

# YENİ YASALARDA DEĞİŞTİRİLMESİ VE DÜZELTİLMESİ GEREKEN HÜKÜMLER

ÇELİK AHMET ÇELİK

## I- YENİ BORÇLAR YASASI'NIN ZAMANAŞIMI HÜKÜMLERİ

### 1- Haksız fiil zamanaşımı hakkında

Önceki BK.60.maddesindeki (1) yıllık haksız fiil zamanaşımı, uzun yıllar pek çok kişinin hak kaybına neden olmuş; hiç bir davanın bir yılda sonuçlanmadığı bilinmesine karşın, hiç kimse (ne bir akademisyen, ne bir milletvekili, ne bir yargıç ya da avukat) sürenin artırılması yönünde girişimde bulunmamış, böylesine bir duyarsızlık yıllarca sürüp gitmiştir.

Yeni 6098 sayılı TBK'nda süre (2) yıla çıkarılmış ise de, bu da yeterli değildir; önceki yasa döneminde olduğu gibi hak kayıpları, haksızlıklar, yasa değişikliği yapılmazsa, sürüp gidecektir.

Yeni Borçlar Yasası'nın Tasarı aşamasında, Avrupa ülkelerinde art arda zamanaşımı reformları yapılırken, tasarı komisyonundaki akademisyenler bunun farkında olmamışlar ya da ilgisiz kalmışlardır.

Ülkemiz hukukçularının bu duyarsızlığını, bu ilgisizliğini anlamış değiliz. Biz en kısa sürede (hemen) haksız fiil zamanaşımı süresinin artırılmasını istiyoruz. Özellikle insan zararlarında daha duyarlı olunmalı; süre farklı bir biçimde artırılmalıdır. Önerimiz Fransız Medeni Yasası'nda olduğu gibi, kural zamanaşımının (5) yıl olması; ancak insan zararları için zamanaşımı süresinin (10) yıla çıkarılmasıdır.

Avrupa ülkeleriyle aynı hukuk sistemi içerisinde bulunduğumuza göre, tasarının hazırlandığı yıllarda o ülkelerde art arda yapılan zamanaşımı reformları gözden kaçırılmayıp uyum sağlanmalıydı. Özellikle, haksız fiiller ve ayrıcalıklı olarak “yaşama karşı işlenen haksız eylemler” için uzun zamanaşımı süreleri konulmalıydı.

Şu anda Avrupa ülkeleri arasında, en kısa haksız fiil zamanaşımı süresi içeren yasa, bizim yeni yasamızdır. Bakınız, belli başlı ülkelerde zamanaşımı süreleri şöyledir:

Fransa'da:

Kural zamanaşımı (5) yıl ise de, **ölüm ve bedensel zararlarda zamanaşımı (10) yıldır.** Ayrıca vahşet, işkence veya cinsel şiddet davalarında zamanaşımı, olay tarihinden itibaren 20 yıldır. (m.2224,2226)

Reform çalışmaları sırasında çevre duyarlılığı da gözardı edilmemiştir. **Çevre Kanunu** çerçevesinde tesisat, inşaat çalışmaları, yapım işleri ve aktiviteleri sırasında çevreye verilen zararlarla ilgili sorumluluk davalarına **(30) yıllık zamanaşımı** uygulanacaktır. (17.06.2008 tarihli Kanun m.14)

Almanya'da:

1.Ocak.2002 tarihinde yürürlüğe giren Alman Borçlar Hukuku Reform Kanunu, Avrupa Birliği Yönergelerinin iç hukuka uyumlaştırılmasının yanı sıra, birçok köklü değişikliği de beraberinde getirmiş;özellikle,BGB'nin Genel Kısmı'nda yer alan zamanaşımı sürelerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Buna göre. kural zamanaşımı (3) yıl olup, başlangıcı olayın gerçekleştiği yıldan sonraki yılın başıdır. Şu kadar ki, belirsiz alacak (rakamlandırılmamış alacak) davaları açıldıktan sonra, dava sonuçlanıncaya kadar zamanaşımına uğrama tehlikesi yoktur.

**Hayat ve vücut bütünlüğüne verilen zararlardan doğan dava hakları**, fiilin işlenmesinden itibaren **otuz yıl geçmesi ile** (§ 199 II BGB), diğer talep hakları ise bu talep haklarının oluşmasından itibaren on yıl geçmesiyle, ve her halükarda fiilin işlenmesinden itibaren otuz yıl geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır (§ 199 III BGB).

İtalya'da:

Yasadışı durumlardan kaynaklanan zararlara ilişkin tazminat hakkı, söz konusu durumun tespit edildiği günden başlayarak **(5) yıl** ile sınırlıdır.

Eğer söz konusu durum yasa uyarınca **suç oluşturuyorsa** ve bu suçla ilgili olarak daha uzun bir süre belirlenmişse, hukuk davalarında buna bakılacaktır. Ancak, sınırlamadan farklı bir nedenle suç ortadan kalkmışsa veya ceza yasası kapsamında değiştirilemez bir ceza söz konusu ise, zarar tazminatına ilişkin hak yukardaki iki hükümde belirtilen süreyle sınırlı olacak ve suçun ortadan kalktığı tarihten veya cezanın değiştirilemez hale geldiği tarihten geçerli olacaktır. (Art.2947)

İngiltere'de:

Temel ilke olarak **haksız fiiller**, eylemin olduğu gün başlangıç alınarak **altı yıllık zamanaşımı** süresine tabii tutulurlar. Ancak bazı önemli istisnalar mevcuttur:

İrlanda'da:

Genel olarak haksız fiil iddialarıyla ilgili süre **6 yıldır**.

Rusya'da:

Eylemlerin genel zamanaşımı süreleri **üç yıldır**. Zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlaması, kişinin hakkının ihlal edildiğini anladığı veya anlaması gerektiği tarihten başlar. Bu kuralın istisnaları kanun ve diğer yasalarla belirlenir.

Avusturya'da:

Haksız eylem ve sözleşmeye bağlı tazminat eşit olarak işlem görmektedir. Bugün tazminat istemlerinde iki tür zamanaşımı süresi vardır:

ABGB deki 1489 ncu maddenin 1'nci hükmünü izleyerek bütün tazminat istemleri haksız eylemin zarar gören taraf tarafından fark edilmesinden başlayarak **(3) yıldır**, Yasa dışı eylemden gelen zararlarda her durumda uygulanan zamanaşımı süresi (30) yıldır (Uzun zamanaşımı).

Holanda'da:

Haksız fiil ve zamanaşımı süresi **5 yıldır**. Süre zarar gören kişi zararın ve sorumlunun farkına vardığı günden itibaren başlar. Bu bilginin dışında tazminat talepleri zarar oluşan olaydan sonra 20 yıldır.

İsveç'te:

Haksız fiillerde ve sözleşmelerde zamanaşımı **10 yıldır**. Suç oluşturan fiillerden doğan tazminat talepleri, devletin adli takibatı sona ermeden zamanaşımına uğramaz. Eğer fail suçtan dolayı dava edilemeyecek durumda hüküm giydiyse tazminat talebi en erken hükümlülük artık temyiz edilemez olduktan bir yıl sonra zamanaşımına uğrar.

