

10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayı

12-13 Ocak 2023, İstanbul



HUKUK İŞLERİ
GENEL MÜDÜRLÜĞÜ



10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayı

(12-13 Ocak 2023 / İSTANBUL)

Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü

10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayı

Yayına Hazırlayan	Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Adres	Milli Müdafaa Cad. No:22 Kat 1 06659 Kızılay /ANKARA
Telefon	0 (312) 417 77 70
Elektronik İletişim	higm@adalet.gov.tr www.higm.adalet.gov.tr
Baskıya Hazırlık ve Tasarım	Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı
Adres	Emniyet Mahallesi, Mevlana Bulvarı No:36 Kat: 13 - 14 - 15 – 16 Yenimahalle / ANKARA
Telefon	0 (312) 204 11 29
Elektronik İletişim	edb@adalet.gov.tr www.edb.adalet.gov.tr
Baskı ve Cilt:	

Yazıların hukuki sorumluluğu yazarlara aittir. Yazılarda öne sürülen görüş ve tezler sadece yazarları için bağlayıcıdır. Kitapta yayımlanan yazılar, kaynak belirtilmek suretiyle alıntılanabilir.



Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü

ÖNSÖZ

Bilindiği üzere Türk hukuk sistemimiz, başlangıçta tercümeyle veya başka ülkelerden iktibasla aktarılan hukuktan ibaret iken bugün kendi hukukunu yazan, üreten ve dünyaya örnek olarak pek çok ülkenin hukuk literatürünün oluşmasına da katkı veren düzeye gelmiştir. Bu anlamda, 100 yıllık Cumhuriyet döneminde ülkemiz nereden nereye geldi derken, hukuk alanındaki bu büyük değişimi ve gelişimi de ifade etmektedir.

Önümüzdeki zamanda ve özellikle “Türkiye Yüzyılı” dediğimiz Cumhuriyetimizin ikinci yüzyılı içerisinde Türk hukuk sistemi kendi içinde daha güçlenerek, yenilenerek devam edeceği gibi dünyanın pek çok ülkesine de örnek olmaya devam edecektir.

İş dünyamızın dünyayla rekabet etme gücünü arttırmak için sadece üretmenin yetmeyeceği bilinci ile hukuk düzenine uygun bir iş yapmanın da zaruri olduğu ortadadır. Başka bir anlatımla yatırım ortamını iyileştirecek asıl unsur, herkesin hukuka ve kanuna uygun hareket edeceği bir zeminin oluşturulmasıdır. Bu kapsamda, temel kanunlarımızın önemli bir kısmını son yirmi yılda yeniledik. Bu kot kanunlardan bazılarını ifade etmek gerekirse Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Hukuk Muhakemesi Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ile Çalıştayımızın konusu olan Türk Borçlar Kanunu.

Sosyal ve ekonomik hayatı ilgilendiren, ana düzenlemelerin kot kanunları için bu ülkenin akademisyenleri kafa yordu, bu ülkenin yasama meclisi görüştü ve bu ülkenin hâkim ve savcıları bunları uyguladılar ve hukukun gelişimine önemli katkılar sundular.

Türkiye’de pek çok hukuksal ihtilafa baktığımızda eğer iş dünyamız ve iş insanlarımız bunlarla ilgili süreçlerde bizim Borçlar Kanunumuz ve diğer yasalarımız onların öngördüğü usul ve esaslara riayet ederek işleri yürüttüğü zaman pek çok ihtilafın daha doğmadan önleneyeceği çok açıktır. Bu açıdan bakıldığında henüz uyuşmazlıklar ortaya çıkmadan avukatlarımızın vereceği hukuki değerlendirme ve mütalaaları da hukukun gelişimine de önemli katkı verecektir.

Öte yandan, Türkiye’nin hukuk birikimi yargımızın tecrübesi bugün pek çok sorunu aşacak güçtedir. Türkiye, hukuk birikimiyle ve tecrübesiyle gerçekten çok iyi bir noktadadır. Bu birikimden ve bu tecrübeden en üst düzeyde istifade konusunda çalışmaya devam edeceğiz.

Bu kararlılıkla 10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayında ortaya çıkan öneri ve değerlendirmeler bize yol gösterecek ve bu çıktılar üzerinden hem kendi eksiklerimizi hem de uygulayıcılarımızın sıkıntılarını görüp daha iyi çözümleri hayata geçirme konusunda bizleri cesaretlendirecektir.

Bu vesile ile 10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayının hayırlı ve uğurlu olmasını, planlandığı şekilde hukukumuza ve bu alandaki bütün çalışmalara ışık tutmasını temenni ediyorum.

Çalışmaya katkı veren kıymetli hocalarımıza, değerli yargı mensuplarımıza ve diğer tüm paydaşlara içtenlikle şükranlarımı sunuyorum.

Bekir BOZDAĞ
Adalet Bakanı

ÖNSÖZ

Bilindiği üzere, Türk Hukukunun temel taşlarının en büyüğü olan "Türk Kanunu Medenîsi"nin tamamlayıcısı ve âdeta beşinci kitabı olarak bilinen 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu, 4 Ekim 1926 tarihinde 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi ile birlikte yürürlüğe girmişti. Mülga Borçlar Kanununun yürürlükte kaldığı süre içerisinde sosyal ve ekonomik hayatın değişen ve gelişen hızı karşısında hem günümüz ihtiyaçlarına cevap verebilmek hem de tamamlayıcısı ve ayrılmaz bir parçası niteliğindeki Türk Medenî Kanunu ile uyumunu sağlamak amacıyla hazırlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Kişiler arasında alacak-borç ilişkilerini düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar geçen yaklaşık 10 yıllık uygulama sürecinin değerlendirilmesi, sözleşme özgürlüğü ve güvenliğinin tesisi için mevzuat veya uygulama nedeniyle ortaya çıkan ve Bakanlığımıza iletilen sorunların tartışılması ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerinin geliştirilmesi için "10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayı" gerçekleştirilmiştir.

Çalıştay'ın birinci gününde, Türk Borçlar Kanununun 10 yıllık yürürlük sürecinin genel olarak değerlendirmesi yapılmış ve dünya genelinde toplumsal hayatta ve ilişkilerde yaşanan hızlı değişim karşısında, geleceğe yönelik görüş ve düşünceleri ortaya konulmuş; ikinci gün ise Yargıtay, istinaf ve ilk derece mahkemesinde görevli yargı mensuplarımız, hukukçu akademisyenlerimiz ve ilgili paydaş kurumların temsilcilerinin yer aldığı eş zamanlı dört ayrı grupta "Genel Hükümler ve Haksız Fiil sorumluluğu", "Satış, Eser ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", "Kira Sözleşmesi", "Özel Hukuk Sözleşmeleri ve Vekâletsiz İş Görme" konuları ele alınmıştır.

"10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayı"nın daha geniş kitleler tarafından erişilebilir bir kaynak olması amacıyla oluşturulan bu kitabın tüm okuyucularımıza faydalı olmasını temenni ediyor, başta Çalıştay'ın düzenlenmesini sağlayan ve katılımları ile bizi onurlandıran Adalet Bakanımız Sayın Bekir BOZDAĞ olmak üzere emeği geçen herkese teşekkür ediyorum.

Hakan ÖZTATAR

Hukuk İşleri Genel Müdürü

İÇİNDEKİLER

III	•	Önsöz
V	•	Önsöz
VII	•	İçindekiler
IX	•	Çalıştay Programı

1. Gün

5	•	Açılış Konuşmaları
17	•	Genel Oturum

2. Gün

45	•	I.Grup Görüşmeleri
101	•	I.Grup Sonuç Bildirgesi
105	•	II.Grup Görüşmeleri
159	•	III.Grup Görüşmeleri
229	•	III.Grup Sonuç Bildirgesi
231	•	IV.Grup Görüşmeleri
287	•	IV. Grup Sonuç Bildirgesi
295	•	Ortak Oturum (Grup Başkanlarının Sunumları)
321	•	Fotoğraflar

10. YILINDA TÜRK BORÇLAR KANUNU ÇALIŞTAYI
12-13 Ocak 2023, Sheraton İstanbul Ataköy Hotel, Bakırköy/İstanbul

I. GÜN

- 10.00 - 10.45 **Kayıt**
11.00 – 12.30 **Açılış Konuşmaları**
Hakan ÖZTATAR/Hukuk İşleri Genel Müdürü
Bekir BOZDAĞ/Adalet Bakanı
Mehmet AKARCA/Yargıtay Birinci Başkanı
- 12.30 - 14.00 **Öğle Arası**
14.00 – 17.00 **Genel Oturum**
6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 10 Yıllık Uygulamasının Genel Değerlendirmesi
Oturum Başkanı/Prof. Dr. T. Fikret EREN
Adem ALBAYRAK/Yargıtay Birinci Başkanvekili / HGK Başkanı
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

II. GÜN

- 09.30 – 10.45 Eş Zamanlı Grup Çalışmaları
10.45 - 11.00 Çay Kahve Arası
11.00 - 12.30 Eş Zamanlı Grup Çalışmaları
12.30 - 13.30 Öğle Arası
13.30 – 14.45 Eş Zamanlı Grup Çalışmaları
14.45 – 15.00 Çay Kahve Arası
15.00 - 16.30 Çalışma Gruplarının Sunumları ve Kapanış

1. GÜN

AÇILIŞ KONUŞMALARI

Sunucu:

Sayın Yargıtay Başkanım, Sayın Bakanım, değerli konuklar ve basınıımızın değerli temsilcileri;

Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen 10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayına hoş geldiniz efendim. Programımıza geçmeden önce sizleri Cumhuriyetimizin kurucusu Gazi Mustafa Kemal Atatürk ve Aziz Şehitlerimizin manevi huzurunda saygı duruşuna ve ardından İstiklal Marşı'mızı okumaya davet ediyorum.

Sayın Yargıtay Başkanım, Sayın Bakanım ve değerli Konuklar, Programımızın açılış konuşmasını yapmak üzere Hukuk İşleri Genel Müdürü Sayın Hakan ÖZTATAR'ı Kürsüye davet ediyorum.

Sayın Hakan ÖZTATAR:

(Hukuk İşleri Genel Müdürü)

Sayın Yargıtay Başkanım, Sayın Adalet Bakanım, Sayın Hâkimler ve Savcılar Kurulu Başkanvekilim ve kıymetli katılımcılar;

Medeni Kanunumuzun ayrılmaz bir parçası olan kişiler arasındaki borç ve alacak ilişkisini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar geçen süreci değerlendirmek amacıyla Adalet Bakanlığımız tarafından düzenlenen 10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayına hoş geldiniz. Hepinizi saygıyla selamlıyorum. Temel kanunlarımızdan olan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girerek sözleşmenin kurulmasından, tarafların birbirlerine olan sorumluluklarına, alacaklı borçlu ilişkisi kapsamında kira ilişkisine kadar toplumun hayatını doğrudan ilgilendiren hususlar çerçevesini adeta baştan çizmiştir. Tüm tarafların katılımı ile Türk Borçlar Kanununun geçtiğimiz 10 yıllık süreçte uygulanması neticesinde geline aşamanın değerlendirilmesini, değişen ve gelişen hayat hızına, sözleşme özgürlüğüne, güvenliğine ve etkinliğe engel olduğu veya engel olabileceği düşüncesiyle Bakanlığımıza ileten sorunların ve bunlara ilişkin çözüm önerilerin tartışmasını, mevzuat veya uygulama nedeniyle yaşanan bir aksaklık var ise bunların tespit edilerek ortadan kaldırılmasını önemsiyoruz. Bu düşünceden hareketle Çalıştay programını oluştururken Türk Borçlar Kanunu kapsamında meydana gelen uyuşmazlıklarda Kanunu 10 yıldır tatbik eden yargı mensuplarımızın yanı sıra Türk Borçlar Kanunu kapsamında değerli çalışmalara imza atmış çok değerli akademisyenlerimiz ile Kanunun muhatabı konumundaki değerli aktörlerin de görüş, bilgi ve deneyimlerini paylaşabileceği bir ortam yaratarak tüm paydaşların doğrudan buluşturulması hedeflenmiştir. Çalıştayın bugün öğleden sonra yapılacak genel oturumunda Türk Borçlar Kanununun 10 yıllık yürürlük sürecinin genel olarak değerlendirilmesi, dünya genelinde toplumsal hayatta ve ilişkilerde yaşanan hızlı değişim karşısında geleceğe görüş ve düşüncelerin sunulması, kıymetli hocalarımızın Türk Borçlar Hukuku

alanında değerlendirme yapmaları beklenmektedir. İkinci gün ise yargı mensuplarımız, akademisyenlerimiz ile kurum ve kuruluşların kıymetli temsilcilerinin yer alacağı 4 ayrı çalışma grubunda Türk Borçlar Kanununun genel hükümler ve haksız fiil sorumluluğu satış, eser ve kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, kira sözleşmeleri ile özel hukuk sözleşmeleri ve vekâletsiz iş görme konuları geniş bir yelpazede ele alınacaktır. Konuşmama burada son verirken Çalıştayın düzenlenmesini sağlayan ve teşekkürleri ile bizi onurlandıran Adalet Bakanımız Bekir BOZDAĞ Beyefendiye, yine katılımı ile bizi onurlandıran Yargıtay Başkanımız Sayın Mehmet AKARCA'ya ve katkı veren tüm katılımcılarımıza teşekkür ediyorum.

Çalıştayın verimli geçmesi inanç ve temennisiyle hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Sunucu:

Hukuk İşleri Genel Müdürümüz Sayın Hakan ÖZTATAR'a konuşmalarından dolayı teşekkür ediyoruz efendim. Değerli katılımcılar Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanı Sayın Bekir BOZDAĞ'ı konuşmalarını yapmak üzere saygılarımla kürsüyü teşviklerini arz ederim.

Sayın Bekir BOZDAĞ:

(Adalet Bakanı)

Yargıtay'ımızın çok kıymetli Başkanı, çok değerli hocalarım, Hâkimler ve Savcılar Kurulumuzun çok değerli Daire Başkanı ve Üyeleri, kıymetli Bakan Yardımcılarımız, İstanbul'dan Ankara'dan ve değişik yerlerden bu toplantıya teşrif eden çok kıymetli yargı mensupları, Bölge Adliye ve Yargıtay Üyelerimiz, çok kıymetli meslektaşlarım ve saygıdeğer davetliler;

Türk Borçlar Kanununun 10. yılı münasebeti ile düzenlenen bu Çalıştay vesilesi ile hepinizi öncelikle sevgi, saygı ve Yüce Allah'ın selamı ile selamlıyorum. 10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayının hayırlı, uğurlu, bereketli olmasını ve planlandığı şekilde tamamlanmasını, hukukumuzda ve bu alandaki bütün çalışmalarımıza ışık tutmasını Cenabı Allah'tan temenni ediyorum. Tabi Türk Borçlar Kanunu üzerinde burada çok yetkin hocalarımız var. Biraz önce Mehmet AKARCA Başkanım söyledi. Bu alanın ulu çınarları dedi. Bu alanın ulu çınarlarının olduğu yerde bizim fazla söz söylememiz yakışık almaz. Sözün doğrusunu da en iyisini de en güzelini de hem değerli hocalarımız söyleyecekler eminim. Hem de uygulayıcılarımız bunları en güzel şekilde ifade edeceklerdir. Elbette 10 yıl içerisinde yapılan bu uygulama sırasında yaşanan sorunlar var. Bu sorunlara dair herkeste çözüm önerileri var. Veyahut da dünyada ve ülkemizdeki gelişmeler karşısında Borçlar Kanunu ve bu alandaki düzenleme ve uygulamalar konusunda yeni bakışlar olabilir. İşte bu Çalıştay, 10 yıllık uygulamanın ortaya çıkardığı birikim ve 10 yıldır bunun üzerinde akademisyenlerimizin yaptığı çalışmalar ve dünyamızda ülkemizdeki gelişmeler çerçevesinde Adalet Bakanlığının uygulayacağı yeni politikaların ortaya konulmasında bu alanda düzenleme ihtiyacı varsa bunları dosdoğru yapmamızda bize önemli rehber oluşturacaktır. Biz bunlardan önemli ölçüde istifade edeceğiz. Bundan hiç şüpheniz olmasın. Çünkü bizim yolumuzu ilim aydınlatıyor.

Bilim insanları aydınlatıyor ve onların gösterdiği istikamette de biz düzenlemeleri bugüne kadar yaptığımız gibi bundan sonra da yapmaya devam edeceğiz.

Çok kıymetli katılımcılar;

Türk Hukuk Sistemi Cumhuriyet dönemimizde çok büyük gelişmeleri ortaya koydu. Başlangıçta tercüme ile veya başka yerlerden ihtisapla aktarılan hukuktan bugün kendi hukukunu yazan, kuran ve dünyaya da bu anlamda örnek olan pek çok ülkenin hukuk literatürünün oluşmasında, kanun metinlerinin oluşmasında danışmanlık yapan bir düzeye hamdolsun Türkiye'miz hukuk camiamız ve bilim insanlarımız gelmiş durumdadır. Bu bizim için büyük bir başarıdır. Hani 100 yılda Türkiye "Nereden nereye geldi?" derken hukuk alanındaki bu büyük değişimi de gözden ırak tutmamakta fayda vardır. Bizim temel yasalarımızın önemli bir kısmını son yıllarda yeniledik. Bir yandan Türk Ceza Kanunu, bir yandan Ceza Mahkemesi Kanunu, bir yandan Hukuk Mahkemesi Kanunu, öte yandan Türk Ticaret Kanunu. İşte bugün Çalıştayını yaptığımız Türk Borçlar Kanunu ve Medeni Kanunumuz başta olmak üzere toplumun hayatını ilgilendiren ana düzenlemelerin kod kanunlarını işte buradaki heyet ve buradaki heyetle beraber bu konulara kafa yoran bu ülkenin evlatları tanzim etti, bu ülkenin meclisi görüştü ve artık bu ülkenin hâkimleri, savcıları bunların uygulamalarını yapmaktadır. Bu Türkiye için gerçekten büyük bir başarıdır. Tercüme eden değil, hukuk kuran ve hukuk yapan bir noktaya Türkiye'nin gelmesi bizim ülkemizin bu alanda kat ettiği mesafeyi göstermesi bakımından son derece önemli. Şunu da ifade etmekte fayda görüyorum. Bazı ülkeler anayasaları ile ilgili veyahut da yasaları ile ilgili yapılacak çalışmalar için Sayın Cumhurbaşkanımızdan, Türkiye'den bilim insanları talep ediyorlar. Bize bu konuda danışmanlık yapacak isimler önerir misiniz diye soruyorlar ve bu konuda da Türkiye pek çok ülkeye danışmanlık yapan bir ülke haline geldi. Ben inanıyorum ki önümüzdeki zaman ve Türkiye yüzyılı dediğimiz Cumhuriyetimizin ikinci yüzyılı içerisinde Türk hukuk sistemi kendi içinde daha güçlenerek, yenilenecek devam edeceği gibi dünyanın pek çok ülkesine de örnek olacaktır. Her ne kadar Türkiye'de farklı eleştiriler olsa da bizim gidişatımızın iyi yönde olduğunu görüyorum. Türkiye bu anlamda dünyaya pek çok alanda olduğu gibi farklı katkılarını sunmaya devam edecektir.

Çok değerli katılımcılar, değerli hocalarım;

Türkiye'nin elde ettiği bu mesafeyi değerlendirirken bizim borçlar, özellikle ticaret ve diğer kanunlarımızla ilgili iş dünyamızın ve iş adamlarımızın ilişkilerine ve izninizle değinmekte fayda görüyorum. Türkiye'de pek çok hukuksal ihtilafa baktığımızda eğer iş dünyamız ve iş insanlarımız bunlarla ilgili süreçlerde bizim borçlar yasamız ve diğer yasalarımız onların ön gördüğü usul ve esaslara riayet ederek işleri yürüttüğü zaman pek çok ihtilafın daha doğmadan önleneyeceği çok açıktır. Ama maalesef itiraf etmek zorundayım. Yatırım ortamının iyileştirilmesi maksadıyla yapılan pek çok toplantıda şu dile getiriliyor: "Efendim bazı durumlarda şirketlerin bazı şirketlerin kanunen avukat bulundurma zorunluluğu var. Bu kanunen avukat bulundurma zorunluluğunu kaldırırsanız Türkiye'de yatırım ortamı daha da iyileşir." diyen, hem de az buz değil yani, STK temsilcileri ve iş dünyasının saygın örgütlerinin önerileri var. Üzülerek ifade ediyorum. Yatırım ortamını iyileştirecek şey

avukat bulundurma zorunluluğunu kaldırmak değil. Yatırım ortamını iyileştirecek şey, herkesin hukuka ve kanuna uygun hareket edeceği zemini kendinin oluşturmasıdır. Eğer bugün ekonomide ve başka alanlarda bizden ileride ve farklı alanlarda üstünlük içinde olan ülkeler varsa bunun ana nedenlerinden bir tanesi hukuka ve hukuka uygunluğa verdikleri değerden kaynaklanmaktadır. Binlerce işçi çalıştıran bir iş insanımızın, bir şirketin, bu kadar işi çalıştırırken 10 tane, 20 tane veya ihtiyacı her neyse o kadar hukukçu ya da avukat istihdam etmiş olsa acaba bir kaybı olur mu? Siz makinanın imalatı ile ilgili ustayı düşünüyorsunuz. Ama onlarca, yüzlerce sözleşme imzalıyorsunuz. Bunların ustaları kim buna bakmak lazım gelmez mi? Pek çok konuda, pek çok konuda istişare edilebiliyor. Peki hukuksal anlamda bunların istişaresini kimle yapacağız? Onun için Türkiye'nin Avrupa ve Amerika standartlarında daha güçlü bir ticari hayatı ortaya koyması için hukuka ticari alanda ve sözleşme hürriyeti ve sözleşme ile ilgili iş ve istihdam üreten herkesin ve her kesimin diğer kendi ticareti, işi için önemli olan esaslar kadar önem vermesi ve hukukçulara da değer vermesi son derece kıymetlidir. Buradan iş dünyamıza da iş insanlarımıza da çağrıda bulunuyorum. Lütfen işçiler çok kıymetli, değerli; onlara kıymetini, değerini hissettirin. Ama öte yandan sizin işiniz için en az onlar kadar kıymetli ve değerli olan şeyin hukuka uygunluk ve hukuk olduğunu gözden ırak tutmayın. Bu konuda sizin yolunuzu aydınlatacak, sizin hataya düşmenizi önleyecek yegâne şeyin bu hukuka uygunluk olduğunu, bunu sağlayacak kişilerin de hukukçular ve avukatlar olduğunu buradan bir kez daha dile getirmekte fayda görüyorum. Sonra bakıyorsunuz ticari davalarda gerçekten dünya ile mukayese ettiğimizde Türkiye'de çok fazla dava var. Hukuksal ihtilaflarda dünya örnekleri ile Türkiye'yi mukayese ettiğinizde konu konu bizdeki dava sayısının çok fazla olduğunu görüyoruz. Bazı yerlerle kat kat fazla. Peki, nereden kaynaklanıyor. İşte bu hukuka uygunluk konusundaki hassasiyetten kaynaklanıyor. Bir iş yaparken fizibilitesini yapıyoruz. Verimli mi, zararlı mı, karlı mı, iyi mi kötü? Her şeyini değerlendiriyoruz. Ama bir de hukuken bunun fizibilitesini yapmak lazım. Buraya bir biz diyelim konut yapacağız. Veyahut da başka bir eser ortaya koyacağız. Acaba burada bir ihtilaf var mı? Başka başka hukuksal sınırlamalar var mı? Ben bu işe başladığımda bu işin neticesi mahkemeye gider mi gitmez mi? Buna itimat edenler hak mahrumiyetine uğrar mı uğramaz mı? Ben bir güven vereceğim, nasıl vereceğim bunları bir araştırmak icap eder. Eğer araştırılmış olsa eminim çok şey başka olur. Ben anlattım burada bir kez daha anlatmak isterim. New York'ta Türk Evi var. Tam Birleşmiş Milletler'in karşısında. Gidenleriniz veyahut da televizyonlardan görenleriniz oldu. Birleşmiş Milletlerde daha iyi bir Türkiye'yi temsil eden orada muhteşem bir eser var. Sayın Cumhurbaşkanımızın ülkemize kazandırdığı eserlerden bir tanesi. Daha henüz bunun temeli atılmamıştı. O zaman oraya gittiğinde Sayın Cumhurbaşkanımız, "Bir bak bakayım bu inşaat ne âlemde? Ne yapıyorlar? Bir bilgi al. Dönüşte de bunu paylaş." dedi. Ben gittim. Oradaki yetkililer bana bilgi verdiler. Brifing verirken biz avukat ihalesini yeni yaptık dediler. Biz bir bina yapacağız. Ama brifing veren diyor ki "avukat ihalesini yeni yaptık." Dedim "Hayırdır inşaat yaparken burada avukat ihalesi mi yapılıyor? Nasıl oluyor bu iş?" Dediler ki "Burada bir inşaat yapmadan önce inşaat yapılacak gayrimenkulün bu işe uygun olup olmadığını, üzerinde haciz, kayıt veya inşaatın başlamasına, başladığı zaman sonuçlandığında

yargıya intikal edecek ihtilaflar, sınırlamalar var mı yok mu? Bunların hepsini tek tek inceler. Varsa bunları kaldırır. Kaldırabiliyor ise; bura inşaata müsaittir diye rapor verdikten sonra belediyeye gider müracaat eder. Çünkü burada ihtilaf yok.” Şimdi ama bizim ülkemizde baktığımızda kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde pek çok vatandaşımızın mağduriyetini televizyonlar neredeyse ayda bir haber yaparlar. E neden ihtilaflı araziye binayı daha baştan belediye ruhsat vermemesi veya inşaat izni, imar izni her neyse o skala içerisinde daha besmelesini başlatmaması gerekirken, bir sürü hukuki ihtilafı olan yerde süreci başlatıyor. Hukuk ihtilaf bitmiyor. İnşaat bitiyor. Ondan sonra inşaat bitiyor, iskân iznini alamıyor. Bina orada, vatandaş orada. Sonra mahkeme mahkeme dolaşılıyor. Başka da sıkıntılar var. Çok büyük problemler var. Bunu çözenin yolu ne? İşin başında bizim bunu bu arsa böyle bir eseri yapmaya müsait mi, değil mi? Hukuksal ihtilaf burada var mı, yok mu? Varsa izin yok. Hukuksal ihtilaf yoksa izin var ve ona göre biz bu süreci başlatıp işlettığımız zaman yargıya gelen iş yükü önemli ölçüde azalacağı gibi, vatandaşlarımızın bu tür eserler sonucu mağduriyetleri de önemli ölçüde giderilebilir. Ama herkes kara düzen iş yapıyor. Sonra mahkeme kapısına geliyor, hak arıyor, hukuka uymaya uymaya. Sonra gelip en sonunda bu işi hukuka nasıl uygun hale getiririz noktasına geldiğimizde de bu sefer avukatlara daha önce esirgedikleri diyelim 10 bin lira, 20 bin lira maaş ben oraya niye vereyim dediğinin onlarca katını, bazı zamanlarda belki yüzlerce katını ve belki daha fazlasını veren iş insanları görüyoruz. Şirketini kaybeden, iflasa giden, itibarını kaybeden, bilmeden doğru yapıyorum derken nice yanlışın altına imza atan, nice iş insanımızı görüyoruz. Onun için de buradan bir kez daha çağrı yapıyorum. İş dünyamızın dünya ile rekabet etme gücünü artırmak için sadece iş yapmak yetmez. İş yapmanın yanında onunla beraber hukuka uygun iş yapmak da zaruridir. Eğer bizim yaptığımız işler hukukla bağı yoksa ya da zayıfsa ya da hukuka aykırıysa bizim itibarımız bizi fazla taşımaz. Çünkü her işte hukuka uygunluk herkese itibar kazandırdığı gibi iş insanlarımıza da iş dünyamıza da itibar kazandıracaktır. Onun için de diyorum ki lütfen yatırım ortamını iyileştirmek için avukat zorunluluğunu kaldırın deme gündemini gündeminizden çıkarın artık. Doğru bir şey değil bu. Biz kaldırmadık hükümet olarak ama 20 yıldır bizden ısrarlı bir şekilde takiple bu isteniyor. Hâlbuki bizim iş insanlarımız bu konuda gönüllü olmalı, kendi istihdam yapmalı. Bin tane, yüz tane kaç kişi istihdam ediyorsa etsin hiç fark etmez. Muhakkak bir hukuk danışmanı en az birden fazla yaptığı işin büyüklüğüne göre, farklılığına göre danışmanları olması icap eder. Bizim bu alanda da alacağımız mesafeler var. Ben inanıyorum ki Türk iş insanları bu alanda da diğer alanlardaki gelişmeleri başarıyla sağladıkları gibi gelişmeyi sağlayacaklardır. Ama bizim de bu konuda onlara yol göstermeye devam etmemiz gerekir. Onun için de hem hocalarımıza, özellikle bu konularda bunun önemini biraz daha öne çıkarmalarında fayda olduğunu buradan ifade etmek isteriz. Biz arzu ediyoruz ki her alanda işler hukuka uygun, hukuk içinde yürüsün ve yürütülsün. O zaman Yargıtay’da da, istinafta da, ilk derecede de göreceksiniz, pek çok ihtilaflar olmayacaktır. Çünkü daha baştan iş hukuka uygun gelişecek ve ihtilaf haline dönüşmeyecektir. Ve yargının yükünü azaltma bakımından da bunun önemli olduğuna yürekten inandığımı buradan bir kez daha ifade etmek isterim. Değerli katılımcılar, önümüzdeki günlerde inşallah hukuk sistemimiz içerisinde yeni

düzenlemeleri hayata geçirme konusunda kararlıyız. Bu Çalıştay, Türk Borçlar Kanunu ve uygulaması bakımından bize yol gösterecek ve çıktıları üzerinden hem kendi eksiklerimizi hem de uygulayıcılarımızın sıkıntılarını görüp, daha iyi çözümleri hayata geçirme konusunda bizi cesaretlendirecektir.

Türkiye'nin hukuk birikimi, yargımızın tecrübesi bugün pek çok sorunu aşacak güçtedir. Türkiye hukuk birikimiyle bir yandan tecrübesiyle gerçekten çok iyi bir noktadadır. Ben bu birikimden ve bu tecrübeden en üst düzeyde istifade konusunda arkadaşlarımla beraber çalışıyorum. Bundan sonra da istifade ederek yolumuzu bulmaya ve bu yoldan dosdoğru yürümeye inşallah devam edeceğiz. Her alanda alternatif çözüm yollarını hukuk sistemimize kazandırdık. Daha 2 tane diyelim şimdilik belki 3 tane diyelim. Ama özellikle hukuk alanında arabuluculuk dışında biz ne yapabiliriz? Bir. İki, arabuluculuğun kapsamını nasıl genişletebiliriz? Bunun üzerinde daha fazla kafa yoracağımızı buradan ifade etmek isterim. Vatandaşlarımızı hâkim karşısına, mahkeme karşısına çıkarmadan uzlaşma ile sorunlarını çözmesi bakımından bu alanın önemli olduğunu düşünüyorum. Arabuluculuk konusu Türkiye'mizin gündemine geldiği zaman ideolojik arka plan üzerinden buna çok karşı çıkanlar oldu. Ama bir bakın bakayım somut nedir? Sizin ideoloji gözlüğünüzü çıkarın. Ama bir de işin fayda zarar doğru eğri gözlüğü ile bu işe bakın. Nedir? O zaman başlarken bu ideolojik duvarları aşmanın zorluğu nedeniyle dar kapsamlı başladık. Ama bir zaman sonra fayda görüldükçe ideolojik gözlük takanlar da kapsamını biraz daha genişletir misiniz dediler. Ve kapsam ağır ağır genişlemeye başladı. Şimdi bugün geldiğimiz noktada arabuluculuğun kapsamının daha da çok genişletilmesi konusunda yoğun bir taleple karşı karşıyayız. Önümüzdeki yıllar içerisinde Türkiye inanıyorum ki adım adım hukuk ihtilaflarında önemli bir kısmını arabuluculukla çözmenin yolunu arayacak ve bu konuda yasal değişiklikleri yapacaktır. Önümüzdeki 7. Yargı Paketi içerisinde biz bu konuda bir adım daha atıyoruz. Bir yandan kira alacaklarını, bir yandan kat mülkiyetinden doğan ihtilafları, diğer yandan komşuluk hukukundan kaynaklı ihtilafları, diğer taraftan ortaklığın giderilmesini, bir başka menfi tespit ve itirazın iptali gibi konuları arabuluculuğun kapsamına alıyor ve arabuluculuğun kapsamını biraz daha genişletiyoruz. Ve seçimden sonra da bu alanda yeni adımlar atacağımızı da buradan ayrıca ifade etmek isterim. Şimdi bu adımları atıyoruz. İleride bu adamları daha da çoğaltacak, kapsamı daha da genişleteceğiz. Bir rakam vermek isterim. Bugün iş davalarında zorunlu arabuluculuk var, başarı oranı %59. Düşük. Ticari davalarda arabuluculuk var, başarı oranı %51. Burada da düşük. Bunun neden düşük olduğu konusu üzerinde duruyoruz. Ama ihtiyari arabuluculuğa baktığımızda başarı oranı çok yüksek. Yani %90'lara varan bir başarı oranı ile karşı karşıyayız. Bu noktada arabuluculuğun benimsenmesi veya benimsenmemesi ile ilgili de bir sorun olduğunu da görüyoruz. Ama zaman içerisinde biz iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun %59'da başarısının kalması hususu üzerinde duruyoruz. Ticari davalarda da duruyoruz ve buradaki aksaklıkları gidermek için de bir dizi düzenleme yapmaya karar verdik. Bu aksaklıkları giderecek ve bundan sonra arabuluculuğun başarısını daha da artırmak için yeni adımlar atacağız. Çünkü buna ihtiyaç olduğunu görüyoruz ve bu ihtiyacı gidermek için de çalışmalara başladığımızı buradan ifade etmek isterim. Bazı istismar edenler

var. O istismarı kapatacak adımlar atacağız. Bazıları farklı farklı yöntemlerle bunu kötüye kullanan var. Ayrıca o kötüye kullanımları da özellikle iş uyuşmazlıklarında ortadan kaldıracığımızı buradan bir kez daha ifade etmek isterim. Arabuluculukla ilgili bundan sonraki süreçte yeni bir denetim düzeni getireceğiz. Herkesin her yerde arabuluculuk işlemleri, görüşmeleri yapmasını ortadan kaldıracacağız. Her şeye daha düzgün bir düzen ve hukuka uygun bir özen içerisinde adım atacağımızı buradan ifade etmek isterim. Tabii disiplin hükümlerini de arabulucularla ilgili ayrıca koyacağız. Onlara ilişkin ayrı bir düzenleme ile hayatımızın bir parçası haline getireceğimizi buradan ifade etmek isterim.

Ben tekrar bu kıymetli Çalıştayın hayırlı, uğurlu ve başarılı geçmesini diliyorum. İnşallah bugün ve yarın yapılacak çalışmalarla hukukumuz için çok önemli çıktıların bize yol göstereceğine inandığımı buradan bir kez daha ifade etmek istiyorum. Duayen hocalarımıza, Yargıtay'ımızın Değerli Başkan, Hukuk Genel Kurulu Başkanımıza, Daire Başkanlarımıza, Üyelerimize, İstinaf Başkan ve Üyelerimize ve katılımcı her bir hukukçumuza, meslektaşlarımıza ayrı ayrı teşekkür ediyor, hepinizi saygıyla Allah'a emanet ediyorum.

Sunucu:

Adalet Bakanımız Sayın Bekir BOZDAĞ'a hitaplarından dolayı çok teşekkür ediyoruz efendim.

Değerli katılımcılar, Yargıtay Başkanımız Sayın Mehmet AKARCA'yı, konuşmalarını yapmak üzere saygılarımla kürsüyü teşriflerini arz ederim.

Sayın Mehmet AKARCA:

(Yargıtay Birinci Başkanı)

Çok kıymetli Adalet Bakanımız, değerli hocalarım, değerli akademisyenler, Hâkimler ve Savcılar Kurulumuzun çok kıymetli Başkan ve Üyeleri, Adalet Bakanlığımızın çok kıymetli üst düzey yöneticileri, değerli meslektaşlarım, değerli katılımcılar hepinizi sevgi ile saygı ile hürmetle selamlıyorum.

Türk Borçlar Kanununun 10. yılındaki bu Çalıştaya katılmaktan ve burada size hitap etmekten büyük bir memnuniyet duyduğumu da ifade etmek isterim. Çok kıymetli Adalet Bakanımızdan çok güzel tespitler ve yerinde öneriler, çözüm önerilerini de dinlemek bize ayrıca mutlu etti. Özellikle arabuluculuk konusundaki tespitlerine katılmamak mümkün değil. Aynı hassasiyetin tabii uzlaştırmacılar da sağlanması gerekiyor. Orada da çok ciddi problemler var. Yani onların gerçekten de kalitesi, niteliği üzerinde de durmak gerekir. Arabuluculuğun Türk hukukundaki yeri çok önemli. Başarısının yükseltilmesi gerekir. Bunun için de belki arabuluculuk merkezlerinin kurulması, disipline edilmesi, onların denetlenmesi, onların takibi, izlenmesi ve başarılarının ölçülmesi bir kere çok önemli.

Kıymetli katılımcılar;

İyi işleyen bir hukuk sistemi toplumsal barışın, huzurun, güvenliğin, refahın ve özgürlüklerin ve devletin teminatıdır. Türk Borçlar Kanununun 10. yılını değerlendirmek amacıyla düzenlenen bu sempozyumun başarılı ve

verimli geçmesini temenni ediyorum. Sempozyuma katkı sağlayacak çok değerli meslektaşlarımıza ve değerli hocalarımıza, akademisyenlerimize şimdiden teşekkür ediyorum.

Hâkimin yargılama faaliyeti için duyabileceği bilgi, beceri ve kişisel niteliklerini geliştirmesi bireysel bağımsızlığının temel unsurları arasında yer alır. Hâkimin bilimsel görüşlerden faydalanması aynı zamanda temel bir hukuk kaidesidir. Türk Medeni Kanununun 1 inci maddesinin üçüncü fıkrasında; “Hâkim karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.” hükmünü ihtiva etmektedir. Bu nedenle iyi işleyen bir hukuk sistemi için yasama ve yargı ne kadar önemliyse öğreti de o kadar önemlidir. Zengin içerikli ve kaliteli bilimsel görüşler ile yargı uygulamasının etkileşimi ve uyumu, iyi işleyen bir hukuk sisteminin olmazsa olmaz koşuludur. Bu nedenle iki gün sürecek bu Çalıştayın hukuk sisteminin gelişmesine katkılar sağlayacağına yürekten inanıyorum.

6098 sayılı Türk Borçlar Yasasının 1 Temmuz 2012 tarihinde uygulanmaya başlamasıyla birlikte 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükten kalkmıştır. Kanunların ete kemiğe bürünmesi ancak bu konuda verilen yargı kararları ve öğretilerde görüşlerle mümkündür. 10 yılı aşkın uygulama ve gerçekleştirilen bilimsel yayınlar sonucunda Türk Borçlar Kanunu uygulanması bakımından hukukumuzda çok zengin bir bilgi birikimi sağlanmıştır. Bu bilgi birikiminin her geçen gün daha da arttığını ve Türk Borçlar Yasasının uyum sürecinin başarılı şekilde sürdürüldüğü hep birlikte gözlemliyoruz. Bunu bir nedeni de yeni Kanunda 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümlerinin büyük ölçüde korunmuş olmasıdır. Türk Borçlar Kanununda yer alan temel hükümler diğer borç ilişkileri bakımından da uygulanabilir. Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanununun adeta beşinci kitabı olduğu gibi Türk Ticaret Kanununun uygulanması bakımından da her zaman göz önünde bulundurulması gereken temel bir metindir. Kısacası Türk Borçlar Kanunu sadece bu Kanunda açıkça düzenlenen hukuki ilişkiler bakımından değil, tüm borç ilişkileri bakımından da genel bir çerçeve niteliği taşımaktadır. Bu yönüyle toplumsal barışın ve düzenin sağlanması bakımından en önemli temel kanunlardan birisidir. Ülkemiz son yıllarda yargı alanda önemli reformlar yapmıştır. Sayın Adalet Bakanımız az önce de ifade etti. Gerçekten de yargı reformlarının yedinci paketi de işte gündemde. Kısa zaman sonra inşallah Meclisimize sevk edilecek. Bu konuda da özellikle sürelerle ilgili olarak yeknesak hale getirilmesi, yasa yoluna başvuruda bunun yeknesak hale getirilmesi ve sürenin tebliğden itibaren başlayacak olması, bu kanunun en önemli düzenlemelerinden birisidir. Yıllardır bunu talep edip dile getiriyorduk. Her yasada farklı farklı uygulamalar vardı. Bu hâkimlerin, savcılarının, hocaların, avukatlarımızın kafasını karıştırıyordu. Ne zaman başlayacak süre, tebliğden mi, tefhimden mi, 8 gün mü, 10 gün mü, 15 gün mü, bir hafta mı? Bu soruna köklü bir çözüm getiriliyor. Bu yasanın ben şimdiden milletimize hayırlı olmasını temenni ediyorum.

Yeni reformların yapılmasına da ihtiyaç duyulduğu neredeyse toplumun her kesimi tarafından haklı olarak ifade edilmektedir. Yargı yönetiminde bütünsel bir yaklaşımın da benimsenmesi gerekir. Yargı içindeki tüm kurumlar ve kişiler birbirine bağlı dışlıların bir parçasıdır. Dolayısıyla adalet aygıtı içerisindeki herkesin hem kendi sorumluluğunu bilmesi hem de bütünsel olarak sistemin içindeki yerini idrak etmesi gerekir. Yargı sisteminin temeli, hepinize malum olduğu üzere, liyakatli hâkim ve

Cumhuriyet savcılarıdır. Liyakat sistemi mesleğe kabul, atama süreçlerinin şeffaflığının sağlanması suretiyle hem gerçek hem de görünür olmalıdır. Veciz şekilde ifade edildiği üzere “İyi bir hâkimi daha iyi bir hâkim yapabilirsiniz. Ancak kötü bir hâkimi iyi bir hâkim yapamazsınız.” Bu nedenle mesleğe alınan kişinin niteliği yargı sisteminin başarısı için bir ön koşuldur. Tayin, terfi, atama ve yüksek mahkeme üyeliği seçimlerinde de liyakat sistemi esas olmalıdır. Yargı bağımsızlığı hâkimlerin performansının ölçülmesine engel bir ilke değildir. Tam aksine performansın izlenmesine ve yönetilmesine yönelik mahkeme araçlarının şeffaf şekilde uygulanması, hâkimlerin bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin halkın güvenini artırır. Yargı sistemi bir bütün olduğu için alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri konusunda görev alanların kalitesi, takibi, desteklemesi ve eğitimi de önemlidir. Bunu Sayın Adalet Bakanımızdan da duymak bizi ayrıca memnun etti. Özellikle de az önce de ifade ettiğim gibi uzlaştırmacıların nitelikleri ve başarısı bakımından da uygulamada ortaya çıkan sorunların da giderilmesi gerekmektedir. Yargı yönetimi detaylı ve ince bir mühendislik gerektirir. Sadece kişisel ve kurumsal deneyimlerle yargı yönetilemez. Ülkemizin yargı yönetimi ve adli kalite konusunda alması gereken daha çok mesafe olduğunu da belirtmek isterim. Yargıtay, karşılaştırmalı hukuktaki temel eserleri ve çalışmaları Türkçeye çevirerek adli kalite konusunda akademik çevrelerde duyarlılık ve farkındalık yaratmaya çalışmaktadır. 2017 yılında yaptığımız etik reformun ardından Yargıtay’ın girişimleri sonucunda hukuk fakültelerinde yargı etiği dersleri okutulmaya başlamış ve bilimsel yayınlar da hızla artmıştır. Yargı etiği alanında başardığımız yaygınlaştırmayı adli kalitede ve yargı yönetimi konusunda da gerçekleştireceğimize inanıyorum. 2021 yılında Yargıtay’ın ev sahipliğinde 3 Kıtadan 13 farklı ülkeden gelen Yüksek Mahkeme başkan ve başsavcılar ile birlikte “Temyiz Mahkemelerinde Mükemmeliyet İlkeleri” oluşturulmuştur. Yargıtay’ın liderliğinde dünyanın dört bir yanından gelen Yüksek Mahkeme başkanları ile birlikte geliştirilen “Yargıda Şeffaflığa İlişkin İstanbul Bildirgesi” ise 2019 yılında Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyde kabul edilmiştir. Yargıtay bu alanda yarattığı zengin bilgi birikimini internet sitesi üzerinden de herkese açmıştır. Yakın zamanda akademik çevrelerinin bu konuya ilgi göstermesini, adli kalite konusunda bilimsel yayınlarının yapılmasını ve özellikle de üniversitelerde araştırma enstitülerinin kurulmasını temenni ediyorum.

Son yıllarda yargı alanında yapılan en önemli reform hiç şüphe yok ki hepimizin bildiği üzere istinaf sistemidir. İstinaf sistemine geçilmesi başlı başına Türk hukukunda büyük bir reformdur. İstinaf sistemi, çağdaş bir yargı sisteminin olmazsa olmazıdır. Yargıtay, istinaf sistemini bugüne kadar desteklediği gibi bundan sonra da desteklemeye devam edecektir. Dünyada istinaf sistemi olmayan ülke neredeyse yoktur. Bu nedenle istinaf aslında geç kalınmış bir reformdur. İstinafın gerektirdiği diğer reformlarda henüz yapılamadığı için istinaf reformunun aynı zamanda yarım kaldığını söylemek de mümkün. Bu reformlara devam edilmesi gerekmektedir. İstinaf mahkemesinin ne anlama geldiği ülkemizdeki hukuk çevrelerinde tam olarak anlaşılamamıştır. İstinaf mahkemeleri üzerinden sürdürülen tartışmalar ve bazı görüşlerin temelinde bölge adliye mahkemelerinin kurulmasından önceki yargı kültürü ve deneyimler yatmaktadır. Bölge adliye mahkemeleri sadece Yargıtay’ın iş yükünü azaltmak ve dava değeri

veya cezası az olan dosyaları kısa sürede sonuçlandırmak amacıyla yargı sistemine monte edilen bir eklenti değildir. İstinaf mahkemeleri bir yeniden yapılandırma çalışmasıdır. Tüm dünyada kabul edildiği şekliyle istinaf, yargı sisteminin ana omurgasıdır. Hem Yargıtay'da hem de ilk derece mahkemelerinde istinafin can damarlarını oluşturan reformların bir an önce yapılması gerektiği de ifade etmek isterim. Somutlaştırmak amacıyla ihtiyaç duyulan yeni çalışma usulleri, mahkeme araçları ve diğer mekanizmalara ilişkin de bazı örnekler vermek isterim. Yargıtay'da içtihat farklılıklarının giderilmesi için hepinizce bilindiği üzere içtihadı birleştirme yoluna gidilmektedir. İctihadı birleştirme yolu çok zor, çok uzun mesafe alan karmaşık bir yapı. Bunun yerine içtihat farklılıklarının oluşmasına engel olan çalışma usulleri benimsenmeli ve bu konuda yasal düzenleme yapılmalıdır. Bir yüksek mahkemenin aslî görevi ülkede içtihat birliğini sağlamaktır. Şu anki sistemde dosyaların yaklaşık %80'i temyiz edilemediği için Yargıtay ülkede içtihat birliğini sağlayacak şekilde içtihat üretememektedir. Hepinize malum olduğu üzere 5 yılın altında olan hapis cezaları, hürriyeti bağlı cezalar istinafta kesinleşiyor ve o suçlar toplumda çok işlenen suçlar. Bunlarla ilgili olarak yeni bir mekanizma getirilmeli. Belki izin sistemi getirmek suretiyle bunlarda örnek içtihatlar oluşturulursa ilk dereceye ve istinafa da Yargıtay yol göstermiş olur. Bizim söylemek istediğimiz konu bu. Aynı şekilde de şimdi 107.900 liraydı, şimdi 239.000 liraya çıktı herhâlde yeni dönemde. Bu miktarın altında dava değeri itibarıyla da kesin olduğu için hukuk dairelerinden de gelen dosya sayısı bu itibarla azalıyor. Ancak bu konularda da yine içtihat ve Yargıtay'ın yol göstericiliğine ihtiyaç duyulmaktadır. Biz bütün dosyalar Yargıtay'a temyize gelsin demiyoruz. Sadece bunlarda emsal olabilecek nitelikte, sınırlı sayıda izin sistemini işletmek suretiyle bunlara da temyiz imkânı getirilebilir. Bunun için de yasal düzenleme gerekmektedir.

