleşmesinin hiç yapılmadığını ileri sürülmekte karşılık davasında ise, gerçek alım-satım vaadi sözleşmesinin yapıldığını ve fakat gabinle malul olduğunu belirtmektedir. İddia ve savunma tutarsızdır. Birbiri ile bağdaşmaktadır."

(39) Kuru. B, hukuk muhakemeleri usulü, s.2748

(40) 19. HD. 04.03.1994. 93/4547-94/ 1990." Karşılık dava takas beyanını da içerir. Takas BK.nun 118-124. maddelerinde düzenlenmiş olup, anılan yasanın 118. maddesine göre iki şahıs karşılıklı bir miktar meblağı veya yekdiğerine mümasil başka malları birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise, iki taraftan her biri borcun alacağı ile takas edebilir. Hükme göre iki alacağın takas edilebilmesi için muaccel olmaları gerekmektedir. Muaccel olan alacaklar takas edilebilecekleri andan itibaren en az olan borcun miktarı nisbetinde sakıt olmuş addolunur. BK. nun 122/son fıkrasında cari hesaba ilişkin ticari teamüller saklı tutulmuştur. TTK.nun 87 vd. maddeleri uyarınca cari hesap sözleşmesi , hesap kesilmeden alacak talep edilemeyeceğine dair bir anlaşmadır. TTK. nun 95. maddesi uyarınca cari hesap kesilmesinden önce taraflardan hiçbiri alacaklı ve borçlu sayılmaz. Diğer bir anlatımla, cari hesaba giren alacak muaccel olmadığından , tek başına talep edilemez. Mahkemece hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda sözü edilen ve banka tarafından 21.08. 1987 tarihinde kullanılan ve toplam tutarı 406.438.568 TL ye ulaşan kredi cari hesap şeklinde işlediğinden hesabın kesilmesine kadar bu alacak yönünden takas söz konusu olmaz. Ancak diğer kelimeler yönünden takas beyanı nazara alınarak ve gerektiğinde bilirkişiden ek rapor alınarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle takas beyanının göz önünde bulundurulmaması da doğru görülmemiştir."

dir. Bu halde bağlantının varlığı kabul edilir. İrtibat, aynı hukuki münasebetten doğan talepler arasında olabileceği gibi, dava konusu olan şey de aynı ise, talepler arasında irtibat vardır<sup>41</sup>. Asıl dava ve karşılık davadan biri hakkında verilecek karar diğerini etkileyecek nitelikte ise, asıl dava ile karşılık dava arasında irtibat mevcut sayılır<sup>42</sup>. Buna göre, davalının asıl davaya karşı açtığı dava ile asıl dava arasında bağlantı varsa, davalının açtığı bu dava teknik anlamda bir karşılık davadır, yani kabule şayandır<sup>43</sup>. Davacı boşanma davası açmış, davalı ise, mukabil olarak istihkak iddiasında bulunmuş davacı mukabil dava dilekçesinin verildiği oturumda buna karşı koymuştur. Usulün 187/3. maddesi gereğince tefrik (davaların ayrılması) isteği ilk itirazlardandır(2494 sayılı K. ile kaldırıldı). Olayda asıl dava boşanma davasıdır. Mukabil dava ise, eşya hakkında istihkaka ilişkindir. Boşanma davasının red veya kabul olması istihkak davasının sübut yönünden etkilemeyeceği gibi, eşya davasının red veya kabulü de boşanma davasının sonucunu değiştirmez. Öyleyse, davalar arasında usulün 45/3 anlamında yer alan şekilde irtibat bulunmadığı sonucuna varılmıştır<sup>44</sup>.

Anglo-Sakson Hukukunda da davalı davacıya karşı , davacının davasıyla irtibatlı olsun yada olmasın her hangi bir sebeple karşı dava açabilir. Bununla beraber karşı dava tamamıyla irtibatsız bir konu hakkında ise, mahkeme muhtemelen karşı davanın ayrı olarak görülmesine karar verecektir<sup>45</sup>.