Görüldüğü gibi, Avrupa ülkeleriyle karşılaştırıldığında, en kısa haksız eylem zamanaşımı süresi, bizim yeni yasamızdaki süredir. Yargı düzeni en yavaş işleyen bir ülke olduğumuza göre, yeni Yasa'nın 72. maddesindeki (2) yıllık sürenin bizce (10) yıla çıkarılması düşünülmelidir.

**Değişiklik önerisi:**

6098 sayılı TBK'nun 72.maddesinin aşağıdaki gibi değiştirilmesini öneriyoruz:

**MADDE 72-** (1) Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak **beş yılın** ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak **on yılın** geçmesiyle zamanaşımına uğrar. **İnsan zararlarında bu süreler (10) ve (30) yıldır.**

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

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

**2- Taşınmaz satış ve inşaat sözleşmelerinde, binaların ayıplı olmasından doğan davalarda zamanaşımı sürelerine ilişkin sakıncalı bulunduğumuz düzenlemeler**

a) 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun "sorumluluk" başlıklı 244.maddesi 3.fıkrasına göre:

*"Bir yapının ayıplı olmasından doğan davalar, mülkiyetin geçmesinden başlayarak (5) yılın ve satıcının ağır kusuru varsa (20) yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."*

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 244.maddesi 3.fıkrasında, önceki yasadaki farklı olarak, satıcının "ağır kusuru" varsa, zamanaşımı süresinin (mülkiyetin geçmesinden başlayarak) **yirmi yıl** olması uygun bulunmuş olup, biz yeni yasadaki bu düzenlemeyi doğru bulmuyoruz. Şunun için ki, yirmi yıl uzun bir süre gibi görünmekte ise de, zamanaşımının başlangıcı "mülkiyetin geçirilme" tarihi olduğundan bu (20) yıllık süre aşılamayacak; yirmi yıldan sonra ortaya çıkacak zararlar için satıcıya karşı dava açılmayacaktır.

Oysa, ülkemiz deprem kuşağındadır. Başta Gölçük-Yalova ve Erzincan depremleri olmak üzere, yıkılan binaların çoğunun ve ölümlerin nedenlerinin deprem değil, inşaat kusurları olduğu; ihale ile yaptırılan kamu binalarında ve yap-satçıların ürünü apartmanlarda eksik, bozuk malzeme kullanıldığı, plân ve projeye, imar mevzuatına aykırı işler yapıldığı anlaşılmış; bütün bunlar yirmi yılı, hatta otuz yılı aşan sürelerde ortaya çıkmıştır.

b) 6098 sayılı yeni Yasa'nın taşınmaz satımında "satıcının" ayıplardan sorumluluğuna ilişkin 244.maddesi 3.fıkrasındaki zamanaşımı süreleri, eser sözleşmesinde "yüklenicinin" ayıplardan sorumluluğuna ilişkin 478.maddesinde de yinelenmiş olup, madde hükmü şöyledir:

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 478.maddesine göre:

*"Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, (...) taşınmaz yapılarda (5) yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın (20) yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."*

Burada da zamanaşımının başlangıcının "binanın teslim tarihi" olması nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu (20) yıl ile sınırlandırılmıştır. Aynı sakınca burada da vardır.

**3- Yukardaki maddelere ilişkin değişiklik önerilerimiz**

Biz, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun satıcının ve yüklenicinin ağır kusurlu olmaları durumunda açılacak davaların zamanaşımı sürelerinin (20) yıl ile sınırlı tutulmasına ilişkin 244/3. ve 478.maddelerini, **Yasa'nın haksız eylemlerde zamanaşımına ilişkin 72.maddesindeki "Adalet Komisyonu gerekçesine" aykırı buluyoruz.** Oradaki gerekçeye

egemen olan haklı görüşler incelendiğinde anılan maddelerdeki yirmi yıllık sürenin iyi bir düzenleme olmadığı anlaşılacaktır. **Anılan maddeler 72.maddenin gerekçesine ters düşmüştür.** Yasada bütünlük ve tutarlılık sağlama yönünden kesin düzeltme yapılmalıdır.

Bizce yeni Yasa'nın 244/3. ve 478. maddeleri şu biçimde düzeltilebilir:

Önceki Yasa'da olduğu gibi, hiç süreden söz edilmeyip, "Satıcının (Yüklenicinin) ağır kusuru varsa, zamanaşımı sürelerinden yararlanamaz" denilerek sürenin belirlenmesi öğretiyeye bırakılmalıdır. Hem böylece, Yasa'nın 72.maddesine ilişkin Adalet Komisyonu gerekçesindeki açıklamalara uygun bir düzenleme yapılmış ve yasada bütünlük sağlanmış olur.

Unutmayalım ki, önceki 818 sayılı Yasa'da süre belirtilmemiş olmasının Gölcük-Yalova depreminde yararları görülmüş; satıcının ve yüklenicinin "ağır kusuru, hilesi, sakladığı gizli ayıplar" yüzünden "zamanaşımından yararlanamayacağı" biçimindeki düzenleme nedeniyle, ayıplı binanın tesliminden otuz yıl sonra sorumlular hakkında dava açılabilmiş; hak kayıpları önlenebilmiştir.

#### 4- Zamanaşımının başlangıcı yönünden

Önceki ve sonraki her iki yasada da zamanaşımının başlangıcı, binanın "mülkiyetinin geçirilme" tarihidir. Binadaki, bağımsız bölümlerdeki "olağan" ayıplar için (5) yıllık sürenin başlangıcının "mülkiyetin geçirilme" tarihi olması doğru ise de, "gizli ayıplar" için, uzun yıllar sonra ortaya çıkan inşaat kusurları için "mülkiyetin geçirilme" tarihinin başlangıç alınmasını sakıncalı bulduğumuzu, yukarda depremle uzun yıllar sonra ortaya çıkan zararları anlatarak açıkladık.

Satıcının (veya yüklenicinin) ağır kusuru ve taşınmaz yapılarıdaki gizli ayıplar nedeniyle açılacak davaların, 6098 sayılı Yasa'da (20) yıl ile sınırlandırılmış olmasının sakıncalarını, bir de "zamanaşımının başlangıcı" yönünden ele alıp somut örnekler vermek istiyoruz. Şöyle ki:

Yirmi yıllık zamanaşımının başlangıcı, satılan ya da inşa edilen binanın veya bağımsız bölümün "teslim ve mülkiyeti geçirme tarihi" olunca, her alıcıya veya her bağımsız bölüm malikine göre zamanaşımı süreleri farklı olacaktır. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat işi yapan "yüklenici"nin, arsa sahiplerine vereceği bağımsız bölümleri teslim tarihi ile aynı yüklenicinin "satıcı" sıfatıyla üçüncü kişilere ayrı ayrı sattığı bağımsız bölümlerin teslim tarihleri farklı olacaktır. Hatta kimi zaman yüklenici, kendi payına düşen bağımsız bölümleri satmayıp uzun süre elinde tutmuş ve binanın yapımını bitirdikten yıllar sonra satmış olabilir. Bütün bu durumlarda (20) yıllık zamanaşımı süresi, her bağımsız bölüm malikine göre farklı olacak; her birinin "teslim ve devir alma" tarihi değişik olduğundan, yükleniciye veya satıcıya karşı açacakları davaların zamanaşımı süreleri, ayıplı binanın yapımından 20 yıl, 22 yıl, 25 yıl, 27 yıl...gibi farklı süreler olacaktır. Görüldüğü gibi, burada zamanaşımını (20) yıl ile sınırlamanın sakıncaları daha da belirgindir.