Bir mahkemenin, bir yüksek mahkemenin belli bir konuda binlerce kez aynı karar vermesi de gereksizdir. Kural olarak yüksek mahkeme rehberlik ve yol göstericilik görevi kapsamında dosyaları temyizen inceler ve karar verir. Bölge adliye mahkemeleri ve ilk derece mahkemeleri de Yargıtay kararlarını takip eder. Sistem bu şekilde işletilmelidir. Bu nedenle Yargıtay'da kabul edilmezlik kararı verilmesi gibi yeni karar türlerine ihtiyaç bulunduğu gibi tek hâkimli, üç hâkimli karar verme usulleri de geliştirilmelidir. Yargıtay'a gelen tüm dosyaların üç aşamadan geçmesi zorunlu değildir. Avrupa'da örnekleri olduğu üzere bazı kompleks davaların atlamalı temiz yoluyla Yargıtay'a gelmesi ve bu davaların kısa sürede sonuçlanması da mümkündür. Bir yüksek mahkeme yüz binlerce dosya hakkında karar vermek zorunda kalırsa hem kendi içtihatları arasında çelişki olur hem de yargılama gecikir. Dolayısıyla hem karar kalitesinin yükseltilmesi hem de dosyaların gecikmemesi bakımından Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması bir gerekliliktir. İspanya, Fransa, İtalya örneklerine bakıldığında buradaki Yargıtay benzeri yüksek mahkemelerdeki dosya sayısının yıllık 20 bin ile 50 bin arası değiştiğini görüyoruz. Ve bunların tamamı da incelenmiyor. Az önce de ifade ettiğim gibi kabul edilmezlik kararı vermek suretiyle bunlar geri gönderiliyor. Ancak 5-6 bin civarında dosya incelenmektedir, temyiz incelemesi bakımından. Bu itiraz çok önemli. Çünkü öbür türlü de bunun içinden çıkmak mümkün değil. Bölge adliye mahkemelerinin de kendi aralarındaki içtihat farklılıklarını gidermeye

yönelik mekanizmalar ve çalışma usulleri de etkili değildir. Hepinizce bildiğiniz üzere 35 inci madde sorunu çözümüyor. Geçen yıl yaptığımız bölgesel içtihat forumlarında bu sorun net bir şekilde ortaya konulmuştur. Az önce örnek olarak verdiğim reform ihtiyaçları Avrupa'daki birkaç iyi uygulama örneği değildir. Bunun ötesinde özellikle Avrupa'nın genelinde uygulanan ve karşılaştırmalı hukuktan öğrenilen derslerdir. Modern yargı yönetiminin gereklerine ve karşılaştırmalı hukuktaki ortak aklın çözümlenmesine sırtınızı dönerek yargı sistemimizi geliştiremeyiz. Hepimizin üzerine titrediği yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı yargıda dürüstlük ve yargının hesap verebilirliği yargının şeffaflığı ilkelerinin gerçek ve görünür olmasının en etkili yollarından birisi de adli kaliteyi arttırmaktır. Yargıtay'ın ülkede içtihat birliğinin sağlanmasının veya yargı hizmetinin kalitesini arttırmasının en etkili aracı da gerekçeli kararlardır. 2 yıl süren sistematik bir çalışma sonucunda hazırlanan 564 sayfalık "Yargıtay Gerekçeli Karar Yazım Rehberi" bu yılbaşından itibaren uygulanmaya girmiştir. Rehberin uygulanması ile birlikte Yargıtay liderlik ve eğitici olma görevi gereği daha etkili bir kılavuzluk yapabilecektir. Gerekçeli karar yazım rehberine uygun şekilde yazılan ve kılavuzluk özelliği yüksek kararlar, kuruluş çalışmaları devam eden yapay zekâ destekli "Yargıtay İçtihat Merkezi" aracılığıyla da internet üzerinden yaygınlaştırılacaktır. Yargıtay İçtihat Merkezinde karar aranırken rehberde yer alan ana başlıklara göre indeksleme ve sorgu da yapılabilir. Ayrıca yakın gelecekte iş süreçlerinin, rapor kâğıtlarının ilk derece ve bölge adliye mahkemesi karar özetlerinin ve ilam taslaklarının da yapay zekâ destekli olarak yapılması planlanmaktadır. Çalışmalarımıza standartlar getirilmesi halkın güvenini sarsan farklı ya da keyfi uygulamaları da önleyerek yargı hizmetinin kalitesini arttıracaktır. Bu amaçla da Yargıtay'da görev yapan herkesin görev tanımları ve iş analizleri yapılmış ve çalışmalar kitaplaştırılmıştır. Ayrıca dosya inceleme, rapor hazırlama, müzakere teknikleri gibi çeşitli konularda da 11 adet eğitim programı geliştirilmiş olup, bu yıl içerisinde de bu eğitimler verilecektir.

Kıymetli konuklar, değerli katılımcılar;

Sözlerime son vermeden önce iki gün sürecek olan bu Çalıştayda yapılacak sunumların ve tartışmaların Türk Borçlar Kanununun güncel sorunlarının çözümüne katkılar sağlayacağına inanıyorum. Tüm meslektaşlarımıza, akademisyenlerimize ve konuklarımıza katılımlarından ve katkılarından dolayı teşekkür ediyor, hepinize saygılar sunuyorum.

Sunucu:

Yargıtay Başkanımız Sayın Mehmet AKARCA'ya konuşmalarından dolayı çok teşekkür ediyoruz efendim. Değerli konuklar şimdi de Türk Borçlar Hukuku alanında kıymetli çalışmaları ve emekleri bulunan değerli hocalarımızla yine yarınki çalıştay oturumlarında oturum başkanlığı yapacak hocalarımıza plaket takdim törenine geçiyoruz efendim.

Sayın Prof. Dr. Fikret EREN'i plaketlerini almak üzere sahneye davet ediyorum.

Sayın Adalet Bakanımız Bekir BOZDAĞ'ın Türk Borçlar Hukuku alanında kıymetli çalışmaları ve emekleri bulunan değerli hocalarımıza

plaketlerini takdim etmek üzere müsaadeleri ile sahneye teşrifini arz ederim efendim.

Evet, Sayın Adalet Bakanımızı diğer hocalarımızı da plaketlerini takdim etmek üzere yüksek müsaadeleri ile sahnede bir süre ağırlamaya devam edeceğiz efendim. Sizi biraz daha ağırlayacağız Sayın Bakanım.

Sayın Hocamızı da toplu fotoğraf çekim için bir müddet daha sahnede ağırlayacağız.

Sayın Prof. Dr. Ergün ÖZSUNAY'ı plaketlerini almak üzere sahneye davet ediyorum.

Sayın Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ'yi plaketlerini almak üzere sahneye davet ediyorum.

Sayın Prof. Dr. Mehmet ÜNAL'ı plaketlerini almak üzere sahneye davet ediyorum. Sayın Hocamızı da toplu fotoğraf çekimi için bir müddet daha sahnede ağırlayacağız yine.

Sayın Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN'ı plaketlerini almak üzere sahneye davet ediyorum. Sayın Hocamızı da yine bir süre sahnede arayacağız toplu fotoğraf çekimi için.

Şimdi de Sayın Yargıtay Başkanımız Mehmet AKARCA'yı sahneye davet ediyorum. Efendim evet şimdi plaketleri Yargıtay Başkanımız Sayın Mehmet AKARCA takdim edecek.

Sayın Prof. Dr. Gökhan ANTALYA'yı plaketini almak üzere sahneye davet ediyorum efendim.

Sayın Bakanımız Bekir BOZDAĞ'ı bir süre daha sahnede ağırlayacağız toplu fotoğraf çekimi için efendim.

Sayın Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'u plaketini almak üzere sahneye davet ediyorum.

Prof. Dr. Şahin AKINCI'yı plaketini almak üzere sahneye davet ediyorum.

Sayın Hocalarımızı, Sayın Bakanımızı ve Sayın Yargıtay Başkanımızı toplu fotoğraf çekimi için bir süre daha sahnede ağırlayacağız efendim.

Sayın Prof. Dr. Hasan AYRANCI'yı plaketini almak üzere sahneye davet ediyorum.

Evet, efendim konuklarımızı toplu fotoğraf çekimi için sahnede yerlerini almaları için rica edeceğiz. Evet, alkışlarla, konuklarımızı, katılımcılarımızı, Sayın Bakanımızı, Sayın Yargıtay Başkanımızı ve Sayın Hocalarımızı yerlerine alıyoruz efendim.

Değerli misafirlerimiz Çalıştayımıza öğle yemeği için ara veriyoruz. Programımızın ikinci bölümü saat 14.00'de yine bu salonda başlayacaktır, efendim.

GENEL OTURUM

Sunucu:

Türk Borçlar Kanunumuzun 10 yıllık yürürlük sürecine ilişkin genel değerlendirmelerin yapılacağı genel oturuma başlıyoruz. Oturum başkanımız Sayın Prof. Dr. Fikret Eren yerini aldı.

Sırasıyla Yargıtay Birinci Başkanvekili Adem Albayrak, Sayın Prof. Dr. Ergun Özsunay, Sayın Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, Sayın Prof. Dr. Mehmet Ünal, Sayın Prof. Dr. İhsan Erdoğan ve Sayın Prof. Dr. Cevdet Yavuz'u sahnede kendilerine ayrılan yerlerine davet ediyorum.

Oturumumuz başlıyor.

Prof. Dr. T. Fikret EREN:

Değerli arkadaşlarım, şimdi yeni Borçlar Kanunumuzun genel olarak üzerinde konuşmak üzere Yargıtay Birinci Başkanvekili değerli dostumuz Adem Albayrak ve üniversiteden hocalarımız sırayla konuşacaklar. Bu vesileyle hepinize hoş geldiniz diyorum. Umuyorum çok güzel bir sonuç ve oturum olacak. İlk konuşmasını yapmak üzere Yargıtay Birinci Başkanvekili Hukuk Genel Kurulu Başkanı Sayın Adem Albayrak'ı konuşmasını yapmak üzere davet ediyorum.

Adem ALBAYRAK:

Sayın Oturum Başkanım, Kıymetli Protokol, Çok Değerli Meslektaşlarım hepinizi saygıyla sevgiyle selamlıyorum. Aslında bu konulara veya sunum yapmaya çok alışık bir insanım ama ciddi bir heyecan içerisindeyim. Neden dersiniz, çok muhtemel ki 38 sene önce bugün, ben Ankara Hukuk Fakültesi sıralarında Fikret Hoca'mı dinliyordum. Hiçbir dersi kaçırmadığım gibi Hocamın dersini de kaçırmıyordum. Onun oturum başkanlığında çok kıymetli hocalarımın olduğu, duayenlerin arasında ben borçlar hukukundan bahsedeceğim. O kadar zor ki, eğer hata yaparsam hatalarımı da affedin. Yeni değil 10 yıl oldu ama 10 yıllık Borçlar Kanunu anlamında TBK diyeceğimiz Türk Borçlar Kanunu ile ilgili bu seminerin düzenlenmesinde emeği geçen başta Adalet Bakanımız, Bakan Yardımcılarımız ve Genel Müdürümüz Hakan Bey ve çalışma arkadaşlarımın hepsine çok teşekkür ediyorum bana da bu fırsatı verdikleri için. Tabii ki anmadan geçmemek lazım, bu Kanunun çıkmasında komisyonda görev yapan çalışan çok Değerli Hocamız, Turgut Akıntürk Hocamızı rahmetle minnetle anıyorum. Ben alıp bir konuyu size aktarırsam buradaki duayenlere herhalde uygun olmaz dedim dolayısıyla ben şöyle Borçlar Kanunu anlamında neler yenilendi? Eski kanunda ne vardı, yeni

kanunda ne oldu? Hangisi bizim işimize yaradı, hangisi uyuşmazlığa daha çok fayda veriyor? Bunları toparlayayım.

Çok Değerli meslektaşlarım, aslında Kanunun ilk hali Borçlar Kanunu iken “Türk” eklemesi ile Türk Borçlar Kanunu oldu. 1926 yılında çıkmış, 85 yıl boyunca uygulanmış bir Kanuna “Türk” ibaresi eklenmekle aslında Kanunun İsviçre’den çevrilmiş, birazcık millileştirme anlamında ismi ile başlanmış bir Kanunumuz var elimizde. Bu Kanunun hazırlık süreci 13 yıl sürmüş. Bu 13 yıl boyunca yani kanunlaşma süresi 13 yıl boyunca ciddi tartışmalara uğramış. Bir kısım hususlar değiştirilmiş, eklenmiş, çıkarılmış ama sonrasında, bilmiyorum salonda ne kadar benim görüşüm karşılık görür ama, bence şu anda elimizde uyguladığımız en iyi kanunlardan biri ortaya çıkmış. Ben diğer kanunlarda sorunlar olduğu biliyorum ama Türk Borçlar Kanunu en az sorun yaşadığımız kanun diyorum, okuyunca anladığımız, müesseselerin oturduğu, bir konuda kitap aradığında bulabildiğimiz, bir konuda görüş aradığında bulabildiğimiz belki tek kanun, belki de en önemli kanun Türk Borçlar Kanunu. Çok ciddi bir sorun yok. Bu sorun 818 sayılı Kanun zamanında var mıydı dersiniz, bana göre o zaman da yoktu ama o nedenle kanun koyucu ve hocalarımız 818 sayılı Kanunu bir tarafa atıp tamamen ayrı bir Borçlar Kanunu yapmak yerine, 818 sayılı Kanunda aksayan yanlara müdahalelerle daha mükemmel bir hal aldırılmışlar. Emegi geçen herkese de bu anlamda teşekkür ediyorum.

Şimdi birazcık sizlerle dertleşmek anlamında, Türkçeleştirme faaliyeti. Acaba bir kanun sadeleştirilmiş bir Türkçeye mi yazılsın, yoksa eski dillerden ibareler de taşısın mı? Bir görüş diyor ki, hukuk terminolojisi önemlidir, eski ibareler kalmalıdır, hiç kimse dokunmamalıdır ona. Bir görüş de diyor ki, bu kanunlar halkı etkilediğine göre, halka yönelik yapıldığına göre herkesin anlayacağı bir dilde olsun diyor. Ondan sonra ne oluyor? İşte icap yerine öneri, hata yerine yanlış, hile yerine aldatma, iflah yerine korkutma, butlan yerine kesin hükümsüzlük gibi ibareler ortaya çıkıyor. Siz hangi görüştesiniz dersiniz? Ben karma görüştenim. Bazı oturmuş müesseselere çok dokunmamak lazımdı. Biz 10. yılında Hukuk Genel Kurulunda hâlâ “hata, hile, ikrah”tan bahsediyoruz, hâlâ biz “yanılma, aldatma, korkutma”ya adapte olamadık. Genç arkadaşlar adapte olabiliyor mudur oluyordur ama biz olamadık. Kanun koyucu bazı yerlerde bizim dediğimiz gibi yapmış. Temerrüt’e dokunmamış mesela. Aslında temerrüde ben baktım ne diyebilirdi diye, direnme, direngen, dirgen gibi şeyler çıkıyordu. İyi ki dememişler temerrüt olduğu gibi kalmış. Keşke hata, hile, ikrah da kalsaydı diye içimden bir uhde geçiyor ama bunun zamanı geçmiş, biz de uyum göstermeye çalışacağız. Acaba Borçlar Kanunu’nun uygulanması sistematigi şöyle diyebiliriz. Önceki Kanuna basit dokunuşlar yapılmış ancak bazı yeni müesseseler getirmek zorunda hissedilmiş. Bu zorunluluk nerden gelmiş? Teknolojik gelişmeler, ülkenin içinde bulunduğu durum, coğrafyanın gelişimi, haberleşmenin gelişimi, iletişim çağı... Bunlar birazcık böyle kanuna da etki etmiş. Bazı hükümlerde var. Bütün hükümlere tek tek dokunmam için belki 8 saat falan gerekir ama ben 20 dakikada önemli gördüğüm hususlara dokunacağım. Önceki kanunda olmayan genel işlem koşulları diye adlandırdığımız veya söylediğimiz bizim hukukumuzda sadece 6098 ile girmede daha önce mülga 4077’de olan bir kavramla girdi genel işlem koşulları. Şimdi burada literatür, doktrin, tip sözleşme, karma sözleşme, ihtiyati sözleşme gibi isimler veriyor ama daha çok bir hizmet

veren tekel anlamında; su, elektrik, bankacılık hizmeti gibi, doğalgaz hizmeti veren kuruluşların hazırladığı sözleşmeyi abonelerine bir anlamda dayatması ya da onu imzalamazsan bu hizmeti vermeyeceğim anlamındaki genel işlem koşullarında neler sonucu değiştirecek? Buna ilişkin bir düzenleme yapmak zorunda idi Kanun. Genel işlem koşulunun müeyyidesini 21 inci madde yazılmamış sayılma olarak belirlemiş. Acaba yazılmamış sayılma deyince bu yazılmamış sayılma bizim bildiğimiz borçlar genel hükümleri anlamında yokluk mu? Eski tabiri ile butlan mı? Ya da yeni tabiri ile kesin hükümsüzlük mü? İptal edilebilirlik mi? Askıda geçersizlik mi? Bu da doktrinde tartışılıyor. Sonuçta biz bir genel kurul kararında bunu değerlendirdik. Kesin hükümsüzlük, yani eski tabiri ile butlan olabileceğini düşündük ve o yönde bir kararımız var. Bir genel kurul kararımızda da şunu tartıştık. 6098'in yürürlüğünden önce bir sözleşmede genel işlem koşulu var ise acaba kanunun yürürlüğünden sonra açılan bir davada bu genel işlem koşulu uygulanır mı, uygulanmaz mı tartışmasına girdik. Genel kurul kararı bildiğim kadarıyla oy birliği ile bu sözleşmenin düzenlendiğindeki tarihteki kanun hükümlerine tabidir, yeni hükümler bunu etkilemez diye değerlendirme yaptık. Başka konu, Borçlar Kanunu yapılırken, kanun koyucu ve komisyon Yargıtay kararlarında istikrarlı Yargıtay kararlarını kanun hükmü haline getirmiş, bu da çok önemli ve doğru bir tespit. Bu anlamda mesela ağır bedeni zararlar halinde manevi tazminat 818 sayılı Kanuna göre mümkün değildi. Ancak Yargıtay diyordu ki; ölümde varsa ağır bedeni zararda da olur diyordu. Kanun koyucu demiş ki, madem içtihatla böyle oturdu, halk böyle istiyor, yargı böyle istiyor o zaman ben de kanuna koyarım demiş. Bu hükmü buraya getirmiş çok da iyi olmuş diyebiliriz. Şimdi burada Türk Borçlar Kanununun 56 ncı maddesindeki düzenlemeden bahsediyorum hepinizin de anladığı üzere. Bazı maddelerde değişiklikler yapılmış. Bazı maddeler eklenmiş dedik ama Borçlar Kanununda hepimizin bildiği müteselsil sorumlulukta tam ve eksik teselsül şeklindeki eski kanundaki ayırım kaldırılmış; 61 ve 62 nci maddede müteselsil sorumlulukta dış ilişki nasıl olacak, iç ilişki nasıl olacak şeklinde çok isabetli bir düzenleme yapılmış diyebiliriz.

Çok Değerli Arkadaşlar böyle nokta yerlere dokunmaya çalışıyorum. Eski kanunda kusursuz sorumluluk hallerinde uygulamada hakkaniyet sorumluluğu, özel sorumlu şeklinde düzenlemeler vardı. Bunlar böyle başlık altında değildi ama her biri ayrı bir madde olarak düzenlenmişti. Ayırt etme gücünden yoksunluğun verdiği zararın tazmini konusu vardı. Adam çalıştırmanın sorumluluğu vardı. Yapı malikinin sorumluluğu vardı. Belki de teknolojik gelişmeler bunu zorunlu kıldı. Yeni Kanunumuz tehlike sorumluluğu ve denkleştirme maddesi altında özellikle tehlike arz eden işletmelerin verdiği zararlardan da kusursuz sorumluluk halini düzenlemiş oldu. Bu da uygulamaya bir anlamda, yenilik anlamında çok isabetli bir dokunuş veya uygulamayı çok rahatlatan bir kanun hükmü haline gelmiş oldu.

Bir başka değişiklik dersek; ayrıntısı çok ama kabaca söylersek, haksız fiille sebepsiz zenginleşmedeki zamanaşımı süreleri 1 yıl ve 10 yıl iken, bu kanun hükümleri Türk Borçlar Kanununun 72 ve 82 nci maddesinde 2 yıl ve 10 yıl şeklinde değiştirildi. Bu değişikliğe yargı çok çabuk uyum gösterdi. Çünkü hem sürelerin hesaplanmasında hem de zarara uğrayanın zarara kavuşması ihtiyaç olduğu için biz zaten zamanaşımı itirazı geldiğinde, hele

adam da ciddi bir zarar görmüşse, zamanaşımına uğramışsa, itiraz da varsa içimiz cız ediyordu. Adam zarar görmüş ama zamanaşımını biz biraz böyle geniş yorumlama meylindeydik, dolayısıyla o süreyi artırmış olması bizim için ya da uygulayıcı için çok fevkalade yerinde olmuştur diyebiliriz.

Bir başka yenilik diyebileceğimiz konu, geçici ödemeler. Türk Borçlar Kanununun 76. maddesi. Bu da bana göre çok ciddi bir ihtiyaca cevap verdi. Bunu düşünenlerin aklına sağlık, yazarların emeğine, kalemine sağlık. Zarar gören kişi, mahkemedeki yargılamaların gecikmesi veya hükmün kesinleşmesinin veya hükmün icra edilebilmesinin zaman alacağını düşündüğünüz anda, o zararını gidermek için o zararı en azından belli bir miktarda ulaşıp o zararın belli bir miktarını tazmin etmesi çok faydasında oldu bu anlamda. Peki bu maddeyi uygularken sorun yaşıyor muyuz dersiniz yaşıyoruz. Bu verilen para geçici ödemenin iadesi olursa nasıl olur? İade hangi koşullarda olur? İadenin hangi tarihte faiziyle başlatacak falan tartışması var. Bunlardan başka belki ilginizi çeken bir de usul tartışması olmuş. Bunu araştırmalarda buldum. Acaba geçici ödemeye ilişkin verilen kararlar istinafa tabi mi tartışması çıkmış. Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi ile Ankara Bölge Adliye Mahkemesi farklı uygulama yapmış. Demiş ki biri istinaf yolu açıktır, biri değildir. Tabii olay gelmiş Yargıtay 10. Hukuk Dairesine. 10. Hukuk Dairesi de bunu incelemiş. Bu verilen geçici ödeme kararı bir ara karar niteliğindedir. Dolayısıyla istinafı kabil değildir şeklinde bir uyuşmazlığı, kararlar arasındaki farklılığı bu yönde gidermiş. Siz hangi görüştesiniz diye sorarsa salon buradan bana, ben de derim ki bu karar doğru olmuş, bana göre de bu ara karar niteliğinde olduğu için istinafı mümkün değil diye düşünmek gerekir diye düşünüyorum. Bu anlamda geçici ödemelerin fevkalade faydalı olduğunu, bu hükümlerin çağdaş ülkeler açısından da bizim de onlara adım adım yaklaşmamıza vesile olduğunu düşünüyorum. Çok isabetli bir düzenleme olduğunu söylemişim. Yargıtayın içtihatlarına yansıyan, Yargıtayca kabul edilen bir husus, daha önce Kanunda yok iken Kanunda yasal bir hüküm haline getirildi, Kanuna hüküm konulmak kaydıyla. Nedir bu? Borcu sona erdiren işlemlerden ibra. İbrayı zaten Yargıtay uygulamasında da ibra borcu sona erdirir diye düşünülmüştü, ancak bu Kanunda yoktu. Türk Borçlar Kanunu yani 6098 sayılı Kanuna 10 yıl önce konuldu. Bu da ortada olmayan bir durumu yani fiili bir durumu hukuki duruma getirmek anlamında isabetli oldu, bunu doktrin de çok olumlu karşıladı benim okuduğum kadarıyla. Bir başka konu yine Yargıtayda çok tartışılan aşırı ifa güçlüğü diyebileceğimiz uyarlama davaları çok konuşuldu. Belki de Yargıtayın en çok içtihat ürettiği konu vardı. Bu da yasa hükmü olarak 132 nci maddeye getirildi. Aşırı ifa güçlüğünde uyarlama. Burada Yargıtayın bakış açısı doğrusu birazcık beklenmeyen hali katı yorumluyor. Bizim bir Hukuk Genel Kurulu kararına da yansıdı bu husus. Beklenmedik hal birazcık katı yorumlanıyor. O yüzden uyarlama davaları zaman zaman değişkenlik göstermekle birlikte yani ülkenin yaşadığı dönemler veya ülkenin yaşadığı enflasyon durumu vs. konularında zaman zaman farklılıklar gösterse de bu uyarlama davalarını Yargıtay'ın çok da her kararda evet uyarlama olur demediğini, birazcık katı yorumlar yaptığını düşünebiliriz. Bu anlamda bir Hukuk Genel Kurulu kararından bahsedersen konuyu birazcık açmış olurum. Yayınladık bu kararı zaten. Davacı bir bankaya gidiyor, diyor ki "Ben kredi istiyorum." Bankanın kendi iddiası bu. Bankanın ilgili görevlisi diyor ki, "Sen krediyi alacaksan diyor, sana Japon

yenine endeksli kredi vereyim” diyor. Neden diyor? Japon yeni çok az artıyor, ona endeksli olduğunda çok rahat edersin diyor. Adam da kabul ediyor, tamam diyor. 3 yıl boyunca dediği gibi oluyor. Japon yeni hiç yükselmiyor, 3.yılın sonunda bir bakıyorlar Japon yeni 12 kat artıyor. Ondan sonra geliyor ben uyarlama istiyorum diyor. Mahkeme de uyarlamayı uygun görüyor. Dairenin biri de bozmuş. Biz de uzun süre tartıştık. Tartışmadan bir cümle de “E canım adam da Japon yenini nereden çıkardı?” cümlesini ben de doğrusu kabul ettim. Japon yeni nereden çıktı Türk parası varken. Herkesin kullandığı dolar varken, euro varken. O yüzden mesela Japon yenini tercih ettiyse 3 yıl boyunca da bunun nimetlerinden faydalandıysa bundan sonrasında faydalanması mümkün değil. Biz burada fiili olarak bunu dedik ama hukuki olarak burada beklenmeyen hal söz konusu değildir. Bu krediyi alan kişi bundan bir şekilde bunun böyle olacağını bilmeliydi, bu beklenmeyen hal olmaz dolayısıyla uyarlama olmaz şeklinde karar verdik. Yine benim daha önce çalıştığım 15. Hukuk Dairesinde 2014/2037 esas, 2015/12355 karar sayılı bir kararımızda bu ifa güçlüğü uyarlamanın çok ayrıntılı bir değerlendirmesini yapmıştık. Aşırı ifa güçlüğü de bu anlamda Yargıtay uygulamalarına ve doğrusu yasal bir zemin kazandırma veya onu daha açık hale getirme anlamında faydalı olmuştur. Bir de önceki Kanunda olmayan, 201 inci maddedeki borca katılma, 205 inci maddedeki sözleşmenin devri, 206. maddedeki sözleşmeye katılma hükümleri de aynı şekilde fiiliyatta olan ancak uygulamada olan ancak yasal zemini olmayan konulardı. Bunların da yasal zemine kavuşturulması hem sözleşmenin tarafları veya ilişkinin tarafları yönünden de faydalı olmuştur diye düşünüyorum. Bir başka aktaracağım konu, satım sözleşmesinde alıcının ayıplı mal satın alması halinde müeyyideler vardı. Bu müeyyideler hepimizin bildiği gibi sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme, ayıpsız bir benzeriyle değişim hali var iken, bir de dördüncü bir ihtimal, dördüncü bir imkân olarak dördüncü bir seçimlik hakkı olarak ücretsiz onarım isteme yenilik olarak getirildi. Bu da fevkalade çözümcü bir konu oldu. Çok yakın zamanda henüz karar açıklanmadığı için söyleyemeyeceğim ama bu ücretsiz onarma istemiyle ilgili biz de bir dosya çok ayrıntılı şekilde tartışıldı. Sadece birkaç cümle şöyle söyleyebilirim. Hep araç satan kişi getir onarıyım, gitmiş onarmış, ihtarlar da olmuş, her iki tarafın da avukatı çok iyi, her iki tarafın avukatı da Borçlar Kanunu’nu iyi biliyor. Biri diyor ki; “Getir onarıyım”. O da gidiyor getiriyor. 7-8 kez böyle onarım git gel. Ondan sonra dedik ki artık bu hakkın bir anlamda kötüye kullanılmasına doğru gidiyor gibi bir karar verdik ama şu anda açıklanmadığı için bilmiyorum nasıl bir karar verdiğimizizi. Bir başka husus, Borçlar Kanununda kira ile ilgili. Önceden 818 sayılı Kanunda ve başka bir kanunun 6570 sayılı Kanununda kira hükümleri var iken 6098 sayılı Kanun ne yaptı? Hem 818’deki kira hükümlerini hem 6570 sayılı Kira Kanununu birleştirdi, 6098’de yaklaşık 79-80 madde halinde düzenledi. Bu anlamda bir kanunda tek bir yerde toplanması en azından çok faydalı oldu diye düşünüyorum. Kiraya ilişkin hükümlerde birkaç tane dokunduğu madde var kanun koyucunun 323 üncü madde var. Borçlar Kanununun 323 üncü maddesinde kira sözleşmesinin kira ilişkisinin devrini kolaylaştırıcı önlemler alınmış, hükümler getirilmiş. Bu anlamda 323 üncü madde bize kolaylık getiren bir madde olarak ortaya çıkmış. 325 inci maddedeki fesih sonrası makul sürede kiracının yükümlüklerinin devam etmesi de zaten içtihatlar da değerlendirilen bir konuydu. Bu da yasal bir

hüküm haline getirildi. Bu da son derece elimizi rahatlatan bir hüküm olarak ortaya çıkmaktadır. Kiracı ve kira verilenin her biri açısından lehe aleyhe hükümler var ama tek tek anlatma şeyim yok. Fevkalade güzel hükümler olduğunu düşünüyorum. Fesih süresinde 10 yıllık süre konusunda tartışmalar çok fazla şuanda bu yönde davalar çok fazla. Özellikle bu 10 yılın yenilenen sözleşmelerde nereden başlatılacağı konusu çok fazla yargının önüne geliyor. Bizim genel kurula henüz gelmedi ama benim araştırmalarımda yargının önüne en çok giden konulardan biri bu. 10 yıllık süre acaba yenileme varsa hangi tarihten başlatılacak tartışması hâlâ devam ediyor.

Bir başka önemli konumuz kefalet sözleşmesiyle ilgili. Kefalet sözleşmesinde malum olduğu üzere 818 sayılı Kanun zamanında kefaletle ilgili son derece sıkıntılı alanlar vardı. Neden sıkıntılı alanlardı? Kefiller zor durumda kalıyordu. Asıl alacaklıyı bulamayan kefile yöneliyordu. Kefalet hükmü bizim de Anadolu'da bir tabir var. Vaktin çoksa tanık, paran çoksa kefil ol aklın yoksa da ikisini beraber ol derlerdi. Kefaletle zaten durum sıkıntılı, adam bir şekilde kefil olmuş e o zaman kefaletin hükümlerini bilerek yapsın istedi kanun koyucu. Bunu sıkı kurallara bağladı. Ne dedi? Kefaletin tarihini bir yaz dedi. Bunu el yazısıyla yazdır dedi. Bir de dedi ki, bunun miktarının ne olduğunu bilsin herkes, miktarı da yazdır dedi. Ayrıca da eğer bu müteselsil kefaletse bunu yazsın ya da bunu anlatan cümlelerle onu bilsin yani bilinçli olarak ben buna kefil oluyorum, şu kadar miktara kefil oluyorum, şu sorumlulukları da biliyorum şeklinde bir kefalet sözleşmesi düzenlesin diye kefil koruyucu hükümler getirildi. Doğru mu? Çok doğru hem de. Kefili koruyucu hükümlerin yer alması Borçlar Kanunu açısından son derece isabetli olmuştur diye düşünüyorum. Buna ilişkin uyuşmazlıkları da aza indirgeyeceğini ve uyuşmazlığı da hatta bitirebileceğini de değerlendiriyorum. Şimdi eşin rızasıyla ilgili 584 üncü madde var. Bu anlamda da malum sonradan bir değişiklik yapıldı. Eşin rızası konusunda da açık hüküm getirilmesi kefalette, önemliydi.

En son dokunacağımız nokta; adi ortaklık. Aslında yargı uygulamasında en çok sorunlu alan gibi gözükken veya biraz davaları uzun süren, yargılamaları sıkıntılı olan, adi ortaklıkla ilgili hükümlerde eski hükümler hemen hemen korunmuş durumda. Çok dokunulmamış ancak yeni hüküm var mı diye baktım. 620 nci maddede, 633 üncü maddede bir düzenleme var. Ortaklıktan çıkma ve çıkarılma durumu düzenlenmiş. Bu birazcık derde deva, sıkıntıları giderici madde gibi gözüktü benim gözüme. Önemli gördüğüm birkaç konuya dokunarak sizi bilgilendirmek istedim. Son sözüm şu, sözün özünü başta söylemiştim. Borçlar Kanunu bizim uygulamakta en kolaylık çektiğimiz kanun. Hocalarımızın yazanların ellerine sağlık. Emeği geçenlerin ellerine sağlık. Sizi de sevgiyle, saygıyla, muhabbetle selamlıyorum.

Prof. Dr. T. Fikret EREN:

Sn. Adem Albayrak'a Yargıtayımızın Hukuk Genel Kurulu Başkanına bu veciz kısa konuşması için tebriklerimi sunuyorum. Tabii hukukun iki alanı var. Bir öğreti alanı, bir uygulama alanı. Uygulama alanı da öğreti alanı kadar çok önemlidir. Yargıtayımız bu konuda kendisini kanıtlamış, yeni nesil Yargıtay bu konuda daha da ileride. Şimdi mesela son Hukuk Genel

Kurulu Başkanımız benim de öğrencim olmakla birlikte derin hafızası, zekâsı ve bilgisi olan bir dostumuz, meslektaşımız. Kendisini kutluyorum. Biraz daha güzel konuşmasını artırmasını istiyordum ama kendisi tasarruflu.

Adem ALBAYRAK:

Kayserili olduğum içindir Hocam.

Prof. Dr. T. Fikret EREN:

Tebrik ediyorum. Sağ olsun, var olsun. Öğretideki dostlarımıza, arkadaşlarımıza geçiyoruz. Benim çok eski arkadaşım İstanbul Üniversitemizin Hukuk Fakültesinin değerli Medeni Hukuk Profesörlerinden kıdemli dostumuz, kısa anılarını bu konudaki birkaç noktalara...

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY:

Değerli Meslektaşlar, Sevgili Arkadaşlar... Ben aslında herhangi bir konuşma yapmak için hiç hazırlıklı değildim. Biraz önce benim de konuşmacı olduğum söylendi. Ufak bir tereddüt geçirdikten sonra bir şeyler söylemeye karar verdim ama bu uygulamacı hukukçuları özellikle pozitif hukukçuları biraz hayal kırıklığına uğratabilir. Çünkü söyleyeceğim şeyler uygulanan borçlar hukuku ve uygulanan borçlar hukukunun eksiklikleri veya aksaklıklarıyla ilgili değil. Sizi borçlar hukuku düzeninin üzerinden bir uçurmak istiyorum. Emeklilikten sonra kendi yaşadığım hukuku ve bu hukuk içerisinde borçlar hukuku ile olan bağlantımdan bahsedeceğim. Sabahleyin Sayın Bakan Türk iş insanının hukukçuya yaklaşımıyla ilgili bir şeyler söyledi. Söylediği çok doğrudur. Türk iş insanının hukukçuya ve uygulamacı hukukçuya bakışı çok farklıdır. Ben geçmişimde ilk olarak bir Türk hocaların asistanı olmadım, hukuk fakültesine girdiğimde Amerikan hukuk fakülteleriyle İstanbul Hukuk Fakültesi arasında bir mübadele anlaşması vardı ve ben kendimi Prof. Alfred Conar'ın asistanı olarak buldum. Alfred Conar Amerikan hukukuna giriş dersini anlatırdı mukayeseli hukuk dersinde. Ben de onu öğrencilere tercüme ederdim ama ayrıca her Perşembe günü de Türk iş insanlarına Doing Business in the United States diye ders verilirdi, konferans. Türk iş insanı Amerika'da nasıl iş yapar diye. O zaman şimdi gördüğünüz bütün büyük kodoman iş adamları o toplantıya gelirlerdi, Divan Otelinde olurlardı. Teknik açıklamalardan sonra Conar dersi bitirdi sene sonunda. Sonra bana soracağınız bir şey var mı dedi. İsmi söylemek istemediğim ünlü bir iş adamı "Ben size bir şey sormak istiyorum, Türk iş insanıyla Amerikan iş insanı arasında ne gibi fark görüyorsunuz bir senedir buradasınız" diye sordu Conar'a. Conar da dedi ki "Amerika'da bir iş insanı önemli bir sözleşme yaptığı zaman, yapacağı zaman, yapmadan evvel hukukçuya danışır, onun görüşünü aldıktan sonra sözleşmeyi imzalar. Halbuki Türkiye'de benim gördüğüm iş adamları hukukçu gibi atıveriyor sözleşmeye imzayı sonra iş sarpa sarınca gel beni kurtar, hangi hoca varsa

onu da getir, bunu da getir...” ve sonradan aradan yıllar geçti ben Türk iş insanlarına danışman olarak hizmet vermeye başladığım zaman gördüm ki hiçbir şey değişmemiş. Sizin istediğiniz kadar bilginiz olsun, gene bildiğini okuyor, imzayı atıyor. Kendini İtalyan Hukuku’na efendim, Bergamo bilmem ne tahkim mahkemesi kurallarına tabi kılıyor sonra iş ciddiyete binince de şuna buna gelin konuşalım, görüşelim. E ne yapayım ya sen Türk yargısının şeyinden çıkmışsın. İtalyan ticaret odasının tahkim kurallarına tabi olmuştun, bundan sonra yapacak bir şey yok. Gelin görüşelim, konuşalım işte görüşmelerle falan bir sonuca bağlanılıyor. Bu durum hâlâ da değişmiş değil, görebildiğim kadarıyla. Ben artık aktif olarak danışman veya avukat olarak hizmet vermiyorum ama hukukla ilişkim hiç kesilmiş değil, ölene kadar da kesileceğini sanmıyorum. Peki ne yapıyorum ben bu arada? Başka alanlarda çalışıyorum. Onun için o alanlarla ilgisi bakımından birkaç şey söyleyeyim Borçlar Hukukuyla ilgili görüşlerimi de açıklayacağım. Ben şimdi büyük hukuk çevrelerine anlatıyorum. Çünkü birçok kodifikasyon hareketi var. Yabancı hukukun benimsenmesiyle ilgili çok önemli gelişmeler var. Sovyetler Birliği’nin dağılmasından; Yugoslavya’nın çözülmesinden, yeni ülkelerin ortaya çıkmasından sonra yepyeni bir kodifikasyon modeli ortaya çıktı. Bu kodifikasyon modelinde artık bizdeki gibi medeni kanun, borçlar kanunu, ticaret kanunu ayrımı yok. Hepsi medeni kanun çerçevesi başlığı altında toplanıyor. Kısmen Alman Medeni Kanununa benziyor ama burada başka alanları da bunlar içine sokuyorlar. Mesela, uluslararası özel hukukla ilgili kuralların bir bölümü giriyor. Fikri mülkiyet hukukuyla ilgili kurallar bir araya geliyor. Birincisi bu anlamda gelişmeleri yeni medeni kanun ve borçlar kanunu modellerini anlatıyorum. İkincisi hukukun birleştirilmesi ve uyumlaştırılmasıyla ilgili çabalar üzerinde duruyorum, bunları anlatıyorum. Hukukun birleştirilmesi hangi alanlarda birleştirilebilir, hangi alanlarda uyumlaştırma yapılabilir? Borçlar hukuku bu anlamda en ideal model. En çok uyumlaştırmanın veya birleştirmenin yapıldığı alan; borçlar hukuku alanıdır. Bu anlamda da işte Avrupa Konseyi, Uncitral, Unesco gibi bu tür uluslararası kuruluşların hukukun uyumlaştırılması veya birleştirilmesine ilişkin katkıları ve yaptıkları çalışmalar üzerinde duruyorum. Bu vesileyle de uluslararası sözleşmelerin Türkiye’nin taraf olduğu özellikle uluslararası sözleşmelerin iç hukuka etkisi ve iç hukuk üzerindeki yansımaları üzerinde duruyorum. Çalışmalarımın bir bölümü bu. Bir bölümü de ben ister istemez asistanlık döneminde Amerikan Hukuku uzmanı olduğum için ve Amerikan Hukuk Sistemine giriş dersleri veriyorum ve Çağdaş Amerikan Özel Hukukunu anlatmaya, iletmeye çalışıyorum. Burada bir noktayı bir kez daha vurgulayayım. Artık dediğim gibi bizim sistemimiz kendimize göre iyidir. Medeni hukuk, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu. Bunu devam ettirebiliriz. İlla bunları yeni düzenlemelerde olduğu gibi bir araya toplamayı tek kanun haline BGB veya benzeri kanun haline getirmenin alemi yoktur. Bu anlamda da genel görünümü itibarıyla ben Borçlar Kanununun hem dilinden hem de yeni getirilen çözümlerden genel olarak memnunum. Arada geçen 10 yıllık süreye rağmen belki yeni bir takım şeyler daha konabilir yani alınan sözleşmeler yeni teknolojinin hukuk üzerindeki yansımalarına ilişkin çözümler Borçlar Kanununa konabilir. Bu arada Alman Kanununa da baktım mesela onlar elektronik sözleşmelerle ilgili bayağı çözümler getirmişler. Haksız fiiller hukukuyla ilgili bazı gelişmeler var. Şimdi bugün

anlatmayacağım ama muhtemelen yarın e scooter denilen elektronik skuterları bir alan problemi var. Bu Türkiye’de birden bire ortaya çıktı, korkunç yayıldı, bütün dünyada yayıldı ama e-skutera şöyle baktığımız zaman hem iyi hem de o kadar çok problem var ki insanın aklının kesmediği birçok problemler var. Bunu bırakıyorum yarına. Onun için şimdi genel görünümü itibarıyla Borçlar Kanununda yeni teknolojik gelişmelere uygun, yeni düzenlemeler yapılabilir ama şuanda bıçak kemiğe dayanmış durumda da değildir yani eğri oturup doğru konuşmak gerekirse Borçlar Kanunumuz yürüyor. Hiç de fena değil, çözümler de çağdaş bunu belirtmek gerekir. Şimdi bir de hukuk çevresi bakımından Borçlar Kanununa bakalım. Bizim hukuk çevremiz Atatürk’ün hukuk devriminden sonra değişmiştir. Bizim hukuk çevremiz kara Avrupası hukuk çevresidir. Kara Avrupası hukuk çevresinde de bildiğiniz gibi Alman Hukuku alt çevre olarak, Fransız Hukuk çevresi, Nordic Hukuklar çevresi var. Hatta bazı hukukçulara göre Sosyalist Hukuklar, Eski Sovyetler Birliği Hukuku şimdi Rusya Federasyonu ve onun tayfalarının olduğu hukuk da bu düzenleme içerisidir. Şuanda bizim Borçlar Kanunumuz daha önce de olduğu gibi halen de Kara Avrupası Hukuku çevresindedir. Kara Avrupası Hukuku çevresinde de alt hukuk grubu olarak Alman Hukuku ile aynı çevrenin içerisindedir. Artık Hukuk çevreleri kavramı üzerinde de tartışmalar var şimdi hukuk çevresi kavramı benim hocam Swigert ve arkadaşım Götze’nin yarattığı bir kavramdı. Ama Swigert öldü ne düşüneceğini bilmiyorum, ne düşünebilirdi. Götze bundan 3-5 yıl önce bir makale yayınladı. Hukuk çevreleri galiba tarihe karışıyor dedi, kendi yaratıcısı tarihe karışıyor dedi. Hakikaten artık eskisinde olduğu gibi turnusol kağıdı gibi soktuğunuz zaman asit veya baz gibi diyemiyorsunuz. Her şey birbirinin içine giriyor. Çin Halk Cumhuriyeti hukukuna bakıyorsunuz Allah Allah; Amerikan hukuk çözümleriyle Hollanda hukuk çözümleriyle İspanya hukuk çözümleriyle aynı. Onun için hukuk çevrelerinden çok daha çok şimdi hukuk kültürleri veya hukuk gelenekleri üzerinde duruluyor. Biz hukuk gelenekleri veya hukuk kültürleri olarak da kendi Borçlar Kanunumuza bakarsak biz şuanda kara Avrupası hukuk kültürünü benimsemiş ve onun bir parçası olmuş durumundayız. Bütün meslektaşların %99’u bu durumdadır, bu görüşü yansıtmaktadır. Onun için bu anlamda da artık Türk Borçlar Hukuku’nun yine kara Avrupası hukuk düzeni içinde olduğunu ve o çevrede o çerçevede geliştiğini söyleyebilirim.

İki şey söyleyerek sözüme son vereceğim. Belki Borçlar Kanununda bir yenileme yapmak söz konusu olursa bazı hukuklarda olduğu gibi ürün sorumluluğunu da Borçlar Kanunu içerisinde düzenlemek söz konusu olabilir. Product Liability bazı ülkelerde bağımsız yasalarla düzenlenmiştir. Almanya, Avusturya birçok İsviçre, Japonya gibi. Bazı ülkelerde de Avrupa Birliği’nin yönergesi Medeni Kanun’a alınıp sokulmuştur. Fransız Medeni Kanunu, Hollanda Medeni Kanununun ürün sorumluluğuyla ilgili hükümlerine baktığımız zaman o yönerge hükümlerinin aynen oraya intikal ettirileceğinin yansıtıldığını görebilirsiniz. Bizde bu ürün sorumluluğu yılların problemidir. Hala da doğru dürüst çözüme bağlanmış olduğu kanısında değilim. Belki bu ürün sorumluluğunu Fransız, Hollanda modelinde olduğu gibi Borçlar Kanunu içine sokabiliriz veyahut da bağımsız Alman, Avusturya modelinde olduğu gibi bağımsız bir kanun haline getirebiliriz ama Borçlar Hukukumuzun haksız fiillerle ilgili önemli sorunu Product Liability ‘dir. Bunu özellikle vurgulamak isterim. Onun dışında da

elektronik alandaki gelişmelerin, elektronığın hukuk üzerindeki gelişmelerinin Borçlar Kanunumuza yansıtılması zamanı gelmiştir. O konuda da çalışma yapılması yerinde olabilir. Birleşmiş Milletlerde Uzay Hukuku ile ilgili çalışmalar yapıldığı zaman sanıyorum Meksika delegesinin kullandığı bir şey, “Teknoloji göklerde kartallar gibi uçuşurken hukuk yerde kaplumbağa gibi sürünüyor. Bu durumdan kendimizi kurtarmalıyız” diyor. Benim de söyleyeceklerim bundan ibaret, dinlediğiniz için teşekkür ederim. İyi günler.

Prof. Dr. T. Fikret EREN:

Değerli Dostum Prof. Dr. Ergun Özsunay’ın konuşmaları ve içeriği için teşekkür ediyor, tebrik ediyorum. Şimdi yine değerli dostum Prof. Dr. Hüseyin Hatemi İstanbul Üniversitesi’nin çok sevdiğim meslektaşlarımdan, dostlarımdan biri olarak kendilerini güzel ifadeleriyle ve sözleriyle kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ:

Bütün meslektaşlarıma saygılar ve sevgilerimi sunarak söze başlıyorum. Çok teşekkür ediyorum davet edildiğim için de. Yalnız çok fazla ümitli olamıyorum çünkü ikinci Borçlar Kanunu TBK hazırlanırken gene böyle toplantılar oldu ama benim tekliflerimden hiçbirisi dikkate alınmadı. Zaten bu benim Medeni Hukuk alanında da kaderim. Kanun hazırlanırken söylediklerim havaya karışır. Kaç toplantıya katıldım mesela Medeni Kanun’un hazırlanması sırasında ama hazırlayan komisyonda değildim. Yapılan toplantılarda söylediğim hiçbir şey gene nazara alınmadı. Tek bir sözüm var, sadece bir noktada kabul edildi. O da zaten aradan 20 sene geçtikten sonra... Yalnız bu kabul edildi ama ilk söylediğim zamanlarda Medeni Kanun hazırlanırken Medeni Kanun’a hüküm konulsun diye büyük bir tepkiyle karşılaştım hatta laikliğe bu kadar aykırı bir teklifi oya bile koymam arkadaşlar hitabına maruz kaldım ama seneler geçti kabul edildi. O da şeydi; madem ki bir belediye memuru, devlet memuru hatta bir ara Nüfus Kanununa göre din dersi öğretmenleri hariç olmak üzere diğer sosyal bilim öğretmenleri de nikah memuru olabilir ama diyanet de bizde bir devlet makamı olduğu halde müftüler nikah kıyabilsin, nasıl olsa çok evlilik doğmuyor bu nikahlardan sadece niye nikah memurluğu yapamasın? Bunu söyledim ama kıyamet koptu, gündemden çıkartıldı. 20 sene geçti kabul edildi. Fakat bu arada da beklenen rağbeti görmedi artık. Mümkün olmadığı zamanlar çok isteyenler şimdi değişti zaten toplumda da değişiklik oldu.

Borçlar Hukuku’na geçelim. Bir temayül gitgide o bizim öğrenciliğimiz sırasında hemen bütün Medeni Hukuk hocalarının ve Ticaret Hukuku hocalarının da benimsediği bir ilke vardı. İsviçre’deki hukuk tarihinde belirtilen sebeplerden yani İsviçre hukuk tarihinde doğan sebeplerden Borçlar Kanunu Medeni Kanundan ayrıldı. Önce Borçlar Kanunu kabul edilmişti. 1881 Federal Borçlar Kanunu ama sonra Medeni Kanun ona katılacağı yerde Medeni Kanun ayrı bir kanun olarak meclisten geçti. Sonra Borçlar Kanunu revize edildiği halde Medeni Kanun ile birleştirilmedi. Biz de İsviçre’den aldığımız için öyle oldu ama her hoca şunu

söylerdi. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu arasındaki sıkı ayrılmaz ilişkiyi ve Ticaret Hukuku kurallarını da İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi, yani genel hükümler bölümünü şirketlere kadar yine bu defa da Borçlar Kanunu'nun mütemmimi sayardı. Şimdi bu görüşten uzaklaşıyor. Ticaretçiler tamamen şey diyor "Ticaret Hukuku bambaşka bir huktur.". Bir de fiilen açıkça söylenmese bile Borçlar Hukuku ve Medeni Kanun ilişkisine pek önem verilmez oldu. Ben medeni hukukçuyum demek yerine, İsviçre'de böyledir çünkü, Ticaret Kanunu da Borçlara dâhildir genel hükümlere, şirketlere kadar ama bizde Borçlar Kanunu kısmı Medeni Kanun'dan ayrı olsa bile temel ilkeler birliğine dikkat etmek gerekir. Çünkü tarihi sebeplerle ayrılık vardır, aslında olması gereken temel ilkeleri ortadan kaldırmamalı, ihmal etmemelidir. Ama bu temel ilkeler de artık göz önünde tutulmaz oldu. O yüzden Eugene Huber yok artık İsviçre'de de yok. Bizde ama İsviçre'ye Eugene Huber'in ilkelere onun hazırladığı kanundaki ilkelere bağlılık bilinci gene 50-60 sene önce çok daha riayet edilirdi, güçlüydü ama şimdi hakkaniyet terimi kanunda bir iki yerde geçse bile manası pek düşünülüyor. Hakkaniyet ilkesine göre mesela hâkim 4. madde gereğince hakkaniyet ilkesine göre kanunun yetki verdiği hallerde hukuk ve hakkaniyete göre hüküm verir dendi ama Medeni Kanunda hukuk ve hakkaniyetin anlamı yok. Hak ve nasfetin eski Medeni Kanunda hukuk ve hakkaniyet halini aldığını görüyoruz. Çünkü Alman metni nazara alındığı için "hak" kelimesi "hukuk" sayıldı. Halbuki "hukuk" değil; "hak"tı. Bizde olduğu gibi hak ve nasfet karşılığıydı. Şimdi ne dendi? Hukuk ve hakkaniyete göre hükmeder. Hukuk zaten topu hâkime atmış.