Eşlerden birinin açtığı boşanma davasına karşı diğer eş de bir karşılık dava açabilir. Bu durumda derdestlik durumu da olmaz. Zira aynı hukuki himayeye değişik maddi vakıalarla ulaşılabilir. Bir diğer deyişle değişik maddi vakıalar aynı hukuki sebep altında imkan verdiği ölçüde hukuki korunma sağlamaya elverişli olabilir. Doktrin ve Yargıtay kararlarında derdestliğin

(41) Üstündağ,S. Age. s.519

(42) Soner. L.F. age. s.49

(43) Kuru. B, usul el kitabı. s.639

(44) 2.HD. 22.01.1976. YKD, 1976/6, s.805

(45) Sweet- maxwell, white book service, civil procedure 2003, volume I, s.133." The defendant can make a counterclaim against the claimant in respect of any cause of action whether or not it is connected to the claimants claim against him. However , if the counterclaim is in respect of totally unrelated matter, the court is likely to order that it be dealt with separately and not as part of the claimants action."

şartlarının , kesin hükümdesine paralel bir şekilde üç tane olduğu kabul edilmektedir. Bunlar, her iki davanın taraflarının, konusunun ve dava sebebinin aynı olmasıdır<sup>46</sup>. Derdestlikteki dava sebebinden maksat vakıalardır<sup>47</sup>. Yargıtay da dava sebebinin dava vakıaları olarak kabul etmektedir. Davacının güven sarsıcı davranışlarına karşılık davalının da ağır hakaretlerde bulunduğu anlaşıldığından evlilik birliğinin devamına imkan vermeyecek bir geçimsizliğin varlığı kabul edilmelidir<sup>48</sup>.

Davacı şiddetli geçimsizlik hukuki sebebine dayanarak bir boşanma davası açmış, bu dava devam ederken ikinci bir boşanma davası daha açmıştır. Bu ikinci boşanma davasının hukuki sebebi de şiddetli geçimsizliktir. Fakat bu ikinci davada şiddetli geçimsizliğin dayandırıldığı vakıalar değişiktir. Mahalli mahkeme iki boşanma davasının hukuki sebeplerinin aynı olduğu gerekçesiyle, ikinci davanın derdestlikten dolayı reddine(187/4) karar vermiş. Fakat Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, mahalli mahkemenin bu kararını iki davada hukuki sebep aynı ise de, son davada istinat olunan vakıalar başka olmasına binaen davaya usulen bakılmak ve neticesine göre bir karar verilmek gerekirken yazılı şekilde reddi cihetine gidilmesi yolsuzdur<sup>49</sup>.

Kısmi davaya karşı, davalı bir karşılık dava açarak, davacının iddia etmiş olduğu alacağın tümünün mevcut olmadığını tespitini isteyebilir(menfi tespit davası)<sup>50</sup>. Bir tespit davasına karşı eda davası veya bir eda davasına karşı tespit davası karşılık dava olarak açılabilir mi? Karşılık olarak açılmak istenen dava, müstakil bir dava halinde açılabilirse idi, diğer tarafa derdestlik itirazında bulunma hakkı verecek nitelikte ise, karşılık dava caiz değildir<sup>51</sup>. Bir eda davasına karşı aynı hukuki münasebetin tespiti için karşılık dava açılmaz. Zira iki dava arasında tespit talebi bakımından ayniyet vardır<sup>52</sup>. Buna mukabil bir tespit davasına karşı bir karşılık eda davası açılması mümkündür. Zira bu halde müddeabihler aynı değildir ve eda davası derdestlik itira-

(46) Kuru. B, Hukuk usulünde dava sebebi, s.266

(47) Kuru. B, Hukuk usulünde dava sebebi. s 266

(48) 2.HD. 08.07.1999. 99/6117- 8057

(49) 2.HD. 29.09.1961. 4975/5769

(50) Kuru. B, Hukuk muhakemeleri usulü, s.2760

(51) Kuru. B, Tespit davaları, s.97

(52) Kuru. B, Tespit davaları, s.97

zina hak vermez<sup>53</sup>. Karşılık dava yalnız asıl davanın davacısına karşı açılır<sup>54</sup>. Karşı dava asıl davada taraf (davacı) olmayan üçüncü kişilere karşı açılabilir mi? Doktrinde, Kuru: üçüncü kişilere karşı dava açılmayacağını , açılırsa, mahkemenin üçüncü kişiye karşı açılmış olan karşılık davayı nazara almadan , yalnız asıl davayı inceleyip , karara bağlayacağını savunmuştur<sup>55</sup>. Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur. İstihkak davasında davalı durumunda olan alacaklı, davacı üçüncü kişiye karşı, karşılık dava olarak iptal davası açabilir<sup>56</sup>.