Bu sakıncalı durumu gidermenin tek yolu, yukarda önerdiğimiz gibi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun satıcının sorumluluğuna ilişkin 244/3.maddesi ile yüklenicinin sorumluluğuna ilişkin 478.maddesinde düzeltme yapılarak, (20) yıllık süre yerine, "**Satıcının (yüklenicinin) ağır kusuru varsa, zamanaşımı sürelerinden yararlanamaz**" denilmesidir.

Böyle denilince de, zamanaşımının başlangıcı, "**zararın gerçekleştiği**" ve "**dava edilebilir**" nitelik kazandığı tarih olacak; hak yerini bulacaktır.

Nitekim Yargıtay'ın, Gölcük-Yalova depreminde zarar görenlerin açtıkları davalarla ilgili verdiği kararlarda, zamanaşımının başlangıcını, binanın "teslim tarihi" değil, "**zararın gerçekleştiği**" ve "**dava edilebilir**" nitelik kazandığı tarih olarak kabul etmiş; böylece adaletli bir çözüm sağlanmıştır.

Yargıtay'ın, depremlerle ilgili çok sayıda kararlarına egemen olan bu görüş, 6098 sayılı yeni Yasa'nın yukarıda anılan (244/3. ve 478.) maddelerine yansıtılmalı; yeni Yasa'nın 72.maddesinin gerekçesi doğrultusunda düzeltme yapılmalıdır.

### 5- Önceki yasada süre belirtilmemiş olmasının yararları ve Yargıtay'ın depremlerle ilgili kararlarındaki gerekçeler

Önceki 818 sayılı Yasa'da süre belirtilmemiş olmasının Gölcük-Yalova depreminde yararları görülmüş; satıcının ve yüklenicinin "ağır kusuru, hilesi, sakladığı gizli ayıplar" yüzünden "zamanaşımından yararlanamayacağı" biçimindeki düzenleme nedeniyle, ayıplı binanın tesliminden otuz yıl sonra sorumlular hakkında dava açılabilmiş; hak kayıpları önlenebilmiştir. Buna ilişkin Yargıtay kararlarındaki ortak görüşler şöyledir:

a) Hukuka aykırı eylem oluşmuş ama zarar gerçekleşmemişse, zamanaşımı süresinin başlaması söz konusu olamaz. Yasalarda öngörülen zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayabilmesi için öncelikle o hakkın **istenebilir bir konuma**, duruma gelmesi gerekir..

b) Tazminat isteminin doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başlatılması, hakkın istenmesini olanaksız kılar.

c) En önemli koşul, "**zararın tazminat olarak istenebilir bir konuma gelmesi**"dir.

d) Tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı süresi, zararın "**dava edilebilir**" hale geldiği anda başlayacaktır. Zarar gerçekleşmeden bir "**dava açma olanağı**" bulunamayacağına göre, zamanaşımının işlemeye başlayabilmesi için öncelikle istem konusu hakkın dava edilebilir bir konuma gelmesi gerekir.

e) Hukuka aykırı eylem oluşmuş, ama zarar gerçekleşmemişse, zamanaşımı süresinin başlaması söz konusu olamaz. Davalının **hukuka aykırı eylemi, yapının yapıldığı tarihte gerçekleşmiş**; ancak o tarihte davacının **bir zararı doğmamıştır**. Bir zarar olmayınca, davacının bir dava açma olasılığı da bulunamayacağı doğaldır.

f) Ceza Yasası yönünden de, deprem nedeniyle bina yıkılmasında **suç tarihi binanın yıkıldığı tarihtir**. Dava zamanaşımı, yaralanma ve ölüm anından itibaren işlemeye başlar.

Yapının genel bir tehlikeyi içerecek biçimde yıkılması halinde, suç tarihi yıkılma (göçme - çökme) anıdır. Yıkılan binanın, yasa da öngörülen **yaralanma ya da ölüm** sonucuna yol açtığı anda **suç** işlenmiş sayılır. Dolayısıyla, suçun nitelikli biçiminin oluşumu için zorunlu öge olan, yaralanma ya da ölüm anı, suçun işlenme tarihi olduğundan, bu suç yönünden TCY'nın 102. maddesinde öngörülen dava zamanaşımının da bu tarihten itibaren hesaplanması gerekir.

## II-TÜRK TİCARET KANUNU'NDA YER ALMAMASI GEREKEN SİGORTA HÜKÜMLERİ

### Özet açıklama:

1- Zorunlu sigortalar, ticari değil, sosyal niteliklidir. Ticaret Kanunu'nda yer almaması gerekir. Bu nedenle 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun "Zorunlu Sorumluluk Sigortaları" başlığı altındaki 1483-1486.maddeleri yasadan çıkarılmalıdır.

2- Özellikle 1484.maddenin 3.fıkrasındaki "Zarar,sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer" hükmü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55.maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

### **1- Yeni 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun, 6098 sayılı Borçlar Kanunu 55.maddesine aykırı 1484. maddesi hakkında**

Zorunlu sigortalar ticari nitelik taşımayıp, sosyal risk ilkesinin bir gereği ve kamusal nitelikli olmalarına karşın, ne gereği varsa, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun sigorta hükümleri arasına konulmuş; böylece 2918 sayılı KTK'nun, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nun, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun zorunlu sigortalara ilişkin hükümlerine aykırı bir durum yaratıldığı gibi, söz konusu Yasa'nın 1484.maddesinin 3.fıkrasına konulan bir hükümlerle Yeni Borçlar Kanunu'nun 55.maddesini (sigorta ödemeleri yönünden) etkisiz kılacak bir durum ortaya çıkmıştır.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1484.maddesi 3.fıkrası da şöyle:

*Madde:1484,fıkra:3-Zarar,sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu sona erer”* denilmiştir.

Eğer yasalar yürürlüğe girinceye kadar bu madde değiştirilmezse, şunların olacağını söyleyebiliriz:

a) Sigorta Şirketleri, Yeni Türk Ticaret Kanunu 1484. maddesi 3.fıkrasının, Borçlar Kanunu karşısında daha özel hüküm olduğunu ileri sürerek, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun yalnız rücu tabi olanlarını değil, ölüm ve maluliyet dalından bağlanan gelirleri dahi ileri sürerek tazminat ödemelerini reddedeceklerdir.

b) Şimdi dedikleri gibi, “Sosyal Güvenlik Kurumu gelir bağlamıştır, bakım ihtiyacı kalmamıştır” diyerek ve yasa hükmüne dayanarak tazminat ödemelerine büsbütün son vereceklerdir.

c) Böylece, yabancı sigorta şirketleri, Türkiye gibi bir kazanç cennetinde malı alıp götürecekler, olanlar zavallı halkımıza olacaktır. Bunu yasa tasarısını hazırlayanların düşünmemiş olmaları kaygı vericidir.