Şimdi doğrudan doğruya Borçlar Kanunuyla ilgili bazı konulara temas edeyim. Başta hakkaniyet sorumluluğu birinci Borçlar Kanunu'nda kusursuz sorumluluğun bir türü diye genelleştirilecek dendi. Ben de bunu çok iyi karşıladım. Bunları söyledim. İlk tasarı devrinde ama ikinci bir tasarı, ikinci bir toplantı oldu İstanbul Üniversitesi'nde. Bir de baktım ki hakkaniyet ilkesi değil tehlike sorumluluğunu esas aldık dediler, onu genel ilke haline getirdik. Tehlike sorumluluğu genel ilke haline getirilemez, özel, yani tazminatın sebebiyet verenin karşılamayacağı kadar çok olduğu hallerde özel kanun çıkartılmalı ve sigortayı da mecburi sigorta da yayılmalı, böyle yapmadık. Tehlike sorumluluğu saydık, hakkaniyet sorumluluğu getirdik. Yani hâkim durumun gereklerine göre tazminatı kararlaştıracak. Tehlike sorumluluğu değil, özel bir sigortası da yok. Halbuki bu sorumluluk tehlike sorumluluğu değil; hakkaniyet sorumluluğunun gene özel bir şekilde düzenlenmesinden ibarettir. Bunun düzeltilmesi lazım. Güven sorumluluğunun gene hakkaniyet sorumluluğunun özel bir şekli olarak açıkça düzenlenmesi lazım. Yani Borçlar Kanunu 44/2 hakkaniyet sorumluluğunun bu tehlikeli faaliyette bulunan işletmelerin durumu gibi onların sorumluluğu gibi 44/2 güven sorumluluğu olarak hakkaniyet sorumluluğunun bir türü olarak gene özel olarak bu şekilde belirtilmesi lazım ve zamanaşımı süresinin neye göre hakkaniyet sorumluluğu burada? Zamanaşımı süresi belirtilmeli. Haksız fiil sorumluluğu mu olacak güven sorumluluğunun zamanaşımı süresi, yoksa şey mi akdi sorumluluk mu? Almanlar da yanlış yaptılar bu reform yani ıslah edilmiş diyelim, reforme edilmiş yeni Alman Borçlar Kanununda bizim yapmamız ama yapmadığımız bir şeyi İsviçrelilere uyararak iyi bir şekilde kanuna getirdiler. Biz de yapmalıydık ama yapmadık. Çünkü İsviçreliler daha bu işi kabul etmiyor, tereddüt ediyor, biz de mezhebimiz Alman

Hukuku'ndan önce İsviçre mezhebidir diye o tereddüt bizi de etkiledi ama İsviçreliiler güven sorumluluğunun kanuna geçmesine daha fazla karşı olduğu için burada da İsviçre mezhebi faydalı oldu. Çünkü Almanlar şu yanlış yaptılar. Güven sorumluluğunu da şöyle birleştirdiler halbuki aralarında fark var. Güven sorumluluğunun temeli haksız fiil sorumluluğudur. Halbuki culpa in contrahendo sorumluluğun temeli bir kanuni borç ilişkisidir. Ama güven sorumluluğunda haksız fiil sorumluluğu vardır. Kusur aranır mı, aranmaz mı? İşte hakkaniyet sorumluluğu olarak düzenlenip kusur aranmayabilir ama biz bunu da yapmadığımız için güven sorumluluğu kanunda var fakat teşhisini koyamıyoruz. Bunu da düzeltmek lazım. Sonra hakkaniyet sorumluluğu yalnız haksız fiil alanında değil, akdi sorumluluk alanında da sorumluluk korumak için değil tazminatın hesaplanmasında Borçlar Kanunu'nda da yer alır. Bir yerde tazminatın hesaplanmasında genel ilkedir ama Almanların kaldırdığı menfi zarar, müspet zararı da kaldırmadığımız için mesela münakaşa ediyoruz acaba temerrüt dolayısıyla dönmede sadece menfi zarar mı istenir yoksa müspet zarar da istenir mi? Bence hakkaniyetin nazara alındığı Borçlar Hukuku alanında hata bahsinde Kanunda bir kural var yani hakkaniyet gerektiriyorsa yanılma halinde kusursuz olan karşı tarafa menfi zararı tazmin edilir ama hakkaniyet gerektiriyorsa müspet zararı aşmamak şartıyla hâkim daha fazla tazminata hükmedebilir. İşte hakkaniyet ilkesini doğru bir şekilde kanunda başta bir genel ilke olarak belirtmek veya buna da bir gerek yok hakkaniyet sorumluluğu halleri diye bu halleri de belirtsek çok iyi olur. Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini de gerek Medeni Kanun'da gerek burada hakkaniyet sorumluluğunun bir alt ilkesi olarak, ama sorumluluk olarak değil, kanuni bir yükümlülük ilkesi olarak fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi konursa iyi olur. Sonra kısa kısa bazı aklıma gelen noktalara temas etmek istiyorum. Müspet zarar, menfi zarar farkını söyledik.

Aklıma gelen bir şeyi de belirteyim. Mesela garanti sözleşmesi, bizde son zamanlarda asıl garanti sözleşmesi ayrılıyor, kefalet benzeri kişisel güvence veren sözleşmeleri kefaletten ayrı asli borç doğuran sözleşmelere ne deniyor? Kefalet benzeri sözleşme, garanti sözleşmesi. Halbuki asıl garanti sözleşmesi budur. Diğer, “sen şu kârı sağlayamayacaksan burada bir turistik otel aç asgari sana şu kadar kâr taahhüt ediyorum bunu sağlayamazsan ben tamamlayacağım”. Bu işte asıl garanti sözleşmesi değildir. Asıl garanti sözleşmesi, kefaletle benzeyenidir. Bunu da asli kefalet diye kefalet bahsine alınıp bu madde kaldırılır. Yani sen borcunu ödeyemezsen tazminatı ödeyemezsen ben ödeyeceğim. Asıl garanti sözleşmesi kefaletle birleştirilmelidir. Diğer sözleşmede şartlı bağışlama olarak bağışlamada bir kural, bağışlama sözleşmesinde bir kural haline getirilmeli. Bu üçüncü şahsın fiilinin üstlenilmesi maddesine gerek kalmaz, o zaman karışıklıklar doğmaz.

Feragat edilemeyecek şeylerden bir cümle ile bahsedeyim. İstanbul Üniversitesi'nde yapılan toplantılarda Borçlar Kanunu çıktıktan, benim böyle çıkmasın aman dediğim halde böyle çıktıktan sonra yapılan toplantılarda hep söyledim ama hiçbir etkisi olmadı gene kurala uygun olarak. O da şudur; bir maddeyi şöyle kaldırdık lüzumsuz diye. Nasıl olsa bir sonraki maddede tekrarlanıyor o halde lüzumsuz, kaldırdık. Sonraki maddede de daha büyük bir şeyle bana kalırsa doğru olmayan bir şekilde ikinci maddeye de bu ilga edilen maddede olmayan şeyler ilave ederek, hukuk güvenliği temelinden sarsıldı. Bu zaten Anayasa'da vardır.

Anayasa'nın biz genel ilkelerini Anayasa'nın içinde değil, başlangıç kısmında arıyoruz. Şu halde hukuk güvenliği halen tehlikededir ve bu tehlike Borçlar Kanunu'na da sirayet etti. Kamu nizamı, kamu düzeni ancak kanunlardan anlaşılır. Ahlak gibi değildir. Ahlak yazılı olmayan kurallardır, emredici kurullar ama o da ortadan kalktı. İsmi yok, cismi var. Zümrüdü Anka kuşu oldu ahlak. Öyle bir ortak ahlak kalmadı. Kanunda belirtilirse zaten kanun hükmüdür, emredici kanun hükmüdür ama kanun olmayan bir hususta hâkimin uygulayacağı bir ortak ahlak kalmadı. Medeni Hukukta da böyle ama Medeni Hukukta biraz daha etkileri olabilir belki. Fakat Borçlar Hukuku alanında bu maddenin ilgası sonunda ve öbür maddeye de yanlış eklemeler yapıncı, o madde eski madde 19/2'ydi. Şöyle derdi; emredici kuralların neler olduğunu belirtmek için, ama kanun kuralları arasında yani bir emredici kural olup olmadığını kanunun metninden açıkça anlamıyorsak bir kuralı, o zaman şuna bakarız deniyor yeni kanunda; "Kamu düzenine aykırı mı?". Bir sözleşme mesela kamu düzenini ihlal ediyor mu? Kanun hükmü yoksa kamu nizamını ayrıca sayarak bunu da ahlak gibi kanunda bir kural olmasa bile kamu düzeni kuralları butlan sonucunu, kesin hükümsüzlük sonucunu doğurur diye düzenlendi. Halbuki eski metin lüzumsuz değildi. O butlandı bahsetmiyordu emredici kuralların kanun kurallarının nasıl tespit edileceğinden bahsediyordu. O ilga edildi. Kamu düzeni kesin hükümsüzlük sebeplerini bundan alarak sayınca hiç kanunda hüküm olmasa bile, kamu düzenine aykırı diyerek bir sözleşmenin batıl olmasına yol açıldı. Peki kim takdir edecek kamu düzenini? Bu yanlışlık Anayasa'da var. Çünkü Anayasa hükümlerinin uygulanmasında da eğer kamu düzenine aykırıysa, hatta bu yetmiyor, Türk'ün manevi değerlerini, milli menfaatlere filan diye ekler de yapılarak başlangıç kısmının sonunda öyle bir şey varsa kanunen himaye görmez, nazara alınmaz. Bu özel hukuk alanına da aktarıldı. Bu tehlikeli bir gidiş. Eski 19. maddeye ilave etmeli, kesin hükümsüzlük maddesini de biz gene İsviçre Kanunu'nda bizim eski kanunda olduğu gibi bırakmalı. Bu da çok önemli mutlaka yapılması gereken bir şey. Bir de sebepsiz zenginleşmenin unsurlarını eskiden hiç tartışmasız hepimiz sayarken yoksullaşmadan bahsederdik ama şöyle 1991'lardan itibaren Alman Kanunu'nda yoksullaşmadan bahsedilmiyor. Şu halde yoksullaşma gerekmez fikrini İsviçre de bildirdi zannediyorum o da hemen Türk Hukuku'nda şiddetle savunuldu. Bu konuda da bir değişiklik yapılmaması hatta yoksullaşmanın açıkça yoksullaşma terimi kullanılarak kanuna konması lazım. Sonra 41 inci madde eski 49/2 olarak muhafaza edildi. Doğru bir şey ama ayrıca tartışılabilir ama aile hukuku alanında mesela evli bir şeyde ayartan kişi, kadın veya erkek bir evlilik birliğinin sona ermesine sebep olmuşsa önce 49/2'den yararlanıldı ve tazminat isteyebilir diğer eşlendi. Bunun da üzerinde düşünülmeliydi ama kabul edilmesi doğru oldu bana kalırsa içtihatlarda, kanunda değil ama tatbikatta birden bire bir içtihadı birleştirme kararı verildi. 3. kişidir bu ahlaksız, o halde bu ahlaksız korunmalıdır, yani sadakat hükmü yoktur. Evlilik 2 kişi arasındadır. Halbuki koskoca 49/2 niye gözden kaçırıldı? Kabul edilsin ama öyle zannediyorum ki bilhassa erkekler bu yüzden bir tazminat istemezler. Kendilerine yediremezler. Mesela bu kararın ilk verilmesinde olduğu gibi masum bir kadıncağz birden bire kocasının desteğinden mahrum kalıyor, ahlaksız kişiye başvurması yolu açılmışken sonunda bir tevhide içtihat kararı verildi.

Kanuna aykırı tevhide içtihat kararı olduğu halde sonraki kural eski kuralı ilga eder, çünkü Yargıtay Kanunu'na göre hâkimleri bağlar.

Tüzel kişilerin manevi tazminat istemesi konusu gene halledilmeli ve kabul edilmeli. Bilhassa mesela bir ara da şu yanlışlık doğmuştur. Tüzel kişilerin manevi tazminat istemesi rahmetli Necip Yusufpaşaoğlu'nun bir makalesi yayınlanmıştı. İsviçre'de de bu görüşü ileri sürenler olmuştu ve ondan sonra tüzel kişiler manevi tazminat isteyemez çünkü huzuru, iç bütünlüğü ihlal edilemez, gerçek kişi gibi değildir. Tüzel kişilerin manevi tazminat isteyebilmesi bilhassa şu gibi hallerde zaruridir. Birisi diyelim ki, dini İslami mukaddesata hakaret ediyor, herkes benim manevi tazminat hakkı isteme hakkım doğdu diye bir kişiye hücum ederse, imkânı yok. Bir ara Atatürk'e saygısızlık edenler hakkında böyle bir furya başladı. Herkes Atatürk'a saygısızlık etti diye o yazıyı yazan kişiye birçok kişi bu vesileyle bir şey elde ederim diye tazminat davası açtı. Halbuki şöyle olsa, bu gibi hallerde bir tüzel kişilik dava açma hakkına sahip olsa İslam'ı mukaddesata hakaret halinde diyelim ki Diyanet İşleri Başkanlığının tüzel kişiliği olmadığı halde, ki verilmek lazım veya Diyanet İşleri Başkanlığı'na bir devlet dairesi olarak manevi tazminat talebinde bulunma veya manevi tazminat değil para cezası yerine getirilmeli. Yansıma zarardan da bahsedersek iyice uzayacak.

Bütün buraya davet edilen meslektaşlarımız bu toplantıdaki kısa konuşmalarla havaya uçuyor, söz uçar yazı kalır deyimi vardır. Bu sözler uçmasın diye ve çok kısa olarak söylüyoruz tabii. O zaman ne yapalım? Mümkünse uygun görülürse bir süre tayin edilsin, herkes düşüncesini mesela 3 ay içinde Adalet Bakanlığına bildirsin.

“Neşve ümit ettiğin sagar da senden gamlıdır,
Bir dokun bin âh dinle kase-i fağfurdan”...
Sabrınız için çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. T. Fikret EREN:

Değerli dostum Hüseyin Hatemi'nin güzel anlatımlarını dinledik. Şimdi bir 20 dakikalık çay molası veriyoruz. Ondan sonra tekrar buraya gelip 3 arkadaşımız daha konuşacak. Teşekkür ediyorum.

Sunucu:

Evet değerli konuklarımız muhterem misafirlerimiz. Türk Borçlar Kanunumuzun 10 yıllık yürürlük sürecine ilişkin genel değerlendirmelerin yapıldığı oturumumuzun ikinci bölümüyle devam ediyoruz.

Prof. Dr. T. Fikret EREN:

Çok mutluyum. Çok güzel bir ekip konuşanlar da dinleyenler de öyle. Türk hukukunun uygulama ve öğreticisinin en güzel insanları. Ne kadar güzel bir topluluk. Şimdi yine değerli üyelerimizden Kadim Dostum Prof. Dr. Cevdet Yavuz'u kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ:

Sayın Hocalarım, Sayın Başkanlar, Bakanlığımızın tertiplelediği Türk Borçlar Kanununun uygulanması ve sorunları toplantısı yönünden bu aşamaya kadar yapılan konuşmalardan dahi oldukça müstefit olduk. Sayın Yargıtay Başkan Vekilimizin ifade ettiği gibi Türk Borçlar Kanunu 12 yılda hazırlandı. İlk hazırlanan metin yargı mensupları, avukatlar, öğretim üyelerinden oluşan bir komisyonun hazırladığı metin ve bu metin kendisini rahmetle andığımız o zamanki komisyonun başkanı olan merhum Akıntürk hocamızın sunuş yazısı ile 2005 yılında Adalet Bakanlığı tarafından yayımlandı. Rahmetli Hocamız kendi ifadesi ile tarihe not düşme adına o sunuş yazısında, bu komisyonlarda görev alanların hangi sürelerde hangi kurumu temsilen görev aldığı yönünde uzun bir açıklaması da var. Oradaki isimleri okumak isterdim ama çok hüznün verici olacak. Çünkü içlerinden bazılarını kaybettik. İçlerinden bazıları işte buraya gelemeyecek kadar sağlık sorunları içinde. Ama ölenleri rahmetle anıyoruz, sağlık sorunları olanlara efendim en kısa zamanda afiyetler diliyoruz. Orada isimleri olanlardan şu an burada olanları da zaten dinleyeceksiniz. Orada isimleri olanlardan biri de bendim. Ama burada eleştiri babında söylenenlerden hiçbirinden alınmıyorum ve onlara karşı bir cevap verme durumunda olmayacağım. Konuya ben başka bir noktadan yaklaşmak istiyorum. O da son Anayasa değişikliklerinden biri ile daha da güncel hale gelen efendim Kanunlarımızın anayasal yargı açısından denetimi. Bu çerçevede anayasal yargının ilgili Kanunlar karşısındaki Anayasaya uygunluk denetimi veya o Kanunun uygulanmasında ne ölçüde temel haklara riayet, hak ihlali olup olmadığı noktasındaki görüşleri yani bunlardan bahsetmek istiyorum. Acaba Borçlar Kanunu açısından durum nedir? Bunun üzerinde ana hatlarıyla durmak istiyorum. Biliyorsunuz Kanunun uygulaması içinde olağan yargı yolları çerçevesinde pekâlâ bir Kanun maddesinin Anayasaya aykırılık iddiası hâkim tarafından ciddi bulunup bir tür iptal davası yoluyla o Kanun hükmünün Anayasaya uygunluk denetiminin yapılması sağlanabiliyor. Acaba bu 10 yıllık süreçte Borçlar Kanunumuz bu yönde Anayasa Mahkemesi önüne gelmiş mi? Benim tespitlerime göre sekiz iptal davası açılmış. Bu davalardan beşi esastan inceleme konusu yapılmış üçü de ilk incelemede reddedilmiş. Fikir vermek için bu esastan inceleme konusu yapılan beş müracaat üzerinde durmak istiyorum.

İlk müracaat Ankara 4. İcra Hukuk Mahkemesi Hâkimliğince yapılmış. Konusu 11.1.2011 günlü, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul tarihi bu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 584 üncü maddesinin tümü itibarıyla ve 603 üncü maddesinde de “ve eşin rızasına” sözcükleri yönünden Anayasanın 12, 13 ve 48 inci maddelerine aykırılığından bahisle bu müracaat yapılmış. Olay da şu; eşin rızası alınmaksızın aval verilerek kefil olunan borç nedeniyle yapılan icra takibinin iptali istemiyle açılan davada bu saydığım Borçlar Kanunu hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu. Belirtelim ki bu aval ile ilgili ve aval konusundaki o meşhur Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı o zaman yok. Dolayısıyla aval de uygulamada ve doktrinde salondan görüşler çerçevesinde o bildiğimiz 603 üncü madde çerçevesinde kefalet benzeri işlem sayılıp 584 üncü maddedeki evli avalist yönünden hükmün uygulanması gerekir mi gerekmez mi diye meşhur bir tartışma vardı ve Yargıtay bilmiyorum isabetli mi, dedi ki aval öyle sözleşme değildir, bir

kambiyo taahhüdüdür, bunun kefalet sözleşmesi ile falan alakası yoktur diyerek sonradan sorunu çözdü. Ama bu sorun bu müracaat tarihinde çözülmüş değil. Burada Anayasanın 48 inci maddesi çerçevesinde efendim Anayasanın 35 inci maddesi çerçevesinde Anayasanın 41 inci maddesi çerçevesinde yani müracaatta iptal sebebi olarak 12,13 ve 48'e dayanıldığı halde Anayasa Mahkemesine yapmış, iki madde yönünden daha değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmış, 35 ve 41'i eklemiş. Bir değerlendirme yapmak gerekirse, Anayasa Mahkemesi bu kararında, 12 nci madde yönünden bir inceleme yapmaya gerek olmadığı sonucuna vardıkdan sonra 13, 48 ve kendisinin öngördüğü 35 ve 41 inci maddeler çerçevesinde, yani 12'yi devre dışı bırakıp onun yerine iki madde dahi ilave etmiş. Bu hükümler çerçevesinde Anayasaya uygunluk denetimi yapmış ve sonuçta 48 inci maddeye aykırılık yoktur, herkesin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu yönündeki anayasal ilke burada zedelenmemiştir. Mülkiyet hakkının güvenceye alınması yönünde efendim mülkiyet hakkını güvencesiz bırakma özelliği taşıyacak bir düzenleme söz konusu değildir. 41 inci madde Anayasa Mahkemesinin resen denetim konusu yaptığı hüküm, efendim bu hükümle Devlete ailenin korunması bakımından pozitif yükümlülük yüklenmiştir. Bu iki düzenleme ile o pozitif yükümlülüğün gereği doğrultusunda davranılması söz konusudur sonucuna varmış, 13 üncü madde yönünden de meşhur kriterleri olan ölçülülük ilkesi, zorunluluk ilkesi ve orantılılık ilkesi uygulanmak suretiyle herhangi bir onun için madde açısından değerlendirilebilecek bir hak ihlali bulunmadığı sonucuna varmış ve sonuçta demiş ki; burada 13, 35 ve 48 inci maddelere aykırılık söz konusu değildir, iptal talebinin reddine. Böylece Türk Borçlar Kanununun bu hükmü efendim bu sınavdan herhalde başarıyla geçmiştir diyebiliriz.

Bir başka müracaat, bu defa Bodrum 2. Sulh Hukuk Mahkemesinin müracaatı. Bu da yine meşhur konuşmalarda da bahsedildi. Borçlar Kanunumuzun 347 nci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi ve ikinci fıkrasının tümü. Bunun yanında 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 1 numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan sadece “sona erme ve tasfiye Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir” ibaresi ile yine 6101 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesinin tümü Anayasanın 2, 6, 13, 35, 48 ve 173 üncü maddelerine aykırılıktan dolayı iptal talebinde bulunulmuştur. Olay şu; belirli süreli kira sözleşmesinde 10 yıllık uzama süresinin sonunda kiralayan tarafından sözleşmeye son verilmesine rağmen taşınmazın tahliye edilmemesi nedeniyle açılan davada itiraz konusu kuralların anayasaya aykırılık iddiası. İşte iptal edilen hükümleri söyledik. 347 nci madde birinci fıkra cümle son, sadece o bölümü okuyorum: “Ancak 10 yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az 3 ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir.”. Bu cümlelerin Anayasaya aykırılığı iddia ediliyor. İkinci fıkranın tümü, o da belirsiz süreli sözleşmeler bakımından konuyu düzenleyen hüküm. Bir de 6101 sayılı Kanunun iki hükmü, 1 inci maddesinin son cümlesi son taraf, biliyorsunuz kanunlar yürürlüğe girmesiyle uygulanırlar. Eski Kanun zamanında olan olaylar eski Kanun hükümlerine tabidir. İşte bu cümlede eski Kanun zamanında kurulup da yeni Kanun zamanında varlığı devam eden akdi ilişkilerde bazı konuların artık yeni Kanuna tabi olacağı yönünde getirdiği istisnaya ilişkin düzenleme o

konularda iptal konusu yapılan bakımından sona erme ve tasfiye Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir konusu. Bir de Geçici madde 2 var yine 6101 sayılı Kanunun. Orada da bu hükmün uygulanması açısından anılan 10 yıllık süreleri doldurmuş olan kiracılar yönünden bir kanun koyucunun takdiri ile iki yıllık bir ek süre söz konusu olmuştur. İşte iptal konusu yapılan hükümler bunlar. Dediğim gibi bu hükümlere baktığımızda bu hükümler çerçevesinde yine Anayasa 2,13 ve 48 inci maddelere aykırılık yine yürürlük kanunu açısından 2, 16, 13, 35, 48 ve 173 üncü maddelere aykırılık sorunu ele alınmış, her anılan madde çerçevesinde gerekli değerlendirme yapılmış. Bu değerlendirme sonucunda 6 ncı, 35 inci ve 173 üncü maddelerin konuyla ilgisi yoktur denilmiş ve Sayın Başkanımın verdiği süreyi dikkate alırsak tek tek üzerlerinde durma imkânımız yok. Genel olarak bunu takip edebilmeniz açısından ifade etme durumundayım. 2, 13 ve 48 inci maddelere aykırılık ise varit görülmemiştir. Bu çerçevede tasfiye konusu dışarıda bırakılmış, yürürlük kanun açısından sadece sona erme konusu yönünden inceleme yapılmış. Efendim bu hükmün bu haliyle Anayasaya aykırı olmadığı, bir sözleşmeye dışarıdan müdahalenin söz konusu olmadığı kabul edilmiş, yine geçici madde açısından da bu değerlendirmeler yapılarak herhangi bir Anayasaya aykırılığın bulunmadığı sonucuna varılmıştır. 347 nci maddenin anılan birinci son cümle ve ikinci fıkra açısından yapılan değerlendirmede de Anayasa hükümleri çerçevesinde herhangi bir Anayasaya aykırılık tespit edilemediği sonucuna varılmış, böylece gerek Türk Borçlar Kanununun gerekse yürürlük kanununun andığımız hükümlerinin Anayasaya aykırı olmadığı yönünde Anayasa Mahkemesince hüküm tesis edilmiş olduğunu tespit ediyoruz.

Anayasaya aykırılık yönünden en çok müracaata konu olan hüküm 55 inci madde. Türk Borçlar Kanununun 55 inci maddesi. Bu maddeyi hatırlarsınız metin uzun. Üzerinde fazla durmuyorum. İlk müracaat bu sefer Yargıtay 21. Hukuk Dairesi tarafından yapılmış. O zaman sosyal sigorta iş kazası davalarına bakan daire onun uygulama alanını ilgilendiren bir hüküm olduğu için bu müracaatta ilk bu müracaatta 55 inci maddenin birinci fıkrasının son cümlesinin Anayasaya aykırılıktan bahisle iptali talep edilmiş. Son cümle ne? Hesaplanan tazminat miktarı esas alınarak hakkaniyet düşüncesiyle artırılmaz veya azaltılamaz. Burada Anayasanın 9 ve 138 inci maddelerine aykırılık iddiası ileri sürülmüş. Anayasa Mahkemesi de bu sorunu 17, 35, 138 inci madde gibi anayasal ilkeler açısından inceleme konusu yapmış ve sonuçta 17, 35 ve 138 inci maddelere aykırılık bulunmadığından bahisle Anayasaya aykırılık iddiasını reddetmiştir. Burada sadece bir üyenin karşı oy yazısı var. Üzerinde maalesef duramayacağız. Karşı üye diyor ki; bu hüküm 9 ve 138 inci maddelere aykırıdır. Yani tek bir kişinin böyle karşı iddiası söz konusu olmuş ve böylece oy çokluğuyla bu madde açısından da Anayasaya aykırılık iddiası reddedilmiştir. Orada tartışılan yani sanki o hüküm bilirkişi raporlarının hâkimi bağladığı, efendim hâkimin belirlenen rakam üzerinde indirim ya da arttırma yapması durumunun söz konusu olamayacağı gibi anlaşıldığı yönünde Anayasa Mahkemesince tespitler yapıp, bu tespitin doğru olmadığı uygulamada bu yönde görülen işte bilirkişi raporu ile hesaplanan tazminat miktarının çok düşük olduğundan bahisle, sırf bu sebeple artırım yapılamayacağı veya çok yüksek olduğundan bahisle sırf bu sebeple eksiltme yapılamayacağı yönünü vurgulama ve bunun anılan Anayasa ilkelerine aykırı olmadığı yönünde bir tespit

bulunması söz konusu olmuştur. 55 inci madde bir başka müracaatın daha konusu olmuş, o da Bakırköy 13. İş mahkemesinin yaptığı müracaat. Bu müracaata göre birinci fıkrada yer alan şu cümle Anayasanın 2 ve 10 uncu maddelerine aykırılıktan bahisle iptali talep edilmiş. O da şu; kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez, zarar veya tazminattan indirilemez şeklindeki düzenleme. Burada iptal talebini derdest kılan davada, dava konusu itibarıyla ifa amacını taşımayan ödemeler yönünden dava konusunu da ilgilendiren bir husus olmadığından bu yönden bir Anayasaya aykırılık denetimi yapılmamış, sadece kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri yönünden efendim Anayasaya uygunluk denetiminin yapılması söz konusu olmuştur. İşte burada eşitlik ilkesine aykırılık yoktur ve diğer Anayasa maddelerinin herhangi bir şekilde ihlali söz konusu değildir değerlendirmelerini yapmak suretiyle, 2, 10, 49 ve 60 ıncı maddelerine aykırılık olmadığından bahisle yine dava reddedilmiştir. 55 inci madde ikinci bir denetimden geçip iptalden kendini kurtarmış bir madde. Bir üçüncü müracaat daha var bu madde ile ilgili onu da o zaman mevcut Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi yapmış. Burada doğru bir şekilde 55 inci maddenin o biraz önce andığımız cümlesinin andığımız kısmı dikkate alınarak bu müracaat yapılmış. Yani kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile denilmiş. Hâlbuki biraz önce ifade ettik. Bu konu daha önce bir iptal davası ile Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiş bir konu. Anayasa Mahkemesi demiş ki; işte bizim Kanunumuzun falan maddesine göre sen bu konuda ne yapacaktın? Efendim bekletici mesele yapma kararı verecektin. Bu sebeple ne yapamazsın, iptal davası açamazsın ama iptali talep edilen bir başka hüküm daha var 55 inci maddeden o da ikinci fıkra hükmü. Bu Kanun hükümleri her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır. Burada bu konu açısından idari yargının uygulayacağı kuralların da adli yargının uygulayacağı kurallarla paralellik göstermesi gerektiği yönünde bir düzenleme getirilmesi söz konusu. Gerçekten bu 55 inci madde tüm itibarıyla Borçlar Kanununda ilk defa yer alan ve içeriği itibarıyla getirdiği kurallar itibarıyla çok tartışma götüren yönleri olan bir kural. İşte burada idari yargının tamamı ile inkâr edilmesi gibi bir durum söz konusu. İdari yargı sorumluluk tespitinde tamamen bağımsız başka sebeplerle de sorumluluk tesis edebilir gibi düşüncelerle iptal konusu yapılmış. Anayasa Mahkemesi haklı ve makul gerekçelerle yine bu iptal talebinin reddine karar vermiştir. Üstüne üstelik bu Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin 2. Dairesi aynı kapsamda üç iptal talebinde daha bulunmuş. Aynı maddeler, aynı madde işte 55 inci madde fıkra 1'deki o andığımız cümle kısmı ve ikinci fıkrayı 3 defa tekrar iptal davası konusu yapmış. Anayasa Mahkemesi de bu 3 iptal davasını esasa girmeden usulden reddetmiş çünkü böyle üç dört defa aynı konuda iptal davası açmana gerek yok bizim Kanunumuz diyor ki işte biriyle iptal davası açarsın diğerleri için ne yaparsın bekletici mesele yaparsın diyerek bunları reddetmiş. Böylece Türk Borçlar Kanununun tartışmalı sayılabilecek bazı hükümleri açısından efendim bu 10 yıllık süreçte Anayasa Yargısı denetiminden geçerek alınının akıyla çıkmış bulunuyor tespitini yapabilirim.

Başka yön daha var ama onu fazla uzatmayacağım çünkü benim sürem doldu. O yönde biliyorsunuz ki Anayasamızda sonradan yapılan değişikliklerle efendim olağan yargıda hukuk mücadelesini kaybetmiş olan kişilerin bu hukuk mücadelesini kaybetmede efendim anayasal haklarının çeşitli yönlerden ihlal edildiği noktasından hareketle bireysel başvuruda bulunma hakkı var. Bu konuda da Türk Borçlar Kanununun uygulandığı çok sayıda karar var. Ben 8-10 tanesini tespit ettim. Bir ikisini belki bir iki cümle ile söyleyebilirim. Biri bakın çok ilginç. Tamamen bir borçlar hukuku konusu. Vekâlet görevinin veya temsil görevinin kötüye kullanılması var mı yok mu? Bakın bu bireysel başvuru konusu olmuş. Efendim yerel mahkemede ve takip eden kanun yollarında yoktur sonucuna varmış. Ama Anayasa Mahkemesi bana göre yüz akı olarak değerlendirilebilecek bir tespitle kendince hak ihlali yönünden bir takım dayanaklar bulmak suretiyle efendim anayasal haklar yönünden hak ihlalinin bulunduğu sonucuna varmış. Diyor ki işte başvuru konusunun vekâlet yetkisinin kötüye kullanılmasına yönelik iddiasına ilişkin olarak bölge adliye mahkemesinin gerekçesine dikkat çekmek gerekir deyip, bölge adliye mahkemesinin bu konudaki gerekçesinin efendim değerlendirildiğini ve eleştirildiğini görüyoruz. Bu olayda vekâlet görevinin kötüye kullanılması yönünden dosyadaki bazı belgelerde işte vekil ile vekil tayin ettiği kişinin kendisi ile işlem yaptığı kişinin aynı adreste oturması, efendim vekilin bir başkasını tevkil ettiğinde o tevkil edilen vekilin, kendisiyle hukuki işlem yaptığı kişiyle sonradan evlenmiş olması gibi durumların vekâlet görevinin kötüye kullanıldığını gösterebileceğini, bunun niçin olumlu da ya da olumsuz değerlendirme konusu yapılmadığı yönünden demiş ki; sonuç olarak başvurucu tarafından açılan davada yapılan incelemede özen eksikliğinin yani yargılamadaki bu özen eksikliğinin Devletin Anayasanın 35. maddesinin öngördüğü pozitif yükümlülük hükümlerini ihlal ettiği kanaatine ulaşılmıştır. Burada da neyi görüyoruz, Türk Medeni Kanununun konuya ilişkin bir düzenlemesi olarak değerlendirilebilecek bir konunun uygulamada varlığının ya da yokluğunun tespiti yapılırken gerekli özenin mutlaka gösterilmesi gerektiği yönünde bir tespitini yapıldığını görüyoruz.

Bir konu daha var onu da söyleyip efendim sözlerimi tamamlayacağım. O da zamanaşımı konusu, bakın ne kadar ilginç. İşte İskân Kanunları var Yunanistan'dan Türkiye'ye göç etmiş. Devlet orada terk edilen mal karşılığı burada ne yapmış? Mal vermiş, bir taşınmaz arazi vermiş 5 dönümlük arazi. Bunun bir türlü tespiti yapılamamıştı. Uzun yıllar geçmiş sonunda bir Danıştay kararı ile gerçekten böyle bir arazinin bu göçmen kişiye verildiği tespiti gerçekleştirilmiş ama ortada böyle bir arazi yok. Sonunda aradan yıllar geçmiş bu kişinin miraslarından biri veya birkaçı neyse dava açmış, burayı bana verin veremiyorsanız değerini verin diye dava açmış. Sonunda işte bu taşınmaz yapılan yargılamada bütün aşamalar geçmek suretiyle bu taşınmazın varlığının tespit edilemediği, değer olarak tazmini talebi de zamanaşımına uğramıştır diyerek reddedilmiş. Aradan yıllar geçmiş belki de 50 sene geçmiş. Şikâyet veya neyse bireysel başvuru ile Anayasa Mahkemesine geldiğinde Anayasa Mahkemesi demiş ki, sen Devlet olarak böyle bir zamanaşımı savunması yapamazsın. Senin görevin efendim bu vatandaşa hakkını vermektir. Dolayısıyla bu davanın bu gerekçeyle reddi doğru olmamıştır diyerek bireysel başvuruyu kabul etmiş. Böylece neyi görüyoruz? Zamanaşımı uygulamasında işte 156 ncı maddenin ikinci fıkrası

var. İlama bağılı haklarda zamanaşımı alacak haklarında zamanaşımı kesiliyor. En son 10 yıllık zamanaşımına tabi oluyor, o 10 yıllık süreyi Devlet açısından bir savunma sebebi olarak dayanamayacak bir süre olarak değerlendirmesi gibi bir durumla karşılaşmış oluyoruz. Gördüğümüz gibi en azından Anayasal Yargı açısından, en azından konunun ilişkin olduğu Türk Borçlar Kanunu açısından efendim Türk Borçlar Kanunu düzenlemelerinin olumlandığını görüyoruz ve bu tespiti Sayın Haziruna arz ederim, teşekkür ederim.

Prof. Dr. T. Fikret EREN:

Değerli dostum Prof. Dr. Cevdet Yavuz'u Türk Borçlar Kanununun Anayasa Mahkemesine ve Anayasaya göre hukuka uygun olduğunu ispat eden konuşması için kendisine teşekkür ediyorum. Şimdi değerli dostum Prof. Dr. Mehmet Ünal'ı konuşmasını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum, buyurun.

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL:

Değerli dostlar, hepinizi sevgi ve saygıyla selamlıyorum. Bu kadar kıymetli dostları bir araya getiren Adalet Bakanlığına, onun yetkililerine ayrıca teşekkür ederim. Ben biraz hazırlık yapmıştım ama borçlar hukukuyla ilgili bazı hususlara değinmek istiyorum. Konuya girerken öğrencilerimden birisinin sorusuyla meseleyi ortaya koymak istiyorum. Bir gün tapu sicili anlatıyordum. Bir öğrencim geldi dedi ki; Hocam biz metaverse'ten arsa aldık. Bu neyin nesidir dedi. Hangi hakka giriyor, bu kapsamda nasıl değerlendirilebilir? Tabii ben metaverse'ü çok iyi bilmiyorum işin açıkçası. Ama kendisine sordum, siz oradan alım satım yapabiliyor musunuz? Başkalarının oraya girmesine engel olabiliyor musunuz? Böyle sorular sonra da çocuk olumlu cevap verdi. Tabii ki dedi. Biz oradan arsa alıyoruz, oraya bina yapıyoruz, daireleri satıyoruz vs. dedi. Demek ki siz gençlerin önünde ileride çözülmesi gereken çok önemli bir problemin gelmekte olduğunu görüyorum. Bir kere buna hazırlıklı olmak lazım. Sanal âlemde yapılan bu alım satımlar acaba Borçlar Kanununa nasıl yansıyor, ilişkilerimize nasıl şekil verecek. Bunu şimdiden düşünmeye başlamamız gerekiyor. Bir diğer husus Batıda çok tartışılıyor. Elimde bir kitap vardı ondan da bir ara yüksek lisansta konu edindik. Efendim güven sorumluluğu. Güven sorumluluğu yeni yeni doğmaya başladı. Evet, bazı güven sorumluluklarından bahsediliyor. Ama bizim söylediğimiz güven sorumluluğu o değil. Şimdi hayatımıza o kadar girdi ki, biliyorsunuz sizler de İsviçre'de efendim Cenevre'deki bir Golf Kulübü efendim 90.000 Dolar olarak üye kaydediyor. Fakat bir süre sonra Bu 90.000 Dolar aldığı aidatın karşılığını veremez hale geliyor ve kendisini de İsviçre Hava Yolları'nın yavru firması olarak kabul ediyor. Sonra dava açılıyor. Davada tabii firmanın herhangi bir mal varlığı kalmadığı için davacılar, 90 bin-100 bine yakın da üye kaydetmiş, efendim paralarını alamıyorlar. Bu defa İsviçre Havayollarına bu kişiler dava açıyor. Ve mahalli mahkeme diyor ki; sizin İsviçre Havayolları ile ilgili herhangi bir sözleşme ilişkiniz bulunmuyor dolayısıyla reddediyorum diyor. Bunun üzerine dava Federal Mahkemenin

huzuruna geliyor. Federal Mahkeme şunu söylüyor, özetle söylüyorum, diyor ki: Sen isminin kullanılmasına izin verdiğin için sana olan güvenden dolayı bu kadar insan zarara uğradı, bu zararı tazmin etmekle yükümlüsün diyor. Şimdi bu olayı Türkiye'de bu konuda sanıyorum bir içtihat yok. Yargıtay'da verilmiş bir içtihat yok, prensip kararı da yok. Bugün ekranlara baktığınız zaman ne görüyorsunuz? Efendim, işte şunun garantisi ne bileyim bunun garantisi ile ilgili inşaatı yapıyoruz diyorlar. Nitekim, hatırımda kaldığı kadarınca 5 bine yakın insandan para alınıyor. Sonra da imalat yapılmıyor, aradan 7-8 yıl gibi çok uzun bir süre de geçmiş oluyor. Şimdi bu ihtilafların çözümü bence güven sorumluluğuyla mümkün. Oradaki bir ifadeyi Türkçede şöyle tercüme edebiliyor. Güven sorumluluğu adalet hasbahçesinin son gülüdür diyorlar. Aleyhinde bazı görüşler de var. Ama bunu bir içtihat haline getirmek, ya da Borçlar Kanununda bir yerde tanzim etmek, düzenlemek ihtiyacı önümüzdeki yıllarda çok hissedilecek diye düşünüyorum. Bir başka değinmek istediğim noktalardan birisi daha önce Sayın Hocamız buna değindi ben de değineceğim. Medeni Kanunun 4 üncü maddesindeki hükümle ilgili. Ben Medeni Kanun kanunlaşmadan önce, değişmeden önce epeyce konferanslara katılmışım. Adını da rahmetle anacağım Veysel Başpınar ile birlikte çok yerlere gittik. Orada da anlattığımız konulardan birisi 4 üncü maddedeki hak ve nesafet kuralları. Şimdi ne oldu kanunu yazan veya metni yazan Hocamla da rahmetli ile görüştüm. Akıntürk Hoca ile de niye bu kelimeyi değiştirdiniz dedim. Dedi ki olsun Mehmet ne olacak hukuka ve hakkaniyete demişiz dedi. Hâlbuki özüne bakacak olursak çok önemli bir nokta var o da şu. Nesafet kelimesi insaf kelimesi ile aynı kökten geliyor. Dolayısıyla hak ve nesafet kuralları dendiği zaman hak kelimesi ile hukuk kurallarına atf yapılıyor. Nesafet kelimesi ile de vicdanda olan oluşan yazılı olmayan hukuk kurallarına atf yapılıyor. Ama siz hukuka ve hakkaniyete dersiniz iki kelime de aynı kökten geliyor. Yani ikisinin de kökü hakla ilgili. Dolayısıyla “Bab-ı Ali kapısından firar edip kaçır iken” der gibi bir durum oluyor. Onun için kavramları yerli yerinde tam olarak kullanma ihtiyacı içerisindeyiz. Ben genellikle öğrencilerime de ilk derslerde bunu söylüyorum. Hukukun en önemli aracı kavramlardır. Kavramları anlayan, yerli yerinde kullanan kimseler iyi hukukçu olur diyerek üzerine basa basa söylemeye çalışıyoruz. Buna ilave edeceğim 1-2 husus var. Birisi tehlike sorumluluğu. Biliyorsunuz eskiden birileri kanunlarda düzenlenmişti. Son Borçlar Kanununda yapılan düzenleme ile birlikte tehlike sorumluluğu genel olarak da düzenlendi. O maddede kullanılan ifadeleri yerinde görmediğimi söylemek istiyorum. Burada tipik tehlike kavramı kullanılması gerekirdi. “Önemli” diyor ne bileyim benzeri bir takım “ağır” diyor, öyle ifadeler kullanarak genel anlamda tehlike sorumluluğu kaynağı olacak olay ve fiiller zikredilmeye çalışılıyor. Ama benim kanaatime göre efendim şimdiye kadar mesela çok örnekler vermiştim derslerimde. Şimdi de kısaca bir özetlemek istiyorum. Yanılmıyorsam kapandı herhalde. Samsun'da bir bakır fabrikası vardı. Hatırladığım kadarıyla gazetelere falan da intikal etti. Bakır fabrikasından çıkan dumanlar çevredeki arazide ekili olan sebze ve meyveler üzerinde bir tabaka oluşturuordu. Onları da satamıyorlardı. İşte yeni yapılan bu tehlike sorumluluğu ile ilgili düzenleme böyle olaylarda kullanılmalıdır. Buradaki meslektaşlarımızdan hâkim arkadaşlardan birisiyle görüşürken söylemişti. Hocam biz uyguluyoruz diye. Ama ben araştırdım buraya gelmeden önce.

Genel olarak bu Borçlar Kanununun 71 inci maddesi ile ilgili uygulama, prensip kararı göremedim. Bulamadım. Tabii o benim eksikliğim olabilir belki. Yeteri kadar araştırma yapabilme imkânım olmadı belki. Onun için bir bu noktaya dikkatinizi çekmek istiyorum. Çünkü tehdit genel anlamda Kanunda düzenlenmemiş olup tehlike sorumluluğu oluşturacak olan olaylara günlük olaylarda günlük haberlerde çok rastlıyoruz. Biliyorsunuz işte 3-4 tane efendim bazı yerlerde termik santraller var. Bunların çevreye bıraktığı tehlikeler var. Hastalıklar var. Kanser olunuyor. Yani bunun örneklerini sizler de biliyorsunuz. Dolayısıyla oraya fazla girmeden söylemek istiyorum. Ben Özellikle Borçlar Kanununun 74 üncü maddesinin Türkiye'de doğru uygulanmadığını düşünüyorum. Bu madde neydi? Ceza hâkiminin verdiği karar hukuk hâkimini bağlar mı? Şimdi Kanun böyle yazdığı halde maalesef Yüksek Mahkememiz çoğu zaman Ceza Mahkemesine düşmüşse bir hukuk davası, bekletici mesele sayıyor. Yine burada Hocam da var. İçinde bulunduğumuz bir dava var, tahkim davası, 10 yıl oldu. 10 yıldır bu tahkim davası bitmiyor artık. Çünkü taraflardan birisi ceza mahkemesine gittim. Ceza da verilecek karar sonuçlanacak, sonra da efendim onu hallediyor. O zaman tahkimden beklenen ne fayda var 10 yıl 15 yıl sürmüş. Dolayısıyla kanunun özüne ve ruhuna uygun olarak uygulanmasını özellikle Yargıtay Yüksek Mahkememiz bunu dikkate alarak bir düzenleme yapması, her olayda bekletici mesele saymamasını özellikle vurgulamak istiyorum.

Yine bir başka nokta bizim Borçlar Kanununun 7 inci maddesinde ısmarlanmamış şeylerin iade edilmemesi yükümlülüğüne dair bir hüküm var. Buradan kendisine ısmarlanmayan şeyin kendisine gönderilen kimsenin onu iade etme yükümlülüğü yok. Bir masraf falan girmeyecek. Ama İsviçre Medeni Kanununun bunu karşılayan 6/a maddesindeki bir fıkra alınmamış. Bence o fıkraı almak gerekir. Orada şöyle söyleniyor. Hata ile yanlışlıkla eğer gönderilmişse diyor, onu ihbar etmek yükümlülüğü altında bugün hepimiz biliyoruz kurye ile alım satım yapılıyor. Telefon açılıyor, internet aracılığı sipariş yapılıyor. Efendim gelen şey sipariş ettiğimiz şey değil. Sipariş edilmemiş bir şey geliyor. Hata ile gönderilmiş. Yanlışlıkla gönderilmiş. O zaman ihbar mükellefiyetini içeren bir hüküm de koymak da sanıyorum yararlı olacağını düşünüyorum.