Anglo-Sakson Hukukunda davalının davacıdan başka bir şahsa karşı, karşılık dava açabileceğini kabul etmiştir. Davalının davacıdan başka bir şahsa karşılık dava açması mahkemenin iznini gerektirir. Bu halde üçüncü şahsın muhakemeye sokulduğuna ilişkin mahkemedeki karar almak gerekir. Yani karşılık dava açmadan önce bu yönde mahkemedeki bir karar almak gerekir. Mahkeme bu izni verirse, aynı zamanda davanın idaresi hakkında da talimat verecektir<sup>57</sup>. Yine davalı ihtiyaç gördüğünde , dava sebebiyle sorumlu olan ek davalıya da , davaya katılıp yardımcı olması ve masraflara katılması için karşılık dava açabilir<sup>58</sup>.

Türk Hukukunda BK.189 v.d. düzenlenen zapta karşı tekeffül hükümlerinde, satılan malın üçüncü kişi tarafından el konulmasında, alıcının üçüncü kişi olan satıcı durumu ihbar etmesi ve satıcının da alıcının yanında yada bağımsız olarak davaya katılması birebir olmasa da bu yönde düşünülebilir. Yeri gelmişken usul kanununda düzenlenmiş feri müdahil ile uygulama-

(53) Kuru. B, Tespit davaları, .98

(54) Kuru. B, usul el kitabı, s.643

(55) Age. s. 643

(56) 15.HD. 21.03.1991. 91/242-1400. “ taraflar arasındaki uyuşmazlık İY na dayanan istihkak davası ile davalı alacaklı F.Z. nın karşılık dava olarak açtığı satışın iptali isteminde kaynaklanmaktadır. Haciz, 06. ...7168 plaka no lu otonun trafik kaydı üzerine 7.5.1990 da konulmuştur. Yasa değişikliği dolayısıyla otonun trafik kaydına konan haciz geçerli olup, ayrıca oto üzerinde fiili haciz yapılmasına gerek yoktur. Bu durumda , istihkak davası yönünden tarafların iddia ve savunması çerçevesinde taraf delilleri toplanarak hasil olacak sonuca uygun bir karar kurulması gerekirken fiili haciz yapılmadığından bahisle davacının açtığı istihkak davasının reddi yasaya aykırı olup karar bozulmalıdır.”

(57) Sweet-Maxwell, civil procedure, volume1, s.184

(58) Sweet-Maxwell, civil procedure, volume1, s.331

daki ihtiyaçtan ortaya çıkıp içtihatla oluşturulan asli müdahillik müessesesi karşılık dava ile karıştırılmamalıdır. Fakat asli müdahil bağımsız olması ve harca tabi olması yönlerinden karşılık davayla benzerlik gösterir.

Ceza muhakemesinde de karşılık dava düzenlenmiştir<sup>59</sup>

Karşılık dava asıl dava ile irtibatlı olduğundan mahkemece birlikte incelenmeli ve her iki talep hakkında da karar verilmelidir. Bakiye prim alacağının bulunup bulunmadığı belirlenerek sonucuna göre prim ve karşılık davaya konu ihbar tazminatı ile ilgili bir hüküm kurulmalıdır<sup>60</sup>.