### **2- Yeni T.Ticaret Kanunu'ndan “zorunlu sigorta” hükümleri çıkarılmalıdır.**

Yukardaki sakıncalı hükmün dışında, zorunlu sigortaların “genel şartları” yeni Ticaret Yasası'nda yer almış gibidir. Oysa sigorta “genel şartları”, genel işlem şartı niteliğindedir ve yasalara aykırı hükümlerinin geçersizliğinin sürekli denetlenmesi gerekir.

Burada da yeni Borçlar Kanunu ile yeni Ticaret Kanunu arasında bir çelişki yaratılmıştır. Hukukumuzda önemli bir yenilik olan, çığır açacak nitelikteki yeni Borçlar Kanunu'nun 20-26 maddelerinde yer alan “genel işlem şartları” ile yeni Ticaret Kanunu'nun sigorta hükümleri karşısında etkisiz kalacaktır.

Hele, yeni Ticaret Kanunu'nun “zamanaşımı” ile ilgili 1482. maddesindeki “Sigortacıya yöneltilecek tazminat istemleri, sigorta konusu olaydan itibaren beş yılda zamanaşımına uğrar” hükmünün, 2918 sayılı KTK'nun 109/2.maddesiyle ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Yasası'nın 24/2.maddesiyle nasıl bağdaştırılacağını merak ediyoruz. Bu da bir kargaşa yaratacaktır.

Bütün bu nedenlerle, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun “Zorunlu Sorumluluk Sigortaları” başlığı altındaki 1483-1486.maddeleri yasadın çıkarılmalıdır.

### **III-KARAYOLLARI TRAFİK KANUNU'NUN 98.MADDESİ HAKKINDA**

1) 2918 sayılı KTK'nun tedavi giderlerine ilişkin 98.maddesi, 6111sayılı Yasa'nın 59. maddesi ile değiştirilerek, sigorta şirketlerinin tedavi giderlerinden sorumluluğunun, (zaten iş yükü altından kalkılamayacak kadar fazla olan) Sosyal Güvenlik Kurumu'nun üzerine yıkılması hem doğru olmamış; hem de sigortalar ile işleten ve sürücü gibi diğer sorumlular arasında fark yaratılarak Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bir düzenleme yapılmıştır.

2) Öte yandan, sigortacı ile sigorta ettiren arasındaki sözleşme hükümlerine göre, zarar görenlerin (limite kadar) tüm zararlarını ödeme yükümlülüğünü üstlenen sigorta şirketlerinin bu sorumluluklarının sınırlandırılması sözleşme özgürlüğü ilkesine de aykırıdır.

3) Yargıtay'ın elli yılı aşan kararlarına göre, tedavi giderleri çok kapsamlıdır. Bedensel zarara uğrayan kişi, iyileşmek için yaptığı ve ileride yapacağı her türlü zararlarını (tarifelerle sınırlı olmaksızın) zarar sorumlularından isteme hakkına sahiptir.

Oysa bu hak, tedavi giderlerini üstlenen Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından, Sağlık Uygulama Talimatı ve tarifelerle (SUT) sınırlanmış ve böylece elli yıllık içtihat birikimi bir anda yok edilmek istenmiş ise de, Danıştay 15.Daire'nin 14.11.2013 gün 2013/7713 sayılı kararıyla "Trafik kazaları nedeniyle ilgililere sunulan Sağlık Hizmet Bedellerinin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 4.maddesinin 1.bendinde yer alan Sağlık Uygulama Tebliği'nin (SUT) yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

4) KTK. 98.maddesinde 6111 sayılı yasanın 59.maddesiyle değişiklik yapılmasından bu yana yargıda bir karmaşa (kaos) yaşanmakta, yapılması gereken en doğru iş, 2918 sayılı KTK'nun 98 maddesinin eski haline getirilmelidir.

#### IV- HUKUK YARGILAMA YASASI HAKKINDA

**1- İslahla zamaşımı savunmasının kabul edilmesi, haksız ve adaletsiz bir görüş ve yanlış bir uygulamadır. Yasa'nın 176.maddesinin gerekçesinin son paragrafına tehlikeli bir "virüs" gibi sokuşturulan ıslahla zamaşımı savunması yapılabileceğine ilişkin cümle oradan çıkarılmalı ve ayrıca 182'inci maddedeki "kötüniyetli ıslaha" açıklık getiren ve maddeyi etkinleştiren yasa değişikliği yapılmalıdır.**

a) Yargıtay'ın uzun yıllardan beri süre gelen yerleşik kararlarına aykırı olarak, Hukuk Genel Kurulu, **ıslah adı altında zamaşımı savunması** yapılabileceği yönünde kararlar vererek, "ıslah yoluyla dahi olsa, **kazanılmış hakların ortadan kaldırılamayacağı**" kuralını gözardı etmiş; ayrıca (yargılamanın yıllar süren, zaman ve emek harcanan ileri aşamasında) davacının haklılığı kesin belli olduktan sonra, davalıya "ıslah" adı altında zamaşımını ileri sürme olanağı tanınması, **kötüniyetin korunması** niteliğinde ( HMK.m.182, 29/1, TMK.m.2) son derece haksız, adalet duygularını incitici, yargıya ve hukuka güveni sarsıcı, asla kabul edilemez bir durumdur.

Bazı akademisyenlerin de benimsediği, ıslah yoluyla zamaşımı savunması yapılabileceği görüşü, yukarıda belirttiğimiz gibi uzun yargılama aşamasından sonra, **davacıya kazanılmış hakkını kaybettiren ve davalıya (haksız biçimde) borçtan kurtaran, üstelik kötüniyeti koruyan, hukuka ve hakkın özüne aykırı bir anlayış** olup, 6100 sayılı HMK'nun ıslaha ilişkin hükümlerinde bu yönde bir açıklama bulunmamasına karşın, **176. maddenin gerekçesinin son paragrafına** tehlikeli bir **virüs** gibi "ıslah yoluyla zamaşımı savunması yapılabileceği" açıklaması sokuşturulmuştur.

b) 6100 sayılı HMK'nun davalıya tanıdığı geniş olanakları ve yargılama aşamalarını şöyle bir gözden geçirelim:

Davalı, iki kez verdiği cevap dilekçesinde zamaşımı savunmasını unutmuş, ön inceleme aşamasında da bu yönde bir girişimde bulunmamış; tahkikat aşamasına geçildikten, uzun zaman ve emek harcanarak deliller toplandıktan, tanıklar dinlendikten, örneğin ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle tazminat davalarında kusur ve hesap raporları verildikten sonra karar aşamasına yaklaşıldığı sırada, tazminat miktarını öğrenip aklı başına gelen davalı vekili, haksız ve hukuka aykırı olayın sorumlusu ve tazminat ödeme yükümlüsü olduğu kesin belli olan davalıyı kurtarmak için, "ıslah yoluyla" zamaşımını ileri sürerse, bu, dürüstlük kuralına" aykırı (TMK.m.2 ve HMK.m.29/1), kötüniyetli bir davranış (HMK.m.182) olur.