Burada tabii söylemek istediğim başka şeyler de var ama onları geçmek istiyorum. Bir de şimdi dönme hakkından bahsedeceğim. Şimdi elimde bir karar da var. Bu karar 23. Hukuk Dairesinden çıkmış. Biliyorsunuz dönme Yargıtay'ın ifadesi ile geriye etkili fesih diyor. Aslında artık Borçlar Kanundaki hükümde dönme kavramı kullanıyorsa dönme kavramını kullanmaya devam etmek gerekir. Kafayı karıştıracak, zihni karıştıracak efendim işte fesih geleceğe yönelik yapılır, dönme ise ta başa dönmeyi ifade eder. Dolayısıyla dönme sözcüğü kullanılması gerekir. Gerçi kullanmışlar ama önce kafa karışmış, geriye dönük etkili fesih denmiş. Sonra bu dönme anlamına gelir demiş. Olay şu; anladığım kadarıyla eksik, buradaki olayı tam çıkarmam mümkün değil. Bir arsa sahibi var, bir de yüklenici var. İkisi anlaşmışlar arsa üzerinde bir inşaat yapma konusunda. Arsanın mülkiyetini yükleniciye devrediyor. Yüklenici onu satıyor, bazılarının hisselerini paylarını falan, inşaatı da yapmıyor. Sonra anlaşıyorlar herkes diyor ki aldığını versin, daha doğrusu bir daha dava açma istemiyorum diye sözleşmede bir hüküm geçiyor. Ama bir avukat bir işte

hukukçu devreye giriyor. Tekrar dava açılıyor. Efendim o davada anladığım kadarıyla yüklenicinin bazı taşınmazın paylarını üçüncü kişilere satıyorlar ve üçüncü kişilerin iyiniyetli kötünietli olması önemli değil. Anladığım kadarıyla üçüncü kişiler de olayı biliyor ama üçüncü kişiler bir yolsuz kayda dayanarak efendim bu hakkı elde etmiş olmuyor. Dolayısıyla iyiniyet veya kötünietin burada hiçbir kıymeti yok ve 1023'e göre yani tapu kütüğünde yolsuz kayda iyiniyeti istinat ederek bir aynı hakkın iktisabı burada söz konusu değil. Dolayısıyla karar veriliyor. Cahildir bu adam deniliyor. Cehaletin bir diğer yani hukuk kararında değer konusu olabileceğini de düşünmüyorum. Cahildir bilmiyordu v.s. deniliyor. Ve mülkiyet hakkını kazanan 3. kişilerden mülkiyet hakkı dönme ile birlikte alınıyor. Bunun hukukla bağdaşır en küçük bir noktası yok. Çünkü artık orada ister bilsin ister bilmesin. Ama muvazaa varsa bu mümkün. Ama kararda muvazaadan asla bahsedilmiyor. Dolayısıyla bu 23. Hukuk Dairesinin bu kararı değiştirecek belki bir içtihadı ihtiyaç olabilir. Bence önemli bir karar. Hukuka tamamen ters gelen, ters sonuç içeren bir karar olarak görüyorum. Beni dinlediğiniz için hepinize selamlar. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. T. Fikret EREN:

Değerli dostum Prof. Dr. Mehmet Ünal'ın Borçlar Kanunumuz hakkındaki sözlerini ben de doğru buluyorum. Teşekkür ediyorum. Şimdi en son arkadaşımız değerli dostum Prof. Dr. İhsan Erdoğan'ı dinlemek üzere kendisini kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN:

Efendim. Akademik jürilerde bir adet vardır. Orada en kıdemsiz üyeler ilk sözü alır, konuşur, kıdemliler daha sonra konuşur. İnsaf, beş defa ne söyleyeceğim nasıl hitap edeceğim diye değiştirdim. Bu söz üstatları karşısında, bu âlimler karşısında ben size neyi ifade edebilirim ki. Artık hukuk tarihimize mal olmuş bir vecizeden bahsedeceğim. Kanun lafzı ile ve ruhu ile temas ettiği bütün meselelerde meridir. Bu vecizeden anlıyoruz ki kanun ve onun oluşturduğu hukuk canlı bir varlıktır. Biz bu canlılığı vecizede geçen ruhtan anlıyoruz. İşte o sözlerde, ki o sözler cansız kâğıtlar üzerindeki karalamalardır, yazılardır, ki o sözler mikroçip denen ne olduğunu anlamadığımız mini mini aletler üzerinde kaydedilmiş sıfır birlerden ibaret sözlerdir ki, onun içerisinde saklı olan bu sözlerden ruhu çıkaran değerli hâkimleri selamlıyorum. Ve tabii ki o değerli hâkimlerin yetişmesinde ilk harcı koyan, ilk emeği koyan Hukuk Âlimlerini de selamlıyorum. Bu Kanunun değişikliklerinden yeniliklerinden bahsedildi. Ben hiç kimsenin bahsetmediği çok önemli bir tane değişiklikten bahsedeceğim, çünkü söz üstatları bütün yenilikleri ortaya koydular, en önemli yenilikleri ortaya koydular. 808 sayılı Kanunun adı Borçlar Kanunu, 6098 sayılı Kanunun adı ise Türk Borçlar Kanunudur. İşte en önemli yenilik bu Kanunun Türk adıyla çıkmış olmasıdır. Kanunun diliyle ilgili olarak da bir zamanlar ben de bu komisyonda bulundum, burada değerli arkadaşlarım da var, orada kendim söyleniyordum biz ne yapıyoruz Türkçe'den Türkçe'ye kanun mu tercüme ediyoruz. Çünkü daha öncesi Fransızca

metinlerden Türkçeye tercüme edilmiş metinlerdir. Sonra önümüze aldık Borçlar Kanununu, oradan yeni bir Türk Borçlar Kanunu yaratmak üzere faaliyette bulunduk. Nitekim Türk Ticaret Kanununda da benzeri çalışmalar oldu. Bunu yaparken de en önemli farklılık evet günün ihtiyaçları olan yenilikler değişiklikler getirildi ama bir de bir sadeleştirmeye gidildi. Bu dildeki sadeleştirmeye gitme ile ilgili olarak ne gerek var diyordum, ama bugün burada Sayın Adalet Bakanının konuşmalarını dinledim. Gayet arı, duru anlaşılır bir Türkçe ile bize hitap ettiler. Tahmin ediyorum ki, zannediyorum ki bizim dilimizin arılaşmasına, durulaşmasına, sadeleşmesine ve anlaşılır hale gelmesine okuyan yazan ve okumayan yazmayan tarafından da çok kolaylıkla anlaşılabilir hale gelmesine kanunlarımızda yapılan bu değişiklikler sebep oldu diyorum. Bir miktar etkisi oldu diyorum. Efendim başka neden bahsedeyim.? Hatemi Hocam sözünü çok güzel bir iki mısra ile tamamladı. Ben de o fasıla gelmek istiyorum. Ama tabii haddimi bilirim Hatemi Hocam kadar değilim. Benim ki çok daha basit olacak Şeyh Galip'den bir mısra olacak. "Hoşça bak zâtına kim zübde-i âlemsin sen"... Efendim hepinizi selamlıyorum, bu geç saatte burada sabırla dinlediniz, en zorlu işleri sizler yaptınız. Teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Prof. Dr. Fikret EREN:

Evet, değerli dostum Prof. Dr. İhsan Erdoğan'ın bu güzel şiirlerle başlayıp biten konuşmasını, çok güzel bir konuşma yaptılar sağ olsun. Birkaç cümle de isterseniz ben konuşayım. Ondan sonra bugünkü oturumu sonlandıralım. Çok Değerli Dostlarım, Meslektaşlarım. Konuyu diğer meslektaşlarım çok güzel ortaya koydular. Ben çok önemli bir noktaya, biraz İhsan Dostum da bahsetti, her milletin bir dili vardır. Türk milletinin dili Türkçedir. Türk Türkçe konuşur. Hiç yanlış anlaşılmasın. Tarihe, tarihteki büyük Türk Devletlerine çok saygım vardır. Hele 300 yıl Orta Asya ile Anadolu arasında hâkimiyet kuran Selçuklu İmparatorluğu ile Roma'dan sonra tarihin en büyük İmparatorluğunu Anadolu ve etrafında kuran Osmanlı İmparatorluğu'na saygım var. Bir yerde küsüm onlara. Onlar Türk olduklarını görmemişler. Türkçeyi, geldiklerinde konuştukları Türkçeyi, Selçuklu Farsçaya çevirmiş, Osmanlı Arapçaya çevirmiş. Geldiğinde Tuğrul, Çağrı, Savcı, Ertuğrul, Osman olan isimleri, Osmanlı ve Selçuklu giderken Alaattin Keykubat Keyhüsrev... Ne demek Keykubat Keyhüsrev. Duydunuz mu böyle bir kelime. Tarihteki okuduğunuz o kelimelerin dışında Abdülhamit, Abdülmecit, Abdulreşat... Hangimizin adında Abdül var. Bir tek Abdullah hariç. Milletler kendi dilleriyle düşünürler, milletler kendi dilleriyle yaratırlar. Şimdi Büyük Osmanlı ve Büyük Selçuklu'ya bu yönden Türklüğü Türkçe ile tarihe yazmadıkları için. Hâlbuki her ikisi de imparatorluğa Türkçe ile ulaşmışlardır. Daha sonra birisi Farslaşmış birisi Araplaşmıştır. Tarihi iyi bilmek ve iyi ispat etmek, tespit etmek lazım. Osmanlı'ya canım feda. Ama Osmanlı'nın Selçuklu'nun bu hatalarını bir aydın olarak, bir yüksek hâkim, bir profesör olarak bilmiyorsak görmüyorsak vay bize. Onun için bütün yargılarımızda doğruya doğru gidelim. Şimdi ne için ben bugünkü Türk Borçlar Kanununu Türk Medeni Kanununu Türk Ticaret Kanununu seviyorum. Bir, başında Türk var, çok güzel. Sıfat isim olarak verilmiş ve çok güzel. İki, dili iyi, çok güzel bir

Türkçe. Ben isterim ki 100 yılda buraya gelen bu Türkçe, Osmanlıcadan Farsçadan çıkan bu arı Türkçeye 100 yılda ya da 90 yılda gelen bu Türkçe bir 100 yıl hatta inşaallah bir 50 yıl sonra. Şimdi mesela istisna sözleşmesi eser sözleşmesi oldu, ne doğru ne haklı. Adı eser hakikaten. İstisna bunun birinin i'sini ı yaptığın zaman Arapça eser demektir. Ama biz bile telaffuz edemiyorduk. İstisna... Bir de "Bu istisna" deriz ya, "Bu müstesna" deriz ya, onu onunla karıştırıyorduk, ne alakası var. Şimdi eser sözleşmesi oldu. Çok güzel. Ama öbürünün adı daha vekâlet sözleşmesi. Ben bilmiyorum ne demek vekâlet. Hayır, ne anlama geldiğini biliyorum. Ama tevkil, vekâlet, vekil, Arapça bir kelime. Kelime üzerindeki çalışmalar ve yeni kelime üretmeler de yine Arapça dil bilgisine göre yapılmış. Ne zaman ki inşaallah bir gün dün hibe olan bugün bağışlama, dün trampa olan bugün mal değişimi, dün ne bileyim satış sözleşmesinin yerine yine Arapça kelimeler kullanıyordu. Ne bileyim şimdi saklama sözleşmesi diyoruz. Eskiden tevdi sözleşmesi bilmem ne dinliyordu. Bu vekâlet sözleşmesi ve bunun gibi. Daha Türkçe, Türkçe'ye yakın, Türkçe değil de bunların da Türkçesi bulunup konuşulduğu gün millet tam kendi dilini konuşmuş olur. Ve bu büyük millet, bu tarih yazmış 16 defa büyük Devlet kurmuş bu millet kendi kültürüne bugünkü deyimle, Ziya Gökalp'in deyimiyile, büyük Atatürk'ün deyimiyile, kendi kültürüne göre, kendi kültürüne dayanarak, kendi devletini ve kendi dilini kullanmış olur. Bunun için acele etmeliyiz. Dünya milletlerden oluşuyor, insanlardan oluşuyor. Her insan diğerinden farklıdır. Her millet de diğerinden farklıdır. Ne demek, ben Türk'üm, o kadar bitti. Türk milleti olmaktan gurur duyarım. Bunu saklayamayız. Bunu inkâr da edemeyiz. Türklüğümüzle övünmemiz lazım. İşte eskiden Borçlar Kanunu, Kanun-u Medeniye, lafa bak. "Türk Medeni Kanunu", o kadar. Çünkü burası Türkiye. Buradaki insan Türk'tür. Anayasanın 66 nci maddesi Türk Devletine vatandaşlık bağıyla bağlı olan herkes Türk'tür diyor. Büyük Atatürk ne diyor Türkiye halkı Türk milleti. Bu kadar, bizim olanı kullanacağız. Söylemekten gurur ve şeref duyacağız. Bizim olmayana düşman olmayacağız. Ama onu bir kenara bırakacağız. Onun için şu anda Türkiye'nin hem uygulaması hem öğretisi dolayısıyla çok yüksek bilgili ve ehliyetli insanlar birarada yaşıyoruz. Adalet Bakanlığı'na çok çok teşekkür ediyorum. Saygılar sunuyorum. Bu kadar aynı kibleye bakan, aynı sözleri söyleyen, aynı ruh içinde olan insanları seçip bulup buraya getirdikleri için onları tekrar tebrik ediyor teşekkürlerimi sunuyorum. Gayet büyük bir şekilde heyecan duydum dünden beri. Tabii birçoğunuz, Hocalarımız da dâhil talebem de oldular. O benim için ayrı bir gurur ve sizler sayesinde hala dimdik sapasağlam ayaktaım. Sağ olun var olun. Onun için bu Türk Borçlar Kanununu yapanlara, bugün bizlere okutanlara, sunanlara, hatta bunu basan matbaalara bile teşekkür ederim. Çok güzel bir Kanun. Hepsi mükemmelleşir daha iyileri gelir. Tabii arkadaşlarımız dedi. Güzel bir sorumluluk tasnifi yapılmış, işte kusur sorumluluğu, özen sorumluluğu, tehlike sorumluluğunu koymuş 72. maddesinde. Hani bir yere ürün sorumluluğunu da koyabilirdi. Ne bileyim "karz sözleşmesi", lafa bak "kaz" diyorsun sanki, karz... Şimdi ne güzel adı kullanma ödöncü sözleşmesi, tüketim ödöncü sözleşmesi. Gözünü seveyim böyle kelimelerden oluşan sözleşmelerin bir Borçlar Hukukçusu olarak bunları yazarken, telaffuz ederken, söylerken sevinç duyuyorum. Kendimi sanki aynada görüyorum. Türk Borçlar Kanunu kullanım veyahut kullanma ödöncü sözleşmesi ne güzel. Ne demek "karz". Bir ördeğin kardeşi

ya da abisi “kaz” var ya. Kaz akdi, lafa bak sanki kaz akdi. Hepinize sevgiler saygılar sunuyorum. Bugünkü Türk Borçlar Kanunu mükemmeldir. Türk'e Türklüğünü öğreten bir Kanundur. İçi de mükemmeldir. Şu günkü İsviçre Borçlar Kanundan daha yeni, daha modern, daha mükemmeldir. Fransız, Alman Medeni Kanunlarında borçları içeren hükümlerden daha medeni, daha yeni ve daha doğrudur. Hiç fazla da eleştirmeyelim. Fazla naz âşık usandırır mı ne derler hani. Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, hepsini ayrı güzel. Türkçe ve adı Türk. Saygılar sunarım.

Sunucu:

Oturum Başkanımız Sayın Prof. Dr. Fikret Eren'e ve diğer katılımcılara çok teşekkür ediyorum. Kıymetli Katılımcılar, değerli misafirler, Çalıştay programımızın ilk günü burada sona eriyor. Yarın çalışma gruplarının faaliyetleri sabah 9.30'da başlayacaktır. İyi akşamlar.

2. GÜN

I. GRUP GÖRÜŞMELERİ

1. GRUP TARTIŞMA KONULARI

Genel Hükümler ve Haksız Fiil Sorumluluğu

Genel işlem koşullarının yorumlanmasındaki uygulama farklılıkları (TBK m.20-25),

Haksız fiil tazminatının belirlenmesinde (ağır bedensel zarar, sosyal ekonomik durum araştırması vb.) yaşanan uygulamadaki farklılıklar,

Haksız fiilde kusurun belirlenmesi,

Haksız fiil yargılamalarında geçici ödeme (TBK m.76),

Blok zincir (blockchain) teknolojisinin hayatımızdaki yeri ve dijital varlığın ödeme aracı olarak kullanılıp kullanılmayacağı,

Yapay zekâ temelli sistemlerden kaynaklanan zarardan sorumluluk, Mevzuat ve uygulamadan kaynaklanan diğer sorunlar.

1.GRUP ÇALIŞMASI:

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA (Oturma Başkanı):

Hoş geldiniz diyorum, toplantı başkanlığını ben yöneteceğim. Bu toplantıya çok değerli yargı mensuplarımız bu tür çalışmalar sahiden önemli. Hukuk Eğitimi Metodolojisi isimli yazdığım küçük bir ders kitabında uygulama ile teori birlikteliğinin üzerinde özellikle durmuştum. Uygulama ile teorinin birlikteliği aslında çok sert ayrım anlamında Türk Medeni Kanunun bir ayrım değildir. Türk Medeni Kanunun 1 inci maddesinin son fıkrasında hâkim, hukuk doktorundan ve yargı uygulamasından yararlanır, denir. Aslında hepimizin beslendiği yer aynı. Hukuk bilgisini dar anlamı ile değil ama geniş anlamıyla kanun bilgisini, değişik şekillerde farklı şekillerde misyon edilmiş gruplar var. Siz somut olaya uygulayan yargı mensupları olarak ön plandasınız. Biz akademisyenler daha çok onu bilimsel anlamda yorumlayıp size yol göstermeye çalışıyoruz. Bu iki emeğin, iki çabanın mutlaka birlikte olması gerekir. İşte bu tür çalıştaylarda bizi bir araya getirip bu birlikteliği sağlayıp uyumu sağlam olması açısından önemli. Ama bu çalıştayın ayrı bir misyonu daha var, o da sorunların tespiti ve çözüm önerilerinin oluşturulması ve buna yönelik olmak üzere Adalet Bakanlığına ve ilgili kurumlara bir altyapı sağlama oluşturmak. Oturumunuzun süresi itibarıyla borçlar hukuku genel hükümler kısmıyla sınırlıyız ve bu noktada 10.30'a kadar birinci oturum, sonra da ikinci oturumumuz daha olacak. Sonra devamı ise öğleden sonra genelde ucu açık bir şekilde tahmin ediyorum. Yarın, Borçlar Hukukunun temel başlıkları itibarıyla borçlar hukuku genel hükümler kitabını esas alırsak, önce borç ilişkisi (borç ilişkileri) başlığı ile başlayabiliriz. İşte örneğin sözleşmeden doğan borç ilişkileri, haksız fiilden doğan borç ilişkileri, sebep zenginleşme

diye devam ederiz, bir de onu da tek bir paket yaparız. Ondan sonra da sözleşmenin ifası ve diğerleri de bir paket yaparız, öğleden sonra hedefimiz öğlene kadar o mümkün olursa haksız fiillerde bitirmek olsun. Haksız fiilleri bitiremezsek de dünkü sunumlardan anladığım kadarıyla epey önemli bir başlık haline taşıyor onları o şekilde devam ederiz. Yöntem itibariyle şöyle bir başlıkta yazılmış ama bizim başlıklarımız değişecek yani sözleşmeden doğan borç ilişkileri şeklinde ana bir başlık atacağız. Sonra tartışmak istediğiniz sözleşmeden önce başlıkları bana söylerseniz onu şey yaparız. Başlıklardan bir tanesi Bakanlığın bize önerdiği genel işlem koşulların uygulaması açısından farklılıklar başlığı başta olmak üzere başka önerileriniz varsa sizlerden alabilirim. Kazalardan doğan sorumlu diye bir başlık atıyoruz. Yine Prof. Dr. Ergun Özsunay hocamızın başlığı e-scooterların trafik kazalarındaki doğan sorumluluk ilişkilerini haksız fiil altına alacağız. Şimdi sadece hocam sözleşmeden doğan borç ilişkileri ile ilgili önerileri alıyoruz. O sözleşmeden doğan borç ilişkileri işlem şartlarından doğan uygulamasından doğan sorunlar diye bir başlık atalım daha genel olsun altın doldururuz değil mi? Öneri olarak sözleşmeden doğan borç ilişkiye güven sorumluluğuna ilişkin sorunlar diyelim. Güven sorumluluğunun hukuki dayanakları diyelim. Evet başka şimdi iki olsun, genel işlem koşullarından doğan sorunlar diyelim. Onlar hukuki dayanakları diyeceğiz güven sorumluluğundan doğan hukuki dayanakları evet şey yazdık genel işlem şartların uygulamasından doğan sorunlar diyelim ikiye. Evet hocam üçüncü olarak beklenmeyen hal diyelim. Evet, başka öneri ben kendimi tanıtmadım ben aynı zamanda Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu bilim komisyonu üyesiydim. Aktif üye olarak da görev yaptım. Hem ana komisyon hem de İstanbul Komisyonu adı altındaki alt komisyonunda üyeydim. Özellikle 1999 depreminden sonraki soruları çözmek amacıyla özel bir istisna olarak orayı 20 yıla çıkardık. Ama onu eser bölümünde değerlendirelim. Zamanaşımı başlangıcı ile ilgili Yargıtay'ın yanlış bir uygulaması vardı onu düzeltmek amacıyla da özel bir açık düzenleme yapmıştık. Zamanaşımı başlangıcı ile ilgili istiyorsanız oraya zamanaşımı bir başka açalım sorunlar diyelim. Yargıtay ikisini ayırt edemiyor hayır deseydi sorun çıkmazdı. Zamanaşımı ile başlık olarak itibariyle koyalım tartışırız önerileri. Yapay zeka ile ilgili buraya da koyabiliriz yapay zeka ne olarak başlık yazalım hocam ona değerlendirelim evet aşağıya alalım o zaman ona haksız fiiller bölümünü aşağıya bir madde ilave edelim. Genel işlemleri yukarı aldık burada bir şeyin orada ne olarak yazılır mı yapay zeka uygulamaları ve bunlardan doğan sorunlar diyelim. Onun başlığına da e-scooterların başına iki diyelim, haksız fiilden doğan borç ilişkileri başlığı atalım oraya da. Sözleşmeden doğan borç ilişkileri ile ilgili başka, buyurun hocam.

- Saikte yanılmayla madde 32 ile 35 arasında derslerde anlatırken zaman zaman ikisini tefrik etmekte zorlanıyoruz. Çünkü yeni Borçlar Kanununda bilme şartı getiriyor. O bilmede ne anlatılmak isteniyor. Çok tartışmaya açık bir konu. Tartışmaya gerek var mıdır? Takdir sizin.

- Yani koyalım. Hatadan doğan sorumluluk diye bir başlık açalım. Sözleşmenin yorumu ve muvazaa diye bir başlık açıyoruz. Şekle aykırılıkta uygulanacak yaptırım diye üçüncü bir başlık açıyoruz. Dört, gabinle ilgili sorunlar diyelim. Özgün madde olarak vekâletin kötüye kullanılmasının, temsil yetkisinin kullanılmasında da aynı zamanda borçlar özele giriyor.

Ama burada bu sorunu dile getirmekte fayda olduğunu düşünüyorum. Hatta yazmış olduğum Borçlar Hukuku kitabında da vekâletin kötüye kullanılmasının şartlarında tek tek oraya kaydetmiştim. Bu öneriyi tekrar burada devam ederiz ama burası mıdır yeri yoksa orası mıdır, ona ayrıca tartışırız. Bir madde daha yazar mısınız, vekâletin kötüye kullanılmasından doğan sorumluluk diye. Dün bir iki tane konu vardı özellikle ismarlamayan şeylerle ilgili. İkinci fıkrasının alınmadığı noktasında madde 7 ile ilgili ismarlanmayan şeyin gönderilmesi ile ilgili olarak kanuni eksikliğin tamamlanması diyelim. Mecliste çıkartılan maddenin aynen yerine konmasıyla ilgili bir tartışma konusu açalım. Bir öneri gelir mi? Ana başlığımızı koymakta fayda var. Şekille ilgili elektronik ve özellikle son dönemde sanal ilişkilerde, borçlar hukukunun yeterli olup olmadığı konusunda bir tartışma açılması söz konusuydu. Borçlar Kanununun bu hüküm yeterli midir, değil midir? Özellikle yazılı şekil açısından elektronik imza diye bir başlık atmamızda fayda var, bir başlık da istiyorsanız, uygun görüyorsanız çünkü toplantılardan da geldiği kadar Güvenli Elektronik İmza Kanunu madde 14 ve 15 ile ilgili olarak. Çok konuşmuyoruz ama bu bazen görme engellilerle ilgili konulara dokunmak biraz tehlikeli, zaten o değişti sonuç itibarıyla. Yine devam ettiğimizde, aşırı yararlanmayı yazdık mıydı, yazdık. Temsille ilgili bir öneri yoksa şimdi sözleşmeyi de bu şekilde bitiriyorum. Bunları kendi içinde bir sıralamaya tabi tutarım ben kendim yapı itibarıyla. Şimdi zaman kazanalım. Haksız fiil başlıklarını da belirleyelim. Şöyle yöntemimiz biraz sonra sizlerle paylaşacağız. Belki daha net olacak sadece kanundaki çözüm isteyen sorunu dile getireceğiz. Çözümle ilgili öneriyi alacağız. Geçer yani herkesin muvazaayı bildiğini farz edeceğiz. Muvazaadaki sorunun ne olduğunu ortaya koyacağız. Yoksa muvazaanın şartlarıdır, muvazaanın şartları oraya tek tek yazılıydı hatta şunu da denilebilir belki oradaki temel şeylerden muvazaanın tanımı kanunda yok. Şunu getirilebilir denilebilir ki muvazaa kanunda tanımlanmalı, zamanaşımı getirilmelidir, çözümü şu şekildedir gibi. Madde olarak onun kaleme alması apayrı bir çalışma. Bizim şu andaki bu ortamda o maddeyi de yazmamız ve düzenlememiz söz konusu değil. Onun için mümkün olduğu kadar alt komisyonların oluşması o komisyonlarını bir takım çalışmaları yapıp mukayeseli hukukta da, hatta buradaki önerilerin de tadili şeklinde başka önerilerin tekrar komisyona getirilmesi lazım. Onun için katılıyorum hocama yani burada biz bunların hepsini anlatmaya kalksak borçlar hukukunu anlatırız. Yine onun için evet haksız fiile geçiyorum onun başlıklarını belirleyelim zaten böylelikle hemen hemen ana konuları tamamlamış olacağız.

Katılımcı:

Anayasa mahkemesinin Karayolları Trafik Kanunu ile ilgili vermiş olduğu iptal kararı ile başlayabiliriz.

Şimdi orada ki sorun iptal ile ilgili bir doğan boşluğu ne şekilde doldurulacağına ilişkin öneri mi yoksa.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Şimdi oradaki en büyük sorun, Karayolları Trafik Kanununun ilgili maddeleri ile Borçlar Kanununun ilgili maddeleri çelişiyor. Yani Borçlar Kanununun 53 ve 54 üncü maddelerindeki destekten yoksun kalma tazminatındaki hesaplama kalemi ve yöntemleri ile Karayolları Trafik Kanununun hesaplama kalem ve yöntemleri ile ilgili maddeler birbiriyle uyuşmuyor.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Haksız fiillerle ilgili önerileri almaya devam edelim.

Katılımcı:

Tazminatın belirlenmesinde sıralama nasıl olmalı, yani sigortanın ödemesi hangi aşamada değerlendirilebilir.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması sorunları diyelim o zaman.

Katılımcı:

Karayolları Trafik Kanunu ve diğer şartlarda iş görememezlikte tazminat hesaplamaları var. Ama bu Borçlar Kanununda yok.

Katılımcı:

Kavram olarak var.

Katılımcı:

Biz çok problem görmüyoruz. Uygulamada hesaplamalarını yapıyoruz. Şimdi ilkel uygulamalar başlığında Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ile ve Yargıtay 17. Hukuk Dairesi birleşti. Hesaplamalarda şuan çok sorun yaşamıyoruz.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

İstiyorsanız bir başlık da destekten yoksun kalmadan doğan sorunlar olarak açar, tartışırız.

Katılımcı:

Sadece destekten yoksun kalma değil. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı tartışılmalı. AYM'nin genel çerçeve çizilmeden hesaplama yöntemlerine, genel şartlarda yanlış olduğuna hükmetti.

Katılımcı:

Ama biz Yargıtay olarak Borçlar Hukukunu uyguluyoruz. Orada bir sorun yok.

Katılımcı:

Bir öneri yapabilir miyim? Hocam belki bu işte aktüerya hesabından da daha problemli bir konu. Hesaplamalar konusunda sıkıntı çıkıyor yani iki kanun, Borçlar Kanunu ve Karayolu Trafik Kanunu genel işlem şartları konusunda birbiriyle uyumsuzluk var.

Katılımcı:

Özel kanunu uygulanır deyip çıkacağız işin içinden.

Katılımcı:

O zaman Borçlar Kanununun ne manası kalacak.

Katılımcı:

Boşluk doldurma orada. Yine yeri geldiğinde tartışırız hocam. Benim başka bir önerim var.

Katılımcı:

Benim söylediğim, bunun ikisinin uyumlu hale getirilmesi ya da buna bir çözüm bulunması yönünde.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Bu konuyla ilgili gerek destekten yoksun kalma gerekse bedensel zararların hesaplanmasında tazminatın belirlenmesinde hem müterafik kusur hem de hatır indirimi varsa Yargıtay'ın genel uygulaması %20 olarak, şimdi bazen %40, ikisi de varsa bu oran uygulanıyor. Bu tartışılsın bence. Tazminatın belirlenmesinde hem müterafik kusur hem hatır indirimi yapılması gerekiyorsa indirimin nasıl yapılması gerektiği, ödeme varsa ne aşamada düşüleceğini de konuşmak gerekir diye düşünüyorum çünkü bu

nihai tazminatın miktarını etkileyen bir şey sanırım Dairede de bu konuda tartışma var bir şey daha ilave edeyim mi?

Katılımcı:

Bir başlık da, yani başlıklarla ilgili buradaki tartışmamız Borçlar Kanununda bir boşluk varsa onun çözümünü sağlarız.

Katılımcı:

Uygulamacıların sorunları da konuşuluyor ya mesela bu bir sorun hani ben sorun sorunu akademisyen olarak nasıl ifade ederseniz bilemedim.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Bizim buradaki amacımız çözüm yolu anlamında yargı sorunlarının kanunla nasıl çözülebilmek imkânı var mıdır ona orada çözüm getirilebilir mi bir noktasında. İkincisi yargılama uygulama birliğinin nasıl sağlanacağı. Borçlar Kanununda bir değişiklik yapalım mı ek madde mi koyalım kaldıralım mı şu düzenlensin mi?

Katılımcı:

Zaten hesaplama benim dediğim konu Borçlar Kanununda düzenlenen bir husus. Hatır biliyorsunuz. Müterafik kusur da orada olan şeyler. Oranlardan bahsetmedim ben zaten farklı bir şeyden bahsettim. Oteki sorun da şu müteselsil sorumlulukta ibranın etkisi var, madde 168/2'de.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Ama burada almayalım.

Katılımcı:

Haksız fiilde müteselsil sorumluluğu ayrıca mı alacaksınız onun altında düzenlenir, diye düşündüm.

Katılımcı:

Yani dava sırasında feragatin diğer sorumlulara etkisini ne olacağı tartışılabilir. Kanunda buna ilişkin hüküm yok, ibra ile ilgili var, fakat feragat ile ilgili yok. Bu konuşulabilir diye düşündüm.

Katılımcı:

İç ilişkide.

Katılımcı:

Hayır, 3 tane borçlu var bir tanesi ödedi, alacaklı ondan feragat etti bu feragat diğer müteselsil borçlulara sirayet edecek mi?

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Şöyle yazalım alacaklının müteselsil borçlulardan birinin feragatinin ilişkilere etkisi, madde 168/2 diyelim.

Katılımcı:

Mahkemelerde uzun yıllardır bilirkişilik yapıyoruz. Karşılaşılan en büyük en büyük sorunlardan bir tanesi de kâr mahrumiyeti zararının hesaplanması meselesi. Alman hukukunda bu kâr mahrumiyetinin nasıl belirleneceğine ilişkin düzenleme var, bizim Kanunumuzda yok. Borçlar Kanunumuzda kar mahrumiyeti hesabına ilişkin hiçbir düzenleme yok. Hâkimler çok büyük zorluklar yaşıyor mali müşavirin yaptığı hesaba göre kâr mahrumiyetine hükmedilemez. Bunun bir usulü, esası vardır mukayeseli hukukta. Dolayısıyla Borçlar Kanununda kâr mahrumiyetine ilişkin bir düzenleme getirilip gerilemeyeceği tartışılabilir.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Kar mahrumiyetine ilişkin sorunlar diyelim, sözleşmeler bölümünde. Haksız fiil ve sözleşme, ikisi de olur. Başka önerisi olan var mı? Başlığımız, organizasyon sorumluluğuna ilişkin sorunlar.

Katılımcı:

Tehlike sorumluluğuna ilişkin bu fedakârlığın denkleştirilmesi meselesi kısmı sorun oluşturuyor.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Tehlike sorumluluğuna ilişkin sorunlar diyelim.

Katılımcı:

Hocam bir başka artık cezalandırıcı tazminata ilişkin hüküm bir hüküm gerekir mi? Çünkü tazminat miktarları çok düşük kalıyor Türkiye'de.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Cezalandırıcı tazminat diyelim. Evet, başlıklarımız herhalde başka öneri var mı diye tekrar, son kez soruyorum.

Katılımcı:

Yapay zeka, otonom orada tartışırız.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Yazalım buraya, haksız fiillerde ürün sorumluluğu. Yukarıya sözleşme bölümüne alalım. Adi ortaklıkla ilgili Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin içtihatları var.

Katılımcı:

Hocam şimdi kanunda bunun yazılı olması şartı aranmıyor sözlü de yapılabilir fakat uygulamada müthiş hak kaybı var. Çünkü insanlar ne kadar sermaye koydu ne kadar kar payı var, ne kadar masraf yapıldı, her şey o kadar belirsiz ki hak kaybına neden oluyor. Diyorum ki ben uygulamada bunun yazılı olması hatta ve hatta noter onaylı olması, birçok sorunu çözer hak kaybını önler. Çünkü adi ortaklık bizim ülkemizde tam oturmuş değil. İki kişi hadi adi ortaklık yapalım, öteki geliyor inkâr ediyor yani kanunda böyle bir ibare olursa sorun ortadan kalkar.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Sözleşmeler bölümüne adi ortaklıkta şekil sorunları diye başlık yazalım. Sorunların tespit edilmesi önemli. Sonra zaten uzmanlar onun önerisini getirirler. Onun mevzuat anlamında nasıl teklif getirilir onun çalışmasını Bakanlık yapar.

Katılımcı:

Teşekkür ederim başkanım. Haksız fiil sorumluluğunda tazminatın indirilmesi başlığını taşıyan 52 nci maddenin içinde zarar verenin kusurunun çok az olması ve tazminatı ödeyecek olması durumunda zarurete düşebilecek olması nedeniyle tazminatın kaldırılması düzenlenmiş. Şimdi kenar başlığı indirilmesi olan bu madde içerisinde çok muğlak biçimde bir kaldırma hükmünün tanınmış olması, uygulamada sıkıntı yaratan bir konudur. Eğer böyle bir kaldırma düzenlenecekse ayrı bir maddede ve daha somut bir şekilde düzenlenmesi gerekirdi, diyorum. Yani eski kanunda da var yeni kanunda da. Yani yıllardan beri de uygulanıyor, kaldırma ile ilgili aynı maddede düzenlemeye gidilmesi.

Katılımcı:

Yıllardan beri uygulanamıyor sayın başkanım o sebeple bu sorunun kenar başlığa indirilmesidir maddenin.

Katılımcı:

Bir de zamanaşımı diyelim hocam.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Şu anda başlık belirlediğimiz için isim önemli. Tartışma bölümünde rica edeceğim, herkes başlıkta o başlıkla ilgili çözüm öneri söylerken sorunu ve çözüm söylerken lütfen kendi kimlik ismini soyadını ve görev yerini söylerse kayda geçecek. Şimdi bunların hepsini birleştirip bir, iki, üç, dört diye evet şimdi ilk başta başlığımızı yapalım. Çok kısa bir şekilde benim önerim de, daha doğrusuünkü tartışmalardan bir önemli ismarlanmayan şeyle ilgili önerim çok kısa ve öz daha şey yok. İkinci fıkranın alınmamasından dolayı doğan sorunlar var. Komisyonu önerdiği şekli ile ismarlamayan şey ile ilgili sorunları gidermek için komisyonun almadığı ama Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki Adalet Komisyonunun almadığı çıkarttığı ama Bilim Komisyonunun önerdiği ikinci fıkranın tekrar alınmasını öneriyorum, bununla ilgili görüş beyan etmek isteyen var mı?

Katılımcı:

Destekliyoruz hocam.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

O zaman hızlı bir şekilde bunu geçiyoruz. Ismarlamayan şeyin gönderilmesi ile ilgili tamam maddeyi ben söyleyeyim evet tasarıdaki 7 inci maddeye ikinci fıkra olarak tekrar alınması. Sonraki başlığımız güven sorumluluğu bunlar konuşmak isteyen arkadaşlar lütfen isimlerini bana yazdırsınlar ben de o isim sırasına göre kendilerine söz vereyim. Güven sorumluluğu ile ilgili konuşmak isteyen var mı?

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA:

Bir de haksız fillilerin aşağıya geçici ödemeleri koyalım çünkü sorunlardan bir tanesiydi.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Güven sorumluluğunu buraya alalım. Hem Bakanlığın önerisinde vardı hem de dünkü tartışmalarda vardı. Aşağı iniyoruz haksız fiillere bir madde ilave edeceğiz bir gündem maddesi diye oraya geçici ödemeler başlığını ilave ediyoruz. Bakanlığın başka önerisi var mıydı o dönem gelen ilaveler, evet Bakanlığın konusu yapay zeka, tamam. Blok zincir, tamam.

Halil ÖZDEMİR

(Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi):

Ben normalde 4. Gruptayım ama tazminat ağırlıklı olduğunu düşünerek buraya gelmişim. Şimdi tazminattan başka konulara da kayınca konular dağıldı. Bir de arkadaşların kaygısını taşıyorum konu çok olunca iki buçukta bitecek mi? Sonra gruplar bunu özet yapıp geçecekler yani her şeyi tartışabilir miyiz? Bilmiyorum yani gelmişken ben de şunu söylemek istiyorum. Bu 55 inci maddede hakim hakkaniyet düşüncesi ile tazminatları artıramaz, indiremez maddesi. Bu Yargıtay'da sıkıntı olmuştu. Şimdi yeni hesaplama tablolarına geçildi. Artık tazminatlar bu maddenin kaldırılması hakkında ne düşünürler arkadaşlar, gerçi Yargıtay bunu Anayasaya da götürdü Anayasa Mahkemesi iptal etmedi. Bir rahatsızlık var mı dile getirsin arkadaşlar. Çünkü hâkimin elini rahatlatan bir şeydi, eskiden de.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Evet onu sözleşme neredeydi haksız fiiller bölümüne, diğer Türk Borçlar Kanunu madde 55 ile ilgili sorunlar diyelim. Evet, Çiğdem Hocamdan başka söz almak isteyen var mı?

Katılımcı:

Hocam geçici ödemeyi yazdık mı? Şimdi ödeme birinci dereceden hâkimlerimiz bunu pek kullanmıyor.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Şimdi onunla ilgili özel olarak gündem maddemiz var epey üzerinde de duracağız. Burada da belirteyim o madde tamamen benim alman hukuku tasarısından alıp çevirdiğim ve aldığım bir hükümdür. Uygulanmamasından da üzüntü duyuyorum ki çok emek sarf ettim hem Yargıtay'da hem mahkemelerde bunun uygulanmasının yaygınlaşması konusunda hatta bununla ilgili de Mehmet hocamın danışmanlığını yaptığı bir öğrenci doktora tezi yazıyor. Ben de aynı zamanda tez izlemesindeyim tekrar canlandırmak ve akademik altyapısını daha güçlendirmek istiyor. Murat Topuz hocamızda destek verdi ama onu o da inceleyelim. Çok konuşacak konumuz var.

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA:

Güven sorumluluğu ile ilgili bir tez çalışması yapmıştım, bilgi vermeden dolayı çünkü kişiye karşı sorumluluk. Bu konuda tartışmalı bir konu, şimdi Türk hukukunda edim hükümlerinden bağımsız borç ilişkileri esas olarak kabul edilmiş durumda. Burada bahsettiğimiz borç ilişkisinin sadece edim hükümlerinden değil, aynı edim hükmünden olmayan borç ilişkisinin oluşturduğunu biliyoruz. Bu çerçevede bu borç ilişkilerini kusurlu olarak ihlal eden kişilerin eğer sözleşme kurulmadığı takdirde culpa in contrahendo sorumluluk oluşturduğunu, doktrin zaten esas olarak kabul etmiş durumda. Culpa in contrahendo sorumluluğunu kabul ediyoruz uygulamada, bu konuda herhangi bir sıkıntı yok. Sadece culpa in contrahendo sorumluluk sadece kanunumuzda 6 maddede özel olarak düzenlenmiş, ancak genel olarak düzenlenmemiş. Bunun hikâyesi var ayrıntılarına girmiyorum ama Alman Medeni Kanununda düzenlendi, ben Alman Medeni Kanunundaki düzenlendiği çerçevede borçlar kanununda da düzenlenebileceğini düşünüyorum. Buradaki sorumluluğu ise haksız fiil sorumluluğu değil sözleşme benzeri bir sorumluluk olduğu görüşündeyim, burada tartışmalar var. Tartışmaları artırmak istemiyorum ama edim hükümlerinden bağımsız borç ilişkilerini, sözleşme benzeri bir sorumluluk olarak belirleyebiliriz. Bunun için de özel bir güven yaratılmış olması gerekiyor. Güven sorumluluğu sadece culpa in contrahendo sorumluluğu oluşturmaz. Üçüncü kişiye karşı güven sorumluluğunu da oluşturur. Daha doğrusu henüz sözleşme kurulmadan kendi davranışlarıyla üçüncü kişiler açısından güven oluşturan kişiler yine buradaki şartları belirleyerek, sözleşme benzeri bir sorumluluğa tabi olurlar. Burası culpa in contrahendondan daha ötede mesleki güven oluşturan kişilerin sorumluluğuna ilişkin bir mesele. Bazı arkadaşlarımız burada bir haksız fiil sorumluluğu, mesleki güvenden kaynaklanan bir haksız fiil sorumluluğu olduğunu kabul ediyorlar. Öneriler arasında var, ama ben bu şekilde sorumluluğun genişletilmesinin isabetli olmayacağını, mutlak değerleri kapsayacak bir mesleki sorumluluğun, haksız fiil sorumluluğunu çok fazla genişleteceğini düşünceyi sebebiyle yine sözleşme benzeri bir sorumluluk olması gerektiğini düşünüyorum. Yani, bu sorunun Alman Medeni Kanundakine benzer şekilde özel olarak bir güven sağlanmış olması şeklinde ayrıca düzenlenebileceğini düşünüyorum. Ama tabii bu çok tartışma götürebilir, ben sadece burada kısaca önerimi sunayım çok da vaktinizi almak istemiyorum başkanım. Ayrıntılar olursa tamamen sizlere aktarabilirim. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Ben de değerli hocamın ifade ettiği gibi hem güven sorumluluğu hem culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin Alman Medeni Kanunda olduğu gibi bir düzenleme yapılmasının yararlı olacağını düşünüyorum. Bunun bu şekilde düzenlenmesi durumunda artık zaten bu haksız fiil sorumluluğu mudur? Sözleşme sorumluluğu mudur? Tartışması da ortadan kalkmış olacak, çünkü kanun hükmü olunca artık kanundan doğan bir sorumluluk haline gelmiş olacak o yüzden bazı olaylarda tabii bunu yaşıyoruz. Böyle bir

düzenlemenin olmamasının eksikliğini yaşıyoruz, hem sözleşme ilişkileri, sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkileri bağlamında hem haksız fiil kaynaklı borç ilişkileri bağlamında yaşıyoruz. O nedenle de böyle bir düzenleme yapılırsa dediğim gibi artık bu tartışma da ortadan kalkmış olacak. Bu sorumluluk, her ikisi de kanundan doğan bir sorumluluk haline getirilmiş olacak teşekkür ederim.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Öyle ise vardığımız sonuç itibariyle başka bir görüş ve değerlendirmede bulunmak isteyen var mı diye soruyorum. Güvenden doğan sorumluluğun Türk Borçlar Kanununda sözleşme benzeri bir hukuki dayanağa sahip bir şekilde Alman Medeni Kanunu ile ilgili maddesi baz alınarak yeniden bir ek ilave madde halinde düzenlenmesi gerektiği konusunda bir çözüm önerisinde bulunuyoruz. Ben de aynı fikirdeyim ben culpa in contrahendo ile güven sorumluluğunu birbirinden ayırıyorum. Bununla ilgili detayları çözüm önerileri gerektirdiğini düşünüyor ve çözüm önerilerini başka bir grup çalışmasına bırakıyoruz. Öyleyse güven sorumluluğundan doğan sorunları bu şekilde aşmış bulunuyoruz. İkinci olarak “hata” ile ilgili sorunlar ve çözüm önerileri ile ilgili görüş ve çözüm önermek isteyen vardı.

Doç. Dr. Sinan OKUR:

Ben şimdi madde 32'de saikte (amaç) yanılma sebebiyle sözleşmeyi iptal edilebilmesi için eski kanunda bulunmayan yeni bir şart getirildi. O da ifade aynı şekilde, ancak bu durumun karşı tarafça bilinebilir olması şeklinde geçiyor, bu durumda ne kastedildiği tam olarak anlaşılmıyor. İfadede aslında bizim eski kanunda olmayan İsviçre'de de olmayan ama İsviçre'de tartışmalı olan bir durum. Bu orada birkaç profesörün önerisi varsa da federe mahkeme tarafından da kabul görmeyen bir durum. Yani saikin karşı tarafça bilinmesi mümkün değil. Özellikle eleştirenler, buna karşı çıkanlar şunu söylüyorlar. O zaman hileye yaklaşır, hile olur. Karşı taraf bilirse karşı tarafta tekrar burada kastedilenin karşı tarafın hileyi bilmesi değil bilakis onun sözleşmenin temeli sayması, saiki bilmesi, şeklinde bir savunmada bulunuyorlar. Nihayetinde böyle bir şart getirmiş olması, son derece tartışmalı durumlar ortaya çıkardı. Çünkü madde 35'te de tazminat talep edilebilmesi bakımından karşı taraf yanılmayı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa tazminat istenemez, deniyor. Şimdi bu ikisini birlikte düşündüğümüz zaman ya tazminat isteyemeyecek ya da saikte hata oluşmayacak. Benim teklifim kısaca madde 32'deki bilinebilirlik şartının yani saikte hata bilinebilirlik şartının gözden geçirilmesi, diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Belki iki cümle söylemek gerekebilir arkadaşımızın açıklamaları çerçevesinde, tabii kavramları da doğru şekilde anlayıp ona göre değerlendirme yapmak lazım. Karşı tarafça biliniyorsa hata zaten yoktur.

Çünkü sözleşme o bilmesine rağmen bu sözleşmeye evet demişse, demek ki bildiği amaç çerçevesinde evet demiştir. O zaman hata, nerede sorusu çıkar. O yüzden böyle bir değişiklik gerekli mi ben tereddüt ettim doğrusu.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Ben de bilim komisyonu üyesi olarak bu madde ile ilgili bir atıfta bulunmak istiyorum. Bu maddenin de bilinip bilinmemesi hususu doktorunda tartışmalıdır. Türk hukukundaki hakim görüşlerinden birisi özellikle Kocayusufpaşaoğlu'nun hata tezinde yazdığı üzere, bu unsurun aranması gerektiği noktasındadır. İsviçre'yi bilmem ama Türk hukukunda ağırlıklı olarak bunun mutlaka burada olması gerektiğini, aksi takdirde saikte yanılmanın pek anlam ifade etmeyeceği söylenir. Hatta eski hükümde olmamasına rağmen olması gerektiğine ilişkin doktrinde birçok yazı da yazılmıştır ama siz farklı fikri savunabilirsiniz, Türk Borçlar Kanunu hazırlanmasındaki temel hedeflerimizden birisi de yargıda tereddüt edilecek doktrinlerdeki farklı görüşleri ortadan kaldırmaya yönelik düzenlemelerden biridir. Bu güne kadar da yargıda sorun çıktığını zannetmiyorum. Evet burayı geçiyoruz o zaman bir çözüm önerimiz yok, bu konuda bir öneri getirmiyoruz.

Katılımcı:

Kıymetli hocam, bu irade sakatlığı ya ikrahla ilgili benim bir önerim olacak. Uygulamada şöyle bir sorun var ne yazık ki icra hukuku bağlantılı maddeyi açayım, Borçlar Kanununu 38/2 fıkra ile ilgili olacak benim önerim. Burada bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında bu hakkı veya yetkili yetkiyi kullanacağını açıklayanın diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması halinde korkutmanın varlığı kabul edilir, diye kaleme alınmış. Ne yazık ki şöyle uygulanıyor icra kefaletleri bakımından; eğer borçlu haciz sırasında o haciz tehdidiyle ayrı bir işlem yapmak durumunda kalmışsa o zaman hiçbir sıkıntı olmadan, evet bu madde 38/2 kapsamına girer ve bu şekilde korkutmadır, bunun iptali gerekir, şeklinde kullanabilir deniyor. Ama üçüncü şahıs yaptığında o zaman diyor ki, aşırı menfaat şartı var burada ne aşırı menfaati oldu ki, şeklinde bu mesele çok farklı noktalara getiriliyor. O nedenle bu çözüm önerisi buradaki aşırı menfaat şartının ikrah varsa ki vardır zaten ve bu ikrah sebebiyle bu ilişkinin kurulduğu da sabit ise biz daha niye aşırı menfaat arıyoruz, onu ifade etmek istedim. Bu hükümdeki aşırı menfaat sağlanması koşulunun, ikrahın varlığı için ilave ek bir koşul olarak aranmaması gerektiğini, ifade etmek istiyorum.