Şayet karşılık dava asıl dava ile irtibatlı değilse, kabule şayan değildir. Asıl dava ile bağlantılı olmayan ve takas ve mahsup talebini de içermeyen bir davayı davalı karşılık dava olarak açarsa, davacı karşılık davanın caiz (kabule şayan) olmadığını ilk itiraz olarak ileri sürebilir( 187/8). Taraflar böyle bir itirazı ileri sürmezse durum ne olacaktır. Karşılık davanın asıl dava ile irtibatlı olmadığı ilk itirazlardandır ve esasa girmezden evvel hep birlikte ileri sürülmelidir. Davacı böyle bir itirazda bulunmamışsa ,elbette mahkeme resen nazara alamaz. Fakat mahkeme resen veya talep üzerine tahkikatın daha iyi yürümesi için karşılık davayı asıl davadan tefrik edebilir. (HUMK 46).

İkinci ihtimalde karşılık dava ile asıl dava arasında gerçekte bir bağlantı yoksa, ve davacı bunu ilk itiraz olarak (süresinde) ileri sürerse, mahkeme ne yönde karar verecektir? Bu husus doktrinde ihtilaflıdır. Bir kısım müel-

(59) CMUK 357.” Şahsi dava açan mutazarrıra karşı, sanık, muhakemenin bittiği bildirilmeye kadar bir karşılıklı bir dava ile davacının mahkumiyetini isteyebilir. Bu takdirde asıl ve karşılıklı davalar birlikte hükmolunur. Asıl davadan vazgeçilmesi karşılıklı davanın görülüp hükmolunmasına mani olmaz.”

(60) 9.HD. 18.12.2002. 2002/9599-24396. “ davacı prim alacağının ödenmediğini bu nedenle hizmet akdini haklı olarak feshettiğini iddia etmiştir. Davalı davacının ücret artı ayda üçyüz milyon TL prim aldığını savunmuştur. Mahkeme ise tanık beyanlarına değer vererek ve BK.44. maddesini uygulayarak prim alacağını kabul etmiştir. Mahkemenin prim hesaplaması satılan veya kiralanan taşınmazlara göre değil davacının iddiasına , kısmi tanık beyanına ve varsayıma göre yapılmıştır. Bu hesaplama tarzı yasal değildir. Mahkemece de yapılacak iş, davalı davacıya ayda 300 milyon lira prim ödenmediğini kabul ettiğine göre davacının çalışma süresi içerisinde bu primlerin ödenip ödenmediğini, bakiye prim ve karşılık davaya konu ihbar tazminatı ile ilgili bir hüküm kurulmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar vermesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”



lifler bu halde karşılık davanın reddine karar verileceğini savunmuşlardır. Diğer bir kısım müellifler ise, karşılık davanın tefrik edilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Kanımızca bu halde mahkemenin karşılık davanın ayrılması-na karar vermesi hem usul ekonomisi hem de hakkaniyet açısından daha uygun olur. Zira karşılık dava özünde müstakil bir davadır ve bağımsız olarak dava edilebilir ayrıca red davası niteliği gereği hakkın özüne ilişkin bir karardır. Yargıtay'ın da son yıllardaki içtihatları da bu yöndedir.

#### IV.- Karşılık Davada Görev ve Yetki

Asıl davanın açılmış olduğu mahkeme, o davada yetkili olmak kaydıyla , karşılık davayı da görmeye yetkilidir(HUMK 14). Zira mütakabil davanın davalıya sağlayacağı en önemli fayda davalının karşı davasını , asıl davanın ikame olduğu yer mahkemesinde açmaya yetkili olmasıdır<sup>61</sup>. Görev tayininde, asıl dava ile karşılık davanın miktar ve kıymetine göre belirlenir(HUMK 5).

Asıl dava asliye hukuk mahkemesinin görevine girmekte ve bu mahkemede açılmışsa, karşılık davanın değeri ne olursa olsun, her iki davada asliye hukuk mahkemesinde görülür<sup>62</sup>. Buna karşılık asıl dava sulh mahkemesinin görevine girmekte ve bu mahkemede ikame edilmişse, davalının açtığı karşılık dava asliye mahkemesinin görevine girmekte ise, bu halde sulh hukuk mahkemesi görevsizlik kararı vererek , karşılık davayı asliye hukuk mahkemesine göndermesi gerekir<sup>63</sup>.