Oysa, Medeni Yasanın 2.maddesi 2.fıkrasında denildiği gibi "*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz..*"

6100 sayılı HMK.29/1.maddesine göre de "*Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar.*" (Ayrıca TMK.m.2/1)

Uzun yargılama sürecinden sonra, tazminat ve kapsamı ile haksız eylem, hukuka aykırılık ve sorumluluk kesin belli olduktan sonra, bundan kurtulmak ve kesinleşmiş tazminat borcunu ödememek için "ıslaha" sığınıp zamanaşımını ileri sürmek, 6100 sayılı HMK'nun 182.maddesine göre "**kötüniyetle ıslah**" değil midir ?

c) Kötüniyetli ıslah için anılan maddede (HMK.182) "İslahın davayı uzatmak veya karşı tarafı rahatsız etmek gibi **kötüniyetli** düşüncelerle yapıldığı, deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, **mahkeme, ıslahı dikkate almadan karar verir**" denilmesine göre:

1. Haksız ve suç oluşturan eylem, sorumluluk ve tazminat miktarı kesin belli olduktan sonra, davalının ıslah yoluyla zamanaşımını ileri sürerek borçtan kurtulmaya kalkışması "**kötüniyetli ıslah**" sayılmayacak mıdır ?

2. Yasada açıkça tanınmayan, ancak bir takım görüşlerin etkisiyle HMK 176. maddesinin gerekçesinin son paragrafına "tehlikeli bir virüs" gibi sokuşturulan "ıslahla zamanaşımı" definde bulunulabileceği" açıklaması, yasal bir hak imiş gibi korunacak mıdır ?

3. **Yargıç**, madde hükmünde kendisine tanınan yetkiyi kullanarak, sorumluluğu ve tazminat yükümlülüğü belli olduktan sonra, zamanaşımı savunması yapan davalının bu eylemini "**kötüniyetli ıslah**" sayıp, **ıslahı dikkate almadan karar verecek midir?** Yargıtay, yanlış kararlarından dönüp, yerel mahkeme hakiminin bu yöndeki kararını onayacak mıdır?

Zaman içinde bu soruların yanıtını almaya çalışacağız. Yani, bekleyip göreceğiz. Özellikle bizim konumuz olan insan zararlarında (ölüm ve bedensel zararlar) yargımın, Yargıtay'ın ve bilim çevrelerinin en yüce hak olan "**yaşama hakkı**" konusundaki olumlu görüşlerinin beklentisi içinde olacağız. Onların katı, dar biçimsellikten, sığ görüşlerden kendilerini kurtarıp hakkın özünü kavramalarını bekleyeceğiz.

d) Son olarak "**kötüniyetli ıslah**" başlıklı HMK'nun 182.maddesinin gerekçesindeki uyarılara dikkati çekmek istiyoruz:

Önceki 1086 sayılı HUMK'nun 90.maddesine göre, kötüniyetli ıslah yapılsa dahi ıslah geçerli kabul ediliyor, ancak mahkeme para cezasına ve karşı tarafın zararlarının /ödenmesine karar verilebiliyordu.

Buna karşılık 6100 sayılı HMK'nun 182.maddesine göre, ıslahın **kötüniyetle** yapıldığı anlaşılırsa, **mahkeme, kötüniyetli ıslahı (ıslah yoluyla zamanaşımı savunmasını) dikkate almadan karar verebilecektir.**

İşte, yeni yasa uyarınca bizim de **yargıçlardan ve Yargıtay'dan beklentilerimiz budur.** Artık **yaşama hakkının** söz konusu olduğu olaylarda, (ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle açılan tazminat davalarında) haksızlık, hukuka aykırılık ve tazminat miktarı kesin belli olmuşsa, yargıç, davalının ıslah yoluyla ileri sürdüğü zamanaşımı savunmasını dikkate almadan tazminata hükmetmeli; Yargıtay da bunu onamalıdır.

Ancak ne var ki, yargıçlar alışkanlıklarından ve saplantılarından kolay kolay vazgeçmiyorlar. En iyisi, en başta söylediğimiz gibi, Yasa'nın **176.maddesinin** gerekçesinin son paragrafına tehlikeli bir "virüs" gibi sokuşturulan **ıslahla zamanaşımı savunması yapılabileceğine ilişkin cümle oradan çıkarılmalı** ve ayrıca **182'inci** maddedeki "**kötüniyetli ıslaha**" açıklık getiren ve maddeyi etkinleştiren **yasa değişikliği yapılmalıdır.**



**2- Yasa'nın 107.maddesine göre dava değerinin artırılması (harç tamamlama) işleminin yeni bir dava ve ıslah olmadığı hususunda yasaya açık bir hüküm konulmalı; bir fıkra eklenmelidir.**

6100 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden bu yana geçen üç yıllık sürede, Yasa'nın 107.maddesindeki "belirsiz alacak davası" yargıçlara bir türlü benimsetilememiş, kavratılamamıştır. O kadar ki, pek çok üyenin katıldığı Hukuk Genel Kurulu 06.02.2013 gün E.2012/4-824 K.2013/305 sayılı kararında, dava değerinin artırılmasını "ıslah" olarak nitelemiş ve davalı vekilinin zamanaşımı savunmasını kabul ederek, davanın zamanaşımı yönünden reddi gerektiği yönünde karar vermiştir.

Davanın gelişimi ve sonucu şöyledir:

- Davacı vekili, dava değerini artırırken (önceki dönemdeki alışkanlıkla) ıslah dememesi gerekirken "ıslah" dilekçesi vererek harcı tamamlamış;
- Davalı vekili, (ıslah adı altında) artırılan miktara karşı zamanaşımı definde bulunmuş;
- Mahkeme, davalının zamanaşımı savunmasını kabul edip, tazminatın artırılan bölümü için davayı reddetmiş;

- Davacının temyizi üzerine, Yargıtay 4.Hukuk Dairesi 05.12.2011 gün ve E.2010/10984 K.2011/12929 sayılı (çok doğru ve yerinde) kararıyla "Artırılan bölümün zamanaşımı nedeniyle reddi usul ve yasaya aykırıdır" diyerek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

- Özel Daire'nin bozma kararına karşı, yerel mahkeme yargıcının direnmesi üzerine, dosya Genel Kurula gelmiş ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 06.02.2013 gün E.2012/4-824 K.2013/305 sayılı kararıyla "İslahla artırılan maddi tazminat istemi yönünden zamanaşımı süresi dolduğundan, bu istemi reddeden mahkemenin direnme kararını yerinde bularak" onamıştır.