Katılımcı:

Teşekkür ederim sayın hocam. Ben Borçlar Kanununun eski düzenlemesine bakıyorum ona tekabül eden 30 uncu maddede var. Orada da var, İsviçre'de de var, hatırladığım kadarıyla. Ama o sorunu, bunu kaldırarak diye başka bir şekilde çözebilir miyiz veya bunu İcra İflas

Kanununda mı düzenlememiz gerektiği konusunda bir takım endişelerim var. Yani bu şart, özel bir yetki kullanma durumu veya hakkın kullanılması ile ilgili olarak çıkan bir ilave şartı olarak karşımıza çıkıyor. Genel koşulların dışında bilmiyorum diğer arkadaşlar ne düşünürlər. Kaldırılması, öbür türlü şeyden farksız olacak yukarıdaki şartlardan tamamen özgün hale dönüşecek

Katılımcı:

Ama kanundan doğan yetkinin, bu anlamda ikrah vesilesi olarak kullanıyor olması, yukarıdan ayıran şey o zaten.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Belki bunun kalkması değil de, buraya bir cebri icra uygulamasındaki ihtilafı çözecek ayrı bir fıkra ilave edilmesi daha mantıklı olur gibi geliyor. Kaldırılması anlamında değil, 38 inci maddeye bir son fıkra ilavesi. Son fıkrada da özellikle cebri icra açısından borçlu ve üçüncü kişiler yönünden aşırı menfaat sağlama unsurunun ayrıca düzenlenmesi, çözüm önerimiz olarak bunu tespit edebilir. Şimdi öbür başlık gabine geçelim isterseniz, buradan aşırı yararlanma. Kimin önerisiydi.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Evet, aşırı yararlanma ile ilgili bir uygulamada sorun o da oranın neye göre belirleneceği meselesi, yani bu netleştirilebilir. Yüzde elli (%50) olduğuna dair Yargıtay kararları var. Yani dolayısıyla hâkimlerin işi kolaylaşır, birincisi bu yani aşırı oransızlığın “oranı”nı somut olayın durumuna göre hakimnin takdirine bırakmaktansa, bir oran olarak belirlemek belki kolay olabilir. İkincisi hak düşürücü süreyle ilgili bir sorun var, kanununun saydığı sübjektif şartın mevcudiyeti halinde zamanaşımı yani 5 yıllık süre dolmak üzereyse ne olacak? Zor durumdayım, zor durumun ortadan kalkmamış. 5 yıllık süre bitmek üzere. Dava açamayacak mıyım, sorusu, yani bunu biz bir tahkim dosyasında 5 yıl boyunca tartıştık. Yok, bir sonuç. Zor durumdayım diyor, tacir. Efendime söyleyeyim, hala dardayım, hala icra takiplerim var, bana karşı aşırı kazanç elde ettiler, aşırı yararlanma elde ettiler, dava açıyor karşı taraf diyor ki, süre başlamamıştır. Ne süre başlamamıştır, süre bitmek üzere. Yani sübjektif unsurun varlığının sürmesi o 5 yıllık süre içerisinde gabine vuruyor, ya aşırı yararlanan kişinin haklarını ne yapabilir, bunu bir öneri olarak nasıl geliştirebiliriz?

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Tartışalım o zaman görüş beyan etmek isteyen var mı?

Katılımcı:

Müzayaka hali ortadan kalkmamışsa 5 yıllık süre içerisinde ben aşırı yararlanmaya dayalı taleplerimi öne sürebilir miyim, süremez miyim? Çünkü kanunda müzayaka halinin ortadan kalkması, diyor, ortadan kalkma! Ama kalkmamış, sürede bitiyor illaki kalkmalı mı, özellikle bu müzayaka hali, zor durum.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Var mı görüş?

Katılımcı:

Hocam şimdi gabin üç sebebe dayanıyor. Düşüncesizlik, deneyimsizlik ve zor durum hali. Bu kanundaki o düzenlemede hak düşürücü süre 1 yıl 5 yıl. Ancak buradaki korkutma, zor durum hali haksız fiil olarak da düşünülebilir. O zaman 5 yıllık hak düşürücü süre dolarsa haksız fiildeki 10 yıllık zamanaşımı süresine gidilebilir, düşüncesindeyim hocam.

Katılımcı:

Taleple bağlılık ilkesi, ben gabine dayanıyorum, hâkim ne yapacak, haksız fiili kıyasen mi uygulayacak.

Katılımcı:

Kıyasen uygulayabilir diye düşünüyorum.

Katılımcı:

Hocam, hocamın ikinci belirttiği durumla ilgili yorum yapmak istiyorum yüzdelik bir oran belirlemek, uygulama açısından sakıncalı olabilir, bağlayıcı olabilir. Biz orada yine hâkim takdir yetkisini almış oluruz. Çünkü gece yarısını mesela 50 lira rayiç olan bir taksi ücretini adam 100 lira aldı ekonomik durumlar o gece vakti, orada belki gabin söz konusu olmayabilir. O anki durum onu gerektirmiş olabilir ama bir milyon liralık bir iş için bir buçuk milyon lira aldı. Orada bu sefer yüzde elli (%50) olayın somut durumuna göre farklı sonuçlara götürebilir. O yüzden, oran belirtmek doğru olmaz. İkincisi hocamın belirttiği o müzayaka halini düzeltmekte yarar var. Bakın sürenin başlangıcını, Borçlar Kanunu 39 uncu maddede yanılma ve aldatmayı öğrendiği anda, korkutmada ise korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı anda, yani farklı zamanlarda yapıyoruz. Burada da müzayaka etkisinin ortadan kalktığı halde diyerek sorunu çözebiliriz.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY:

İstanbul Hukuk Fakültesi emekli hocalarımdanım, oran belirleme konusuna ben de sempati ile bakmıyorum. Bilirsiniz ki rekabet hukukunda özellikle piyasaya egemen teşebbüslerin piyasanın ne kadarına egemen oldukları önem taşıyor. Rekabetin kısıtlanması, engellenmesi, bozulması bakımından ve bunu tamamen özel hukuk anlamında yargıç hukukuna bırakmak amaca daha uygun olacaktır. Böyle yüzdelik rakamlar koyma yerine yargıç hükmüne bırakmak amaca daha uygun görünüyor, teşekkürler.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Ben, şimdi tabii muvazaa ile ilgili bu şeyi gözden geçirmemiz gerekiyorsa Türk Ticaret Kanundaki muvazaa ile ilgili hükmü birlikte değerlendirmek lazım. Muvazaanın en çok affedersiniz gabinle karıştırdım, evet ya zor durumda kalma meselesini Ticaret Kanundaki düzenleme ile beraber değerlendirmek lazım. Bunun en çok uygulandığı yer ticaret ticari ilişkilerdir. Şimdi ticari ilişkilerde de biz ne diyoruz. Böyle zor durumda kalma falan olmaz diyoruz, kalmaz diyoruz. Evet, o yüzden bence bir anlamda tacir zor durumda kalmayabilir mi? Kalabilir tabii niye kalamasın. Yani böyle bir şey olabilir mi? O açıdan meseleyi bu ikisinin birlikte değerlendirilmesi suretiyle gözden geçirilmesinin daha isabetli olacağını düşünüyorum, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Başka söz alan var mı?

Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt PEKMEZ:

Şimdi gabin ile ilgili hocamın bahsettiği üst sürelelere ek olarak, aslında bunun Borçlar Kanununa alınabileceğini değerlendirmeyi tercih ediyorum. İrade bozukluğu hallerinde kanunda üst süre düzenlenmemiş, dolayısıyla gabinden bağımsız olarak da hile, hata, ikrah durumunda da tartışmalı olan doktrinde kabul edilen sözleşmenin kurulduğu andan itibaren 10 yıllık (zamanaşımı) üst sürenin olması gerektiği yönünde bir görüş var. Bu Yargıtay tarafından da bildiğim kadarıyla henüz daha benimsenmiş bir görüş değil. Ama irade bozukluğu hallerinde sözleşme kurulduğu andan itibaren 10 yıllık üst süre herhalde 10 yıllık süre içerisinde irade sakatlığının etkisinin ortadan kaldığı bir yıllık sürenin uygulanması doktrinde söyleniyor, kabul ediliyordu. Aynı zamanda tartışmalı olmakla birlikte aşırı yararlanma bakımından da bir üst sürenin varlığı, her türlü gerekiyor. Bu anlamda 5 yıllık süreyi bir üst süre olarak değerlendirirsek kanunun sistematüğinde alt süre ve üst süre tekniğini burada uygulandığını görüyoruz. Aynı tekniğin irade bozukluğu halinde de diğer hallerde de uygulanması, bu anlamda üst sürenin kanunda yer alması gerektiğini düşünüyorum. Hocam,

bu konu çok tartışmalı ve Yargıtay'ın da bildiğim kadarıyla herhangi bir tutumu yok, oturmuş bir tutumu yok.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Evet ya, o da ayrı bir öneri olarak dikkate alınması gerekiyor. Ama önce şu aşırı yararlanmayla ilgili söz almak isteyen yoksa.

Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt PEKMEZ:

Hocam çok özür diliyorum onunla ilgili olarak da edim ve karşı edim, bildiğimiz üzere. Edim, sadece para borcundan ibaret olmayabiliyor, verme, yapma, yapmama şeklinde olabiliyor dolayısıyla bir oran koymak bu anlamda da isabetli olmuyor.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Değersel olarak zaten yapma veya yapmama da olsa, bir yere dönüştürülüyor sonunda. Peki, teşekkür ederim Cüneyt Hocam. Şöyle bir öneri getireyim ama benimsenmezse farklı tartışmaları ele alalım. Oran getirilmesinin gerekli olmadığı noktasında bir yaklaşım var. Günün şart ve koşulları içinde durumun şartlarına göre Yargıtay tarafından oranlar bazen %40 diyor, bazen de %60 diyor. En büyük sorun hâkimlerde: bu oran %40 mı, %60 mı? Ama Allah'tan teknoloji gelişt, şimdi internetten çok rahat bir şekilde UYAP'tan emsal kararlara ulaşıyoruz değil mi? İyi oradan, son güncel kararlardan onu görüyoruz. Ancak, süre ilgili soruna katılıyorum. Yani Borçlar Kanunu 28 inci maddenin ikinci fıkrasındaki 5 yıllık sınırın, müzayaka hali devam ettiği sürece, ama her halde sözleşme kurulduktan sonra 5 yıl geçtiğinde diyor ve kanun içinde bir çelişiyor aslında. Bu kanun çelişkisi Yargıtay'ın zıt kanun hükümlerini birbiriyle çelişmesiyle aşılabılır, içtihatla aşılabılır. Ama elimizde kanun varken bu sorunu kanunla niye çözümlemeyelim noktasında bize görevde düşerse şöyle diyebiliriz. Evet, zorda kalmadan itibaren zorda kalma ortadan kalkmışsa bir yıl, ama zorda kalma 5 yılın üzerine geçerse 5 yıllık süre uygulanmaz, şeklinde bir çözümü kanuna yazarsak bunu aşmış oluruz, diye düşünüyorum.

Katılımcı:

O zaman 5 yıl, hiç konmamalı.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Yok, 5 yıl yine kalacak. Bir tek zorda kalma durumunda, eğer zorda kalma 5 yılın üzerinde olması halinde 5 yıl hükmü uygulanmayacak, ne yapacak bir yıl içinde yine buna başvurabilecek.

Katılımcı:

Hocam şimdi şöyle bir sorun mu var, gabin olur mu olmaz mı diye tartışılıyor da biliyorsunuz. Uzlaştırmada bir hüküm var cezadaki uzlaştırmada orada maddi tazminat yönünden uzlaşırlarsa hukuk davası açılmaz feragat etmiş sayılır, diyor. Şimdi taraflar genelde haksız fiil tarafları uzlaştırmada gidiyorlar. Belli bir rakama razı oluyorlar orada. Bilmiyorlar daha sonra da tabii bu resmi merciler önünde yapılıyor. Daha sonra da bunu gabin olarak açıklıyorlar, ben zorda kaldım, bilmiyordum, tecrübesizdim. Meğer çok daha yüksek alabileceği rakamları bırakıp orada çok az bir rakama örneğin yani 200 bin, 300 bin tazminat alacakken 20-30 bin liraya uzlaşıp önu kesiliyor. Ama o madde gabin, belki çok zorlanır, orada tartışılır da bu maddenin orada gereği var mı? Yani ceza ceza'da kalsın, hukuk bölümüne karışmasın. Bu maddenin de kaldırılarak tamamen hukuk yargısına bırakılması.

Katılımcı:

Onu usul hukukuna bıraksak başkanım, daha iyi olmaz mı? Ceza mahkemesi de aynı zamanda tazminata hükmedebiliyor.

Nilgün TAŞ

(Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesi):

Teşekkür ederim. Nilgün Taş Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Üyesiyim. Haksız fiil başlığı altında hususlardan biriydi o yüzden dinliyordum. Dün uzlaşma ve uzlaştırmacılar ile ilgili problem konuşulunca ben Yargıtay Başkanı ve Bakanlık yetkileri ile görüştüm. Gerçekten tazminat anlamında çok büyük problem görmeye başladık. Çünkü uzlaşmada metinde edinme ya da edimsiz ayrımı direk diyor ki uzlaşma prosedürü tamamlanmışsa diyor biz prosedürü kontrol ediyoruz. CMK 253/19'da açık düzenleme var. Edime falan bakmıyoruz biz. Uzlaşma tamamlandı, tazminat davası açamaz, açılan dava dinlenemez. Şimdi gerçekten son iki yılda gelen dosyalarda bakıyoruz ki diyor ki; geldi hem gariban olanlar da var içlerinde ama biz yasal düzenlemeyi dikkate almak zorundayız. Diyorlar ki biz olayın akabinde hani karşı taraf ceza almasın diye düşündük aslında. Şimdi uzlaştırmacı nitelikleri konusundaki sıkıntı da oradan çıkıyor. Gerçekten bunlara sonuçları yeterince anlatıldı mı? Tazminat konusunda ellerinin bağlandığı konusunda farkındalık yaratıldı mı? Biz, Bakanlıkla tazminat dairesi olarak bu konuyu yeniden birlikte çalışalım önerisini dün getirdik, Yargıtay Başkanımıza ilettim. O konu bilahare görüşülecek. Ama şu anda büyük bir problemdir.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

O zaman uygunsa, bu buradan bir alt başlığa geçelim. Haksız fiiller bölümüne oraya bir başlık açalım. Diyelim ki CMK'nın 253/19 uncu maddesi sonuçları yönünden uzlaştırma ve mahkemelerde tazminatla ilgili hüküm

kurulup kurulmaması ve bunun doğrudan doğruya hukuk mahkemelerine bırakılması çözüm önerisi olarak. Gabini bitirdik. Şekli bitirdik. Şekle aykırılık üzerine olan muvazaa zaman alır. Şekle aykırılıkla ilgili sorunu ve çözüm önerisini gündeme getirmek isteyen Murat hocamla başlıyorum. Başka var mı, il sözü Murat beye veriyorum.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Şimdi özellikle tüketici mahkemelerinde her ne kadar ön ödemeli konut satışı getirmiş olsa da, orada bir takım şekle uygun ve belli prosedürler dâhilinde yapılması gerektiği salık verilse de, halkımız hala harici taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, harici kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapmaya devam ediyor haricilik milli bir spormuş gibi eski bir roma hukuku deyimini ile hataların genelleşmesini doğurmuştur. Yargıtay'ın orada müdahalesi ile edimler ifa edilmiş ve sözleşme hayata geçirilmişse artık “geçersiz sözleşme” muamelesi yapılamayacağı gibi bir yaklaşımla da olsa, bu durum çok büyük sorun oluşturuyor. Hala acaba buna bir çözüm bulunabilir mi diye düşünüyorum, çözüm bu bakıştan tüketici mahkemelerine bir düzenleme getirdi ama yine de resmi şekil özellikle geçerlilik şekline aykırı çok sözleşme yapıyor ve önüne geçilemiyor.

Katılımcı:

Soruna çözüm önerim var. Önerim, harçların düşürülmesi hocam. Peki teşekkür ederim, biz halkımızı kanunlara uygun hareket etmeleri gerektiği yönünde herhalde uyarmak teşvik etmekle mükellefiz, kanunun ne olduğunu bile bile gidip işte hala sözlü (harici) gayrimenkul satışı yapıyorsa ne diyelim ki buna. Anlatabildim mi, yani resmi şekil kuralını değiştirelim mi? Tüketicinin taraf olduklarında zaten değiştirmiş gibi bir şey olduk adı yazılı artık yeterli o hale geldi. Belki ne olabilir orada biliyorsunuz proje üzerinden satışlarda bu kuralın uygulanacağına dair bir düzenleme var proje satışı olmayan diğer işte bireysel satışlarda tüketici satıcı satışı da olsa bu kuralı uygulayamıyoruz o yüzden bu kuralı belki proje satışı olmaktan çıkartıp bütün tüketicinin tarafı olduğu bütün sözleşmeler bakımından taşınmaz satış veya satış vaadi sözleşmeleri bakımından adi yazılı yeterli kabul edilmesi belki bir şey olabilir Tüketicini Korunması Hakkında Kanunda bir değişiklik yapılması bu anlamda belki düşünülebilir.

Aslında insanlar buna iten sebep notere para ver tapuya para vermek istememesi noktasında yani orada sözleşmeyi yapan kişinin maddi durumunu nazarı itibariyle alarak bir harç indirimi bir kolaylaştırıcı bir şey olur mu olmaz mı?

Para konusunda noterleri ikna etmek çok zor.

Ben burada bir konuyu tartışmaya açmak istiyorum. Bu yazılı şekilde acaba bu yazılı şekilde sadece borç altına girenin iradesinin yazılı şekle dönüşmesi yeterli olmalı mıdır noktası yoksa tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sorun yok. Ama sadece taraflardan bir tanesi borç altına giriyorsa veya tam tersine örnek vereyim yine taksitle satış sözleşmesi, taksitle satan, taksitle satın alan yazılı şekil diyor, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme her ikisini birlikte iradelerin yazılı şekle dönüşmesi

aradığınız zaman bir takım sorunlar çıkıyor. Özellikle şeklin aynı seviyede olmadığı durumlarda. Örneğin noterden taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapıyorsunuz, bedel unsurunun orada çok da şekil anlamında bir anlamı yok. Şeklinin bedeli belirleyebilirler beden ne olduğunu ama beden taksitle ne şekilde nasıl ödeneceğini adi yazılı olarak ortaya koyabilirler yani şeklin iki söylemek istediği bir şey var yazılı şekil zorunluluğu sadece borç altına girenin yazılı şeklidir noktasında bir yaklaşım var. Bu şey özellikle yazılı şekil sebebiyle geçersiz olması doğrultusunda savunulan bir teoridir aynı zamanda. Geçersiz olsa bile sadece borç altına giren yönünden bu konu şekli gerçekleştiriyoruz ve şekle tabiliği sağlıyorsa o sözleşme geçerli olmalıdır diye bir bakış açısı alınabilir bir de ikincisi şeklin kapsamı anlamında düzenleme var oranın biraz açılmasına ihtiyaç var mı? Noktası var ama bugüne kadar da yürüdük geldik çok da sorun çıkmadı ama şekille ilgili sahiden bir şeyleri aşabilir miyiz? Örneğin mesela en son en çok tartıştığımız noktalardan bir tanesi; taşınmazların tapudaki borçlandırıcı ve tasarrufi işlemleri aşamasında sözleşme hükümlerini satış sözleşmesi veya diğer temlik borcu doğuran sözleşmenin hükümlerini tapuda yazdıramama sorunu. Sübjektif esaslı unsur haline getirseniz bile yazdıramıyorsunuz, yan hükümlüklerini yan edim hükümlüklerini yazdıramıyorsunuz, yan yükümlüklerini de yazdıramıyorsunuz tapuda. Öyle olunca ana çatı orada kurulabilir ama ana çatının detayları aynı şekle tabi olmadan adi yazılı şekilde kararlaştırılabilir.

Hocam söz alabilir miyim tüketiciye münhasır olmak üzere devlet harçlar kanununda bir düzenlemeye gidip o harçların noter masraflarının düşürmesi gerekir aksi durumda bu sorun asla çözülemez.

Hocam resmi senet düzenlenmesine dahi yönetmelikte tapu memurlarının tarafların esaslı gördüğü unsurları resmi senette yer vermek zorundadır şeklinde bir hüküm var. Dolayısıyla yine gün sonunda mevzuatta bir sorun yok sorun uygulanmasında. Yönetmelik ayrıca düzenlemiş hocam yani tabii düzen hükmüdür, tapu memurunu bağlar diyebiliriz ama sonuçta uygulamada...

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Neyse bu konuyu da geçiyorum o zaman yani getirmeyeceğim şeyde, he yok onunla ilgili harçlarla ilgili getirmeyeceğiz buraya gitmişken şekille ilgili olduğu için uygun görürseniz bu elektronik imza güvenli elektronik imza noktasındaki tartışmayı da burada yapalım şekille ilgili olduğu için uygun görürseniz bu elektronik imza güvenli elektronik imza ile ilgili tartışmayı da burada yapalım, bir başlığımız vardı sanki onunla ilgili yukarıda veya aşağıda aşağı inelim evet burada güven sorununu aşağıya mı kaldı neyse onu yukarıda bir başka hale getirelim altına tartışabiliriz şimdi herhalde hocam yanlışlıkla fark önemli değil şeyde yapalım gerek yok direkt olarak neden olmasın şeklin unsurlar olarak e-imza başlığı açalım orada tartışalım hepsi girer içine orada da en büyük sorunlardan birisi ben çok uğraştım kitapta açmak için noterlerdeki şekille borçlar kanunu şekilleri arasında özellikle okuma yazmayı bilmeyenlerden çok büyük farklılıklar var. Onun uygulamaya yansıyor benim önerim orada ya borçlar kanunu onlara uysun ya da biz onlara uyalım. Bunun çözülmesi gerekir. Noterlik kanununda mı yani sorun? Noterlik kanununda Borçlar Kanununa aykırı

özellikle okuma yazma bilmeyen veya diğer görme özürlüler açısından uyumlaşmasının sağlanması. Noterlik Kanunu ile Türk Borçlar Kanununda görme engellilerle okuma yazma bilmeyenlerin yazılı şekil düzenlemeleri konusundaki farklılığın giderilmesi ve birbiriyle uyumlu hale getirilmesi. Az önce dikkatini çekmek istedim buydu zaten yani borçlar hukuku sadece borçlar kanunundan ibaret değil birçok kanunu etkiliyor özellikle burada tartıştığımız genel hükümler zaten birçok özel kanununa da atıfta bulunacak bir kapsamda dolayısıyla noterlik kanunu giriyor karayolları trafik kanunu giriyor bu çok kanunun genel hükümlerini biz burada tartışıyoruz.

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA:

Yine bu sadece görme engellilerle değil noterlik kanunu mesela bu ön alım sözleşmesi yazılı şekilde yapılabilir diyor borçlar kanunu bakıyorsun noterlik kanunu 60'da orada da yapılabileceği söylenince sanki resmi şekilde yapılması şart koşul varmış gibi.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

O zaman şöyle diyelim diğer uyumsuzlukların giderilmesi diyelim. Buyurun sayın hâkimim.

Katılımcı:

Başkanım bütün dünya elektronikleşiyor. Para elektronikleşiyor. Dolayısıyla sözleşmelerin elektronikleşmemesi mümkün değil e-imza zorunluluğunu getirilmesi blok zincirinin Türkiye'de kurulması Türkiye'nin kendi ulusal blok zincirinin kurulması sözleşmelerde bunun şekil zorunluluğu haline getirilmesi şart. Bunu belli bir miktar olarak da belirleyebilirsiniz, sözleşmenin türü olarak da belirleyebilirsiniz. Bunun bir şekil şartı haline getirilmesi şart. Borçlar kanunu içerisinde düzenlemeniz de gerekmiyor ama borçlar kanunu ile çelişmeyecek özel bir yasa çıkartarak bunu yapmanız daha doğru olur. Evet teşekkür ederim. Ben bir şey anlamadım yalnız. Bütün sözleşmeler bakımından e-imza zorunluluğu mu getirilsin?

Katılımcı:

Hayır, bütün sözleşmeler için demiyorum. Ben 3 yıl Salihli'de görev yaptım. Bankamatik kartını kullanamayan vatandaşlar gördüm. Daha bankamatik kartını kullanamayan insanlar varken, bütün sözleşmelere bunu getiremezsiniz. Ancak mahkemelerde, özellikle dün sayın hocam da belirtti avukata danışma ihtiyacı duymadan yapılan sözleşme ile birçok insan çok mağdur oluyorlar ve biz özellikle sahtecilik konusunda çok büyük sıkıntılar yaşıyoruz. İmzalamadım diyor, ben onu yapmadım diyor, ama e-İmza da böyle bir şansınız yok. E-imzayı attığın zaman bitiyor artık, o imzanın şifrelerini, kodunu saklamak sizin yükümlüğünüzde. Ayrıca e-İmza ile

yaptığınız bütün sözleşmelerin üzerinde yapacağınız tüm değişiklikler de yine elektronik ortamda yapılmak zorunda. Dolayısıyla sözleşmeyi, zincir halinde takip edebilme imkânına sahipsiniz. Yani sözleşmenin tadillerini de takip edebilme imkânına sahipsiniz, bir yere kaydetme imkânına da sahipsiniz. Şimdi örneğin bazı sözleşmeleri tescil zorunluluğu var. İşte tapuyu tescil etme zorunluluğu gibi. Efendim bir yere kaydetme zorunluluğu var, zaten bunu en azından belli bir merkezde tutma imkânınız olmuş olur. Bu kayıt dışı ekonominin kayıt altına alınmasını da sağlar. Elektronik paranın akışını sağlar, paranın verilir verilmediğini kanıtlamayı da kolaylaştırır, tanık dinlemek gibi mahkemelerin iş yükünü artıracak uygulamalardan da kurtarır.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Sizin öneriniz e-İmzanın tüm hukuki işlemlerde zorunlu hale getirilmesi. Belli bir değer belli bir sözleşme türü için en azından. Bir kere belli bir aşamada hepsi için zorluğun e-imza zorunluluğunun getirilmesi mümkün değil ama ben alternatif olması gerektiğini düşünüyorum. Belli kişilerin, UYAP kullanan avukatlar, hâkim ve savcı gibi, e-imza kullanmasının zorunlu olması gerektiğini de düşünenlerdenim. Elektronik tapu sicili anlamında Türkiye'de ilk elektronik tapu sicil kitabını yazan birisi olarak söyleyeyim. Yapısal itibarıyla o yolun açık olduğunu, ama alternatifin de açık olması gerektiğini düşünenlerdenim. Taşınmaz satışlarında bir aracı kurum veya kişiden yardım alma zorunluluğu getirilmeli, aynı avukatlar gibi prosedürün yürütülmesi anlamında. Alternatif anlamda belki değerlendirme olarak ele alabiliriz. Şu anda bu aşamada öneri olarak pek benimseyeceğimizi düşünmüyorum. Bilmiyorum oylama yapalım isterseniz.

Katılımcı:

Bakın elektronik imza, elektronik para, blok zincir ve e-imza bunların hepsi birbiriyle bağlantılı. Bunları birbirinden bağımsız ele alamayız, teknolojik olarak bunlar birbiriyle bağlantılı o yüzden söylüyorum.

Doğru. Blok zincir veya blok para ile ilgilenmek istiyorsa elektronik imza alınsın. Ama ben onunla ilgilenmek istemiyorsam, sırf beni bununla ilgili bir zorunlu tutmayın.

Bitcoin ile blok zincir birbirinden farklı şey o başka şeyler.

Katılımcı:

Evet elektronik imza ile ilgili Borçlar Kanundaki ilk gün yeterli olmadığı, bunun genel kanunda düzenlenmesi ve özel kanunlarını düzenlenmesi yeterli değilse, Borçlar Kanununda bir ilavenin gerekli olmadığı tartışılabilir. Ben meslekte kıdemlilerden biriyim. Şu anda bu maddelerin elektronik ile ilgili imza unsuru olarak, burada güvenli elektrik imza ile ilgili maddeyi bile anlatmak da ben de diğer arkadaşlar da zorluk çektik. Ama bir gelişim bu değişim bence yeterli diye Borçlar Kanunun

bununla ilgili ihtiyacın olduğunu, bu ihtiyacın da özel kanununda da ayrı bir düzenleme olarak ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum. Zaten onunla ilgili güvenli elektronik imza bölümünde, güvenli elektronik imzanın, el ile atılan imza ile aynı hukuki sonuçları doğurur, demek suretiyle borçlar hukukuna yansımaları yaptık. Ama gelecek, sayın hâkim beyin söylediği gibi bu blok zincir olsun diğer elektronik paralarda olduğunu da düşünüyoruz. Zaten her devlet kendi elektronik parasını çıkarttığında, onunla ilgili düzenlemeyi de beraberinde getirecek ve mutlaka borçlar hukuku ile uyumlaştırmasını sağlamış olacağız. Şu elektronik imzayı bir bitireyim isterseniz. Elektronik imza ile ilgili bir şey var mı şu anda yeterli görüyoruz. Borçlar Kanununun 14/2, buna bir atıf yapmış zaten. Yeterli olduğunu düşünüyorum.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Yeterli değil mi, hem madde 14/2 deki atfın yeterli olduğunu ama özellikle blok zincir ve elektronik para anlamında yasal düzenleme yapıldığında bunların Türk Borçlar Kanunu ile uyumluluğunun dikkate alınması diye yazmamızda fayda var. Blok zincir, elektronik para gibi yeni kurumların borçlar hukukuyla uyumunun kanunlaştırmalar esnasında dikkate alınması gerektiğine değinelim. Özellikle bu parmakla imza yerine geçen şeyler artık kullanılmıyor herkes iyi iş yapıyor. Bir 10 dakika ara verelim.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Evet, oturumu açıyorum tekrar istiyorsanız artık “imza” konusunu bırakalım. Şimdi sözleşmenin yorumlanması ve muvazaaya gelelim. Muvazaa konusu benim içimde ukde kalan hususlardan birisidir. Muvazaanın ismi vardır ama bir tanımı yok. Özellikle İsviçre kaynaklı Türk Borçlar Kanunu, kavramsal tanım yapan bir kanun değildir. Hatta biz haksız fiillerde bir takım tanımlar yapmıştık, ilk taslakta. Büyük bir eleştiriye uğrayıp, bütün önerilerimizi geri çekmiştik. Bizim amacımız tanımlarla hâkime yol göstermekti. Yol göstermek amacıyla haksız fiillerin artık klasikleşmiş tanımları da orada yer bulabilirdi ama eleştiriye maruz kalınca geri adım attık. Ama bu muvazaa öyle bir noktada değil. Aslında muvazaanın ne olduğunu üç aşağı beş yukarı hepimiz biliyoruz, bir daha tanımlamamıza gerek yok. Ama burada muvazaanın tanımının yer almasında yarar var diye düşünürüm. Muvazaanın tanımının yer alması yeterli değil, yaptırımının belirtilmesi, etkilerinin de belirtilmesinde fayda var diye düşünürüm. Özellikle üçüncü kişinin muvazaalı olduğunu iddia ettiği, hukuki menfaati, daha doğrusu muvazaalı olduğunu iddia ettiği sözleşmeden doğan bir menfaati varsa. Ancak bu hakkı, üçüncü kişi olarak kullanılmaması gerektiğini düşünenlerdenim. Buyurun sayın başkanım.

Nilgün TAŞ:

Şimdi üçüncü kişiler ile ilgili HMK'da hüküm var. Hukuki yarar. Biz o işi hukuki yarar başlığı altında düşünerek, ona göre çözümleme getirerek uyumsuzlukları çözüyoruz.

Katılımcı:

Oradaki başlık tam hukuki yarar diyor, ama doktrinde bu hukuken korunması gereken bir güvence olarak yorumlanıyor.

Katılımcı:

Biz yaşamadık ama şimdi sorun şöyle, şirketin kendisi davayı açamıyor şirketin ortağına açtıyor. Üstelik diyor, böyle bir kötüye kullanma yöntemlerinden bir iki önüme gelen somut olay da gördüm ve yaşadım. Evet, eğer somut olay veya kanun olarak çözüm getirecek halimiz yok. En azından bilmiyorum değerli Komisyon ne düşünür, böyle bir tanımın ihtiyaç olduğu, yaptırımın belirtmesi gerektiği, dava açma yetkisi olan kişiler yönünden de üçüncü kişilerin de hukuki yararının aranması gerektiğini, zaten tanımını da biliyoruz ama kanunun bu eksikliğini gidermiş oluruz.

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM:

Sayın hocam bir de bu muvazaada zaman aşımı ile ilgili hususun düzenlenip düzenlenmeyeceğinin tartışılması gerektiğini düşünüyorum. Çünkü 30 yıl geçtikten sonra bile özellikle muris muvazaası meselesinde Yargıtay'ın tek elindeki şey hakkın kötüye kullanılması yasağı. Ancak bunun ispatlanması oldukça güç. Ciddi sıkıntılar var, burada bir zamanaşımı süresi getirilirse iyi niyetli veya kötü niyetli gibi. Yani zaten kötü niyetliyse o zaman 20 yıl gibi bir süre getirilirse zamanaşımı ile ilgili paralellik kurulmuş olur.

Katılımcı:

Onunla ilgili madde 82'deki modeli buraya taşısak, süreleri de düzenleyerek iyi niyetli, kötü niyetli ayrımı yapabilir miyiz? Bakıyorum da kötü niyetli olduğu ile ilgili tartışılıyor, ama bir yere yazmak ve somutlaştırmakta fayda var.

Katılımcı:

Zamanaşımı ile ilgili benim söylemek istediğim bir şeyler var. Başkanım muvazaas konusunda zamanaşımı veya hak düşürücü süre gibi bir kısıtlama getirilirse Türkiye'de kadın haklarında geriye dönüş olur,

mahvolur. Bunu, bir asliye hukuk hâkimi olarak söylüyorum. Bizim önümüze gelen muvazaa dosyalarının neredeyse %80'i, %90'ı muris muvazaası ve bunların da büyük kısmı kız çocuklarına miras payı verilmemesinden kaynaklı dosyalar. Bakın kızlar evleniyorlar İstanbul ve Ankara gibi büyükşehirlere yerleşiyorlar, senelerce köylerine gitmiyorlar. Köydeki abiler tarafından, kardeşler tarafından işletilmesinin (ki o başka bir emek sömürsü, o başka bir şey ama) yanı sıra kadastro tespitlerinde ya da sonradan alınan vekâletnamelerle kandırılmak suretiyle bir şekilde taşınmazların, kadınların üzerlerinden alınması sonucunda mağduriyetler oluşuyor. Ya da aslında okumuş kültürlü insanlar arasında da bu yaşanıyor. İstemediği insanla evlendiği için ülkeyi terk edip, 20 yıl sonra Türkiye'ye dönen ve bir anda ölen babasının veya annesinin üzerindeki mal varlığının kardeşinin üzerine tescil edilmiş olduğunu gören kardeşler var. Şimdi, evet 30 yıl sonra bir insanın hakkını aramasının iyi niyetli olduğunu düşünmeyebilirsiniz ama sosyal hayattaki gerçekler bazen 30 yıl sonra bile iyi niyetli olabileceğini gösterebiliyor. Hatta ben şunu da söyleyeyim bir tek eşlilikle evlilik, iki eşit miras hakkı vb...

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Aile hukuku ile ilgili...

Katılımcı:

Hemen itiraz etmeyin. Sözümü bitireyim.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Konuyu aile hukukuna taşımayın. Sözünüzün bitmesi ile ilgili sorun yok, uzun uzun konuşabilirsiniz ama sadece borçlar hukuku ile sınırlayalım.

Katılımcı:

Başkanım sözümü bitireyim çözüm önerisi sunuyorum. Bakın tek eşlilikle evlilik ve eşit miras hakkı gibi Türk kadınına erkeklerle eşit seviyeye getiren maddelerden en önemlisi muris muvazaasında zamanaşımının olmaması. Türk kadınının bütün haklarını mahvedersiniz. Muris muvazaasını bundan ayırtamazsınız ki.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Muris muvazaasında zamanaşımının düzenlenmesi ile ilgili öneriye sıcak bakmıyoruz. Çıkıyoruz evet. Miras hukukunda olması gerektiğini düşünmüyorum çoğunluğun düşüncesi bu. Kayıtlarda zaten hocamın kaydı var. Yani her söylenen kayıt altında. Hepsisi de metne geçti. Burada, sadece benimsenen yani genel benimsenen yaklaşımı tespit ediyoruz. Üçüncü

kişinin muvazaalı olduğunu iddia ettiği hukuki işlem den yararı olduğu takdirde ileri sürebilmesi gerektiği. Evet, şimdi muvazaayı geçiyoruz. Genel işlem koşullarına geçiyorum.

Katılımcı:

Hocam, şimdi uygulamada muvazaa ile tasarrufunu iptali davaları iç içe girmiş durumda. Şimdi bir kere muvazaa, genel muvazaa Kanun da çok detaylı olarak tanımlanmamış. Dolayısıyla mutlak muvazaa, nispi muvazaa ayrımı da yapılmamış. Şimdi uygulamada biz muvazaanın yaptırımının kesin hükümsüzlük, yani butlan yaptırımı olduğunu hem doktrinde hem de uygulamada kabul ediyoruz. Ancak hem özel daireden de genel kurulda muvazaa sonucunda, eğer muvazaa var dersek hüküm kurarken İcra İflas Kanunu 283 ve devamı maddelerindeki şekilde hüküm kur diye ya düzelterek onuyoruz ya da kararı bozuyoruz. Yani muvazaa var diyoruz. Ancak alacağı oranında icra ve satış yetkisi istenmesine yönelik hüküm kur diye bozmalarımız var. Bu durumda muvazaa ile tasarrufun iptali davasının enstrümanları tamamen birbirinden farklı olmasına rağmen biz Yargıtay olarak bu şekilde bir uygulama yapıyoruz, doktrinde de bazı hocalar eleştiriyor. Yani bu konuya ilişkin sizin önerileriniz var mıdır?

Katılımcı:

Anladım, o olayı yani özellikle dava tarihi itibarıyla muvazaa iddiası tapu sicilini düzeltilmesi davası niteliğinde olduğu düşünülüyor ise bir tespit davası niteliğinde oluyor. Ama niteliğinin sonucunu da siz hükme yazmak durumundasınız tapu sicilinin iptaline gibi, yani önce muvazaanın tespitine sonra tescilin iptaline...

Katılımcı:

Biz öyle yazmıyoruz işte. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi öyle yapıyor ama Yargıtay 4. Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu uygulamalarında öyle yapmıyor. Yani muvazaa var diyor, ancak buradaki amaç alacağına kavuşmak olduğu için 100 bin lira oranında icra ve satış yetkisi verilmesine gibi hükümler kuruyoruz.

Katılımcı:

Tasarrufun iptaliyle ilgili hüküm ve Borçlar Kanunundaki hükümler farklıdır.

Katılımcı:

Muvazaa varsa, tasarrufun iptali ile bir ilgisi yok bu işin, geçersizdir zaten.

Katılımcı:

Şimdi, Borçlar Kanununda muvazaa olgusunda 3. kişi diyor ki, benim alacağımı karşılıksız bırakma. Muris muvazaası farklı. Çünkü mülkiyet hakkına dayanıyor orada. Tapu iptalini isteme hakkı var. Burada benim amacım alacağıma kavuşmak. Benim açımdan geçersiz olmalı. Çünkü bunun çözümünde Daire, burada mülkiyet hakkı yok, dava açanın alacak hakkı var, diyor. Alacak hakkı olan kişiye de siz sonuçta ne vereceksiniz. Alacağına kavuşma hakkı, imkânı vereceksiniz. Bunun için de yararlanabileceğimiz hüküm nerede var: İcra İflas Kanununda var. İİK 283'te diyor ki alacağını karşılayacak miktarda bu dava açan kişi bakımından muvazaa tespiti yapıyoruz. Sözleşmeye, tarafların iradesine müdahale etmiyoruz. Bu kişi alacağını almayı amaç edindiğine göre taşınmaz üzerinde haciz ve satış yetkisi ver, diyoruz. Yani talebe göre hüküm kuruluyor. Bu TBK'daki tasarrufun iptalindeki o hükmü, biz kıyasen sonuçta bu şekilde uyguluyoruz. Çünkü amaç alacağına kavuşmak diyoruz. Yani tapu iptalini isteme hakkı yok ki burada. Kendisi açısından alacak miktarı kadar yani taşınmazın değeri 100 bin liradır bunun alacağı 10 bin liradır. Bu şekilde çözüm getirildi. Uygulamada da bir farklılık yok onu söyleyelim. Tasarrufun iptalinin koşulları şeklidir, İcra İflas Kanununda düzenlenmiştir. Ama Borçlar Kanunundaki muvazaa daha geniş ve kapsamlıdır.

Katılımcı:

Hatta muris muvazaasından da farklıdır. Sonuç dediğimiz bölümde tartışırız. Sonucu buraya yazılır. Oradakini alalım mı? Buraya koyalım mı? İcra İflas Kanununu mu koyarız başka bir şey mi koyarız, onu sonra bilim adamları komisyonda tartışın.

Katılımcı:

Bu 3. kişinin menfaati olması meselesinde, zaten uygulamada esasta 3.kişinin menfaati var mı yok mu ona bakılmıyor. Usul hukuku bakımından “menfaat”e bakılıyor. Bunu “esas”a, yani maddi hukuka taşımak ne kadar doğru olur?

Katılımcı:

Neyse bunu getirelim, tartışalım. Bir öneri olarak, sonra orada tartışacaklar.

Ferhan GÜMÜŞ

(İstanbul 8.Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanı):

Bu muvazaa nedeniyle açılan davalarda herhangi bir süre şartı yok, bunun için süre getirmesi öngörülebilir mi?

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Biraz evvel Mustafa Fadıl Hocam aynı şeyi gündeme getirdi. Genel eğilim kayıtlara geçti, ama bir süre getirilmesi noktasında özellikle muris muvazaası yönünden bir süre olması gerektiği konusunda yaklaşımlar da var. Ama şu anda onu açık bıraktık. Buyurun Hakime Hanım.

Katılımcı:

Şimdi usul hukukunu aşmadan maddi hukuka giremeyiz.

Katılımcı:

Dava şartı zaten.

Katılımcı:

Dava şartı gerçekleşmemişse zaten maddi hukuka giremeyiz.

Katılımcı:

20 yıllık süre çok gayet makul bir öneri yani bence.

Katılımcı:

Usul hukukunda zaten var. Maddi hukuk anlamında olup olmadığına biz dikkat çekelim ve sorun var burada diye söylüyoruz.

Katılımcı:

Murat Bey de son sözü veriyor genel işlem koşullarına geçeceğim.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Ben de Kendimi tanıtayım. Prof. Dr. Murat Topuz Marmara Hukuk Fakültesi. Şimdi muvazaayla ilgili şunu söylemek istiyorum. İrade ile beyan arasındaki uygunsuzluk hali yani iki tarafın bilerek yaptığı bir nedenden kaynaklanır ya da bilmeyerek. Şimdi bilmeyerek yanıltma, aldatma, korkutma olabilir, her iki taraflarca bilerek yapılan ise muvazaadır. Şimdi hatayı, hileyi o kadar ayrıntılı düzenledikten sonra muvazaanın sadece adını geçirmek uygun değil. En azından hata kadar yani yanıltmak kadar ayrıntılı bir şekilde muvazaanın da düzenlenmesi gerekirdi. Bir de muris muvazaasına ile ilgili finansman yoluyla muris muvazaasına yönelik bir Yargıtay kararı bilen varsa lütfen gönderirse çok memnun olurum, çünkü Gökhan hocam benim babam olsun, para veriyor git şu taşınmazı al diye.

Katılımcı:

Hocam orada Yargıtay'ın bildiğim kadarıyla denkleştirme kararı var, para ödenip de alınırsa denkleştirme...

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Genel işlem koşullarına geçiyoruz. Genel işlem koşulları ile ilgili konuşmak isteyenlerin isimlerini alıyorum.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Genel işlem koşulları ile ilgili şu ana kadar uygulamada benim gördüğüm en büyük sorunlardan bir tanesi de uygulama kapsamı ile ilgiliydi. Borçlar Kanunundaki flu alan olarak ifade edilen bunun tacirler bakımından ticari işler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı konusunda büyük tereddüt yaratıyordu. Gerçi Yargıtay onu son zamanlarda verdiği içtihatlarla çözdü, yani genel işlem koşullarını uygulamadığınız zaman ekonomik yıkıma uğrayacaksa tacire de uygula, taciri de kurtar demeye getirdi. Genel işlem koşullarının kapsamı daha net ifade edilebilme, işte devletten aldığı yetkiye göre orada bir fıkra var ama o tam onu karşılamıyor. Diğer taraftan Ticaret Kanununda bir düzenleme var 52 miydi 56 mıydı? İşte Ticaret Kanunu'nda zaten genel işlem koşullarına ilişkin bir tane somut örnek var onun dışında uygulanmaz görüşü de çok yaygındı. Ama Yargıtay'ın görüşü tacirler arasında da uygulanabileceği yönünde. Acaba bu husus kanuni olarak netleştirebilir mi? Yani Borçlar Kanunu 20 ve 25 hükümleri, hiçbir ayırım yapmaksızın ticari davalarda dahil, iki taraf tacir olsa da uygulanır şeklinde ya da Ticaret Kanununa böyle bir hüküm konulabilir mi?

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Buyurun Halil Hocam.

Prof. Dr. Halil AKKANAT:

Tekrar teşekkür ederim değerli hocam, değerli meslektaşım Murat Hocamızın ifadelerine aynen katılıyorum. Şimdi dünya devi tacirler üremeye başladı biliyorsunuz. Ve siz ister tacir olun ister tüketici her neyse, bunun önünüze koyduğu şeyi ya kabul etmek veya reddetmek şeklinde bir duruma indirgenmiş durumda, sizin sözleşme özgürlüğünüz. O yüzden özellikle bu tür ilişkiler bakımından da bu genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerin uygulanmasının gerekli ve mümkün olduğunu ifade etmek bence de çok isabetli bir yaklaşım olur. Benim söylemek istediğim şey asıl genel işlem koşullarının düzenlenme tarzıyla ilgili. Şimdi bizim bildiğimiz bu düzenleme yapılmadan önce de anlattığımızı kavramak için bir sistem silsile içerisinde benimsediğimiz bir genel işlem koşullarının geçersizliği ile

ilgili bir bilgi var. Bu bilgiyle kesinlikle uyuşmuyor, burada getirilen hükümsüzlük yaklaşımı genel işlem koşullarının sözleşmenin parçası haline gelmemesine de yazılmamış sayılma diyoruz. Sözleşmenin parçası haline gelmiş ama genel işlem koşulu olduğu için yazılmamış sayılmayı öngördüğümüz durumlar bakımından da aynı müeyyideyi koyuyoruz. Aynı metin yazılmamış sayılma, bu anlamda yani yokluk haline de aynı şeyi söylemiş oluyoruz, geçersizlik halinde butlan halinde de aslında aynı şeyi söylemiş oluyoruz. Buna gerek yok. Genel işlem koşullarının bu sözleşmenin bir parçası haline gelmesi söz konusu mu değil mi? Buna ilişkin bir müeyyide. Genel işlem koşulları bu sözleşmenin parçası haline geldi ama içerisindeki bilmem ne dürüstlük kuralına aykırı hükümler geçersizdir, batıldır her neyse. Dün Hukuk Genel Kurulu Başkanımız ifade etti bu yazılmamış sayılmaya ne diyeceğiz biz diye, uzun uzun tartıştık ve mutlak butlan olduğu sonucuna ulaştık diye, ifade ettiler. O sebeple butlan tabirini kullanıyorum, o yüzden bu düzenlemeyi bu şekilde bizim genel bildiğimiz ve genel hükümsüzlük teoriyle de örtüşen bir hale getirmek, zannediyorum isabetli olacaktır. O yüzden de hani genel işlem koşullarının, sözleşmenin parçası haline geldi mi, gelmedi mi? Denetimi yani bu anlamda kademeli bir şekilde yapmamızı sağlayacak bir geçersizlik sistemini buraya yerleştirmemiz lazım. O zaman ya sözleşmenin bir parçası haline geldi mi, gelmedi mi? Birinci aşama, sözleşmenin parçası haline gelmiş ise içindeki hükümler bu anlamda geçersiz sayılması gereken hükümleri mi, değil mi? İkinci aşama, üçüncü aşama da yorum denetimi, o diğer ikisi var ama bu ilk aşama bu düzenleme bu metinden anlaşılıyor o yüzden çerçeve metnin gözden geçirilmesinin isabetli olacağını düşünüyorum, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Çiğdem Kırca Hocama söz veriyorum.

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA:

Şimdi taraflardan birinin kamu olduğu sözleşmelerde de özel hukuk sözleşmelerinde de genel işlem şartlarının uygulanacağına ilişkin bir hükmümüz var zaten. Var ama Kamu İhale sözleşmelerinde yorum olarak kesinlikle uygulanmıyor. Ama ihale sözleşmeleri tipik bir genel işlem. Önceden genel çerçevesi içerisinde hazırlanıyor karşı tarafın buna ya evet ya da hayır deme dışında hiçbir şansı yok. Bence oraya kamu ihale sözleşmeleri de bile eklenebilir. Daha doğrusu ona bir değinmek istedim, nasıl takdir edilir? Birincisi söylediğimin düşünülmesi gerekir. Kabul edilmemesi çok ciddi sonuçlara sebebiyet verir. İkincisi de hocam çok güzel anlattı. Katılıyorum ben de onun söylediklerine. Ama biliyorsunuz Alman Hukukunda bu konu çok ayrıntılı düzenlenmiş ve biz genel işlem koşullarını oradan özet olarak almışız. Alman Hukukunda hangi durumların dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu konusunda madde madde örnekler vardır. Aslında bu örnekler, bizdeki o boşluğu doldurmak açısından yardımcı olabilir.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Şimdi genel işlem koşulları ile ilgili ben de Borçlar Kanunu üyesi olarak günah çıkartayım. Yani bu madde Almancadan çeviri olarak Alman Medeni Kanunu (BGB)'dan aldık. Bir de BGB'nin hükümlerini dikkate alarak yaptığımız bu düzenlemelerin yeni kazandırdığı etkiler de oldu. Bu Tüketicinin Korunması Kanununda olduğu gibi sadece içerik denetiminden çıktı, kapsam denetimi geldi. Böylelikle aslında biraz da çakışma oldu ama birisi özel kanun birisi genel kanun, dolayısıyla alanları farklı. Tüketicinin korunması alanı dışında uygulanması -ticaret hukukunda yani ticari işlemlerde- genel işlem sözleşmeleri gibi birçok isim veriliyor. Ama orada da bir ayırım yapmak lazım. Yani amaç zayıf olanı korumaktır, özellikle empoze edilmeye karşı korumanın sağlanması gerektiğinin de vurgulanması gerektiğini düşünüyorum. Ancak bu şartla doğru olduğunu düşünüyorum.