Davalı, davacının yetkili ve görevli asliye hukuk mahkemesinden göndermiş olduğu davetiyenin kendisine tebliğinden itibaren on gün içinde, vereceği bir cevap layihası ile, asliye hukuk mahkemesinde karşılık dava açmalıdır(md.481). ikinci defa açılan bu karşılık davanın değeri , birinci karşılık davanın değeri kadar ise, davalının yeniden harç yatırmasına gerek yok-

(61) Soner.L.F, age. s.51- Üstündağ.S, s. 513

(62) Kuru.B, usul el kitabı, s.641- Üstündağ.S, s.513

(63) Kuru. B, Hukuk muhakemeleri usulü, s.2765. “ burada verilen görevsizlik kararı özel bir nedene dayandığından asıl davayı açan şahsın kusurundan söz edilemez. Karşılık davacıyı da , yasal hakkını kullandığı için aynı zamanda kusursuz durumdadır. O yüzden her iki tarafa da yargılama gideri yükletilemez. Kanımızca görevsizlik ve yetkisizlik kararları nihai karar olduğu için uygulamada zaten taraflara harç giderleri tahmil edilmemekte bu hususun yetkili ve görevli mahkemede hüküm verilmesi kararlaştırılmaktadır.

tur. Zira birinci karşılık dava açılırken harç yatırılmıştır<sup>64</sup>. Davalı davetiyenin kendisine tebliğinden itibaren on gün içinde asliye hukuk mahkemesinde karşılık dava açmazsa, davalının sulh hukuk mahkemesinde açtığı karşılık dava açılmamış sayılır. Bu halde asliye mahkemesi yalnız karşılık davanın açılmamış sayılmasına karar vermekle yetinmeli, yoksa karşılık davanın reddine karar veremez<sup>65</sup>. Sulh hukuk mahkemesine açılmış kira sözleşmesine dayalı, her türlü tahliye, akdin feshi veya tespit davaları ve bu davalarla birlikte açılmış kira alacağı ve tazminat davaları ve bunlara karşılık olarak açılan davanın değeri ne olursa olsun(sulh hukuk mahkemesinin görevini aşsa bile) karşılık davayı görmeye sulh hukuk mahkemesi yetkilidir. Kira alacağı ve tahliye davasına karşılık dava olarak açılan davanın asıl dava ile birlikte değerlendirilmesi gerekir<sup>66</sup>.

Karşılık dava bir özel mahkemenin görevine giriyorsa,( mesela, iş, tüke-tici, fikri ve sınai haklar mahkemesi) genel mahkemede görülen asıl davaya karşı ve yahut özel bir mahkemede görülen davaya karşı , genel mahkemenin görevine giren bir dava karşılık dava olarak açılabilir mi? Birinci örnekte, karşılık davanın genel mahkemeye karşılık dava olarak açılmayacağını ,ikinci örnekte ise, karşılık davanın özel mahkemeye açılabileceği savunulmuştur<sup>67</sup>. Kanımızca her iki örnekte de özel mahkeme ihtisas mahkemesi sıfatı ile her iki davayı görmeye yetkilidir. Karşılık davanın özel mahkemenin görevine girmesine rağmen, genel mahkemede açılmışsa, genel mahkeme resen görevsizlik kararı vermelidir. Zira görev kamu düzeninden olup, yargılamanın her aşamasında göz önünde tutulur.

Asliye hukuk mahkemesinde görülmekte olan bir davaya karşı ticari bir dava karşılık dava olarak açılabilmesi , asıl davacı iş bölümü itirazında bulunursa, asliye mahkemesi , asıl dava ile karşılık davanın ticaret mahkemesi-

(64) Kuru. B, hukuk muhakemeleri usulü, s.2766

(65) Kuru. B, hukuk muhakemeleri usulü, s.2766

(66) 6. HD. 25.09.2001. 2001/5481-7013.” Olayımızda davacı Samsun il özel idaresinin kira sözleşmesine dayanarak açtığı tahliye ve kira alacağı davasına karşılık , davalı da kiralanana yaptığını iddia ettiği faydalı masrafların asıl davanın davacısından tahsili iste-miyle karşı dava açmıştır. Bu durumda yukarıda belirtilen HUMK.8/II-1 bendi gereğince asıl davanın ve karşılık davanın birlikte ele alınarak dosyadaki tüm delillerle değerlendirilmek suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken , eksik inceleme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur.