Çoğunluğun bu kararına yalnızca üç üye karşı çıkmış; karşıoy yazılarında HMK'nun 107'nci maddesinde düzenlenen "belirsiz alacak davası"nın, İsviçre ve Alman hukuklarında "rakamlandırılmamış alacak davası" (unbezifferte Forderungklage) veya "rakamlandırılmamış alacak talebi" (unbezifferte Klageantrag) ibareleri ile anıldığını, yüzyıldan beri uygulandığını anlatmaya çalışmışlardır.

Görülüyor ki, Yargıtay'a üye olmuş yargıç çoğunluğu "belirsiz alacak davasını" anlayamamakta, kavrayamamakta, benimseyememektedirler. Acı ve sert bir eleştiri olacak ama, sözümlü sakınmamak bizim önlenemeyen bir kabalığımız olarak görülse de, genel kültür alt yapısı olmayan bir hukuk toplumu olduğu ülkemizin yadsınamaz bir gerçeğidir.

O nedenle diyoruz ki, Yasa'nın 107.maddesi yeniden düzenlenmeli; bir fıkra daha eklenerek, herkesin anlayabileceği bir biçimde dava değerinin artırılmasının yeni bir dava ve ıslah olmadığı açıkça belirtilmelidir.

**3- Yetkili mahkeme konusunda**

Haksız eylemden zarar görenin açacağı davada (kendi yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olacağına ilişkin 16.madde hükmünü yanlış ve sakıncalı buluyoruz.

Madde gerekçesinin son paragrafındaki açıklamalardan, yerleşim yerinin yetkili kılınmasının daha çok **yayın yoluyla kişilik haklarına verilen veya verilmesi olası zararlar** için düşünülmüş olduğu anlamını çıkarıyoruz. Oysa, önceki Yasa'da bulunmayan bu düzenleme hiç gerekli değildi. Çünkü bugüne kadarki uygulamada, görsel yayının ulaştığı veya gazetenin, derginin satıldığı yer "haksız fiilin işlendiği yer" sayılıyor ve buralarda dava açılabilirdi.

Zarar görenin “yerleşim yeri” mahkemesinin de yetkili kılınmasının, aşağıda vereceğimiz somut örneklerde görüleceği üzere, bazı sakıncalar doğuracağı; taraflar arasındaki dengeyi bozacağı ve davalıların savunma olanaklarının aşırı zorlaştırılacağı kaygısını taşıyoruz. Eğer davacı her tür olayda kendi “yerleşim yeri” mahkemesinde dava açmaya kalkışırsa şu gibi durumlar ortaya çıkabilecektir:

İstanbul’daki bir hastanede tedavi görürken, hekim ve hastane hatası sonucu ölen kişinin yakınları veya sakat kalan kişi, Anadolu’nun çok uzak bir ilçesindeki yerleşim yerine gidip orada dava açabilecektir.

Trabzon’da saldırıya uğrayan kişi, gidip memleketi Antalya’da dava açabilecektir.

Van’daki trafik kazasına ilişkin dava, zarar görenin yerleşim yeri olan Ayvalık’ta görülecektir.

Daha başka örnekler de verebiliriz. Şimdi bu örneklerle bakarak, her olayda “yerleşim yeri” mahkemesinde dava açılmasının doğru olup olmadığı ve ne gibi sakıncalar doğuracağı üzerinde durulup düşünülmelidir.

#### **4- Kısmi davaya ilişkin 109.madde hakkında**

Madde hükmü bizce daha başka biçimde düzenlenmeli, bundan önceki uygulamada karşılaşılan olumsuzluklar ortadan kaldırılmalıydı. Her ne kadar, özellikle insan zararlarına ilişkin davalarda Yasa’nın 107.maddesindeki “belirsiz alacak ve tespit davası”, önceki kısmi dava uygulamasındaki hak kayıplarını ortadan kaldıracak bir nitelik taşımakta ise de, kısmi davaya gene de gereksinim vardır. Bunun ayrıntılarına girmeyeceğiz. Yalnızca, önceleri olduğu gibi bundan sonra da, yanlış uygulamaların sürüp gideceği kaygısını dile getirmek istiyoruz.

Bugüne kadar süregelen uygulamada olduğu gibi, “kısmi dava”nın “tespite ilişkin bölümü” belli olduktan sonra, yeni bir dava açılıp birleştirme mi istenecek, yoksa dava değeri (gene ıslah adı altında) artırılacak mıdır? Eğer aynı dava içinde dava değeri artırılabilecekse, gene bugüne kadar olduğu gibi, davalıya (borçluya) önceden ihtarname gönderilmemişse, ilk (kısmi) dava (her nedense) temerrüde düşürülmüş sayılmak için yeterli bulunmayacak; “tespite ilişkin bölüm” için faiz, dava değerinin (ıslah adı altında) artırıldığı tarihten işletilecektir. Yani yargı, noter ihtarnamesini, “kısmi davaya” ilişkin dilekçeden ve kendi (yargı) gücünden üstün tutmayı sürdürecektir. Gene bugüne kadar olduğu gibi, davalıya, dava değerinin artırılmasına karşı (ıslaha karşı) zamanaşımını ileri sürme fırsatı verilecektir.

Kısaca, yeni Yasa’ya göre açılacak “kısmi davada” da, bundan önce olduğu gibi, tüm olumsuzluklar sürüp gidecektir.

#### **5- Fazlaya ilişkin hakların saklı tutulması hakkında**

Bugüne kadar süregelen uygulamada, “kısmi dava” dilekçesinde “fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğunun” açıklanmaması, zımni feragat” olarak nitelenmiş; feragatin açık, anlaşılır ve kesin olacağı kuralı göz ardı edilmiştir. Bu konuda, Yasada açık bir hüküm ve zorunluluk olmamasına, öğretide de yoğun eleştiriler yapılmasına karşın, Yargıtay bu yanlış uygulamayı hep sürdürmüştü; bu yüzden, henüz genç ve deneyimsiz bir avukatın, dava dilekçesinde “fazlaya ilişkin hakları saklı tutmaması” başına türlü belalar açmıştır. Avukat tutmak zorunda olmayan, davasını kendi açıp izleyen yurttaşlar da hak kaybına uğratılmıştır. Bütün bu haksız uygulamalar yapılırken, “yasayı bilmemek özür değilse de, yargı içinde hiç de doğru olmayan böylesi kuralların bilinmemesinin hak kayıplarına yol açmaması gerektiği” düşünülmemiştir.

Yukarda belirttiğimiz haksız durumların, 6100 Yasa’nın “kısmi dava” başlıklı 109.maddesinin 3.fıkrasına konulan “Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hali dışında, kısmi dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez” hükmüyle ortadan kaldırılmış olduğu; bundan

böyle dava dilekçelerinde “fazlaya ilişkin haklarım saklıdır” denilmemiş olmasının hak kaybına neden olmayacağı düşünülebilir ise de, bu konuda kaygılar sürmekte ve Yasa’nın 109/3. maddesi hükmü yetersiz bulunmaktadır. Öyle sanıyoruz ki, yargıçların eski saplantılarından ve yanlış kararlarından vazgeçmeleri sorunu çözecektir.