Katılımcı:

Tüketici gibi bir fonksiyona sahipse tabi.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Tabi ki her ticari ilişkide, ilişkiler rekabet hukuku anlamında bir düzenleme ile zaten korunuyor. Birincisi bu. İkincisi yaptırımlar yönünden ve görüşler açısından. Yatırımlara bağlanan özellikle yeni getirilen yazılmamış sayılma ile ilgili Turgut Öz hocam başladı, bu yok kavramı, yokluk. Genelde, kesin hükümsüzlük diyenler vardı yabancı literatürde ama yokluğa pek yaklaşmıyorlar. Ama kesin hükümsüzlük daha ağır bir görüştü. Ben “kesin hükümsüzlüğe yakın yokluk olmayan özel bir geçersizlik” türüdür görüşünü savundum. Bu niteleme buraya daha uygun hale getiriyor. Daha hafif olana, bu tür bir yaptırımla düzeltilemez özelliği getiriyordum. Bence bunun yokluk olmadığı yönünde birçok belirtisi var Kanunda. Çünkü yok olan bir şey, tartışmayacağım bunları ama sadece 22 nci maddede yazılmamış sayılmasının, sözleşmeye etkisi benimsendiğine göre yok değildir, vardır. Sayın Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Başkanı henüz bir içtihatla bunun “kesinlikle hükümsüzlük” saydı ama tam kesin hükümsüzlük değil, kesin hükümsüzlüğe yakın saydı. Bu noktada sözü size bırakacağım.

Hüseyin SARIKAYA

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimi):

Şimdi genel işten koşulları ile ilgili ilk önce kararı da biliyorum ondan, önce bir kere isminin genel işlem koşulları olması çok anlaşılır olmamış gibi. Standart sözleşmeler gibi bir ifade kullanılabilir miydi, dışarıdan okuyan birisi bunu anlamadığı kanısına vardık. İkincisi genel işlem koşullarındaki yazılmamış sayılma yaptırımının aslında kendine özgü bir yaptırım olduğu...

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Sözleşmenin kurucu unsurlarında bir eksiklik yok. Sözleşme aslında geçerli. Sadece o maddeye ilişkin bir yazılmamış sayılma var, sözleşmenin diğer maddeleri geçerli, kısmi butlana gidilebilir mi gibi görüşler de ileri sürüldü. Ona yönelik yazılmamış sayılmanın aslında kendine özgü bir yaptırım türü olarak, hükümsüzlük halleri içerisinde yeniden işte butlan askıda geçersizlik gibi bir madde olarak da düzenlenmesi gerektiği...

Katılımcı:

Hocam, işte bu birinci ihtimal bakımından çok isabetli bence de. Yani genel işten koşullarının sözleşmenin parçası haline gelmediğini vurgulamak için, çok isabetli bir tercih. Sıkıntı diğer ihtimaller bakımından çıkıyor karşımıza.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Şimdi orada biraz benim kendi esnek geçersizlik teorime ilişkin bakış açımın yansıdığını da düşünün. Kanun koyucu her yaptırma farklı geçersizlik türleri belirleyebilir. İşin ağırlığına göre, diye bir yaklaşım vardı. Aslında geçerlilik denetlemesi olacak bir hal yazılmamış sayılma yaptırımına tabi tutuldu. Bir çelişki yarattığını hocam özellikle vurguluyor. O bakış açısıyla bakıldığı vakit ve özellikle kesin hükümsüzlüğe yakın, fakat ondan daha ağır yaptırımdır noktasında buluşulacak, bu da çelişkiyi bertaraf etmiş olacağını düşünürüm. Katıldığım nokta, ben yazdım suç bana ait alt komisyonda aşağıda şimdi.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU:

Hocamız dedi ki, alt komisyonda İstanbul Komisyonu denilen komisyonda getirdim öneriyi. Öyle de Almanların kavramı dedi, biz hâkimlere güvenimiz sonsuzdur, onlar yollarını bulur, dedi. Hocam, dedim hâkimlere kılavuzu verelim, onlar yine yollarını bulsun dedim. Yok, onlar kılavuzu da bulur, çıkart onu dedi. Ben mecburen çıkarttım alt pozisyonda. Ana komisyonda ben yine ortaya çıktım, ona Alman BGB ilgili hükmü yine buraya koyalım, çünkü hakkın kötüye kullanılmasından ne anlayacaklar. Yani bir şey anlaşılmaz bir kelimeyle zaten ikinci madde bela, bir de burada başa bela. Birde burada içi boş bir hüküm bırakmayalım, dedim. Orada da hâkimleri ikna edemedim, benim orada biraz rütbem de yetmiyordu. O zaman doçenttim. Ama bir kurtuluş ümidi doğdu Türk Ticaret Kanunu madde 55'te haksız rekabet birebir BGB'nin aynı olan hüküm geldi, bizim doktrinde o boşluğun TTK m.55'in (f) fıkrasıyla doldurulacağı konusunda herkes mutabık. Çeşitli yorum farklılıkları ile beraber ama onun buraya tekrar alınmasında ve buraya özgü olarak yazılmasında yarar olduğunu düşünürüm. Herhalde katılırsanız bunu öneri olarak buraya yazalım.

Katılımcı:

Biz Fikret Hoca ile oradaki yazılmamış sayılmanın “yokluk” olduğunu savunuyoruz. Şundan dolayı; Kanun bazı şeyleri bir farazi olarak kabul eder, şöyle yaparsan böyle sayılır der, böyle yaparsan öyle sayılır der. Yazılmamış

sayılır, bir faraziye üretiyor. Ben buna *Di Consensus* yani iradelerin uyuşmaması farazisi. Sen ne yaparsan yap, ben sizin iradelerinizin uyuşmadığını farz ediyorum diyor. Onun için yazılmamış sayılmalıdır, diyor. Dolayısıyla buranın düzeltilmesi lazım yani bu ifadenin ya Yargıtay'ın dediği gibi kesin hükümsüzdür denecek ya da yokluk diyecek ya da yazılmamış sayılma. Yazılmamış sayma kanunda ilk defa gördüğümüz bir şey de değil. Ticaret Kanununda çekin üzerine yazılmamış sayılır, der. İşte bunu kökenine baktığımızda bu ifadenin yanlış anlaşılmalara müsait olduğunu düşünüyoruz biz yokluk görüşünderiz dolayısıyla da...

Katılımcı:

Yazılmamış sayılması yerine yokluk mu yazılsın?

Katılımcı:

Hayır. Düzetilsin. Neyse yani kanun koyucunun muradı neyse o. Hükümsüzlükse hükümsüzlük yazsın, yokluksa yokluk yazsın. Yani kesin olarak hükümsüzdür her yerde diyoruz da burada neden demiyoruz.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Tamam buradaki hükümsüzlüğü normal klasik hükümsüzlükten farklı anlaşıldığı için bir farklılık yaratmak amacıyla yazıldı. Peki var mı başka bir husus, teşekkür ederiz. Bu tür tartışmalara çok girmek istiyorum. Herkesin farklı görüşleri var.

Katılımcı:

Yazılmamış sayılma diye bir yaptırım türü var, nitelendirmesini farklı yaparız. Ama bir geçersizlik türü olarak artık hukukumuzda da var mı? Evet.

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM:

Bu yazılmamış sayılma yaptırımını Muzaffer Şeker, profesörlük takdim tezi olarak hazırladığı eserinde, sözleşmenin içeriğine dâhil olmaz ibaresini yokluk, diğer o geçersiz yerdeki haksız şartlara benzeyen düzenlemeyi ise kesin hükümsüzlük yaptırımını olduğunu, yani bunların aynı yaptırım türüne denk gelmediğini isabetli şekilde ortaya koymuştu. Ben de bunu ifade etmek istedim, ben de bu görüşe katılıyorum.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Peki teşekkür ederim, o zaman şöyle diyelim, ticari ilişkileri uygulanmasında yaptırım yok onu çıkartabilirsin, sadece son maddeye içerik denetimine TTK 55 maddenin (f) fıkrasına benzer BGB'nin içerik

denetiminin aşığıdaki haller dürüstlük kuralına ilişkindir diye (a), (b) diye iki tane şey yazar. Örnekleme yöntemi ile ondan yararlanılması, diyelim. Yani 25 inci maddeye dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek durumlara ilişkin BGB 307 inci maddesindeki kriterlerin, TTK 55 inci maddesinin (f) bendi de dikkate alınarak yeni düzenleme yapılması diyelim, geçelim.

Katılımcı:

Bir söz alabilir miyim bu kesin hükümsüzlük şartı ile ilgili. Hocam benimsenecek görüşe göre de kesin hükümsüzlük dersek.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Kesin hükümsüzlük demedik, biz o görüşü tartışmayı doktrine bıraktık.

Katılımcı:

Hocam, kısmi hükümsüzlüğü 27 inci madde bakımından hükümsüzlük bahis olursa genel işlem şartını kullanan taraf, sözleşmenin tamamı hükümsüzlüğe dayanır, diyor.

Orada şöyle diyor, eğer yaptırım türüne göre farklı kısmi hükümsüzlük veya kısmi yazılmamış sayılma diye farklı farklı hükümler uygulanacak.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Epey ilerledik haksız fiiller var, orayı çabuk geçeriz zamanaşımından daha sorunlu adi ortaklığı da kısa geçeriz. Adi ortaklığı yeniden yazmak, adi ortaklıkla ilgili oraya gelince anlatırım. Ancak adi ortaklık bizim konularımıza girmediği şeklinde talep geldi, talebe uygun bir yaklaşım yaparız. Saat: 14:00'e kadar toplantıyı kapatıyorum.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Genel işlem şartlarını bitirmiştik. Beklenmeyen halden doğan sorunlar üzerinde duralım. Beklenmeyen hal ile ilgili olarak doktrini oldukça yoran bir maddeye ilişkin eleştiriler de var. Özellikle Alman Medeni Kanununda (BGB) olduğu gibi daha genel şekilde, başka ihtimalleri de kapsayacak şekilde bir düzenleme yapılması gerektiğini söylüyorlar. Ama biz bu maddeyi Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararına ve uygulaması kapsamında düzenledik. Çünkü toplantıda maalesef Yargıtay dairesi bazen dar, bazen geniş yorumlayarak, ülkenin ekonomik koşullarına göre farklı kararlar veriyor. Ama benim gördüğüm kadarıyla maddeye ilişkin bazı kavramsal şeylere itiraz var. İçeriği itibariyle Almanya'daki gibi işlemin temelinden çökmesini kapsamadığı ve boşluk içerdiği şeklinde görüşler var. Bende bu

boşluğu gidermek adına işlemin temelden çökmesine ilişkin teorim kapsamında bir takım öneriler sunmuştum. Buna ilişkin söz almak isteyen varsa onlara söz vereyim, yoksa kapsam itibariyle beklenmeyen hale, o boşluğu kapsayacak ve BGB'ye benzer bir şekilde yeniden revize edilmesini...

Katılımcı:

Nasıl bir öneri getireceksiniz.

Katılımcı:

Hemen hemen aynısı, aynı madde, hocam size söz vereyim.

Katılımcı:

Sözleşmenin kurulmasından önceki o temel hatasıyla ilgili, o kısımla örtüşmeyecek şekilde. Çünkü orada bir düzenleme var. Ama sonraki kısımda üç uygulama alanı var. Ya biz sadece aşırı ifa güçlüğü ile ilgili diğer iki uygulama uygulanacak şekilde Almanların düzenlemesine göre işletilsin.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Uygulamada özellikle 138'den kaynaklı uyarlamanın mahkeme eliyle yapılması öngörülüyor. Bu aralar yine arabuluculuk ile ilgili sanırım kapsamı genişletme konusunda bir çalışma var. Burada acaba mahkeme kanalıyla uyarlama talep etmek için *zorunlu bir arabuluculuk* olarak bu uyarlamayı aralarında müzakere etme konulabilir mi? Buraya değil de arabuluculuk bölümüne. Çünkü taraflar görüşürse kendileri yapabilecek uyarlamayı, doğrudan mahkemeye gitmek yerine. Çünkü bu madde kazai uyarlamayı düzenliyor, ihtiyari ya da rızai uygulamayı düzenlemiyor. Madem öyle bu da kapsama alınsın. Çünkü mahkemeler bu konularla doldu taşı. Uyarlama talebi, aşırı ifa güçlüğü...

Katılımcı:

Kira ile ilgili bir bütün olarak bu konu değerlendirilebilir. Başka bir şeyin görev alanı ama arabuluculuk konusu içerisine alınabilir, arabuluculuğa dahil edilebilir bu.

Katılımcı:

Bir kısım var, belki yargı uygulamaları ile ilgili yargıçlarımız karşı çıkabilirler ama önceden ifa edilmiş olması şartını kaldırsak diyorum. Bu önemli bir konu.

Katılımcı:

Şimdi tartışmayalım da ama doğrudur, yani önceden ifa edilme şartı. Bunu düzenlemeyi getirilecek kurula bırakalım, çözüm yönü itibariyle tespit edelim. Yani ama bu tamamen Yargıtay'ın yıllardan beri yerleşmiş uygulamalarını yansıtan bir hüküm. Ha doğrudur, yanlıştır, eleştirilir mi? Bu konular tartışmaya açık. Ama temel bakış açımız şu 24 üncü maddesindeki temel hatasının dışındaki hallerde sadece BGB'deki bir hali düzenliyor, diğer iki hali de kapsayacak şekilde yeniden revize edilmesinde yarar vardır, diyelim. Genelde de pek o boşluğa doğru gitmiyor. Ama belki günün birinde gidebilir. Biz diğer ihtimalleri de düzenleyelim. Yargı uygularsa veya madde bulunduğu vakit bizden bir şeyler bulacak daha uygun yerlere getirecek düzenlemeyi.

Katılımcı:

Bu maddenin ilk komisyon tarafından kaleme alınan ilk halinde işlem temelinin çökme ihtimali de vardı. Ancak bu komisyonda çıkartılmış. Bunun bir manası yok. O da gerçekten taraflar arasında, özellikle iki tarafa borç yükleyen ilişkilerde edim dengesini tamamen bozan bir şey. Ama bu ne yazık ki, burada düzenlenmiyor. Gözden geçirirken dikkate alınması lazım.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

O maddeyi düzenleyen komisyon üyesi olarak o metin önümde. O metin zaten derde biraz çağrı olacaktı. Maalesef çok tehlikeli bir şey var. Elbette Kanun, adalet komisyonunun ve yasama meclisinin takdiri. Ama bu temel kanunlarda adalet komisyonunun, bilim komisyonuna danışmadan yaptığı değişikliklerin, bir takım olumsuzlukları oluyor. Bu olumsuzluklardan bazıları şimdi önümüze çıktı. Mesela Türk Borçlar Kanunu 55'te de aynı sonuçları göreceğiz. Hatta birçok madde var düzeltilmesi gereken. Öyle ise aşırı ifa güçlülüğü ile ilgili şunu söylüyoruz; Türk Borçlar Kanunu madde 24'te düzenlenen temel hatası kapsamı dışındaki hallere münhasır olmak üzere Bilim Komisyonunun önerisi değerlendirilerek Türk Borçlar Kanunu madde 138'in revize edilmesi.

Katılımcı:

Çok önemli bir mesele var onu dile getirmek istiyorum. Hani biz diyoruz ya haksız fiil devam ederken zamanaşımı işlemeye devam etmez. Bunu haksız fiile ilişkin Yargıtay'ın uygulaması bu şekilde. Ben de yeni gördüm Hukuk Genel Kurul kararı ile. Diyelim ki haksız fiil işlemiyor, işlememeye de devam ediyor bu arada da zarar başlamış oluşuyor ve gelişiyor. Hukuk Genel Kurulunun kararında diyor ki, birinci gün tamamlandı, birinci günün zararı oluşmuş oldu, artık o birinci gün hak sahibi bunu öğrenmiş oldu, dolayısıyla o birinci gün oluşan zarara ilişkin zaman aşımı süresi de işlemeye başlamış oldu. Böyle bir şey olabilir mi. Aralık ayında önüme gelen bir Hukuk Genel Kararıdır.

Katılımcı:

Hukuk Genel Kurulu hakimi burada. Öyle bir karar yok. Genel kurul kararını görmek lazım. Böyle bir uygulama yok.

Katılımcı:

Böyle bir uygulama yok. Hukuk Genel Kurul Kararını görmek istiyorum.

Katılımcı:

Şunu söylemek istiyorum. Hani temerrüde ilişkin hükümlerin içerisine dedik ki, haksız fiil faili her zaman mütemerrittir. Bu kuralı da böyle uyguluyorduk ama Türk Borçlar Kanunu içerisine koyduk. Benim önerim bu haksız fiil devam ettikçe zamanaşımı süresi de işlemeye başlamaz şeklinde...

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Bir açıklık getirelim o zaman, uygulamada olduğu şekliyle gelişen zararlarla ilgili zamanaşımının başlayacağı ana ilişkin kanuna açık hüküm koyalım, öneriniz bu mudur?

Katılımcı:

Evet hocam aynen budur.

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA:

Bilindiği üzere 1999 depreminden sonra ortaya çıkan ihtilaflarda, bu maddeyi Yargıtay zararın gerçekleşmesinden itibaren başlattı uzun süreyi biliyorsunuz. Bunu da gören kanun koyucu gerekçeyi açıkça yazdı, burada zararın gerçekleşmesi değil fiilin gerçekleşmesidir, kastedilen. Dolayısıyla oradan başlayacak. Tabi bu sefer uygulamada vicdanları rahatlatmadı, kanun koyucunun bu yaklaşımı. Çünkü 1972 yılında yapılan bir binada demir çimento vs. eksik kullanılmış 1999'da deprem olmuş, yıllar geçmiş aradan. O fiilin gerçekleştiği tarih 1972 yıllar olmuş. Dolayısıyla kanun koyucunun o iradesini bu şekilde yorumlamaya devam etmek lazım. Ama bu uzun süre bile kısa kalıyor, bu tür durumlar açısından. İsviçre'de de biliyorsunuz 30 yıl taslağı var, bunu bizim önermemiz belki doğru olur 10 yıllık süre için.

Katılımcı:

10 yıllık süre için şöyle bir şey yaptık diye hatırlıyorum hocam. Eser sözleşmesi ile ilgili süreyi 20 yıla çıkarmış olduk. Eser sözleşmesindeki 20 yıllık süre bu sorunu çözüyor. Geneldeki 10 yılı muhafaza ettik, sürenin düşüklüğü ile ilgili sıkıntıyı biliyoruz ama 1999 depremi sorunlarını da biliyoruz. Yargıtay o sorunla ilgili zamanaşımının başlangıcıyla ilgili olarak zararın meydana geldiği anı esas aldı. Maalesef yanlış olduğunu da kanunda özellikle tavsiye ederek yazdık. Fakat bunu çözebilmek için komisyon üyesi, Yargıtay üyesinin de katılımıyla eser sözleşmesinde süreyi 20 yıla çıkardık.

Katılımcı:

Başkanım, eser sözleşmesinde 20 yıllık zamanaşımı süresi yüklenicinin ağır kusuru varsa geçerli. Ağır kusur yoksa 20 yıllık zamanaşımı süresi geçerli değil.

Katılımcı:

Ama o dönemdeki süreler zaten deprem nedeniyle ağır kusur niteliğinde olduğu ve o konuda sıkıntı yaşanmadığı görüldü.

Katılımcı:

Şimdi zamanaşımı zaten belli bir müddet sonra dava açılmasını engellemek için kabul edilen bir meseledir. Bir müddet belirlersiniz ama sonsuza kadar, daha önceden olan olayları tekrar etmezsiniz. Çünkü delil bulmak zordur, kişiler aradan uzun zaman geçtikten sonra dava tehdidi ile karşı karşıya kalmak durumunda kalmaması için bilinçli olarak ve bilerek belli bir yerde kesmek için kabul edilen bir politikadır. Bu hukuk politikası sorunudur. Ama burada vicdanları tatmin edeceğiz diye bir olay için siz genel kuralı deler ve sadece o olayda uygularsanız diğerleri için uygulamazsanız bu sefer de hukuk güvenliği ortadan kalkar. Dolayısıyla burada hem hukuk güvenliğini sağlamak hem de gerçekten de adaleti gerçekleştirecek tatmin edici bir sonuç oluşturabilmek için burada uzun süreyi özellikle ölümle kişiye verilen zararlarda İsviçre 30 yıla çıkardı. Sadece bu son değişiklikte. Burada da bunun çıkarılmasının sebebi AİHM'den ihlal yemiş olması. Hem İsviçre hem biz Türkiye olarak ihlal yedik. Şu anda da AYM'ye bireysel başvuruda eğer biz fiilden itibaren başlatırsak ihlal yemeye devam edeceğiz. Artık mahkemeye erişim hakkının ihlali, yani Sözleşmenin 6. maddesinin ihlali olarak görüyor. İsviçre de benzer bir olayda ihlal yedi, ama beni ilgilendirmez dedi. Orada doğrudan kanun koyucunun yerine geçerek süreyi aşmaya başlamadı. Doğrudan kanun koyucuyu bekledi, kanun koyucuda sadece kişiye verilen zararlarda uzun süreye 30 yıla çıkardı. Hocamın önerdiği temelde edilen zararlarda bu deprem olayını çözmez. Çünkü zararın devam etmesi gerekir. O istisnai bir durum, o ayrı. Biz onu zaten kabul ediyoruz. Ama zarar sonradan özellikle kanser vakalarında ortaya çıkıyor. Kanser, 50 yıl sonra ortaya çıkıyor. Yine

de İnsan Hakları Mahkemesi ihlal kararı veriyor, mahkemeye erişim hakkını engelleme için. Burada gerçekten de günümüz açısında zamanaşımını düzenlemesine ihtiyaç var. Benim önerim İsviçre’de ki gibi bu uzun süreyi kişiye verilen zararlar açısından süreyi arttırmak, diğer zararlar açısından 20’ye mi çıkarılır 10’da mı kalır, o yine hukuk politikasının gereği olabilir. Ama her halde artık zaman, zarardan itibaren başlar diye bir uygulama isabetli değil. Hukuk güvenliğini de engelliyor diyorum.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Şimdi hocam, haksız fiildeki zamanaşımı da konuşulmaya başladı. Karıştı biraz. İkisini de kapsayacak şekilde şöyle diyelim. Başlıkta da haksız fiil başlığında incelemiş olalım. Ben hocama katılıyorum. Özellikle Borçlar Kanununu yaparken de genel eğilim zamanaşımı sürelerinin arttırılması yönündeydi. Birçok süre uzatıldı, bir yıllık süreler ikiye çıkarıldı. Aslında önerimiz 3 yıl idi. Ama sonra 2 yıl, komisyonda genel itibarıyla benimsendi. Bu konuda İsviçre’de ki gibi zamanaşımı sürelerinin yeniden gözden geçirilmesini önerelim, diye düşünüyorum.

Şimdi ben sözleşmeyle ilgili konuşuluyor diye önce bir müdahale etmedim. Türk Borçlar Kanunundaki zamanaşımı ile ilgili özellikle bedensel zararlar da nerden başlar konusunda içtihadı kararları birleştirme raporu yazılıyor şu an Yargıtay’da. Kimine göre maluliyet rapor tarihi, kimine göre evet eylem gerçekleşti, nerede araz meydana geldiği belli oldu, rapor alınmadı sadece ama tedavi sonuçlandı gitti mağdur oturdu, öyle dosyalar var bakın. Özellikle bu trafik kazalarında görüyoruz. Tahkime başvururken birden bire avukatlar uyandırıyor, 8 yıl gidiyor oturuyor, 8 yıllık tek kişinin yaralanmasındaki ceza zamanaşımı, Türk Borçlar Kanununda da paralel madde var, suç teşkil eden olaylarda ceza zamanaşımı. O konuda zamanaşımının başlangıcıyla ilgili uygulamada hayli karışık fikirler var. Her ne kadar Yargıtay 4.Hukuk Dairesi zamanında tedavinin sürecini biz dikkatle incelerdik. Tedavi devam ediyor muydu, maluliyet raporu alınana kadar. O tarihlerde hiç başlatmıyorduk. Tedavi sonuçlandı ama gitti oturdu yerine. 7 sene 8 ay geçti ya da eskiden 4 yıl 9 ay geçti, birden bire mahkemeye geldi, maluliyet raporunun alınması uzadı. Böyle durumlarda sorunlar yaşanmaya başlandı. Zamanaşımı başlangıcıyla ilgili net ifadeler olursa içtihadı birleştirme konusu dediğim gibi kimine göre zarar kapsamı dahilinde bedende oluşan kayıp oranını bilmek değil tazminatın miktarının hesaplanması şeklinde görüşler de belirdi. Hukuk Genel Kurulunda da muhalefet yazanlar var, Dairede de yazanlar oldu. Oy çokluğunda maluliyet oranının belirlenmesi olarak hala uygulanıyor. Hatta bizim genel uygulamamız tedavi sürecini takip konusunda, yani tedavi sonuçlandı mı sonuçlanmadı mı gelişen durum var mı? Ama AYM ihlal kararlarında ve AİHM kararlarında şu her halükarda 10 yıl olayı büyük problem oluşturmaya başladı. Onu söylemek istedim teşekkür ederim.

Halil ÖZDEMİR:

Şimdi hâkime hanımın kaldığı yerden devam edeyim, bu haksız fiillerde zamanaşımı fiil, fail ve zarar, bunların öğrenilmesinden itibaren

başlar diye genel bir tabir var. Şimdi Yargıtay bu zamanaşımı süreleri kısa olunca, bu süreleri uzatma eğilimi çıktı. Bunu uzatma eğilimi nereden çıktı. Şimdi zararı öğrenme nedir. Yargıtay'da en çok tartışılan konu budur. Diyelim bir trafik kazası var, kazada fiil belli, fail belli. Peki, zararın belirlenmesi nasıl olacak? Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da şunu demeye başladı; zararın belirlenmesi demek, ne kadar alacağı olduğunun belirlenmesi demektir. İş buraya kaydı. Yani zararın belirlenmesi, hatta bu bilirkişi raporuyla ortaya çıkıyor. Zarar hesabıyla çıkar. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinde de bu şekilde tartışmalar oldu ve bu dairenin birçok kararında zarar, bilirkişi hesap raporuyla öğrenilmiştir, bilirkişi hesap raporu vermeden zarar öğrenilmemiştir, dolayısıyla zamanaşımı başlamamıştır, diye kararlar çıktı. Ben o kararlara muhalefet yazdım. Hukuk Genel Kurul kararına da atıf yapıldı. Belki arkadaşlar bilir, Hukuk Genel Kurulunda bir oy farkla böyle bir karar çıkmış; hesap yapılmadığı müddetçe zarar öğrenilmiş sayılmaz diye. Böyle bir muğlak durumda diyelim iş kazası olsun trafik kazası olsun hiçbir zaman zamanaşımı işlemeye başlamaz, çünkü ben hiçbir zaman daha zararımı öğrenmedim bilirkişiye gitmedim rapor aldırmadım. Bir de kısmi davalarda, ek davalarda dava uzuyor, Yargıtay uygulaması var. Zamanaşımı asıl dava ile kesilmiş sayılır. Harcı yatırılan davada kesilmiş sayılır. İslah edilen ve ek dava açılan miktar için zamanaşımı kesilmiş sayılmaz, belirsiz alacak davası dışında. Böyle bir davada diyelim yargılamada çok uzun sürmüştü 15-16 yıl sonra ıslah ettiğinde de zamanaşımı definde bulunursa, bu zamanda deniliyor ki henüz daha hesap raporu alınmadığı için zarara ıttıla (öğrenme) yoktur, zamanaşımı başlamamıştır, zamanaşımı yeni başlamıştır, şeklinde bu tür sorunlar var. Belki zamanaşımı ile ilgili kanunda düzenleme yapılırsa bu da içine dahil edilebilir. Belki Yargıtay 4.Hukuk Dairesi bunu farklı uygulayabilir ama 3. Hukuk Dairesinde böyle bir eğilim belirdi.

Katılımcı:

Eğilim mi var yoksa karar çıktı mı?

Halil ÖZDEMİR:

Yok yok. Çok karar çıktı.

Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt PEKMEZ:

Hocam bu sorunun çözülmesini, aslında bizim kanun koyucumuz Türk Borçlar Kanunun haksız fiiline ilişkin hükümlerde koymuş, varlığını ispatla yükümlü, miktarını ispatla yükümlü değil. Dolayısıyla varlığı ortaya çıktığı andan haksız fiilin tazminatını isteme koşulları oluşuyor. Miktarını bilmeme bu anlamda isabetli olmayabilir.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Yargıtay kararının uygulamasının isabetli olup olmamasını bu anlamda tartışmıyoruz ama. Bu konuda görüşlere katılıyorum, bu yönüyle bir tartışma açılmasını gerek görmüyorum. Uygulamanın elbette farklı bakış açıları olabilir, o da kendi içinde çözüm bulur. Zamanaşımı sürelerinin, AYM ile AİHM kararları kapsamında uzatılması konusunun mukayeseli hukuk dikkate alınarak yeniden değerlendirilmesi diyelim.

Katılımcı:

Hocam haksız fiilin unsurları arasında yer alır malumunuz, zarar. Dolayısıyla şartlardan biri ortada yoksa şart gerçekleşmiyor. Bir de bizim zamanaşımı teorimizde muaccel alacak talep edilebilir bir alacak için zamanaşımı süresi başlar. Zarar oluşmadığı sürece talep edilebilir bir alacak hükümsüzdür. O yüzden gerekçeyi ben gayet yerinde buluyorum. Fiilin işlendiği deyince zarar unsurunu da içerecek şekilde anlarız biz onu. Yoksa diğer türlü henüz muaccel bir alacak yok ki, talep edilecek bir alacak yok ki.

Katılımcı:

Tereddüt oluşmasın, genel uygulama ve Hukuk Genel Kurul Kararı yok, muhalefet var diye biliyorum. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin son kararlarının konusu ayrı bir şey. Ama genel uygulama zararın öğrenilmesi, tazminat miktarı değil bu konuyu netleştirelim. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin belki münhasıran çıkmış bir kararı vardır, ama Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin ve Hukuk Genel Kurulunun bu yönde kararları yoktur.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Fazla tartışmaya girmeyelim. Cevap vermek için konuyu açıklamak istedi. Adi ortaklıktan doğan sorunları uygun görürseniz kaldırıyorum.

Katılımcı:

Mukayeseli hukuku da yazalım mı?

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Tamam ben ilave ederim onu. Adi ortaklık konusu ayrı bir sorun. Ben biliyorum, yıllarca tasfiye memurluğu yapmış birisiyim. Adi ortaklık Türk Borçlar Kanununda düzenlenirken ticareti de siz düzenleyin, ticaret komisyonu medeniler siz düzenleyin diyerek af edersiniz üvey evlat muamelesi yaptılar. En sonunda hiçbir değişiklik yapmadan bunu böyle paketleyelim gitsin, dediler. İşin içinden biri olarak sıkıntıları çok iyi biliyorum. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak kendi kanunumuza

eleştiriler olarak bir takım teklifler sunduk, o değişiklik önerilerimizden bazıları komisyon tarafından kabul edildi. Bu değişikliklerin farkındasınızdır. Ama o değişikliklerin yeterli olmadığının da düşünüyorum. Bizim konumuz değil. O yüzden çıkartıyorum.

Ali DENİZHAN

(Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi):
Başkanım, adi ortaklık konusu, Çalıştayımızın 4. Grubunun konusu.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Evet, 4. Grubun konusudur diye adi ortaklık konusunu çıkartıyorum. Vakit kalırsa bu konudaki talepleri de söz dinleyeceğim, notlarımı alacağım.

Katılımcı:

Peki, bunu hangi ortamda dile getirelim şimdi. Adi ortaklık uygulayan arkadaşlarımız var aynı sorunları yaşıyorlar.

Katılımcı:

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi başkanı ile zamanında ilk kanun çıkması ertesinde uygulamanın ne şekilde olması gerektiği konusunda ilke kararlarını birlikte yazmıştık. Hatta gerekçesini ama sonra ne oldu bilemiyorum takip edemedim.

Fatma ATABEKOĞLU

(Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 24. Hukuk Dairesi Başkanı):

Adi ortaklığı, Borçlar Kanununun 620 nci maddesi sözleşmedir diyor. Mesela bir tellallık sözleşmesinin yazılı olması, bir sıhhat şartı ise adi ortaklık sözleşmesinin haydi haydi sıhhat sözleşmesi olabilmesi için yazılı olması zorunludur. Çünkü insanlar ne kadar sermaye koydu, ne kadar masraf etti. Biz uygulayıcı olarak, insanlara hak dağıtırken çok güçlük çekiyoruz. Yüzde 90 hak kaybı yaratan bir sözleşme. Yani bu basit bir bakkal dükkanı kurmaktan, konsorsiyum oluşturmaya kadar çok geniş bir yelpaze. Şimdi yazılı olması koşulu getirilirse, bu sorunlar bana göre %90 çözümlenir. Birde bunun ters yönü var.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Vekâletin kötüye kullanılmasıyla ilgili şunu söylemiştik. Vekâletin kötüye kullanılması bizim konumuz değil. Aslında ama öbür tarafa ait, öneri olarak şöyle bir şey yapıp es geçelim. Vekâletin kötüye kullanılmasından doğan sorumluluğun hukuki olguları belirlenerek yaptırımı, Türk Borçlar

Kanunu özel hükümlerde düzenlenmesi önerilir deyip geçelim. Haksız fiilde konuşulacak çok şey var çünkü. TBK m.55 ile ilgili tartışma açıyorum. Görüş ve önerisi olanlar.

Halil ÖZDEMİR:

Şimdi TBK m.55'te sorunlar var. Bunlardan birisi Sosyal Güvenlik Kurumunun rücu, "kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa zamanı taşımayan" burada rücu edilemeyenler düşülmeyecektir, diyor. Ama kulağı tersinden gösteriyor. Düşülecekleri değil düşülemeyecekleri diyor. Bunu kulağı tersten göstermek değil de düzden gösterip tartış mıydınız kanun çalışmalarında.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Tartışmadık, bu da yine Adalet Komisyonundan gelen bir ilavedir.

Halil ÖZDEMİR:

Gerçekten şimdi haksız fiil olsun iş kazası olsun SGK'da ödeme yapıyor. Zarar verene rücu ediyor. Zarar veren iki türlü tazminatla karşı karşıya. Birincisi zarar görene bu zararın tamamını ödüyor. Bir de SGK zarar görene yardım yapmışsa iş kazası olsun olmasın, artık uzun vade sigorta kollarından da rücu geldi SGK'dan. Eskiden deniyordu ki kitaplarda, emekli sandığı mensubuna zarar verdiğiniz zaman rücuya gerek yok, bu tazminattan düşülmez deniyordu ama artık onların hepsi düşülür hale geldi. Dolayısıyla zarar veren zararın tamamını zarar görene ödedikten sonra bir de rücu davası nedeniyle SGK'ya mükerrer ödeme yapmak zorunda kalıyor. Şimdi böyle tersinden gösterince mahkemeler ve Daire, özellikle Yargıtay 10. Hukuk Dairesi çok tartışıyor bunu; bunu düşecek miyiz düşmeyecek miyiz? Re'sen düşelim mi düşmeyelim mi? Peki, re'sen düşmezsen inisiyatife bıraktığın zaman bir zarar gören hepsini alacak, başka bir zarar gören düştükten sonrasını alacak. Önce sen git, oradan kendine bir aylık gelir bağlat diye süre verilecek mi, verilmeyecek mi? Bu tür şeyler. Aslında tazminat kitaplarına ve hukukuna baktığınız zaman burada zarar, özellikle iş kazalarında işveren ve üçüncü kişilerin sorumluluğu, SGK tarafından karşılanmayan zararın üstüdür diye geçer. Ama eğer biz bunu böyle diyorsak, burada kulağı tersinden göstermektense doğru ifade kullanalım. Yoksa mefulü muhalifinden şu anlaşıyor, rücu edilenlerin hepsi düşülecek.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Burada sorunun tespiti bakımından sizin önerinizi şu şekilde kaleme aldirmaya çalışacağım. Borçlar Kanununun 55. maddenin özellikle ikinci cümlesinin Yargıtay uygulaması dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi ve cümlelerin kanun yazma tekniğine uygun olarak, olumlu ifade ile yeniden ele alınması ve birinci fıkranın ikinci cümlesinin madde metninden çıkarılması.

Katılımcı:

Şimdi hocam diğer bir husus bütün Yargıtay daireleri, TRH 2010 Yaşam Tablosu hesaplama Tekniğine geçti. Bu tablo da şunu gerektiriyor, miktarlar çok arttı gerçekten, tazminat miktarları çok artıyor. Bu miktar çok artınca, hâkime de bir takdir hakkı kalmıyor. Bu son cümle onu önledi, hâkim onu indiremez veya arttıramaz deyince, hesaplama neyse hakim onu vermek zorunda kaldı.

Katılımcı:

Diğer önemli konu geçici ödemelere geçelim. Var mı söz almak isteyen.

Katılımcı:

Mehmet hocam buyurun.

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA:

Burada bunun hukuki niteliği konusunda tartışmalar var; Verilen ara karar istinafa götürülsün mü götürülmesin mi? Uygulamada bu konuda farklı istinaf kararları ortaya çıkmaya başladı. Yargıtay biraz belli bir noktaya getirdi. Bizim bu konuda, bir iki cümle yazmamız isabetli olur. Sonra geçici ödemenin iadesi konusunda işte faiz yasal faizi diyor, bunun uygulamada ne şekilde bir sonuç doğuracağı konusunda yine tereddütlerin olduğu söyleniyor. Oraya bir müdahale yerinde olur.

Tamer PAMUK

(Ankara 28. Asliye Hukuk Mahkemesi Hâkimi):

Başkanım, HMK'nın alanına karışmış gibi olacağız belki ama verilen bu ödeme, ihtiyati tedbir kapsamında yapılan bir ödeme değildir.

Katılımcı:

Hocam onu özellikle belirtip buradaki niteliği ihtiyati tedbir değildir, bir ön tazminattır sonucuna vardık.

Katılımcı:

Ama burada sistem denetim dışında kalıyor. Hâkimler bunu vermiyor. Neden çünkü iki defa denetim dışında kalsın, ondan sonra vermez. Bir iki tanesi veriyor, ben genelde veriyorum ama avukatlarda istemiyor. Ben birinci derece hâkimi olarak kendi mahkememden örnek vereyim. Trafik

kazası olmuş, ceza almış, benden 25 bin tazminat istemiş davacı. Ben diyorum ki şu kadarını güçsüz olanın ya da kusurlunun peşinden koşacağına tersine çeviriyorum. Burada bir şekil denetimi açmak lazım. Hocam tabi ki ihtiyati tedbir değildir, ben aksini de iddia etmiyorum, sadece pratik bir uygulayıcı olarak bunu istinaf denetimine nasıl alırım, verdiğim ya da vermediğim zaman, şu anda bunu gönderiyoruz istinafa, çünkü ben kararımı istinaf yolu açık veriyorum. İstinafa gittiği zamanda ise istinaf bunu kaldırıyordu.

Katılımcı:

Dünkü oturumda şöyle konuşuldu; geçici ödeme kararı doğrudan istinafa tabi değildir, asıl kararlar birlikte istinafa tabidir. Bu yönüyle sizleri rahatlatacak bir şey.

Katılımcı:

Yargıtay Dairesince, bölge adliye mahkemeleri arasındaki karar farklılıklar nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıklarda; bu kararların doğrudan istinafa tabi olmadığı, ancak asıl kararlar birlikte istinaf edilebileceği şeklinde uyuşmazlığın giderilmesine karar verilmiştir.

Katılımcı:

Hocalarımız derdi ki, kanunun ne kanunu olduğu değil; hükmün ne hükmü olduğu, maddi hüküm mü, usul hükmü mü olduğu önemli. Buraya da bir usul hükmü de getirebiliriz. Yani bu usul kurallarını bazen medeni hukuk düzenlemiyor mu, borçlar kanunu açısından da bu mümkün. Dolayısıyla bu usul hükmü oluyor, Medeni Kanunu veya Borçlar Kanunu içerisinde de olsa. Bizim sıkıntımız bir uygulayıcı olarak diyorum ki; zarar gören, ihtiyati tedbir alamıyor trafik kazasında, aracın üstüne ihtiyati tedbir istiyor alamıyor. Bir tek alabileceği geçici ödeme var. Karşı taraf malını kaçırmıyor diye vereceğini de vermiyor hâkim, ihsası rey diyorlar zaten, o da ayrı bir şey. Ama bir oran konulsa, istinaf %50 sini versin gibi. Oraya talep ne işte kendi vereceğini kafasında bir canlandırır, en azından masrafını karşılar orada.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Komisyonunda sizin söylediğiniz benzer görüşleri hem Yargıtay üyeleri, hem de yerel mahkeme hâkimleri iletti. Özellikle ihsası rey korkusu, denetime tabi olmama korkusu, bundan sorumluluk doğar mı korkusu, asıl bu maddenin uygulanmama sebebi olarak karışımıza geliyordu. Bunun bir sebebi de Türk Hukukunda tazminatın peşin sermaye olarak ödenmesi. İrat olarak tazminata hükmedilmemesi. Aslında bu hüküm uygulansa ve irat olarak verilse birbirini kapsayacak ve örtünecek. Yani peşin sermaye değil de irat olduğu durumlarda ön ödemenin rahatlıkla verilmesi lazım. Fakat

mahkemelerimizde maalesef irat şeklinde bir ödemeye ben şu ana kadar rastlamadım.

Katılımcı:

Başkanım bu ekonomik şartlarda irat şeklinde vermemiz o tazminatın işlevini ortadan kaldırır. Birde ek olarak, örneğin ben bir tane verdim, karşı taraf avukatı çok fahiş verdiniz diye itiraz etti. Hakikaten fahiş vermişte olabilirim. Bunun denetimini kim yapacak.

Katılımcı:

Bu hükmü bir şekilde canlandırmadığımız takdirde sahiden orda mali durumu çok iyi olmayan, zor durumda olmayan kişiye hep kötülük yapacağız. Ülkemizde maalesef ekonomik şartlar, peşin ödeme ile sermayesini sağlıyor. Onun içinde sıkıntı var.

Katılımcı:

Bu geçici ödeme ile ilgili yani istinaf yolu kapalı ama bir ara karar gibi değerlendirdiğimiz için bir sonraki daireye “itiraz yolu” açılması gibi bir yöntem olabilir mi? Adli yardım talebinin reddi kararı veya kabulü kararına karşı olduğu gibi.

Prof. Dr. Murat TOPUZ:

Konu ile ilgili 40 sayfalık makalem var. Hâkimlerin bunu vermemesinin sebebi bence ihtiyati tedbir kurumunun varlığının zaten bu geçici ödeme kurumunun amacını karşıladığı inancıdır. Kesinlikle iki kurum birbirinden farklı. En nihayetinde burada ivedi bir durum söz konusu. İstinaf, neyin istinafı, konu ivedi. Dolayısıyla ara karar olarak istinafa kabil olmaması ivediliğinden kaynaklanan bir şey. Dolayısıyla oradaki Yargıtay’ın görüş aykırılığını bu şekilde gidermesini oldukça isabetli buldum. Bununla ilgili bir diğer sorun da, diyelim ki kararı verdik, mahsup edeceğiz. Üç sene önce kısmi bir ödeme yaptırmıştık, bugün onu düşeceğiz. Onu neye göre yapacağız ya da tazminat talebini reddettik. Bu parayı neye göre geri ödeyeceğiz. Burada faiz, bizim derdimize derman olmuyor. Benim şahsi kanaatim Yargıtay’ın sıkça bu para iadelerinde kullandığı denkleştirici adalet ilkesine göre bunun hesaplanması, özellikle paranın değer kaybından kaynaklanan zararı da oraya koyarak, bir bilirkişi bunu bir kefeye koyarak bunu oldukça güzel bir şekilde uygulayabilir. Bence biraz hâkimlerimizin cesaret etmesi vermesi lazım. Peki, hüküm doğru bir hüküm mü? Değil. Devlet, sosyal devlet olma ilkesini yerine getirmek zorunda. Ben vatandaşlara özellikle tedavi görme konusunda ivedi durumlar var, ben bunu yapamıyorum sen bunu tazminat olarak yap demesi eleştiriliyor doktrinde. Neden İsviçre’de yok bu düzenleme, çünkü orada herkesin sosyal güvenliği çok iyi. Herkes, her hastanede tedavi olabiliyor. Özellikle bedensel

zararlarda bunun bu şekilde düzenlenmesi Türkiye'nin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik durumdan kaynaklanıyor. Onun için de uygulanması teşvik edilmek isteniyor. Uygulanmasında çekinmeye de gerek yok.

Katılımcı:

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesinin önüne geldi birkaç defa. Tedbir olduğuna katılmıyorum, çünkü davalının mal varlığına el koyarsınız, burada tahsil yetkisi veriyorsunuz.

Katılımcı:

Tedbir değil kesinlikle.

Katılımcı:

Siz öyle başladınız çünkü. Değil evet. Olsa olsa ihtiyati hacze benzer hükmün önden tahsili gibi düşünülebilir. Türk Borçlar Kanunu 341'de istinafa kabil olması için benzer bir hüküm konulabilir. Burada Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin şöyle bir kararı var. Dava sırasındaki ödeme sırasında davacı alacağını zaten önden aldığı için faizini aslında parayı da kullanmış oluyor, dolayısıyla faizini düşünmesine gerek yok aslında, anaparadan düşülüp kalan miktara hükmedilecek, o yüzden bilirkişi raporuna da gerek yok işin gerçeği. Biz uygulamada böyle yapıyoruz.

Halil ÖZDEMİR:

Yargıtayımızın ne yazık ki bu işte hakimnin reddi bağlamında benimsediği yaklaşım tarzı böyle kaldıkça bu hükmün uygulanması mümkün değil. Çünkü böyle bir karar verdiğinde diğer taraf diyecek ki sen ihsası reyde bulundun. Daha davanın başında bunu haklı farz ettin, kararını açıkladın, şimdi benden tazminat istiyorsun, reddediyorum diyecek. Aynı şey sulhe teşvik konusunda da geçerli. Orada da maalesef böyle bir yaklaşım benimsenmiş durumda. Eğer bu hükmün uygulanmasını istiyorsak bu yaklaşım tarzının herhalde gözden geçirilmesi gerekir diye düşünüyorum.

Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt PEKMEZ:

Aile Mahkemelerinin verdiği tedbir nafakaları da istinafa tabi değil, dolayısıyla aynı mantık aslında. Ben 114/2 gereği bu hükümden yararlanılacaklara da uygulanması mümkün ama uygulamada bu çekincelerle çok fazla karşılaşıyor.

Katılımcı:

Başkanım ben bu konunun çok dar şekilde uygulanmasından yanayım. Nitelik olarak hiçbir şeye benzetemezsiniz. Tedbir nafakası, ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz çünkü bunlar mahsup edilebilen şeyler değil. Tedbir nafakası da yargılama süresince veriliyor ama sonuçta verilen nafaka bir mahsuplaşma yoluna gidilmiyor ama geçici ödeme sonucu verilen ilk miktar sonuçta mahsup edileceği için ilk olarak hiçbir müesseseye benzemeyeceği, kendine özgü bir müessese olduğunu düşünüyorum. Özellikle uygulamada birkaç kişi sordu bana, bu geçici ödemeler manevi tazminatlarda uygulanacak mı, Kanunda bir engel yok, ancak Kanun hazırlanırken maddi ve manevi tazminat ayrımı yapmadığı için direk hâksiz fiil altında düzenlediği için örneğin Gaziantep 3.Ticaret Mahkemesi uyguladı geçmiş zamanda, manevi tazminat bakımından da verdi geçici ödemeyi. Bunun da kapsamının belirlenmesi maddi zararlarla sınırlı kalması gerektiğini düşünüyorum.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Bu madde ile ilgili olarak ilk önce bu tazminatın hangi tür davalarda verilmesi gerektiği konusunun netliğe kavuşturulması ve özellikle sadece maddi tazminat davalarında uygulanması gerektiği ön planda, onun dışında bu hükmün niteliği konusunda bir tedbir kararı olmadığı, kendine özgü bir ön ödeme niteliğinde olduğunun teyit edildiği, şartları açısından sorunlu olmadığı, ancak burada mümkün olduğu kadar (yazımda pek içeriği yok) acillik ve ivedilik gibi şartların yanı sıra bazı ihtiyaçların karşılanması şeklinde bir hükmün konulmasının gerektiğini, ekliyorum. Gerekçede var ama içerikten anlaşılmıyor. Öncelikle ihtiyacı karşılamaya yönelik bir iki terim konulmasını önerebiliriz. Tazminatın iadesi hususun da daha açıklığa kavuşturulmasında yarar olduğu, hakim hükmüne bu ön ödemenin ne şekilde mahsup edileceği hususunda kanunda düzenleme yapılmasını uygun olacağı.

Katılımcı:

Bir de uygulayıcılar herhalde bunun istinafa tabi olması ile daha rahat uygulanabileceği şeklinde önerileri var sanırım.

Katılımcı:

Yok. Yani bu yine bir ara karar. Ara karar niteliğinde olduğu için ancak ara kararlar hüküm kuracak. Hâkim, ön ödemeyi düzeltip değiştirebilir. Orada bir sorun olacağını zannetmiyorum. İstinafın bu konuda Yargıtay'dan daha geniş yetkisi var dosyaya müdahale açısından. Ara kararı da değiştirebilir, hükmü de düzeltebilir.

Katılımcı:

Ben de aynı görüşteyim, bence kanun yolunu açmamız lazım. Retlerde sorun var. İnanırdıcı kanıt var ama red kararı ile geçici ödemelerden yoksun kalacaklar.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Burada maddi hukukta pek yazamayız ki onu. Medeni hukukta hiç hatırlamıyorum bunu.

Katılımcı:

Hocam, Medeni Kanunda usul hükümleri var, davanın nerede açılacağı, nereye itiraz edileceği konularında.