(67) Kuru. B, hukuk muhakemeleri usulü, s.2745

ne gönderilmesine karar vermelidir. Yine ticaret mahkemesinde görülen bir ticari davaya karşı, asliye veya sulh mahkemesinin görevine giren bir dava karşılık dava olarak açılabilir, ticaret mahkemesi her iki davayı birlikte karara bağlayabilir. Zira ticaret mahkemesi ihtisas mahkemesidir.

#### V.- Karşılık Davanın İncelenmesi ve Hüküm

Karşılık dava daha önce açılmış olan diğer bir dava üzerinden açılmakta ise de, ayrı bir dava olduğu unutulmamalıdır. Fakat her iki dava için yalnız bir dava dosyası (asıl dava dosyası) düzenlenir. Karşılık davada bu dosya (esas) numarası ile anılır. Yani karşılık davaya ayrı bir esas verilmez. Mahkeme asıl dava ile karşılık davayı birlikte inceler. Yani iki davanın tahkikat safhası müşterektir. Her iki davanın delilleri birlikte incelenir ve birlikte karara bağlanır. Dava şartları asıl ve karşılık dava için ayrı ayrı incelenir. Her dava açıldığı tarihteki hukuki duruma göre tespit olunur ilkesi asıl ve karşılık dava için ayrı ayrı işletilmelidir. Taşkın inşaat maliki yararına irtifak hakkı kurulması yönünden imarca bir sakınca olup olmadığının yerel belediyeden sorulmaması ve irtifak hakkının kurulmasına ilişkin karşılık davanın açılış tarihindeki irtifak hakkı bedelinin saptanıp, o bedel üzerinden hüküm kurulması gerekirken, elatmanın önlenmesine ilişkin ilk davanın açılış tarihindeki bedel üzerinden karar verilmesi bozma nedenidir<sup>68</sup>.

Karşılık dava, müstakil davalar gibi harca tabidir. Ayrıca asıl ve karşılık dava için ayrı ayrı vekalet ücreti takdir edilir. Asıl davanın herhangi bir nedenle son bulması, karşılık davanın görülmesine engel olmaz. Aynı şekilde karşılık davanın son bulması asıl davayı etkilemez<sup>69</sup>. Taraflardan her biri karşı tarafın rızası ile davasını geri alabilir veya davasından feragat edebilir, bu usuli işlemler diğer tarafın davasına halel getirmez. Her iki davanın dava şartlarından birinin mevcut olmaması nedeniyle (mesmu olmaması) diğer davayı etkilemez. Mahkeme her iki davayı birlikte inceleyip, delilleri değer-

(68) 1.HD. 28.10.1997. 1996/11678- 1997/13242. “ somut olayda yanlar çap komşusudur. Davalılara ait kargir apartmanın 42 m<sup>2</sup> sinin davacıların çaplı yerine taşkın yapıldığı sabbittir. Ne varki, 3194 sayılı Yasanın 16. maddesi uyarınca irtifak hakkı kurulması yönünden sakınca olup olmadığı yerel belediyeden sorulmamıştır. Öte yandan, karşılık davanın açılış tarihindeki irtifak bedeli saptanıp, o bedel üzerinden hüküm kurulması gerekirken, ilk davanın açıldığı tarihteki bedel üzerinden karar verilmesi de doğru değildir.”

(69) Kuru. B, usul el kitabı, s.645

lendirdikten sonra , tek karar numarası altında hükmünü verir. Fakat hükümde asıl ve karşılık dava hakkında verilen hükümler ayrı ayrı gösterilir. Mahkeme her iki dava için olumlu yada olumsuz bir karar ittihaz etmeli, iskat geçmemelidir. Fakat asıl ve karşılık dava için ayrı karar ve ilam harcı alınmasına karar verilmelidir.