#### 6- İşçi alacaklarına ilişkin dava türleri hakkında

Bu konuda, aslında bir sorun bulunmadığı kanısındayız. Çünkü işçi işveren ilişkileri her zaman belirsizdir; ücret alacakları her zaman tartışmalıdır; işçinin işten çıkarılması ile çalışma koşulları, taraflar arasındaki hak ve alacak konuları, hatta hizmet süreleri kesinlikle yargılamayı gerektirir. Kısaca, işçi işveren ilişkilerinde hiçbir şey hiçbir zaman açık, belirgin, kesin kanıtlanabilir nitelikte değildir. Bu öyle bir düzendir ki, işçi hiçbir zaman gerçek ücretini, alacağının miktarını bilemez; bilmesi de istemez. Bütün bunlar için en uygun dava türü Yasa’nın 107. maddesindeki “**Belirsiz alacak ve tespit davası**” olması gerekir.

Ama nedense, uygulamada (iş davalarında) neler olup bittiğinden habersiz, bunları araştırıp öğrenmemiş bazı hukukçular yeni Yasa’nın işçileri tam (eda) davası açmak zorunda bırakan hükümler taşıdığını; belirsiz alacak davası bir yana, işçinin kısmi dava dahi açamayacağını, çünkü haklarını ve alacaklarını kesin bilmek zorunda olduklarını ileri sürmüşler; yargıda bir kargaşa ortamı yaratmışlardır.

Bu tür görüşlerin yanlış ve gerçeklere aykırı olduğunu; işçinin hem Yasa’nın 107. maddesi 1.fıkrasına göre “**belirsiz alacak davası**” ve hem de aynı maddenin 3.fıkrasına göre “**tespit davası**” açabileceğini; hatta isterse “**kısmi dava**” dahi açabileceğini aşağıda ilgili bölümünde ayrıntılarıyla ve uygulamadan örneklerle kesin biçimde kanıtlayacağız.

Ama, değil mi ki, böyle bir düşünceye kapılmıştır; o halde eğer bu yanlış inançlar sürdürülürse, gerek 107.maddenin ve gerekse 109.maddenin yeniden ve daha açık biçimde düzenlenmesi düşünülmelidir.

#### 7- Gider avansı yatırılmasının dava koşulları arasında yer almasının yanlışlığı

Yasa’nın “**dava şartları**”na ilişkin 114.maddesi (g) bendi ile dava açılmasına ilişkin 120.maddesine göre davacı, miktarı her yıl Adalet Bakanlığınca belirlenecek peşin “**gider avansını**” yatırmak zorundadır.

Dava şartları arasında yer alan bu zorunluluğun, hak aramayı zorlaştıracığı kanısındayız. Çoğu yurttaşlar peşin harcı bulmakta bile zorlanırlarken, bir de peşin avans istenmesi, onları yargıya başvurmak yerine, başka çözüm yolları aramaya yöneltebilir. Ayrıca son iki aylık uygulamada bu avans konusu abartılmıştır. Örneğin, tek duruşmalık anlaşmalı boşanmada hiç tanık dinlenmeyecek iken, en az üç tanık için peşin avans istenmiştir.

Bugüne kadarki uygulamada davacılar dava masraflarını (taksitle öder gibi) yeri ve sırası geldikçe mahkeme veznesine yatırmışlar; bu onlara zor gelmemiştir. Oysa şimdi, belki de bir bölümü harcanmayacak olan bu paralar (ölü yatırım gibi) mahkeme veznesine teslim edilecek; Adalet Bakanlığı tutarı trilyonları bulacak olan bu avansları nemalandırırsa, haksız kazanç elde etmiş olacaktır.

#### 8- Dava dilekçesinin içeriği ve eksiklik varsa davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinin yanlışlığı hakkında

a) Dilekçelerin nasıl yazılacağı, neleri içereceğinin çok ayrıntılı biçimde açıklanmış olması (m.119 ve 129), uygulamada birliktelik, düzenlilik ve okuyup incelemede kolaylık sağlar ise de, Yasa yürürlüğe girer girmez bunun da abartıldığını, avukatların ve yurttaşların yargıçlara bir türlü dilekçe beğendiremediklerine ilişkin yakınmalarından öğreniyoruz.

Hiçbir konu gerektiğinden fazla abartılmamalı, hele yöntemince dilekçe yazılmamış olduğu gerekçesiyle hemen davanın açılmamış sayılmasına karar verilmemelidir. Eksikler, dava açıldıktan sonra uyarılarla ve yavaş yavaş giderilebilir. Dava şartlarında bile Yasa, bir

esneklik payı koymuştur. 115.maddenin 1.fikrasına göre mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını, **davanın her aşamasında** kendiliğinden araştırır. Aynı maddenin 3.fikrasına göre: “Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki **dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez.**”

b) Yargıç, yöntemince yazılmamış diye bir dilekçeyi geri çevirirken veya davanın açılmamış sayılmasına karar verirken, bazı özel yasalar dışında, haksız eylemlerde zamanaşımı süresinin kısalığını hesaba katmalı; davayı biçimsel nedenlerle zamanaşımına uğratmaktan sakınmalıdır.

c) Bize göre, dava şartları ve dava dilekçesindeki noksanlıklar incelenirken, yalnızca Hukuk Yargılama Yasası hükümlerine bağlı kalınmamalı; özellikle insan zararlarına ilişkin davalarda 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 42/2. maddesindeki ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 50/2. maddesindeki yargıca verilen “doğrudan araştırma ve hüküm altına alma görevi” göz önünde tutulmalıdır.

d) Bu konuda son bir uyarımız da şudur: Yurttaşlar bir dava açmak (hak aramak) için avukata başvurmak zorunda olmayıp, kendileri de dava açma hakkına sahiptirler. Onların dilekçelerinin bir takım katı biçimselliklerle reddedilmesinin Anayasanın 36.maddesine aykırı olduğu düşüncesindeyiz. Yasa hükmüne göre:

**Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.**

Yargıçlar, yukardaki Anayasa hükmünü ve Borçlar Yasası'nın kendilerine yüklediği “doğrudan zararı ve kapsamını araştırma” görevini göz önünde tutmalı; dava şartları ve dilekçenin içeriği konusunda biçimsel ve katı davranmamalı; dava dilekçelerini hemen reddetmeyip, yargılama süresince uyararak, yardımcı olarak eksiklerin tamamlanmasını sağlamalıdır.

### **9- Bilirkişiye başvurmada Yasa'nın 266.maddesi yanlış yorumlanmaktadır**

a) Bilirkişiye başvurulmasıyla ilgili 266.maddenin başına “**çözümü hukuk dışında**” koşulu konularak “**hukukta uzmanlığın**” göz ardı edilmesi, bir yargıçın “**olağan hukuk bilgisi dışında**” bazı konularda yetersiz kalacağı ve **hukukun anabilim dallarında uzman bilirkişilere** gereksinim duyacağı hesaba katılmamış; **yargının öğretiye ve hukuk bilimindeki gelişmelere kapatılması** doğru olmamıştır.

b) Bu son derece yanlış, sakıncalı, üstelik mantık dışıdır. Çeşitli bilim dallarında öğrenim görmüş kişiler “**özel ve teknik**” bilgiye sahiptirler de yalnızca hukukçular mı bu nitelikten yoksundurlar? Hukukçulardan bilirkişi seçilmesin demek, “hukukta uzmanlığı” yok saymak, hukuk bilimini yadsımaktır. Üniversitelerin çeşitli dallarından akademisyenler bilirkişi atanırken, hukuk fakülteleri öğretim üyeleri neden bunun dışında kalacaklar ?