Katılımcı:

İstiyorsanız, usul hukukunda bu kararı düzenleyelim, belki hakimi de rahatlatır, hızlandırırız da. İstinaf yolu açık şeklinde düzenlenmesi gerektiği.

Katılımcı:

İstinaf veya kanun yolu diyebilirsiniz. Biz sulh hukuk mahkemelerine ya da aile mahkemelerine, asliye hukuk mahkemesi sıfatıyla itirazlara bakıyoruz.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Ama ona istinaf baksın ki hiç değilse kendi önüne bir daha geldiğinde itiraz etmesin. Evet, bu konuyu bitiriyoruz. Ürün sorumluluğunu kendi aramızda tartışmıştık şöyle demiştik. Tüketici Kanununda düzenlenen ürün sorumluluğuna ilişkin hükümlerin buradan çıkarılarak, AB'nin Yönergesine uygun olarak daha geniş kapsamda ayrı bir özel kanunda düzenlenmesi. Şimdi aslında TBK m55'te benzer bir hüküm var. Onu ben hâkim arkadaşlarıma hatırlatayım. Uygulamaya ilişkin talep gelmediği için siz uygulamıyorsunuz. Bu yapı malikinin sorumluluğu ile ilgili olarak 70 inci madde var. Buraya dikkatinizi çekeyim. Tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınması. Çok önemli bir madde arkadaşlar. Bununla ilgili hiç karara rastlamadım.

Katılımcı:

Başkanım, bu konuyla ilgili Salihli'de ben bir karar verdim. Aradan 4-5 sene geçti. Tarım arazisini birisi eşelemesi sonucu yan taraftaki binanın çökme tehlikesine ilişkin bir karardı. Avukat biliyorsa uygulanıyor.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Kusursuz sorumluluklar ilgili görüşlerinizi alayım. Özellikle tehlike sorumluluğu ile ilgili.

Katılımcı:

Hocam bir önceki konuya geçeceğim. Şöyle ki, üreticinin iki sorumluluğu var, bir Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda sözleşmesel sorumluluğu, yani malın ayıplı olmasından doğan sorumluluğu var bir de üçüncü kişilerin uğramış olduğu zararlardan doğan haksız fiil kapsamında konuştuğumuz sorumluluk var. Benim anladığım Çiğdem hocamız bu haksız fiil kapsamında üçüncü kişilerin uğramış olduğu zararlardan doğan sorumluluğu kastetti. Tabi ürün sorumluluğunu kastediyorsunuz değil mi? Yani üçüncü kişilerin uğramış olduğu zararlardan doğan sorumluluk.

Katılımcı:

Bizim şu andaki ayıptan doğan sorumluluğumuz da satıcının doğrudan zararlarını kusursuz sorumluluğa bağlayarak bir çeşit ürün sorumluluğu yarattığımız, satıcıyı üstelik oradaki Yönerge aykırı olarak ürün sorumluluğundan sorumlu kılıyor, bizim sistemimiz. Ben buna da karşıyım. Çünkü o ayıbı takip eden zararlardan sadece üreticinin sorumlu olmasını, satıcıların üreticilerin bulunmadığı zamanlarda Yönergenin uygulanmasının gerektiğini düşünüyorum. Her halükarda Yönergeye uygun olarak düzenlenmesi gerekiyor.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Genel tehlike sorumluluğu için bir başlık açacağım. Kusursuz sorumluluk kapsamında özellikle herkesin daha çok, genel tehlike sorumluluğu başlığı hakkında konuşmak isteyenlerin isimlerini yazacağım.

Katılımcı:

Tehlike sorumluluğu ile ilgili birkaç önemli sorun var hocam. Bir tanesi en başta bu özellikle 4. fıkrasındaki fedakârlığın denkleştirilmesi ile ilgili mesele. Uygulamada ve arkadaşlarımızın yorumlarında da öğretide de sıkıntıya yol açıyor. Bizim tehlike sorumluluğumuz fedakârlığın denkleştirilmesi sorununa dönüştü adeta. Benim önerim, o son fıkranın çıkarılması ya da esasına uygun değişiklik yapılmasıdır. Asıl sorun şu, hukuka uygun olduğu zamanlarda tehlike sorumluluğu olmaz, hukuka aykırılığı arıyoruz. Hukuka uygun olduğu zamanlarda fedakârlığın denkleştirilmesi ile ilgili bir düşünce olmuş olabilir ama cümle öyle bir ifade edilmiş ki, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetinin hukuk çerçevesinde izin verilmiş olsa bile şeklinde ifade ediliyor. Bunun anlamı hukuk düzenince bir izin verilmiş, zaten örneğin Karayolları Trafik

Kanununda araç işletenin sorumluluğunda, o aracın işletilmesine hukuk düzeni izin vermiş durumda. İzin vermiş olmaya bağlanamaz, buradaki ifade yanlış. O hukuka uygun olsa bile şeklinde anlaşılabilir, en fazla. İzin vermekle hukuka uygunluk aynı şey değil. Burada ifade hatası var. Hani belki o en azından o hata giderilmeli ve benim kanaatimce hiç fedakârlığın denkleştirilmesine falan gerek duymadan, 4 üncü fıkra yürürlükten kaldırılmalıdır. Ben zaten yorumlarken örtülü boşluk diyerek o fıkrayı kaldırarak yorumluyorum ama birçok arkadaşımız bunu yapamıyorlar. Aksi takdirde izin verilen, verilmeyen diye ayrıma gidiyorlar. İzin verilen faaliyetler için fedakârlığın denkleştirilmesi, verilmeyen faaliyetler için tehlike sorumluluğu uygulanıyor gibi bir kıstas uyguluyorlar. Oysa bu çok isabetsiz bir duruma sebebiyet veriyor. Bence o diğer daha ayrıntılı olarak burada birinci fıkrada karakteristik riski aramak lazım Her türlü faaliyet gibi algılanıyor, tehlikeyi oluşturan karakteristik risk dışındaki faaliyetlerinden tehlike sorumluluğu kurulamaz mutlaka onu da eklemek lazım. Yoksa herhangi bir faaliyet yaptı mesela tehlikeyi yaratan faaliyetinden bu sorumluluk çıkabilir. Genel olarak da kişisel kanaatim genel tehlike sorumluluğu olmaz. Bunu tamamen kaldıralım. O da biraz zor görünüyor. Üçüncüsü Burada tehlike sorumluluklarımızda genel olarak baktığımızda aslında biz buradaki zararları yine mala ve kişiye verilen zararlarla sorumlu tutarız. Manevi tazminat da buralarda kişiye verilen zararlar dışındakilerde manevi tazminat da istenmez. Burada böyle bir düzenleme yaparsak Karayolları Trafik Kanunu örneğimizdir. Ona benzer bir genel tehlike sorumluluğu yapmamız lazım. Zaten tehlike sorumluluğunu koyduğumuz zaman diğerlerinin hiçbir anlamı kalmıyor ve hiçbir sınırlama yok. Yani, ne zarar açısından sınırlama var ne zorunlu sorumluluk sigortası açısından getirilmesi gereken bir sınırlama var ne de tazminatın kapsamı açısından bir sınırlama var. Çok geniş ve nasıl uygulanacağı oldukça sıkıntılı bir maddedir diye düşünüyorum.

Katılımcı:

Gerçekten, tehlike sorumluluğunun kapsamı ve uygulama alanı ile çok büyük problemler var. Heyette tartışmalar var. Geçmişte bu tehlike sorumluluğu aslında dairenin bu termik santraller, silah fabrikaları, benzin istasyonları diyelim; gerçekten çok tehlike arz eden işletmeler ile ilgili düşündüğü kavramdı ve kanuna da o şekilde girdi. Ancak o hale geldi ki şu an dairede de tartışmalar var. O yüzden çok net konuşmayacağım. Tehlike sorumluluğunun kapsamına mesela bir motorlu araç girer mi, durduk yerde işletilmesi çok önemli tehlike arz ediyor mu? Dairede bu konu tartışmalı, o yüzden çok net söylüyorum, çünkü geçmişte bu maddenin yasaya neden konulduğunu biliyorum. Bu yüzden sınırlarının çok net belirlenmesi gerekiyor. Çok genel kalmış gerçekten. Uygulayıcıları yanıltan ama yine de tehlike sorumluluğunun kapsamı öyle yerlere gidiyor ki, her zarara neden olan işletme, işletmenin işletilmesiyle ilgili tehlike arz etmesi gerekmiyor sanki. Zarara neden oldu, hemen tehlike sorumluluğuna götürelim mi uygulaması başladı. O yüzden sınırlarının net olarak ifade edilmesine ihtiyaç var.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Teşekkür ederim. Bu hüküm, kimsenin aklında olan bir hüküm değildi. Winkler Tasarısı tartışmaları sırasında Bilim Komisyonumuza benim önerimle giren bir maddedir. Aslında burada genel düzenlenmesinin sebebi maalesef Türk hukukunda büyük sermaye işletmelerinin, özellikle tehlike arz eden işletmelerin kendi aleyhinde özel düzenlemelerle sorumluluk getirilmesine önlem almaları ve bununla ilgili özel düzenlemeler yapmamalarından kaynaklanmaktadır. Üzerlerine düşeni yapmamalarından doğan boşluğun, bir genel hükümle doldurulmasına duyulan bir ihtiyaç vardı. Elbette belki ifadeye ve düzenlemeye yönelik doktrinlerdeki bir takım eleştiriler haklıdır, örneğin tipik tehlikenin burada net bir şekilde anlaşılamıyor olması noktası gibi ama yorumla onlar tamamlanacak, doldurulacak ve belki de revizede dikkate alınarak çözülecek sorunlar. Dikkat ederseniz ikinci fıkranın birinci cümlesi önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin ne olduğunu, uzun uzun, kalem kalem ve ciddi ciddi yazmıştır. Genel bir kanun, özel bir olay için uygulanma ihtiyacı duyduğu zaman o özel ihtiyacı da artık yorum yöntemleri kullanılarak atlama yöntemiyle mantık mantığa gelir, ikincisi “özellikle” kelimesi çok önemlidir, cümleyle başlayan aslında o cümle şunu ifade eder. O özel hüküm olsa bile yanında alternatif seçimlik olarak buraya başvurma hakkı verir demektir. Yani özel bir kanunda bir düzenleme varsa genel kanun olarak bu hüküm uygulanmaz anlamına gelmez, özel hükümle birlikte uygulanır şeklinde bu fıkra düzenlenmiştir. Sebebi şudur, özel hüküm belki onu çıkar gruplarına uygun olarak sorumluluğu kaldırmış olabilir, onun yaptırımlarını sınırlamış olabilir, o sınırlanmanın önüne geçmiştir. En son fıkra bize özgüdür, sebebi de şudur; izin verilmiş olanlar hukuka uygundur. Bu madde orada uygulanmaz tehlikesini bertaraf etmek için bunu orada kullandık. Orada sadece kullandığımız kelime anlamında belki eleştiriye açık kaldık, oraya cümleyi denkleştirmeden evvel bedel isteyebilir deseydik, sorun olmazdı. O denkleştirme orada maalesef yanlış yorumlara da sebep oldu. İş fedakârlığın denkleştirilmesine kadar götürdü, burada fedakârlığın denkleştirilmesi yoktur, burada tazminat vardır. Yani zararı giderecek denkleştirilmeye yetecek bir tazminat vardır, denkleştirme ilkesine dayanan tazminat vardır anlamında. Konuya böyle bakarsak iyi olur diye düşünüyorum. Ama burada bu hüküm tez konusu da oldu. Bu aslında yargının genel tehlike sorumluluğu anlamında can simididir. Bu hüküm olmadığı takdirde Yargıtay kusursuz sorumluluk ile ilgili kanun hükmü olmadan kendisi bir sebep yaratamaz. Bu hukukun genel ilkesidir. O yüzden bu madde, hukukun can simididir. Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme söz konusuysa bunun eksikliklerini hesaplama durumundadır, diyerek sözü elektrikli skuter (e-Skuter) ilgili Ergun Hocama teslim veriyorum.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY:

Verilen kısa zaman içerisinde bu konuyu nasıl size arz edebilirim, bu konuda sıkıntı çekiyorum. Çözümü noktasında sizlere örnekler vererek önerilerimi izah etmeye çalışacağım. İcinizde e-skuter kullanan kimse var

mıdır? Kullananlar var sanırım. Yargıtay kararlarında, elektrikli skuter (e-Skuter) kazaları ile ilgili bir karar var mı?

Katılımcı:

Bildiğimiz yok.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY:

Evet, ben de rastlamadım. Çok ilginç e-Skuter ile ilgili hukuki bir araştırma yok ama ulaştırma konusuyla ilgili uzmanların e-Skuter ile ilgili çalışmaları var. e-Skuterin faydaları çok, ülkemizde de teşvik etmemiz lazım. Sizi trafik sorunundan kurtarıyor, İstanbul trafiğinde taksi bulunmuyor, kısa mesafede seyahat etme konusunda faydalı. Yakıt koyma derdiniz, park sorunuz yok, istediğiniz yere koyabiliyorsunuz. Şimdi iki türlü e-Skuter var. Birincisi satın alıyorsunuz. İkincisi paylaşımlı olan e-Skuter modeli. Kiralayarak farklı kişiler tarafından kullanılıyor. e-Skuter konusunda düzenleme bütün dünyada var. Ufak nüans farklılıkları var sadece. Yaş bakımından. Ülkemizde 15 yaş altında kullanırmıyoruz ama bazı ülkelerde 12 yaşa kadar iniyor. ABD’de eyalet hukuku ile belediyelere kadar inmiş durumda. Her yerde e-Skuter var. Halkımız yenilikleri takip eder, yenilikleri her alanda alır ve kullanır. Türkiye’ye de geldi bu e- skuter. İyi kötü bir düzenleme de yapıldı. Karayolları Trafik Kanununa tanımlı konuldu. Bir de Elektrikli Skuter Yönetmeliği (RG., T.14.04.2021, S.31454) çıkarıldı. E-Skuter üreten ve tedarik eden işletme ile e-Skuter kullanıcısı arasındaki hukuki ilişkiyi düzenleyen bir takım model sözleşmeler çıktı. Şimdi İstanbul’da kullanılan Been Been ve Martı gibi markalar var. Bunların sözleşmesi var. Bu sözleşme, standart katılım sözleşmesidir. Gerçi kanun bu bir hizmet sözleşmesi diyor ama bu hizmet sözleşmesi değil, kısa süreli kira sözleşmesi, birçok unsur var içerisinde. Birincisi işletme ile idare arasında bir ilişki var. Yani siz üretiyorsunuz, tedarik de ediyorsunuz. O zaman idari makamlardan iki tane izin almanız lazım. Bunlardan birincisi yetki belgesi, diğeri paylaşımlı e-Skuter arz etme izni. Bu idare ile işletme arasında olan bir ilişki idari hukuku hükümlerine tabi. İkincisi ise e-Skuterları kullanan arasındaki ilişki, işletme ile yapılan sözleşme, buna hizmet sözleşmesi deniliyor ama değil, kısa süreli katılım sözleşmesi gibi. Şimdi biz bu sözleşmeye nedeniyle kullanıcı olarak hem sözleşmeden doğan yükümlülüğümüz var bizim, hem de Kanundan doğan ve Yönetmelikten doğan. Onlara baktığınız zaman saçınızı başınızı yolarsınız, çünkü ne işletme bu sözleşmeden doğan ve kanundan doğan yükümlülüklerini yerine getiriyor, ne de kullanıcı olarak bizler yükümlülüklerimizi yerine getiriyoruz. Bir kere kullanıcı olarak Karayolları Trafik Kanununa uyması gerekiyor. Kaldırımda bırakın e-Skuter motosiklet geliyor üzerinize. Tek yönlü trafikte üzerinize e-Skuterla geliyorlar. İkincisi bir takım kurallar var, iki kişi binemezsiniz, yük taşıyamazsınız, akrobatik hareketler yapamazsınız, ama yapıyor. Yönetmelikten hatırlıyorum bunları işaret vermeniz lazım sağa sola, onları da yapmıyorsunuz. Sonuçta iki türlü sorumluluk ilişkisi doğuyor. Birincisi kullanıcının trafik kazası niteliği taşıyan olaylardan çıkıyor, trafik kazaları ile ilgili tanıma ilginizi çekeyim, trafik kazası karayolu

üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve zarar ile sonuçlanmış olan olaydır. Karayolları Trafik Kanununun 3. maddesindeki tanımlarda. Şimdi birincisi sizin karşınıza birden e-Skuter çıkıyor size çarpıyor, şaşıırıyorsunuz çünkü trafikte güven ilkesi diye bir şey vardır. O ilke de şudur, tek yönlü yolda karşınıza bir araç gelmeyeceğini bilirsiniz, halbuki böyle olmuyor. Birincisi bu trafik kazasına sebep olması halinde sorumluluk. Burada benim düşünceme göre e-Skuter kullananları çok büyük tehlikeler bekliyor. Biliyorsunuz ki, trafik kazasında araç işletenin sorumlu olabilmesi için bir takım koşullar var. Birincisi bir aracın işletilme durumunda olması; burada işletilme durumunda, siz direksiyondasınız. İkincisi bir zarara sebebiyet verilmesi; kişiye veya eşyaya verilen zarar. Üçüncüsü zararlar aracın işletilmesi olgusu arasında uygun nedensellik bağının bulunması. Şimdi burada kullanıcıyı bekleyen tehlike şu, eğer mücbir bir sebep veya zarar görenin ağır kusuru veya üçüncü kişinin ağır kusuru varsa, o illiyet bağı, uygun nedensellik bağı kesilir. Uygun nedensellik bağı kesilince araç işleten sorumlu tutulamaz. Araç işleten sorumlu tutulamazsa araç işletenin zorunlu sigortasını yapan sigortacı da sorumlu olmaz. O zaman eğitimsiz insanlar olarak e-Skuter kullanıcısı olan çocukları ve onların ebeveynlerinin sorumluluğu da burada söz konusu. Çünkü 15 yaşında olunca çocuk, aile başkanının sorumluluğu altında. Dolayısıyla şaşıırıyor aileler. Ne sorumluluğu bu, işte kazadan kaynaklanan yaralanma zararlarından, karşı tarafa verilen zararlardan dolayı sorumluluk. Bunun düzenlenmesi şu şekilde yapılmış. Bu konuyu herkesin düşünüp taşınması lazım. Özellikle bu konuda yargıçlarımızın düşünce ve çözüm üretmeleri gerekiyor. Bu özel olarak düzenlenecek, zaten öyle düzenlenmiş. Karayolları Trafik Kanununa bir iki madde konulmuş, yönetmelik çıkarılmış. Tabi ki ister istemez Türk Borçlar Kanunu ile sıkı sıkıya bağlantı halinde bunlar. Sonra e-Skuter kullananın aile başkanının sorumluluğunun bilincinde olarak ölüm halinde istenilecek zararlar yaralanma halinde istenilecek zararlar eşyaya gelen zararlar falan, bir bu sorun var, aktüel. Hem kullanıcı bakımından, hem araç işleten bakımından aktüel. İkincisi bu kullanım bittikten sonra usulüne uygun park etmek lazım. Yani tercihen bisiklet park yerlerine veya kamu yolunu engellemeyecek, özel mülkiyetlere tecavüz teşkil etmeyecek şekilde park etmek lazım. Park ettikten sonra usulüne uygun park ettiğinizi bildirmeniz lazım, kiraladığınız teşebbüse. O bildirim yapıyorlar görüyorum ama usulüne uygun park edildiğini düşünmüyorum. O zaman başka bir sorun daha çıkıyor kullanıcı bakımından. Park halindeki e-Skuter sebebiyet verdiği zararlardan dolayı da sorumluluk. O sorumluluk işte bu Borçlar Kanunu bakımından sorumluluk. Diğer Karayolları Trafik Kanunu, bu anlamda kurtuluyor, Borçlar Kanunundan kurtulamıyor ayrı. Birde işleticilerin söylediğim standart katılım sözleşmesinden sorumsuzluk şartları var. Ben onu okuduktan sonra e-Skuteri kullanmam. Kiralayan olarak her türlü sorumluluk size ait. Halbuki orada eğitim yükümlülükleri var. Bırakılan e-Skuterları iki saat içerisinde toparlayıp uygun yere park etme sorumluluğu var. Ne onlar bu yükümlülüğü yerine getiriyor, ne de kullananlar yerine getiriyor. Çözüm olarak bu 15 yaş sorunu üzerinde tekrar düşünmek lazım, bazı ülkelerde bu yaşı 12 yaşına indirilmiş durumda. İkincisi eğitim önemli, bunların kısa bir eğitimden geçmesi lazım. Yani trafik ehliyeti almak için eğitim verilmesi lazım. Kullanıcıların sorumlulukları konusunda eğitim verilmesi lazım. Bazı

lkelerde ehliyet alma zorunluluğu var. Bu hukuk politikası ile ilgilidir. Ehliyet alınır, alınmaz bilemiyorum. Sonra kask mecburiyeti yok. Hâlbuki kazalarda yaralanmalarda kafa travmaları ilk sırada yer alıyor. Kask olursa daha fazla koruma olur.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Hocam söylediklerinizin bazıları bu kısa sürede yansımamış olabilir. Bu e-scooter kullanıcılarının trafığe çıkışlarının, kullananların ve bundan doğan sorumlulukların özel kanunlarla düzenlenmesi başlığını atsak. Bunları bize alt alta yazdırabilir misiniz?

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY:

Olabilir tabi ki. Ben çalışmalarımın bir bölümümü New York'ta Fordham University School of Law'da yapıyorum. Literatürü karıştırdım 400'e yakın kaynak var. Türkçe kaynaklar da var. Ama Türkçe kaynaklar dediğim gibi ulaşırmacıların, teknik anlamdaki araştırmaları, hukuki hiçbir yazı yok. 27-28 sayfa içerisinde bu tez konusu tabi. Bunları toparlayıp bir konferansta anlattım İstanbul'da. Önümüzdeki günlerde yayımlanacak, istenirse sizlere iletilebilir. Bu konu ile ilgili özel olarak bir düzenleme yapılabilir.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Özel bir düzenleme yapılabileceğini belirtelim. Bu düzenleme kanun olmayabilir. Kanuna bir iki madde ile geçilebilir, kanuna bağlı bir yönetmelikte düzenleme yapılabilir.

Katılımcı:

Hocam son olarak, hali hazırda acilen çözüme kavuşıturulması gereken bir eksikliğe dikkat çekmek istiyorum. Eski Borçlar Kanununun 103'üncü maddesi, yeni 120'ye geçirilirken para borçlarında temerrüt faizinin, kanuni bir borç olduğunu ifade eden kısım alınmamış. şu anda para borçlarında eğer sözleşmede temerrüt faizi kararlaşıtırılmamışsa temerrüt faizi isteyemezsiniz çünkü şuan bu, kanun maddesinde yok. O yüzden acilen TBK'nın 120 nci maddesinin eski Borçlar Kanunun 103 üncü maddesine benzer hale getirilmesi gerekir.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Bu hususu bana bir mesaj yoluyla iletibilirseniz memnun olurum. Sabrınıza ve katkınıza ayrı ayrı teşekkür eder hepinize saygı ve selamlarımı sunarak programı kapatıyorum.

I. GRUP SONUÇ BİLDİRGESİ

I. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİ:

1.Güven sorumluluğunun hukuki dayanakları

TBK'nun ısmarlanmayan şeyin gönderilmesi başlıklı 7. Maddesine, bilim komisyonunda alınmayan ikinci fıkranın kanuna eklenmesi.

2.Hatadan doğan sorumluluk-İkrahtan doğan sorumluluk

TBK'nun 38/2 maddesine fıkra eklenerek cebri icradan kaynaklanan soruna çözüm olarak aşırı menfaat kriterinin açıkça düzenlenmesi.

3.Sözleşmenin yorumu ve muvazaa

-Muvazaanın tanımı yapılmalı, yaptırımı ve sonuca etkileri kanunda açıkça düzenlenmeli.

-Üçüncü kişinin muvazaa iddiasının ancak hukuki yararı olduğu takdirde ileri sürülebilmesi.

4.Şekle aykırılığa yaptırılacak yaptırım

-Noterler Kanunu ve TBK'ndaki okuma yazma bilmeyenler ile görme engelliler arasındaki yazılı şekil konusundaki farklılığın ve diğer hususların giderilmesi.

5.Gabin (aşırı yararlanma) ile ilgili sorunlar

Aşırı yararlanmanın oranına ilişkin kriterin belirlenmesi her somut olaya göre değişeceği değerlendirilerek hakim yetkisine bırakılması dolayısıyla mevzuatın yeterli olduğu.

6.Genel İşlem uygulamalarından doğan sorumluluk

-TBK m.23 ila 27. maddelerinin tüm özel hukuk alanında (ticaret dâhil) uygulanabilir şekilde düzenlenmesi.

-TBK 25. maddenin son fıkrasında içerik denetimine ilişkin TTK m.55/f maddesindeki (BGB m.307.) gibi düzenleme yapılması.

7.Beklenmeyen halden doğan sorunlar (TBK m.138)

Aşırı ifa güçlülüğü kapsamında TBK m.24 düzenlenen temel hatası dışında kalan hallerin, bilim komisyonunun önerisi dikkate alınarak TBK m. 138'in revize edilmesi.

8.Zamanaşımından doğan sorunlar

-Zamanaşımı başlangıcı yönünden teselsül eden hadiselerden daha açık bir düzenleme yapılması (olay tarihi, zarar oluşma tarihi, rapor tarihi vb.).

-Zamanaşımı sürelerinin Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları mahkemesi kararları gözetilerek sürelerinin uzatılması için yeniden gözden geçirilmesi.

9.Vekâletin kötüye kullanılmasından doğan sorumluluk

Vekâletin kötüye kullanılmasından doğan sorumluluğun hukuki uygunluğu belirlenerek düzenlenmesi.

II. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİ

1.Destekten yoksun kalma tazminatı sorumluluğundan kaynaklı sorunlar

-Karayolları Trafik Kanununun ilgili maddeleri ile Borçlar Kanununun ilgili maddeleri çeliştiği.

-Yani, Borçlar Kanununun 53 ve 54 üncü maddelerindeki destekten yoksun kalma tazminatındaki hesaplama kalemi ve yöntemleri ile Karayolları Trafik Kanununun hesaplama kalem ve yöntemleri ile ilgili maddeler birbiriyle uyuşmadığı.

-Anayasa Mahkemesinin, genel çerçeve çizilmeden hesaplama yöntemlerine, genel şartlarda yanlış olduğuna hükmetmesi nedeniyle iptal kararının tartışılmalı olduğu.

-Destekten yoksun kalma gerekse bedensel zararların hesaplanmasında tazminatın belirlenmesinde hem müterafik kusur hem de hatır indirimi varsa Yargıtay'ın genel uygulaması %20 olarak, şimdi bazen %40 olarak ikisi de varsa bu oran uygulandığı.

Dolayısıyla tazminatın belirlenmesinde hem müterafik kusur hem hatır indirimi yapılması gerekiyorsa indirimin nasıl yapılması gerektiği, ödeme varsa ne aşamada düşüleceğinin tartışılmalı olduğu.

2.Kâr mahrumiyetine ilişkin sorunlar

Alman Medeni Kanunu'na (BGB m.252) uygun düzenleme getirilebilir.

3.Genel tehlike sorumluluğuna ilişkin sorunlar (TBK m. 71)

Genel tehlike sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin ülkemiz hukukuna özgü olsa da şu aşamada yerinde olduğu.

4.Cezalandırıcı tazminat

Türk hukukunda manevi zararın tazmininde caydırıcılık ve önleme fonksiyonunun benimsenerek TBK 58. Maddeye yeni bir fıkra eklenebilir. (Medeni ceza/cezalandırıcı tazminat).

5.Ürün sorumluluğu

Tüketici hukukunda kısmen düzenlenen ürün sorumluluğuna ilişkin hükümlerin buradan çıkartılarak, AB yönergeleri direktifleri gözetilerek ayrı bir kanun ile düzenlenmesi.

6.Geçici ödeme (TBK m.76)

-İlk Derece Mahkemesi'nce verilecek geçici ödeme kararının mevcut durumda olumlu veya olumsuz karar verilmediği gözetilerek itiraz ya da istinaf yolunun açık olmasının bir çözüm olabileceği.

-Geçici ödemenin mahsuba konu edilebilmesi nedeni ile mahsuba ilişkin hükümlerin daha açık bir şekilde düzenlenmesi

-Geçici ödemenin sadece ivedilik arz eden konularda verilmesine yönelik maddenin gerekçesinde olduğu gibi mevzuat değişikliği yapılabilceği

-Geçici ödeme ile ilgili sorunun mevzuattan değil uygulamadan kaynaklandığı ve geçici ödeme kararı verilmesi konusunda hâkimlerin olumlu veya olumsuz bir karar vermesinin teşvik edilmesi

-Geçici ödemenin hangi dava türleri (maddi tazminat, manevi tazminat) olduğunun daha açık düzenlenmesi

7.TBK'nun 55. maddesi ile ilgili sorunlar

Zarar veren hem tazminat ile hem de SGK ödemesinin rücusu ile karşı karşıya kaldığından, TBK'nın 55. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin, Yargıtay uygulaması dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi ve cümlelerin kanun yazma tekniğine uygun olarak düzenlenmesi.

8. Uzlaştırmanın sonuçları ile tazminat sorumluluğu (CMK m.253/19)

Uzlaştırmaya tabi suçlar sonucu ortaya çıkan zararların tazmini noktasında hukuk yargısına bırakılması, uzlaştırmanın sadece ceza hukuku ile sınırlı olması.

9.Elektronik Skuterların trafik kazalarından doğan sorumluluklar

- Konunun özel bir yasada ayrıca düzenlenmesi.
- Tazminat sorumluluğunda 15 yaş sorunu kriterinin yeniden düzenlenmesi.
- Kullanıcılara eğitim ve ehliyet verilmesi.
- Kask kullanımı ve diğer güvenlik tedbirlerinin alınması.
- Sorumluluk sigortası getirilmesi.

II. GRUP GÖRÜŞMELERİ

TARTIŞMA KONULARI

Eser ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri

Eser ve kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar,

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde geriye etkili fesih,

Ön ödemeli konut satış sözleşmesi ve bu alanda yaşanan sorunlar,

Bilişim alanına ilişkin eserler hakkında uygulanacak hükümler ve yaşanan sorunlar,

Blok zincir (blockchain) teknolojisinin hayatımızdaki yeri ve dijital varlığın ödeme aracı olarak kullanılıp kullanılmayacağı,

Mevzuat ve uygulamadan kaynaklanan diğer sorunlar.

2.GRUP ÇALIŞMASI:

Prof. Dr. Şahin AKINCI (Oturum Başkanı):

Çok Değerli Meslektaşlarım, Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen Borçlar Kanununa özgü yapılan 10. yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayına hoş geldiniz. Sizi saygı ile selamlıyorum. İnşallah verimli, başarılı bir çalışma geçer diye ümit ediyorum. Ben öncelikle toplantıya geçmeden önce usul açısından şu hususu teklif etmek istiyorum. Konu başlıkları fazla, tartışmalı konular da oldukça fazla gibi görünüyor zamanımız da kısıtlı, o sebeple önümüzdeki her bir konu ile ilgili ben öncelikle problemler neler bunları bir tespit edelim hızlıca, sonra o problemler üzerine söz verelim.

Konuşmak isteyenler fikirlerini beyan etsinler sonra da bunları not alalım diye düşünüyorum. Bu esnada iki genç arkadaştan raportörlük rica edeceğim. Şimdi bizdeki listeye göre tartışma konuları olarak ilk konumuz satış, eser ve kat karşılığı inşaat sözleşmeleri. Bu arada tabii ben bir öneri sundum ama farklı fikir varsa usul açısından öncelikle onu bir görüşelim, yoksa bu şekilde devam edeceğiz.

Var mı usul ile ilgili başka bir teklifi olan arkadaşlar? Yok herhalde. Peki. Tartışma konularından birincisi satış, eser ve kat karşılığı inşaat sözleşmeleri. Burada alt başlık olarak eser ve kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar başlığını görüyoruz. Gerçekten çok tartışmalı, sıkıntılı konulardan bir tanesi. Ben öncelikle bu konu ile ilgili tespit ettiğimiz problemler neler söz almak isteyenler varsa bunları bir hemen hızlıca not almak, ondan sonra da üzerinden geçmek istiyorum.

Doç. Dr. Müge ÜREM:

Bu konuyla ilgili herkesin de bildiği üzere avans tapu kararlarının değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum. Bunu belki not alabiliriz öncelikli olarak.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Avans tapu kararları dediniz, başka düşüncesi olan?

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM:

Bu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde görevli mahkeme sorununu da, özellikle arsa sahibiyle yüklenici arasındaki uyuşmazlıklarda görevli mahkeme tüketici mahkemesi mi, genel mahkeme mi olacak? Bu konuyu da gündemimize alabilirsek sevinirim, teşekkürler.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim görevlisiyim. Ben de arsa karşılığı İnşaat sözleşmelerinde üçüncü kişilerin hukuki durumunun tartışılması gerektiğini düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Öncelikle ben bir kavramsal sorunun tartışılmasını rica ediyorum, kat karşılığı inşaat sözleşmesi mi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi mi? Kanunda geçen ismimiz arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Bunun bu şekilde kullanılması gerekiyor, sadece şerhlerde bir küçücük yerde geçiyor. En temel sorun, bence esas tartışmamız gereken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bir isimli sözleşme, bu sözleşmenin ben ayrı bir sözleşme olarak kanunda düzenlenmesi gerektiğini düşünüyorum. Evet, İsviçre'de buna ihtiyaç duyulmamış. Çünkü İsviçre'de böyle bir kurum yok ama bizde çok uygulanan bir kurum ve gerçekten arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine sadece eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanarak çözüm bulunmaya çalışılmasını doğru bulmuyorum açıkçası. Bunun da tartışılması gerektiğini düşünüyorum.

Av. Sibel Zeynep ŞAT

(Türkiye Noterler Birliği Hukuk İşleri Müdürü):

Uygulamada karşılaştığımız bir sorunun tartışılmasını rica edeceğim. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin yahut arsa sahibinin kendilerine düşecek olan bağımsız bölümleri bir başkasını satmayı vaat ettiklerine ilişkin yapılacak satış vaadi sözleşmelerinin 6502 sayılı Kanun kapsamına girip girmediği, yani ön ödemeli konut satış sözleşmeleri

kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, bu noktada uygulamada ciddi sorunlar yaşanmakta. Ticaret Bakanlığının görüşü biraz daha farklı. Bu konunun da özellikle hocalarımız ve uygulayıcılar noktasında değerlendirilmesini rica ediyoruz.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Başka ilave etmek istediğimiz bir şey var mı? Ben de şöyle hızlıca notlarıma bakıyorum. Benim de tartışılmasını istediğim bazı konular vardı söylendi bir tanesi aslında, Hayrunnisa Hocam da söyledi. üçüncü kişilerin hukuki durumu; Müge Hoca avans meselesine girdi aynı konuyu tartışacağız. üçüncü kişinin hakkının korunup korunmayacağı meselesini. Yine benim uygulamada görebildiğim problemlerden bir tanesi de inşaatın tamamlanma oranı ile ilgili özellikle sözleşmenin geçerli sayılıp sayılmaması konusunda karşılaştığımız bir problem. Yargıtay belli bir aşamaya geldikten sonra inşaatı, daha doğrusu resmi şekle uygun olmayan sözleşmeleri geçerli sayıyor ama burada hangi oranı esas alacağız? Yüklenicinin arsa sahibine vereceği inşaatın bitme oranını mı, yoksa bütün inşaatın bitme oranını mı? Çünkü farklı sonuçlara ulaşabiliyoruz. Bir diğer husus eser sözleşmesinde malum vade dolmadan önce eğer işin bitirilemeyeceği anlaşılırsa iş sahibine sözleşmeden dönme imkânı veriliyor ama “yap sat” usulü dediğimiz usulde satış sözleşmelerinde böyle bir imkân yok. Temerrüdün gerçekleşmesi için vadenin dolması lazım. Hâlbuki bitiremeyeceği anlaşıldığı zaman vadenin dolmasını beklemesi bazen çok ciddi problemlere yol açabiliyor, bu konunun tartışılabileceğini düşünüyorum. Birleşik sözleşmeleri not almışım. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda aslında bu mesele düzenlendi ama eğer taraflardan biri alıcı tüketici değilse ne olacak? Burada problemler olduğunu görüyorum. Bir de nama ifa meselesi var, uygulamada sıkıntı çıkaran konulardan bir tanesi, bunu not aldım. Evet, belli başlı konular bunlar. Şimdi sırasıyla gidelim müsaadenizle.

Doç. Dr. Müge ÜREM:

Şimdi doktora tezim 473. maddeyle ilgiliydi. Erken dönme konusuydu. 2015 yılında bu konuyu çalışırken şunu fark ettim. Yargıtay aslında çok uzun yıllardır avans tapu olarak bilinen kararlara vücut veriyor ve bunun ne olduğunu araştırdığımda, önce okuduğumda bana çok mantıklı geldi ama sonra durup biraz düşündüğünde aslında kararlarda pek çok noktada eleştirilecek çok ciddi yönlerin olduğunu gördük. Buna ilişkin önce bir makale yazdım sonrasında da zaten doktora tezimde de ayrıntılı olarak başlıklarla üçüncü kişiye yani arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldıktan ve fakat inşaat tamamlanmadan evvel yükleniciye arsa payının devredilmesi karşılığında yüklenicinin kat ittifakı kurulmuş bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satması halinde, sattıktan sonra arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin her iki taraftan biri tarafından sonlandırılması durumunda ne olacağına ilişkin çok fazla karar olduğunu gördüm ve bu kararlarda şöyle özetle geçmek istersem mesela şöyle deyimler var, örneğin bu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki önceden yapılan arsa payı devrini Yargıtay avans olarak kabul ediyor. Hâlbuki avans kelimesi aslında Borçlar

Kanununun birçok hükmünde geçiyor ama bir para borcunun ifası olarak geçiyor ve burada aslında kastedilen para borcunun ifası açısından avans kavramı değil ki zaten avans da aslında Borçlar Kanununda çok da kullanılan bir kavram değil. Burada aslında kısmen ifa var. Kısmen ifa geçerli yani burada yapılan bu işlem geçerli ama acaba bundan sonra yüklenicinin üzerine almış olduğu bağımsız yani arsa paylarını üçüncü kişiye devretmesi halinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sona erdiğinde neden arsa sahibi üçüncü kişiye dava açıyor ve üçüncü kişiden yükleniciden üçüncü kişinin almış olduğu bağımsız bölümlerin kendisine iadesini istiyor ve bunu maalesef hatalı tabiriyle tapu iptal tescil davası olarak açıyor? Aslında tapu iptal tescil davası kanunda yok. Bu iki tane davadan ibaret 1716'ya dayalı tescil isteme ya da 1025'e dayalı yolsuz tescil. Burada zaten böyle de bir karışıklık çıkıyor. Avukatlar da mesela bu tür davalar açtıklarında ne davası açtığını bilmiyorlar. Hâlbuki biri alacak hakkına, biri mülkiyet hakkına dayanıyor. Birinde zamanaşımı var, birinde dava temlik edilebiliyor diğerinde edilemiyor. Şimdi Hocam devam edecek olursam Yargıtay buna ilişkin olarak; henüz inşaat halindeki bir binadan arsa payını satın alanların bu kuralı bilmedikleri, yani arsa sahibiyle yüklenicinin ileride sözleşmeyi sonlandıracağını bilmediklerini kabul etmiyor. Biliyorlardır, bu riski göze almışlardır, haliyle iyiniyetli degillerdir diyor. Şimdi birincisi iyi niyet nerede aranıyor? TMK 3'e göre kanunda aranan hallerde iyi niyet sorgulaması yapıyoruz. Diyelim ki burada yolsuz tescil var ki burada yolsuz tescil yok aslında zaten, olsa olsa 1716'ya dayalı tescil isteme davası açılabilir. Diyelim ki yolsuz tescil var. O zaman 1023'e baktığımızda iyi niyeti sorgulayın diyor peki Yargıtay madem yolsuz tescili kabul ediyor, o zaman 1023'ü niçin yok sayıyor ve direk hiçbir şey sorgulamadan neden iyi niyeti yok sayıyor? Bu sefer 1023'e hani bu durumda ne oluyor bu sorgulanmalı. Bununla birlikte yine mesela Yargıtay sözleşmeden dönülmesi halinde payları arsa sahibine geri döner diyor. Şimdi peki o zaman şöyle bir soru ortaya çıkıyor: "Geçerli olarak yapılmış tasarruf işlemi borçlandırıcı işlemin ortadan kalkması halinde sonradan nasıl ortadan kalkıyor?" Ve diyor ki mesela işte evet zaten orada aynı etkili teori mi, yoksa diğer teoriler mi öne geçiyor bu tartışılıyor. Bununla birlikte yine mesela Yargıtay diyor ki burada koşula bağlı bir tescil yapılmıştır. Hâlbuki burada koşula bağlı tescil yok. Çünkü Borçlar Kanununun 234. maddesiyle Tapu Sicil Tüzüğü'nün 16. maddesiyle zaten satışın koşul gerçekleştirildikten sonra yapılabileceği ancak söyleniliyor. Dolayısıyla koşul varmış gibi bu tescilin yapıldığını kabul etmek ne kadar doğru? Ben doğru bir yanını göremedim. Bununla birlikte şimdi çok da ayrıntısına girmek istemiyorum hepinizin vaktini almamak adına ama en önemli noktalarıyla bir an evvel bu kararın değiştirilmesi gerektiğine gönülden inanıyorum. Ben bunu ilk yazdığım da 2015'ti. Ben o tarihte başladığımda yaklaşık 15-20 yıllık bir uygulamanın olduğunu görüyordum. Hatta yine yazdığımız makalenin sonuna da ilginç bir şekilde hani biraz farklılık olması açısından makalenin sonuna bir gazete haberinin resmini de ekledik. Çünkü orada gerçekten Konya'da bir apartmanın kaybedildiğini ve kat maliklerinin orada gerçekten bir isyana sebebiyet verdiğini görmüştük. Haliyle bu bence Türkiye'nin kanayan yarası. Burada iyiniyetli kabul etmemek, koşula bağlamak, üçüncü kişiyi peşinen kötü niyetli saymak veya iyiniyetli, iyi niyet kurallarına gidilecek ya, onları uygulamamak. Çok

yönüyle hatalı görüyorum bu kararı. Bu karardan dönülmesi gerektiğine inanıyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Yargıtay bu kararında bazı talihsizliklere imza atmıştır. Şöyle ki Eşya Hukukunun geçmişten gelen büyük kurallarını yerle bir etmiştir, özellikle iyi niyetin korunması... İşte 1023'teki diğer üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin korunması yani burada üçüncü kişiler... şunu söyleyemezsiniz; "Siz müteahhitten arsa payı alıyorsanız oradan müteahhitten bir kat alıyorsanız ne yapayım almasaydın, senin iyi niyetin falan olmaz" diyemezsiniz. Bunu deme hakkınız da yok. Bunu böyle bu şekilde yapmanız, işte müteahhide arsa veriliyorsa bunların avans tapu olduğu Türk Borçlar Kanununun 237. maddesini hiçe sayıyorsunuz, çünkü müteahhide arsa sahibi baştan arsayı devretmiş. Borçlar Kanununa göre 237 anlamında taşınmaz satılmalıdır. Tapuda gerçekleşmiş, şerh var mı yok, başka şey var mı yok. Her şey tamamıyla toprak devredilmiş, müteahhitler üzerinde yapmış olduklarını üçüncü kişilere satmış şimdi daha çok uygulamada müteahhit iki farklı arsada yapıyor. Birinci arsada istediği gibi yapılmış, diğerinde yapılmamış, bu sefer de arsa sahibi diyor ki "Efendim benim istediğim gibi olmadı" dava açıldı. Yargıtay da diyor ki işte burada toprağın, arsanın müteahhite devri avans niteliğindedir, ee... Ondan dolayı mülkiyeti geçmemiştir. Ee ondan sonra üçüncü kişilerin de buradan almış oldukları katlar, bağımsız bölümler onların olamaz diyor. Yani bu Türk Borçlar Kanunu ve Medeni Kanununun Eşya Hukukundaki o büyük kuralları hiçe saymaktır. Çünkü yani başta şahıs böyle düşünmüyor, hepimizin öyle düşünmesi gerekir. Çünkü apaçık kurallar yerle bir edilmiştir. Burada bir kere toprak mülkiyeti karşı tarafa geçmiştir. Siz buna geçmemiş diyemezsiniz. Her şey tamam onun için burada bence tekrar bu içtihadı birleştirme kararının gözden geçirilmesi ve üçüncü kişilerin hukuki durumlarının iyi niyetlerinin bir göz önüne alınması. Gerçekten büyük haksızlıklara sebebiyet veriliyor. Büyük yıkımlar oluyor yani bugün mahkemelerin birçoğunda dosyalarca konu çözüm bekliyor ve bunun karşılığında söylediğinizde Yargıtay'ın bu uygulaması ne talihsizliktir. Hadi Yargıtay böyle uyguluyordu Anayasa Mahkemesi de onay verdi. İyiden iyiye çözümsüz oldu. Bence tekrar göz önüne almalıyız diye düşünüyorum. Teşekkür ediyorum.

Mehmet FETTAHOĞLU

(Ankara BAM 31. Hukuk Dairesi Başkanı):

Şimdi önce bu konunun yasal dayanağını bir açıklama ihtiyacı hissediyorum. Borçlar Kanunu 162. maddesidir bu avans yoluyla yüklenicinin kafadan almış olduğu vekâlete dayalı olarak dava konusu bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satıyor olması, karşılığı Türk Borçlar Kanunu 183 ve devamıdır. Bir şeyi lütfen gözden kaçırmayalım, burada şahsi hak devrediliyor. Yüklenici burada aynı hak kazanmış değil daha belli değildir. İleriye matuf çıkarımı devrediyor. Kime? Üçüncü kişiye. Şimdi dün bir Hocam vardı şimdi görebilirim böyle onunla da bir tartışmıştık. Şöyle bir endişe var önce şunu söyleyeyim. Şimdi saha ile teori olağanüstü

farklıdır çok çok çok farklıdır. Ben şöyle iddia ediyorum. Sahadan gelen biri olarak ben 25 yıldır bakıyorum bu işlere. Bakınız bu avansın üzerinde bu kadar defans yapıldığı zaman inşaat piyasası durur, duvar gibi önüne çıkar. Bunu lütfen göz önüne alalım. Doğrudur, yanlıştır ama piyasa böyle yürüyor. Müteahhitler bunun açığözlüğünü yapıyorlar söyleyeyim. Kafadan bir kuruş vermeden kafadan satıyor, demodan satıyor, işte adam projeden satıyor, bu böyle yani. Tekrar söylüyorum tersi yapıldığı zaman kesinlikle inşaat piyasası durur. Temel endişe nedir Hocalarımızı endişeye sürükleyen şey, o da şudur; efendim üçüncü kişi garibim parayı verdi deyim yerinde ise parayı verdi, yarın öbür gün bu avans olduğu için iyi niyet 10. el bile olsa işlemez. Ne yapacak? Darmaduman oldu, yerle yeksan oldu. Bu soyut olarak düşünüldüğünde böyle, ama onun da elinde şeyler var, söyleyin yani hepten hakkı yerle yeksan olmuyor. Niye olmuyor? Bu sözleşme geçerlidir. Yasal dayanağı eski 162 yeni 183'tür. Sözleşme geçerli olduğu için beş parametreye göre değil dava tarihi reel değerini bile alır. O halde bir kaybı yoktur diye düşünüyorum. Tekrar söylüyorum lütfen şahsi hakkın devredildiğini, o şahsi hak yüklenicinin burayı devredebilmesi için, devrettiği tarih itibari ile oranlı gelir varsa o oranı yakalamış olması lazım. Kendi yükümlülüklerinin tamamını yerine getirmesi lazım ki geçerli olsun diyorum ben, saygılar sunuyorum. Yıllardır Yargıtay'da oturmuş bir şey bu. Çok kavram üzerinden gidildiğinde işin doğrusu biz çok sorun görmüyoruz burada, açık söyleyeyim size. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Aslında burada birkaç farklı türden ve birkaç farklı konudan bahsediyor Hocalarımız ve Kıymetli Bam Başkanımız. Bahsedilenleri birbirinden ayırtırmamız lazım. Burada birçok farklı hukuki müessese kullanılıyor çünkü. Birincisi aslında yüklenici henüz kendisi bir ayni hakka sahip değil, bir arsa payı karşı inşaat sözleşmesi yapmış ve tam da hâkimimizin söylediği gibi Borçlar Kanunu 183 gereğince bir alacağın temliki yapıyor, bu bir şahsi hak doğru kesinlikle bir şahsi hak. Ne yapıyoruz biz? Bu şahsi hakka ayni sonuç bağlıyoruz. Buradaki yanlış bundan kaynaklanıyor aslında. Yani bir arsa payı karşı inşaat sözleşmemiz var bundan kaynaklanan bir şahsi hakkı var yüklenicimizin. Yüklenici bunu alacağın temliki yoluyla devrediyor üçüncü şahsa ve biz burada diyoruz ki kararlarımızda, “Eğer yüklenici inşaatı tamamladıysa ey arsa sahibi sen hiç tanımadığın bu üçüncü kişiye tescili vermek zorundasın.” Bu bir. İki, yüklenici şartı tamamlamadıysa neye dayanarak bunları söylüyoruz bunu da hiçbir dayanağı yok bu arada. Yüklenici inşaatı tamamlamadıysa kusura bakma o zaman sen üçüncü şahsa ayni hakkı geçiremezsin. Üçüncü şahıs yükleniciyle ne yaparsa yapsın, bu çözüm doğru aslında, ilki yanlış, arsa sahibini hiç ilişkisi olmadığı bir kişiyle karşı karşıya getirmek yanlış. Ama Hocalarımın, Müge Hocamın özellikle avans tapu diye söylediği, Hayrunnisa Hocamın tamamladığı başka bir şey aslında avans tapu dediğimiz nedir? Avans tapuda yükleniciye mülkiyet hakkı geçiriliyor; ya tamamen arsanın mülkiyet hakkı geçiriliyor ya da kat irtifakı kuruluyor. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldıktan sonra ve bir kısım dairelerin, daha doğru teknik terimi ile bağımsız bölümlerin mülkiyet hakkı yükleniciye geçiriliyor. Fakat Yargıtay diyor ki *“Yüklenici henüz inşaatı tamamlamadan bu mülkiyet*

hakkını geçirmek avans niteliğindedir” diyor. Hatta Müge Hoca’nın söylediği gibi bir şarta bağlı geçirimdir diyor. Eşya Hukukumuzun en temel mantığı aynı haklar şarta bağlı olarak geçemez. Çok net bir şey bu. Aynı hak bir kere geçti mi bitti artık olay o kişi aynı hak sahibi olmuştur ve burada yüklenici aynı hak sahibi oluyor. Ha geçirirsiniz geçirmezsiniz yaparsınız yapmazsınız bu ayrı bir şey. Bunu kimin düşünmesi lazım? Arsa sahibinin düşünmesi lazım. Arsa sahibi düşünmüyorsa yükleniciye henüz inşaat tamamlanmadan mülkiyet hakkını geçiriyorsa bu riske de ve bunun sonuçlarına da katlanması gerekir. Ama ne diyor Yargıtay? Hayır diyor Yargıtay. Hayır, sen buna katlanmazsın diyor bir taraftan, bir taraftan da üçüncü kişileri perişan ediyor. Aslında üçüncü kişi derken dikkat edin bu kişiler üçüncü kişi değil gerçekte. Altını çiziyorum burada bir 1023 uygulaması yok kesinlikle yok, çok net bir şey bu. O yüzden ne olur iyiniyet, kötünüyet tartışması yapmayalım, asla 1023 yok. Neden? Çünkü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yaptık. Mülkiyet hakkı yükleniciye geçirildi. İster tüm arsanın isterse katların ya da vekâlet verildi yükleniciye. Temsil yetkisi verildi. O da kendi kendine geçirdi bunu. En kötüsü de bu. Ama mülkiyet hakkı da geçti. Tapuda bir yolsuz tescil var mı? Hayır, yok kesinlikle yolsuz tescil yok. Yüklenici bunu sattığı zaman biz üçüncü kişi diyoruz ismen ama bu üçüncü kişi değil ki. Zaten 1023’e gerek yok çünkü yolsuz tescil yok bakıyor kim malik yüklenici malik. E tamam, zaten tapu sicilinin açıklığı, e tamam yüklenici de malik olduğuna göre, alıyor. Daha sonra biz ne diyoruz bu üçüncü kişi dediklerimiz üçüncü kişilere; yok bu inşaat tamamlanmadı, kusura bakma bu avans tapuydu aslında. Zaten malik de olmamıştı yüklenici, nasıl malik olmadı? Aynı hak geçti Medeni Kanunda açık, çok açık ve biz diyoruz ki; “Kusura bakma gel hadi biz senden bu taşınmazı geri alıyoruz”. Ondan sonra diyoruz ki “Senin zaten yükleniciyle sözleşmen var git yükleniciden sen de tazminatını al.” Niye? Tapu sicili açık, hiçbir şeye gerek yok burada iyi niyete kötü niyete gerek yok. İnşaatın yapıldığını bilsin, bilmesin fark etmez ki. Açık, malik olmuş yüklenici burada, yani ne olur bu hususları birbirine karıştırmayalım. Bakın alacağın temlik bambaşka bir şey; burada malik olmuş yüklenicinin taşınmazı devretmesi bambaşka bir şey ve her ikisinde de farklı sorunlar var. Ve ne olursunuz bunu 1023’le karıştırmayalım. Yargıtay bunu her yerde yapıyor. Yolsuz tescil olmadığı sürece asla 1023 uygulanmaz, yolsuz tescil olmadığı sürece bu kişi iyiniyetli mi kötü niyetli mi tartışması yapılamaz. Böyle bir şey olmaz. Teşekkür ediyorum.