HUMK 187/8 deki karşılık davanın kabule şayan olmaması, hem karşılık davanın süresinde açılmamasını, hem de diğer karşılık dava koşullarını (takas, mahsup ve irtibat) içerir. Süre yönünden kamu düzeni ile ilgili bir durum yoktur. Kanun her hangi bir usuli işlemin yapılması için süre öngörmüşse, bu süreye uymak gerekir. Süreye uymamanın müeyyidesi olacaktır. Fakat bu müeyyide, dava hakkının özüne ilişkin red kararı olmayacaktır. Süreyi hakim resen nazara alamaz. Davacı süresinde ilk itirazda bulunmuşsa. Mahkemece karşılık davanın süresinden sonra açıldığı tespit olunursa, mahkeme tefrik kararı verip ayrı esastan açılmamış sayılması kararı vermelidir. Yargıtay'ın esas kararlarla birlikte açılmamış sayılma kararı verilebileceği görüldüğüne katılmıyorum. Zira bu halde biri derdest , diğeri nihai olan iki ayrı dosya , aynı dosyada mevcut olacak, ayrıca ilk itiraz usule ilişkin bir itiraz olup, mahkemece esasa girmeden bu hususta olumlu yada olumsuz bir karar vermek gerekecektir. Açılmamış sayılması kararı hakkın özüne ilişkin bir karar olmayıp daha hakkaniyetidir. Sadece bu kararlar , dava konusu hak için zaman aşımını kesilmiş olmaz. Süre işlemeye devam eder. Yine karşılık davanın takas ve mahsup talebini içermemesi ve yahut karşılık davanın asıl dava ile irtibatının bulunmadığına ilişkin (kabule şayan olmaması) ilk itiraz üzerine mahkemece bu durum haklı görülürse, mahkemece red değil tefrik kararı verilmelidir. Zira böyle bir durumda ilk itiraz ileri sürülmemesinde , mahkemece her ne kadar resen bu hususu nazara alınmasa da, mahkemece tahkikatın her aşamasında, tahkikatın daha iyi yürütmesi için nasıl ayrılma kararı verebiliyorsa,(HUMK 46) ilk itiraz sonucunda da itirazın sabit olması halinde evleviyetle ayrılma kararı vermelidir. Bu karar hem usul ekonomisine hem de hakkaniyet ilkesine daha uygun düşecektir. Son olarak şunu belirtmek isterim ki , takas ve mahsup talebine ilişkin karşılık davada karşılık talebin asıl davadaki talepten fazla olması gerekir ki hüküm altına alınacak bir meblağ olsun, zira dava açma hakkının temelini Anayasa, sınırına da hukuki yarar belirler.

## YARGITAY YAYINLARI

- İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU ŞERHİ  
(İkinci Bölüm-Çeşitli Sözleşme İlişkileri-Madde:184-551  
**Dr. Herman BECKER**, Çeviren: **Dr. A. Suat DURA** ..... 7.560.000.-TL
- BORÇLAR HUKUKUNUN UMUMİ KISMI  
**Andreas von TUHR**, Çeviren: **Av. Cevat EDEGE** ..... 7.560.000.-TL
- UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ KARARLARI (Hukuk-Ceza)... 5.400.000.-TL
- YARGITAY I. BAŞKANLARININ ADALET YILI  
AÇIŞ KONUŞMALARI (1943-1993)..... 5.400.000.-TL
- YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (I),  
Yıl: 1975-1981 ..... 5.400.000.-TL
- YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (II),  
Yıl: 1982-1986 ..... 5.400.000.-TL
- YARGITAY KARARLARI DERGİSİ KILAVUZU (III),  
Yıl: 1987-1991 ..... 5.400.000.-TL
- YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI  
HUKUK BÖLÜMÜ CİLT: 6..... 7.560.000.-TL
- 125. YILINDA YARGITAY-ALBÜM ..... 5.400.000.-TL
- 130. YILINDA YARGITAY-ALBÜM ..... 10.800.000.-TL
- YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARAR ÖZETLERİ  
(Hukuk-Ceza) 1926-1998..... 7.560.000.-TL
- ATATÜRK VE HUKUK..... 7.560.000.-TL