Örneğin, ticaret mahkemelerinde şirketlerle veya kıymetli evrakla ilgili davalarda, ekonomi dalında öğrenim görmüş mali müşavir, muhasebeci gibi kişilerle Ticaret ve Ekonomi Fakültelerinin, Siyasal Bilgiler Fakültelerinin öğretim üyelerinden bilirkişi seçilsin, ama Hukuk Fakültelerinin Ticaret Hukuku anabilim dalı öğretim üyeleri bilirkişi olamasın demek ne kadar doğru olur ? Sigortayla ilgili davalarda (hukuk bilgisi olmayan) sigortacılar mı bilirkişi olacak, yoksa Sigorta Hukuku uzmanları mı ?

c) Bir çok davada önemli olan “neden-sonuç” ilişkisidir. Hukukçu olmayan bilirkişiler bu ilişkiyi kavrayamadıkları için tespit ve değerlendirmelerinde yanlışa düşmekte; çoğu kez mahkemeleri yanıltılmaktadırlar. Bunun örnekleri pek çoktur. Aralarında uzman hukukçu bulunmayan mühendis, mimar, mali müşavir, bankacı, sigortacı, trafikçi, hekim gibi kişilerin

yaptıkları tespit ve değerlendirmeler ile dava konusu arasında “hukuksal” bağı kuramamaları, başka bir anlatımla, neden-sonuç ilişkisini (nedensellik bağı) bilmemeleri yüzünden, düzenledikleri raporların ne derece yetersiz kaldığını, bu raporlarla davaların nasıl saptırıldığını yıllardan beri gözlemlemekteyiz.

ç) Günümüzde her alanda uzmanlık hız kazanırken, hukuk bu gelişimin dışında kalmış değildir. Hukuk alanında da aynı gelişim ve değişim vardır. Artık, hukukun anabilim dalları da aşılmış, konular kılcal damarlara yürümüştür. Öğretim çevreleri dışında, çalıştıkları kurumların veya işlerini yürüttükleri kişilerin çok özel hukuksal sorunlarını üstlenmiş olan kimi hukukçular, uzmanlık dallarının gelişmesine önemli katkılar sağlamışlardır. Bugün artık sağlık hukuku, spor hukuku, çevre hukuku, hava deniz, kara taşıma hukuku, inşaat hukuku, AB.Hukuku, uluslararası ticaret hukuku gibi dallar oluşmuştur. Bu dallarda uzmanlaşmış hukukçuların özel bilgileri, bir yargıcın bilmesi gereken genel hukuk bilgilerinin çok üzerindedir. Yargının bu uzmanlardan yararlanması gerekir.

d) Özel ve teknik bilgi sahibi hukukçu bilirkişiler yasak kapsamına girmemelidir.

Başta, yirmibeş-otuz yıldan beri iş mahkemelerine bilirkişi olarak hizmet vermekte olan ve iş hukukuna büyük katkılar sağladıkları herkesçe bilinen “özel bilgi sahibi ve tazminat hesaplama uzmanı” hukukçu bilirkişilerin, hukukun çok özel dallarında uzmanlaşmış, yukarıda uzmanlık alanları belirtilen “özel bilgi sahibi” hukukçuların 266.maddedeki yasak kapsamına girmemeleri gerekir. Her meslek dalından uzmanlar bilirkişi atanabilirken, uzman hukukçulardan yararlanılmaması hukuk ve yargı için büyük kayıp olur.

**10-Bilirkişi seçiminde yargıç özgür/ olmalıdır. Bu nedenle, yargıcın adalet komisyonları tarafından düzenlenmiş listelerden bilirkişi seçmeye zorlanmasını yanlış buluyoruz.**

a) Yasa'nın 268.maddesindeki, Adalet Bakanlığı'nca hazırlanacak **yönetmeliğe** göre, **Adalet Komisyonları** tarafından düzenlenecek **bilirkişi listelerinden** bilirkişi atanması hükmünü, yargıçları bilirkişi seçmede sınırladığı için yanlış buluyoruz. Yargıtay onursal üyesi bir değerli hukukçu da “Bilirkişi seçimi konusunda yargıçlara sorumluluk özgürlüğü tanınmaması, yargıç kimliğini yozlaştırır” uyarısında bulunmuştur.

b) Yargıçların bilirkişi seçiminde özgür olmaları gerekir. Çünkü:

Anayasa'nın 138.maddesi 1.fıkrasına göre: “Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.”

Maddenin 2.fıkrasına göre de: “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.”

**Anayasa'nın bu hükmüne göre, Adalet Bakanlığı'nca hazırlanacak yönetmelik uyarınca her yıl Adalet Komisyonları tarafından düzenlenecek listelerden bilirkişi seçilmesine ilişkin 268.madde hükmü, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve yargıçlara emir ve talimat verme, tavsiye ve telkinde bulunma niteliğinde değil midir?**

c) Anayasa Mahkemesi, mahkemelerin Yüksek Sağlık Şurasına başvurmalarını zorunlu tutan yasa hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiş; böylece “resmi bilirkişilik” kurumuna son vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararıyla, yargıcın resmi bilirkişilere başvurmayla zorlanmasının Anayasaya aykırı olduğu saptanmıştır.

**11-Yasa'nın 376.maddesine bir fıkra eklenmesi önerisi**

Ülkemizde çok yaygın biçimde "**danışıklı davalar**" açılarak, alınan kesin hükümlerle "**üçüncü kişilerin hakları**" ortadan kaldırılmaktadır. Ne yazık ki ülkemizin usul hukukçuları bu tür davalardan habersizdirler ya da pek çok konuda olduğu gibi ilgisizdirler.

Dava dışı **üçüncü kişilerin** “kesin hüküm”lere karşı **itiraz ve dava hakları** konusunda Fransız Usul Yasası’nda son derece yeterli hükümler bulunmakta; buna “tierce opposition” denilmektedir. Bu hükümden yararlanarak Yasa’nın 376.maddesine 2 nci fıkra olarak şöyle bir hüküm eklenmesi yararlı olacaktır.

6100 sayılı HMK'nun 376.maddesine bir fıkra eklenmesi önerimiz:

**MADDE 376 - (1)**

(2) **Davada taraf olmayan veya temsil edilmeyen üçüncü kişiler, haklarını ortadan kaldıran veya eksilten ya da zararlandırıcı sonuçlar doğuran hükümlerin iptalini isteyebilirler. İptal davası süreye bağılı değildir.**

-----

www.TazminatHukuku.com