- **1990-1999 YKD CD (Bilgisayar Programı) ..... 50.000.000.-TL**
- **1926-2000 Yargıtay İtihatları Birleştirme Kararları  
(Hukuk-Ceza) CD'si..... 75.000.000.-TL**

- **YARGITAY KARARLARI DERĐİSİ**

Cilt : 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-12 .....	10.100.000.-TL
Cilt : 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-12 .....	10.100.000.-TL
Cilt : 20, Yıl: 1994, Sayı: 1-12 .....	10.100.000.-TL
Cilt : 23, Yıl: 1997, Sayı: 1-12 .....	10.100.000.-TL
Cilt : 24, Yıl: 1998, Sayı: 1-12 .....	10.100.000.-TL
Cilt : 25, Yıl: 1999, Sayı: 1-12 .....	10.100.000.-TL
Cilt : 26, Yıl: 2000, Sayı: 1-12 .....	15.000.000.-TL
Cilt : 27, Yıl: 2001, Sayı: 1-12 .....	24.000.000.-TL
Cilt : 28, Yıl: 2002, Sayı: 1-12 .....	38.400.000.-TL
Cilt : 29, Yıl: 2003, Sayı: 1-12 .....	60.000.000.-TL
<b>Cilt : 30, Yıl: 2004, Sayı: 1-12 .....</b>	<b>72.000.000.-TL</b>

- **YARGITAY DERĐİSİ**

Cilt : 18, Yıl: 1992, Sayı: 1-4 .....	5.050.000.-TL
Cilt : 19, Yıl: 1993, Sayı: 1-4 .....	5.050.000.-TL
Cilt : 20, Yıl: 1994, Sayı: 1-4 .....	5.050.000.-TL
Cilt : 21, Yıl: 1995, Sayı: 1-4 .....	5.050.000.-TL
Cilt : 22, Yıl: 1996, Sayı: 3-4 .....	5.050.000.-TL
Cilt : 23, Yıl: 1997, Sayı: 1-4 .....	5.050.000.-TL
Cilt : 24, Yıl: 1998, Sayı: 1-4 .....	5.050.000.-TL
Cilt : 25, Yıl: 1999, Sayı: 1-4 .....	5.050.000.-TL
Cilt : 26, Yıl: 2000, Sayı: 1-4 .....	5.050.000.-TL
Cilt : 27, Yıl: 2001, Sayı: 1-4 .....	8.000.000.-TL
Cilt : 28, Yıl: 2002, Sayı: 1-4 .....	12.800.000.-TL
Cilt : 29, Yıl: 2003, Sayı: 1-4 .....	20.000.000.-TL
<b>Cilt : 30, Yıl: 2004, Sayı: 1-4 .....</b>	<b>24.000.000.-TL</b>

- 1- . . . . . Yayın bedellerine %1 ve %8 ve CD'lerde % 18 oranındaki Katma Değer Vergisi dahildir.
- 2- . . . Süreli yayınlarla, YİBK, Hukuk Bölümü Cilt: 6, Yargıtay I. Başkanlarının Adalet Yılı Açış Konuşmaları ve İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi adlı kitaplarda, Hakim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi öğrencilerine %20, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 yılları Yargıtay Kararları Dergisi ve Yargıtay Dergisi ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Karar Özetleri (Hukuk-Ceza), Atatürk ve Hukuk adlı yayınlarda %30 indirim uygulanır.
- 4- Süreli yayınlarda indirim uygulaması, yıllık abone olma koşuluna bağlıdır.
- 5- Ödemeli gönderilmez. Hiçbir yerde temsilcimiz yoktur.

**HESAP NUMARALARIMIZ** 1- T.C. Ziraat Bankası Kızılay Şubesi, 216826  
ANKARA  
2- Posta Çekleri Merkezi, 92932

**YAZIŞMA ADRESİMİZ** : Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü  
(Yargıtay Ek Binası)  
Vekaletler Caddesi No: 3 06658  
Bakanlıklar/ANKARA

**HABERLEŞME İÇİN TEL** : 0-312-425 16 49 - 425 16 32  
**ABONE SERVİSİ** : 0-312-417 44 60 / 3505-3506  
**FAKS** : 0-312-419 41 11