Mehmet FETTAHOĞLU:

Yeniden saygılarımı sunuyorum. Şunu özellikle belirtmek istiyorum ben teoriden anlamam. Hepinize özellikle sonsuz derecede saygı duyuyorum ama sahadan geliyorum. Hiçbir yasamızda hiçbir metinde, yönetmelikte, bir yerde, genelgede şöyle bir kaide yok. Tırnak içinde nedir o kaide? Şahsi hakla sanki aynı hak - mülkiyet devrediliyormuş gibi bir sonuç ortaya çıkıyor. Doğru oluyor oluyor, lakin demin dediğim gibi yasalarımızda, hukuk sistemimizde şahsi hakkın devrini yasaklayan ya da vaadini engelleyen bir yüküm yok, hiçbir yerde yazmıyor bu, kaldı ki bunun bir benzeri var. Bakın satış vaadi de öyle değil mi? Lütfen ileriye dönük bir menfaati devir ediyorsun. Noterde düzenleme şeklinde yapılıyor sonradan

problem çıktığı zaman onun ilacı var veriyorsun ilacını, bu bir. Bir şey daha, tapu sicilinin nizamnamesinde, Medeni Kanunda, Türk Medeni Kanununda “avans tapu” diye bir terminoloji yoktur. Böyle konsept proses böyle bir şey etiket yoktur. Bu uygulamada çıkarılan bir terimdir, bizi çok yanıltmasın bu. Demin belirtmiştim, aynı hak satış vaadi ile de olur olur bal gibi olur ileriye dönük menfaatini devretmiş oluyor ona benzetebiliriz. Şimdi Hocam şeyi dedi, satın alan üçüncü kişinin hukuki durumunu aydınlatırken soyut iyi niyeti olayı bağlayıp da hak kaybı ortaya çıkar mı çıkar diyor mantıklı. Çıkar çıkar ama ben size bir örnek vereyim. Bunun çok benzeri var Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları var ona binaen ben binlerce böyle dosyaya baktım, dayanağı şeydir. Türk Medeni Kanunu 1010. Maddesi, şimdi şöyle oluyor sahada. Eskiden çok oluyordu şimdi son zamanlarda o izale edildi, bir halde gidiliyor. Dolayısıyla problem çıkmıyor. Eskiden yapılan kadastro işlemlerinde arazi kadastrası yapılacak olduğu zaman orman müdürlüğüne bildirimde bulunuyordu. Lütfen bu sahaya gir, sınırını çiz. Arazi kadastrası giriyordu. Tapuyu çıkarıyor, bağlıyor, askıya çıkarıyor kesinleşiyor. Söyleyeyim ondan sonra 3-4 defa imar geçiriyor. Yetmedi ne oluyor 3-4 defa devir oluyor. Orman idaresinin aklına geliyor, orman idaresi geliyor burası orman. Tapusu iptal edin. Orada da hata var tapusu var adamın, işlem görmüş, 3-4 tane imar görmüş. Bu çok büyük bir problem değildir dememin sebebi budur. İlacı var onun bakın pratikte çıkıyor avans tapu işte. Ha şimdi adam iyiniyetli midir değil midir onu da açıklayayım size. Ya müsaade edin adama, satın alan üçüncü kişiye şu kadar küçük bile olsa haliyle bir sorumluluk görevi nedir? Şu an Ankara’da İstanbul’da trilyonlarla ölçülüyor bağımsız bölümün alım satışı. Onu alırken azıcık, çok özür dilerim tırnak içinde söylüyorum, o kadar savurganlık yapma, hovardalık yapma. Biraz araştır bina var mı, yok mu? Nedir, yapıldı mı yapılmadı mı? Bir problemi var mı yok mu? Orda o kadar savruk davrandığın zaman biraz da sorumluluğu olsun. Zaten hakkı tamamen kaybolmuyor. Akçasal bir değere dönüşüyor, bal gibi alıyor bedelini. Onun önünü öyle komple kesersen ekonomi durur. Zaten ekonomi inşaatla yürüyüp gidiyor. Benim diyeceklerim bunlar.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Tapu sicili açık. Tapu sicili açıkken ben gidip de şu anda ben tapu sicili açık görebiliyorum, Ankara’dan istersem İstanbul’daki bir taşınmazı alabiliyorum. Doğru mu? Yapıyoruz değil mi, hepimiz yapıyoruz bu işlemleri. Ben gidip araştırma yükümlülüğüm var mı? Yerine bakma yükümlülüğüm var mı? Ben tapu siciline bakarım. Birincisi bu. İkincisi; işte bu ilaç konusu zaten sıkıntılı. Biz ne yapıyoruz? Şunu yapıyoruz, mağdur durumda birini gördüğümüzde veya hoşumuza gitmeyen bir durumu gördüğümüzde, hukuk kurallarını eğip, bükerek; tabiri caizse hukuk kurallarını hiçe sayıp kendimiz kural yaratmak yöntemiyle ilaçlar bulmaya çalışıyoruz. Hukuk ilaç bulma yöntemi değildir. Hukuk kurallarının olduğu gibi uygulanması gerekir. Birisine üzülererek hukuk kuralı yaratamayız. Bunu söylemek istedim.

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM:

Burada teori ile pratik birbiriyle tezat düşmüş gibi gözüküyor ama Hocalarımın da ben de akademisyen olarak Hocalarıma katılıyorum. Çünkü Eşya Hukukunun ve Borçlar Hukukunun temel prensipleri var, ilkeleri var. Bir meseleye dayalı yorum yaparken bu ilkeleri göz ardı etmemiz mümkün değil. O konuya özel bir hüküm getirilmediği sürece bu noktada temel ilkelerden ayrılmak mümkün gözüküyor. Şebnem Hoca'nın belirttiği gibi burada tescil yapıldığı andan itibaren artık mülkiyet yükleniciye geçirilmiş oluyor. Buradaki tescil yolsuz mu, değil mi? Burada geçerli bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılmış mı? Ona bakmamız gerekiyor ve bu sözleşmeye dayanılarak tescil gerçekleştirilmişse, tescille birlikte aynı hak, aleni hale gelmiş oluyor. Tapu sicilini anlatırken biz, temel fonksiyonu aynı haklarda açıklığı, kamuya aleniyet sağlayan bir müessese olarak bunu sunuyoruz. Devlet de kendi sorumluluğu altında bu sicili zaten tutuyor. Bu tescil mülkiyetin yükleniciye geçirilmesi sonucunu doğurduğuna göre artık bundan sonra 1023 tartışması söz konusu olmaz. Sadece şurada olabilir. Yüklenici temerrüde düştüğünde arsa sahibi sözleşmeden döndüğünde acaba dönmenin etkisi ne olacak? İşte bu konular doktrinde 4 farklı görüş var. Yargıtay kararlarını yorumladığımızda bu görüşlerden “ayni etkili dönme” teorisini kabul etmiş gibi gözüküyor. Yani dönmeye sadece borçlandırıcı işlem değil; aynı zamanda tasarruf işlemi dediğimiz o tescil de yolsuz hale gelmiş olur. Dolayısıyla yükleniciden bu tescile güvenerek aynı hak kazanmak isteyen üçüncü kişiler ise iyiniyetli değildir, o da ayrı bir tartışma tabi. İyi niyetli mi değil mi, onu nasıl belirleyeceğiz? Bana göre burada kötü niyet sadece şu durumda olabilir. Üçüncü kişinin yüklenicinin temerrüde düştüğünü bilmesine ve arsa sahibinin de yakında sözleşmeden dönme yönünde harekete geçeceğini bilmesini ispatlamak durumunda eğer üçüncü kişi bunu edinmişse işte o zaman kötü niyetli ancak bu durumda denilebilir. Yoksa aksi takdirde aynı etkili dönme teorisi kabul edilse bile, biz üçüncü kişilerin hak kazanımının önüne geçemeyiz. Prensipler çerçevesinde ben bu sonuca varıyorum. Zaten diğer teorileri uyguladığımızda sorun yok. Çünkü orada dönme sadece borçlandırıcı işlemi ortadan kaldırır. Tasarruf işlemi dediğimiz tescil hala geçerliliğini koruyor, dolayısıyla üçüncü kişi malikten hak kazandığı için burada 1023 tartışmasına girmeye gerek yok düşüncesindeyim.

Doç. Dr. Öz SEÇER:

Yargıtay pratik mülahazalarla hareket ediyor. Olayın aslında tartışılacak başka bir boyutu da var. Onlarla da alakalı sıkıntı şu. Bu bir taşınmaz payının devrini vaadi içeren sözleşme. Üçüncü kişiyle yüklenici arasında yapılan sözleşmeler açısından Noterler Birliğinden Hanımefendinin de söylediği aslında diğer yönü de var. Biz ne yapıyoruz? Bunu şekle tabi olarak yapmak istiyoruz ama Türk vatandaşı olarak ne yapıyoruz? Gerekli damgaları notere ödemekten imtina ediyoruz. Dolayısıyla biz bu sözleşmeleri yaptığımızda Yargıtay bunların hepsini alacağın devri sayıyor. Yargıtay bunları alacağın devri sayınca aslında diğerleri de çok önemli üçüncü kişi dışında gündeme gelmez. Üçüncü kişinin tescil talebi gündeme

geliyor. Üçüncü kişinin tescil talebi deyince, her ne kadar tartışılır, tartışılmaz, yüklenici inşaatı tamamlamasına bağlı olarak üçüncü kişinin haklarına halef olacak. Şöyle bir manzarayla karşı karşıyayız. Arsa sahibi de baştan vekâlet veriyor veya bu şekilde yüklenicinin üçüncü kişilere devrine olanak tanıyor. Yüklenici de gidiyor, noterde yapmıyor adi yazılı sözleşmeyle, taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle veya doğrudan satış yoluyla üçüncü kişilerle sözleşmeler yapıyor. Arsa sahibi ile yüklenici arasındaki uyumsuzluk nereden çıkıyor, oraya bakmak lazım. Teslimde temerrüde düşüyor ya da iş devam ederken tartışılır tartışılmaz işin yürütülmesi sırasındaki bir borca aykırılıktan dolayı dönme oluyor. Baktığımızda ne oluyor? Arsa sahibinin menfaati, üçüncü kişinin menfaati ben pratik yollarla bakarım, vardır bizde sırra kadem basan müteahhit oluyor, dolayısıyla ben iki tane mağdurdan hangisini koruyayım diyor, arsa sahibine doğru gidiyor. Doktrini de biz eleştiriyoruz, diyoruz ki; sen arsa sahibi olarak neden başlangıçta buna devrettin veya neden böyle bir yetki verdin. Yargıtay korumuyor bu arada vekâletnameyi, yani genel bir vekâletname verdiğiniz zaman ona bağlı olarak yapılan devirlerde de arsa sahibi sözleşmeden döndükten sonra üçüncü kişi korunmuyor. Ancak ve ancak diyor ki yüklenicinin talimatıyla arsa sahibi tarafından devir varsa bu şey olur diyor. Başlangıçta acaba bu işi yapmaya ehil müteahhit var mı? Daha sistemsel bir düzenleme var. Herkes müteahhit olursa burada sıkıntı var, bir de bu özellikle sözleşmeleri resmi şekle tabi tutmanın tabii ki bir mantığı var, çok doğru. Buna dikkat etmezsen o zaman herkes her tarihte hatta bunun tartışmaları da var, Noterlik uygulamada tapuya yansıyan şerhler, adi yazılı şekilde yapılan sözleşme Noterde resmi şekilde yapılan taşınmaz satış vaadinden önce geliyor. Bunlarla birlikte olduğu zaman Yargıtay da maalesef meseleye birazcık böyle mağduriyeti en kolay nasıl gideririm diye bakıyor. Oraya gidip aslında bir üçüncü kişilerle yapılan sözleşme şekle tabi tutulması açısından da bir başlayıp başlangıç noktasında daha bir istikrar kazanmak mümkün olabilir. Teşekkür ederim.

Eren GÜVEN

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimi):

Bu dosyalara çok baktım uygulama itibarıyla. Tabii burada aslında farklı bir sözleşme tipi var. Aslında bunun eser sözleşmesinden ayrı, ayrıca şartları konularak kat karşılığı ya da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şeklinde. Aslında bizim burada sorunu çözme olarak ne yapabiliriz gibi bir sonuca bir görüşe varmamız gerektiği için, bunun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini ayrı bir bent halinde ya da ayrı bir başlık altında kanunda düzenlenmesi gerektiği yönünde görüş bildirmek istiyorum. Hocalarımın da tabii ki haklı eleştirileri var ama bizim de uygulamacılar olarak iki tarafı da gördüğümüz için sahada, arsa sahiplerinin de çok çok mağdur olduğu durumlar var. Bu da sözleşmenin kendi içeriğinden kaynaklanan bir problem aslında. Çünkü başta yüklenicinin bu inşaatı yapabilmek için bir finansmana ihtiyacı var ve bu finansmanı sağlamak için de arsa sahibini zorluyor. Burada çözüm ne olabilir? İkinci bir çözüm de, kanunda bir düzenleme yapılıp, yasal düzenleme yapılıp, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bunun mutlaka şart konulması, konulmaması halinde bunun yaptırımının ne olacağının açıkça düzenlenmesi lazım ki bu

tartışmalara son verebilelim. İki taraf da mağdur oluyor, arsa sahibi mağdur olacak ya da yükleniciden taşınmaz satın alan üçüncü kişi mağdur olacak. Burada Yargıtay uygulamasında da mülkiyete öncelik verdiği için şahsi hakka öncelik vermediği için, burada bir aynı hak devri olmadığını kabul ettiği için arsa sahibinden yana bir sonuca varılıyor. Benim burada çözüm önerim açıkçası ayrı bir yasal düzenleme olması gerektiği. İnşaat sözleşmesinin ayrıca düzenlenmesi ve bu sözleşmelerin tapuya şerh edilmesi ve şerh edilmemesi halinde yaptırımlarının ne olacağının kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir ki sorunu çözelim. Teşekkür ederim.

ALİ KÖŞÜM

(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi Başkanı):

Teorik olarak akademisyenlerimiz bir kısım hukuki itirazlarını öne sürdüler. Problem gerçekten de Hâkim Beyin söylediği gibi bu konuda kanuni bir düzenleme olmamasından kaynaklanıyor, en büyük problemimiz bu. Biz hukuk dünyasında olmayan bir, daha doğrusu kanuni düzenlemesi olmayan bir müesseseyi diğer kanuni düzenlemelerle birlikte tartışmaya çalışıyoruz. En büyük sorun buradan kaynaklanıyor. Yargıtay da Hâkim Bey'in dediği gibi yine, bu konuya çözüm getirmek istiyor. Burada arsa sahipleri eşitmiş gibi görünse de gerçekte inşaat sektöründe çok zayıf konumdalar. Hukuki açıdan bilgisizler. Dün Bakan Bey'in söylediği gibi, bir hukukçunun katılımıyla düzenlenmesi sağlanabilir böyle bir sözleşmenin. Bütün mesele hukuk dünyasında böyle bir sözleşmenin karşılığının bulunmaması. Satış vaadi, inşaat sözleşmesi karması bir sözleşme, biran önce bir kanuni düzenleme yapılması lazım. Öte yandan yine Hâkim Bey'in değindiği gibi Noterlik Kanununa da bir ekleme yapılabilir. Noterler sözleşmeyi düzenledikleri anda, doğrudan tapu siciline zannedersen kendileri de işleyebiliyorlar veya bildirimde bulunabilirler ve iyi niyet tartışmalarının da önüne geçilmiş olur. Farklı bir açıdan düşündüğümüzde de arsa sahipleri zayıf demiştik, gerçekten arsa sahipleri bir vekâletle geliyorlar ve anahtarın kendisine teslim edilmesini bekliyorlar, konumları bu. Öte yandan yükleniciyi düşündüğümüzde, yüklenici basiretli tacir diyoruz. Gerçekten de sürekli hayatı bu işlerle geçmiş bir insan her türlü şeyini biliyor. Üçüncü kişilere satıyor, hatta ona devretmiyor başkalarına satıyor, çeşitli şeyler oluyor. O açıdan iki tarafın da dengesini gözetecek bir düzenleme getirilmesi lazım. En güzel çözüm bu, yoksa bu tartışmalar sürüp gidecek. Yargıtay da doğal olarak bir denge kurmaya çalışıyor. Avans çözümünü o yüzden getirdiğini düşünüyorum.

AHMET MEYDAN

(Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanı):

Bu konuyu farklı bir kurumla kıyaslamak suretiyle değerlendirmek istiyorum. Tabi kurumlar farklıdır ama taraflara tanıdığımız haklar yönünden de hukuktaki şeylerin aynı olması gerekiyor. Kıymetli evrak hukukunda keşideciyle lehtar arasındaki şahsi defiler iyi niyeti üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Yani burada da şahsi bir avans örneğini somut olay olarak verirsek, avans çeki veriyor, avans senedi veriyor. Lehtar iktisap

ediyor senedi. Ne diyoruz? Senet metninden anlaşılanlar dışında şahsi defileri ileri süremez üçüncü kişi. Burada yüklenici inşaat yapacak. Yüklenici diyor ki demir alıyor birisinden senet veriyor. Demir de teslim edilmiyor, senet üçüncü kişilere geçiyor, hâmile karşı bu delili ileri sürebiliyor mu? Süremiyor. Dolayısıyla burada yükleniciyi korumuyoruz senede karşı ama alacağın temlik bu şahsi haktır, şahsi hak devredilir, devredilmemişse üçüncü kişinin iyi niyeti olmaz diyoruz. Diğer taraftan sahtecilik, ehliyetsizlik durumunda tapunun devredilmesi halinde 1023 gereğince üçüncü kişiyi koruyoruz. Daha ağır bir işleme karşı üçüncü kişiyi tapuya güven ilkesi gereğince koruduğumuza göre bence tapuya güvenerek eğer şerh de yoksa ve malikten almışsa bunu korumak gerekir diye düşünüyorum.

Dr. Öğr. Üyesi M. Tolga ÖZER:

Sanki Müge Hocamın açtığı tartışma başka bir yöne gitti. Aslında Hocam iki konu arasındaki farkı çok güzel açıkladı ama Müge Hocam bu yine tırnak içinde üçüncü kişilere mülkiyet devri, müteahhit tarafından yapılan mülkiyet devriyle ilgili bir tartışma açmışken olay birden alacağın temlikine döndü. Hatta burada davalı davacı taraf bile değişecek. Bir tanesinde arsa sahibi mülkiyetin iadesi için dava açacakken; diğerinde üçüncü kişi yine tırnak içinde kullanıyorum, arsa sahibine mülkiyet için dava açacak. Şimdi Sayın Hâkimlerim konuşurken bu iki konu sanki birbirinin aynısıymış gibi konuşuyorlar. Bir sonuca da varılması böyle mümkün olmayacak gibi. Sanki o iki farkın üzerinde durulsa mı acaba?

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Yani problem arsanın daha sözleşme yapılırken veya hemen akabinde arsa sahibi tarafından yükleniciye devredilmesinden kaynaklanan bir problem. Yüklenici tapuda maliki olduğu arsa üzerine inşaat yapmaya başlıyor ve tapudan bunu maliki olduğu arsanın bir bölümünü üçüncü kişilere devrediyor. Tartıştığımız konu bu. 1023 olur mu, olmaz mı? Avans olur mu, olmaz mı? Alacağın temlik konusu başka bir konu. Ben en sonunda görüşlerimi söylemeyi düşünüyordum ama siz bu konuya temas ettiğiniz için müsaadenizle bununla ilgili düşüncelerimi söyleyeyim. Sayın Başkanın söylediği konu, alacağın temlik ile ilgili. Aslında orada ciddi bir problemimiz yok. Neden? Alacağın temlik hükümlerine göre eğer yüklenici bir devir yapmışsa ki yazı adi yazılı şekil yeterlidir biliyorsunuz bunun için, resmi şekle bile gerek yok, orada yüklenicinin üçüncü kişiye devrettiği bir alacak hakkıdır. Şahsi haktır, Sayın Başkanın söylediği gibi. Bu şahsi hak alacak hakkı kime intikal etti? Üçüncü kişiye intikal etti. Üçüncü kişi yüklenici edimini ifa ettiği zaman, arsa sahibine karşı olan edimini ifa ettiği zaman üçüncü kişi, burada malik arsa sahibidir, malik olan arsa sahibine dava açarak tapunun kendisine devrini isteyebilir yani tescile zorlama davasını açabilir. Peki, yüklenici edimini tam olarak ifa etmemişse arsa sahibine karşı? Çözüm kolay burada problem yok. Arsa sahibinin yükleniciye karşı ileri sürebileceği defileri alacağın temlik hükümlerine göre arsa sahibi üçüncü kişiye karşı ileri sürer. Problem biter. Dolayısıyla tapuyu

devretmekten kaçınabilir. Yargıtay diyor ki, küçük eksiklikler kalmışsa arsa sahibi edimi ifadan kaçınmaz, ne olur? Hakkaniyete uygun bir bedele hükmedersin diyor. Bu da doğru. Dolayısıyla o nesafet bedelini de kim ödeyecek? Daire satın alan, bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişi yani davacı kime karşı ödeyecek? Arsa sahibine ödeyecek ve tapunun devrini isteyecek. Burada hiçbir problemimiz yok bizim ama asıl problem, arsa sahibinin hiç de mecbur olmadığı halde hiçbir mecburiyeti olmadığı halde, daha işin başında yükleniciye arsayı devretmesi; tapuda malik olarak görünen yüklenicinin de üçüncü kişilere satış yapması. Avans meselesi, halefiyet meselesi buradan kaynaklanıyor. Özellikle bu konu üzerine yoğunlaşırsak memnun olurum.

Gamze ÜNAL

(Türkiye Adalet Akademisi Hâkimi):

Tapuda devir durumunda da o zaman şöyle ikiye ayırarak bakmak lazım. Tapu kaydında arsa karşılığı inşaat sözleşmesiyle ilgili şerh varsa; Yargıtay mülkiyet konusunda şöyle düşünüyor. Sen tapuya aleni gidip bakıyorsun ama gerçekten basiretli gibi bir şey gibi bakman lazım. Yani şerhler varsa arsa karşılığı inşaat sözleşmesini görüyorum. Bu sözleşmesini gördüğü takdirde o sözleşme de tapu kaydının bir eki haline geldiği için o ekleri de kontrol etmesi lazım. O zaman ikiye ayırmamız lazım. Arsa karşılığı inşaat sözleşmesini görüp de alıyorsan, sonuçlarına ister istemez 2 gün sonra arsa maliki gelip dava açtığında katlanmak durumunda kalabilirsin, bunu en fazla şerh olmadığı takdirde konuşabiliriz diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Hukukumuzda üç farklı tür şerh var. Buradaki şerhin niteliği, şahsi hakların şerhidir. Yani şahsi hak sahibini koruyan, bu hakkı güçlendiren şerhtir. Kimdir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde şahsi hak sahibi? Yüklenicidir. Bu şerh, yükleniciye yarayan şerhtir. Yoksa üçüncü kişileri ilgilendiren bir şerh değildir. Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, örneğin arsa satılırsa, yeni malike karşı ileri sürebilmesini sağlayan şerhtir. Başka bir anlamı yoktur bu şerhin. Ne olursunuz bakın 1009, 1010, 1011, üç farklı tür şerh düzenlenmiştir. Her birinin etkisi, niteliği farklıdır. Şerh deyip geçmememiz gerekir.

Prof. Dr. Emrehan İNAL:

Kesin olarak aynı şeyi konuştuğumuzdan emin olmak için yine de ben bir vurgulamak istiyorum. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi dediğimiz zaman bunu farklı tiplerde yapabiliyoruz ya, yani arsa sahibi inşaat bitsin ben ondan sonra sana, sana ait olacak bağımsız bölümleri devredeceğim diyebilir. O zaman yüklenicinin alacağı var, yani devretmiyor. Bitir ondan sonra devredeceğim diyor, böyle yapabilir. Bu 1. tipi ama bunu yapmayıp da bazı eserlerde görürsünüz, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi Ankara tipi

yapılabilir. Ankara tipi dediğimiz tip, inşaatı bitir ondan sonra mülkiyeti ben sana devredeceğim. Bir de İstanbul tipi dediğimiz şey var. Baştan devrediyor. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde devredildiğini biliyor bunun sonuçlarına katlansın, tescili yapıp devrediyor, bunun sonuçlarına katlansın niye demiyoruz? Yani arsa sahibi tescil yapıp mülkiyeti naklediyor. Tescil bu. Burada hukuken sayın hâkimlerim beni affetsin, şu var. Gerçekten bu uygulamanın hukuken kabul edilebilir hiçbir yönü yok. Bunun teoriyle de alakası yok. Neden? Çünkü Müge Hoca da belirtti. Kanuni düzenlemeye de gerek yok. Kanun var çünkü. Tescil koşula bağlanamaz, yani ben senin adına bunu tescil ediyorum, ben bu taşınmazı senin adına tescil ediyorum ama mülkiyet hala bende. Ne zamana kadar? Sen inşaatı bitirene kadar. Olmaz. Kanun var, kanun bunu yazıyor. Kanunu düzenlemeye gerek yok ki. Ben bunu sana tescil ediyorum, mülkiyet hala bende, bunu diyemeyiz. İnşaatı bitirinceye kadar mülkiyetten dolayısıyla avans bunu diyemeyiz, böyle bir şey hukuken mümkün değil; pratikte de mümkün değil. Ekonomik mülahazalar bakımından acaba bunu hukuken kabul edemeyiz, mümkünatı da yok ama başka mülahazalar acaba bizi Yargıtayın uygulamasını kabule zorlayabilir mi? Ekonomik mülahazalar, o da mümkün değil. Neden? Bu taşınmazı, bu inşaatı kim finanse ediyor? İnşaatı kim finanse ediyor? Gerçek anlamda kim finans ediyor, kimin cebinden para çıkıyor? Üçüncü kişinin cebinden çıkıyor. Şimdi biz ne diyoruz? Sen hem benim arsa sahibi olarak benim inşaatımı, benim arsamdaki inşaatımı finanse et, yatırıma yapan kim? Arsa sahibi. Bunun sonunda malik olacak kim, yatırımı yapıp bağımsız bölüm sahibi olacak kim? Ben. Ben üçüncü kişiye diyorum ki, sen hem benim inşaatımı finans et, hem de inşaatın bitirilememesi riskini sen taşı. Bir de yükleniciye Yargıtayın da dediği gibi kredi temin edebilmesi, finansman sağlayabilmesi için tapuyu devrediyorum. Diyorum ki al ben sana bu tapuyu devrediyorum, hani Yargıtayın şeyini kabul edecek olursak, mülkiyet hala bende, sen git üçüncü kişilere bu tapuyu göster, onlardan parayı al bu inşaatı finanse edecek parayı topla, inşaatı yap, bu tapuyu da göster, üçüncü kişi de zannetsin ki, oh ben tapuyu aldım nasıl olsa parayı da versin güvenle, Yargıtay ne diyor? Siz burada bir teşekkülü oluşturun ama merak etme arsa sahibi, sen arsa sahibi yükleniciyle beraber üçüncü kişiden parayı alacak teşekkülü oluşturun, ben buna hukuki dayanak sağlıyorum, git tapuyu göster, gerçekte mülkiyet sende merak etme, sen o parayı al inşaatın yapılsın, inşaatın bitmezse de ekonomik mülahazalar da bunu haklı kılmıyor. İnşaat işi tam tersine alıcı üçüncü kişinin durumunu güçlendirirsek bu genel ekonomik menfaat açısından, refahın maksimizasyonu ilkesi bakımından, çünkü alıcı üçüncü kişi bilecek ki; ben bilirim ki tapuda aldım mülkiyet bende daha güvenle parayı veririm, daha güvenle inşaatı finanse ederim, daha güvenle ekonominin çarklarının, inşaatın işleminin yapılması, parayı ben vereceğim, alıcı üçüncü kişi verecek, alıcı üçüncü kişi bunu güvenle verirse, o zaman ekonominin çünkü ekonominin işleminin en önemli şeyi teminat. Yani kişinin bilmesi lazım ki, alacağını elde edecek parayı güvenle verir. İşte burada da ben tapuyu alırken biliyorsam ki mülkiyet bende parayı veririm. O para inşaatı finanse eder, çarklar böyle döner.

Derya GÜNGÖR ÖZÇELEBİ (Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü Daire Başkanı):

Son 12 yıldır kampanyalı satış ve ön ödemeli konut satışlarıyla ilgileniyorum. Şuan bu sözleşmeler benim dairemde de alanında. Son 12 yılda binlerce şikâyet okudum. Yüzlerce de inceleme raporu okudum. Burada evet çok sağlıklı bir tartışma ortamı var ve bundan da çok mutluyum ama bu açıdan uygulamada gördüğüm şeyleri eklemekte fayda görüyorum. Çünkü bizim de yıllar içinde içinden çıkamadığımız işte görüş verirken de çok zorlandığımız mahkeme kararlarından evet besleniyoruz ama ön ödemeli tüketici boyutuyla yani Tüketici Kanunu boyutuyla bence dinamikleri çok farklı. Biz Kanunda resmi şekil şartında ön ödemeli konut satış sözleşmesinin kuruluşunda, kat irtifak tapusunun devriyle birlikte bir yazılı sözleşme yapılması ya da diyoruz, bir noterde düzenleme şeklinde satış vaadi yapılması yani iki şekilde yapılabilir diyoruz. Geliyoruz 44. maddede teslim ve yönetmeliğimizde 10. maddede daha detaylı açıkladığımız şekliyle orda da diyoruz ki kat irtifak tapusu ile birlikte zilyetliğin devrinde bizim için teslim biter yani ön ödemeli satış sözleşmesiyle satış başlar ve teslimle biter diyoruz ve burada da teslim koşulu olarak kat irtifak tapusu ile birlikte fiili teslimi de sayıyoruz. Benim önüme gelen örnekte şöyle bir şey var. Almış oturmaya başlamış ama arsa sahibinin açtığı dava yüzünden konut tapusu iptal edilmiş tüketiciler var. Hal böyle olunca aslında bizim kanunen geçerli ve sağlıklı bir süreç saydığımız durum aslında bir anlamda hukuksuz hale geliyor ve tüketici haklı olarak dönüp diyor ki, ben sizin kanununuzun uygun olarak yaptım, belki teminatını da almış olabilir onu bile yapmış olabilir o esnada tüketici. Sürece son derece olarak uygun olarak yaptığım şeyden ben mağdur oldum. Burada söyleyecek hiçbir şey bulamıyorum haliyle. Dolayısıyla biz burada arsa malikinin acaba dedik firma olmadığı yani satıcı firma olmadığı durumlarda sadece kat mülkiyetini mi teslim saysak? Bunlar tartışılıyor. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin kesinlikle şerh edilmesi gerektiğini düşünüyorum. Hatta hem yaptırımlarının hem de bütün sonuçlarının düzenlenmesi gerektiğini düşünüyorum. Çünkü ön ödemeli konut satış sözleşmesi Tüketici Kanununda başlayışı ve bitişi belli bir süreç. Başlamadan önce çok fazla aşaması olan, yapı ruhsatı, belediye'deki projelendirmeler ya da bunları yapmasa bile müteahhittin zaten yeterlilik belgesiyle başlayan bir süreç. Bunu Çevre ve Şehircilik Bakanlığına da iletmiştik. Ön ödemeli konut satış yapacak müteahhitlerin ayrı sınıflandırılması gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü şuan bir kayıt yok, kimin sattığı, kime sattığı, nasıl sattığı hiçbir şey belli değil. Dolayısıyla arsa sahibinin hakları açısından da şunu söylemeden geçemeyeceğim, zaten hukuki boyutunu tartışıyoruz ama arsa sahibinin oradaki saikinın zaten arsasını değerlendirmek olduğu, bu nedenle kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 6502 kapsamında zaten değerlendirilemeyeceği yorumu yapılırken bu söyleniyor. Arsa sahibi ortaya arsasını koyuyor. Müteahhit orada inşaat yapma yükümlülüğünü koyuyor ve bunu yaparken de bizim alana gelen ön ödemeli konut satış sözleşmesiyle onun finansmanını sağlıyor. Dolayısıyla aslında üçü bir araya gelip, herkes kendine göre aslında oradan bir menfaat sağlıyor. Dolayısıyla burada ben tüketici açısından konuşacağım, tüketiciyi şuan savunmasız bıraktığımızı

düşünüyorum. Çok teşekkür ederim. Ben ön ödemelide bununla bağlantılı olarak başka şeylerden de bahsetmek isterim.

Katılımcı:

Tapu siciline kat karşılığı inşaat sözleşmesinin hususen şerh ediliyor olmasını, bu ihtilafın özellikle satın alan üçüncü kişi yönünden çok büyük bir zırh ve güvence olarak görmeyin. Zaten 5 yıllığına kuruluyor ve otomatik kalkıyor. Türkiye’de zaten olayın yürüyüş şekli sahadaki şekli için konuşuyorum, inşaatların hepsi 15-20 senede bitiyor. Çok da büyük bir pratikte güvence sağlamıyor.

Katılımcı:

Hocam şimdi Emrehan Hoca teminat deyince aslında benim aklıma gelen bir soru var. Biz hep üçüncü kişilere mülkiyet devrinden bahsediyoruz. Müteahhit kendisine mülkiyeti devredilen kısmı üçüncü kişilere sattı diyelim. Peki teminat dedik ya, hani hocam dedi. Kredi çektiğini varsayalım bu adamın inşaatı tamamlamak için. Banka lehine de gitti kendisine devredilen kısmın üzerinde ipotek kurdu. Şimdi Yargıtayın bu uygulamasından hareketle bu ipoteği de saymayacaksak eğer hani sözleşmenin sonradan ortadan kalkması durumunda ki saymamak durumunda kalıyoruz. Mülkiyeti saymayıp da ipoteği saymak olamayacağına göre, bu durumda hani diyoruz ya uygulama böyle yürümüyor. Siz şimdi banka olsanız, böyle bir proje olsa, kredi isteseler, ipotek gösteriyorlar teminat olarak. Verir misiniz krediyi, iki gün sonra böyle ipotekten olma tehlikemiz bulunduğu bir projeye mesela? Ben, sen... değil sadece, bütün aynı haklarla ilgili uygulanacak o zaman bu sizin uygulamanız, değil mi?

Doç. Dr. Tolunay OZANEMRE YAYLA:

Hocam ben minicik bir ekleme yapmak istiyorum. Dün de aslında biraz konuşurken lobide söyleyecektim. Ama galiba hocamız da zaten dile getirmiş ben dışarı çıktığım sırada. Burada bana haksızlık gibi gelen şey şu. Herkes taraflar biliyor işin özünde var, olmayan bir daireyi satın alıyorum ben elimde bir arsa payıyla. Arsa payını gösterir bir belge var, benden üçüncü kişi aslında orda arsa payını satın alan yeni malik. Bir şey bekleniyor, bir şeyler ters gittiğinde de bütün fatura bana çıkıyor. Ama orada arsa maliki kendisi devretti mi yani az önce söylendi yükleniciye. Bu tehlikeli durumu yarattı. Döndü onlar arasındaki ilişkide üçüncü kişiye biz bunun faturasını çıkartıyoruz. Bankaların yapmayacağı finansmanı, elini taşın altına koymayacağı eli üçüncü kişilerden koymasını bekliyoruz. Sonra da diyoruz ki, olmayan bir şeyi satın aldı. Bu zaten işin doğasında var. Ben işin doğasından kaynaklı bir şeyi bir kusur gibi, bir suç gibi özel şahsın üstüne yükleyemem ki. Burada benim kırılma noktam başlıyor. Hukuk kuralları bir tarafa bırakılırsa işin adalet yönü, adil yönü açısından da böyle bir sıkıntımız var.

Doç. Dr. Müge ÜREM:

Sayın Başkanımız dedi ki üçüncü kişi sorumluluk almasın mı? Alsın dersek o zaman hepimizin aslında borcun nispiyeti kuralını zaten ihlal ediyoruz. Borcun nispiyeti zaten ihlal edildi. Her yönüyle. Hukuk Genel Kurulu'nun 2012 tarihli bir kararı var. Diyor ki; "Sözleşmenin sonlandırılması yönündeki bozucu yenilik doğuran hak kullanılırken altında yatan gerekçeye bakılmaz" diyor. Mesela arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldı, yükleniciyle arsa maliki var. Bunlar diyelim ki tanışıyorlar eşleri kavga etti ki benim önüme böyle bir dosyada geldi. Eşleri kavga etti diye diyorlar ki benim bundan sonra ticari bir ilişkim olamaz sözleşmeyi sonlandırdık. Böyle komik bir örnekte neden üçüncü kişi dediğimiz alıcı, neden böyle bir durumu bilmek zorunda kalsın, neden böyle bir riski düşünmek zorunda kalsın ki bu bana hiç adil gelmiyor.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Şuanda Yargıtayın önüne yeni yeni gelmeye başlamış yine çok kanayan ve bu konunun tam da ortası bir yaraya değinmek istiyorum. Bence Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun en sıkıntılı konularından bir tanesi ön ödemeli konut satışları, tescil ve teslimi birlikte arayalım diye söylemiştim. Ne yazık ki oraya bir "veya" sözcüğü kondu. Bu veya sözcüğü yüklenicilerin ekmeğine her türlü şeyi sürmüş oldu ne yazık ki. Sonuç itibarıyla taşınmaz yapılıyor, teslim ediliyor, bir tarafta ön ödemeli konut satışı var. Bir tarafta arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de olabilir, ikisi bir araya da gelmiş olabilir. Bununla da karşı karşıya kalabiliriz. Bir taşınmazı yaptı yüklenici, teslim etti. Tüketici de geldi, orada oturmaya başladı. Fakat ne yok? Aynı hak geçmedi. Kesinlikle aynı hak geçmedi. Tapuda kim malik gözüküyor? Yüklenici malik gözüküyor. Tapu kütüğü gayet net, yani bir yolsuz tescil yok hiçbir şey yok gayet net tapu kütüğü, yüklenici malik. Ne yapıyor yüklenici? O inşaatı bitirirken başka inşaata başlıyor. Bunun için de ne yapıyor? O inşaatta kendisi malik ya, gidiyor bankadan aynen Tolga Hoca'nın söylediği gibi kredi alıyor, o taşınmazların üzerine de kendisinin malik olduğu, evet teslim etmiş ama tüketici malik değil, tüketici malik olmadığının farkında değil, kanun yanlış. Çünkü teslimle birlikte yüklenici işlemini bitirmiş oluyor. Kanun ciddi yanlış bu anlamda. Sonuçta ne oluyor? Gidiyor o taşınmaz için kredi alıyor, ipotek konuyor. Daha sonra tüketici tescilli talep ettiğinde ipotekli bir taşınmazla karşı karşıya. Şimdi ne çıkmaya başladı? İlk derece mahkemelerden ve hatta bir kısım bölge adliye mahkemelerinden çıkan kararlarda ne yazık ki şu deniyor; burada banka da canım basiretli olsaydı, banka basiretli tacirdir, gitseydi bu taşınmazlarda başkalarının oturduğunu görseydi dolayısıyla da bu ipoteki koymasaydı deyip ipoteki fek eden ne yazık ki kararlar var. Biz o zaman ne yapıyoruz? Evet, tüketiciye ben de üzülüyorum. Bir tarafta arsa sahibine ben de üzülüyorum, hepimiz üzülüyoruz ama üzülerek hukuk olmaz. Burada bir tapu sicili var, tapu sicili aleni. Yolsuz tescil yok, hiçbir şey yok. Banka da gitmiş bakmış burada bir malik var, ipotek veriyor. Nasıl gidip de tek tek dolaşmak orada başkası mı oturuyor, bunun durumu nedir, kiracı mıdır, başka bir şey midir? Böyle bir şeyi nasıl bekleyebiliriz? O zaman biz eşya

hukukunu tamamen çöpe atmış oluyoruz. Ey banka sen basiretlisin, git dolaş diyoruz. Bütün noterleri dolaş işte Noterler Birliğinden arkadaşım orada. Bütün noterleri dolaş, böyle bir sözleşme yapılmış mı bir bak diyoruz. Ondan sonra da KVKK var hayır bakamazsın diyoruz. Böyle bir şey olabilir mi? Gerçekten Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun bu büyük yanlışının düzelmesi lazım, bu ciddi büyük bir yanlış. Kanunun yarısı işlemiyor zaten buna ilişkin. Sadece taşınmaz satış sözleşmesi şeklinde yapabilirsin diyor. Mümkün değil böyle yapmak. Dolayısıyla yanlışlardan doğru çıkarmaya çalışıyoruz. Arsa sahibi zayıf yazık dedik. Tüketici zayıf, yazık dedik. Onları korumak için de ne yapıyoruz? Olmayan kurallar yaratıyoruz. Oysa biz bu olmayan kuralları yaratacağımıza hukuku uygulanması gerektiği gibi uygulayıp, evet birkaç arsa sahibinin birkaç tüketicinin canını yakarsak; bir daha hiçbir arsa sahibi gidip de hemen pat diye istediği gibi geniş bir vekâletnameyi vermez, pat diye mülkiyet hakkını geçirmez. Tüketici de araştırmadan mülkiyet hakkını almadan dairesini almaz. Ama biz kimsenin canını yakmayalım dedikçe, buna çanak tutmuş oluyoruz. Sonuçta kazanan kim oluyor? Kazanan hep dikkat ederseniz yüklenici oluyor. Bizim birazcık hukuku bu şekilde eğip bükmeden uygulamamız gerekiyor.

Hilmi ŞEKER

(Bakırköy 11. Asliye Hukuk Mahkemesi Hakimi):

Ortada bir istismar şeması var genel olarak. Bu şemanın odağında yüklenici söz konusu ve adlileşme büyük ölçüde buradan besleniyor. Bu şemanın sağında bir arsa sahibi veya arsa sahipleri; diğer tarafında ise üçüncü kişi diye tabir ettiğimiz kimselerdir. Sağ ve solda yer alan bu iki kesim belki de bu sorumluluk şemasında kendilerine en az kusur atfedilecek kimselerdir. Ortada bu istismarı yaratan bir müteahhit yüklenici vardır ve istismarı nasıl ve ne şekilde vücuda getirdiğine dair yeteri kadar elimizde pratik de vardır ve biz yargıçlara şöyle söylüyoruz; bu istismarlarla nasıl mücadele edeceksiniz? Ben acaba diyorum ki bu istismarla evvelde yasa komşu disiplinlerle de ittifak kurup onlardan da yararlanarak yeni bir kanun çalışmasıyla önleyebilir mi? Aslında elimizde yeteri kadar materyal var. Bu materyali düzgün bir şekilde kullanırsak bu adlileşmeyi de ciddi bir şekilde önleyebiliriz.

Ömer Sinan ÇELEBİ

(Tapu Kadastro Hukuk Müşaviri):

Tartışma konularıyla ilgili olan kısmın son kısmında görüş ve öneriler diyor, özellikle hocalarımız görüşler konusunda neredeyse bütün parçaları tamamladılar. Çünkü sorun yeni bir sorun değil. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararın üzerinden bile yaklaşık 10 yıl geçti. Binlerce mağdur var ve bu mağdurların doğrudan temas ettiği kurumun temsilcisi olarak buradayım. Kanuni düzenlemede görüş kısmı tamam, öneri kısmına gelince; hâkimlerimiz ve hocalarımız kanuni düzenleme gerekli olup olmadığı konusunda tartıştılar, evet bence de somut tek husus o. Kanuni düzenleme gerekli mi, değil mi? Başlangıç açısından böyle bir sorun yokken kanuni

düzenleme gerekli değil evet ama mevcut durumun bu hale gelmesinin sebebi malum Yargıtay içtihatları. Medeni Kanunun genel kurallarına ve buna bağlı olarak tapu sicil prensiplerine aykırı bir şekilde aynı etkili dönme teorisini gözeterek kararlar verdi Yargıtay ve bu istikrar kazandı. Anayasa Mahkemesi kararından beri bile 10 yıl geçti. Buna bağlı olarak binlerce tapu iptal edildi ve tescil edildi, geri döndü. Bir husus da kanuni düzenleme yapmaksızın, geri dönülebilir mi içtihatla dönülebilir mi? Bana kalırsa dönülmez. Çünkü bu sefer yeni bir adalet anlayışıyla adaletsizliği nasıl bertaraf edeceğiz? Tapusu iptal edilmiş vatandaşların ki bunlar az sayıda değil, nasıl geri döneceğiz? Benim de katıldığım görüş gerçek bir düzenleyici yetki analizi yaparak önceki mağdurları ve bundan sonra mağdur olanları çünkü yargı evet herkesin de söylediği gibi iki mağdur arasında özen yükümünü yerine getirmesi açısından bir tarafı seçti. Başlangıçta belki böyle bir saik yoktu ama bugün için evet çok fazla derecedeki mağdur kısmı üçüncü kişi diye tabir edilen 1023'ten faydalanmadığını düşündüğünüz ki ben de katılıyorum 1023 burada yok. Bu kısımdaki kişilerin sayısı çok daha fazla olmasına rağmen bugün bu mağdurlarla her gün karşılaşıyoruz. Bu konuda gerçek bir düzenleyici etki analizi yapılarak tüm mağdurları düşünerek bir kanuni düzenleme yapılması gerektiğini düşünüyorum.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Eğer bir konuda kesinleşmiş mahkeme kararı varsa artık geçmişe dönük nasıl bir kanuni düzenleme yapılabilir onu bilemiyorum? Kanunların geçmişe yürümezliği açısından...

Ömer Sinan ÇELEBİ:

Tek taraflı ileriye dönük bir düzenlemenin de sorunu tam çözmeyeceği, bu sefer geçmişle de yüzleşmek gerektiğini düşünüyorum, ama geriye yürüme konusu olarak kesinlikle katılıyorum.

Ahmet MEYDAN

(Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanı):

Ben kıymetli evrak ve 1023'ü örnek verirken daha ileri aşamadaki yani daha uç bir örnektekileri korumuşken burada tapuya güven ilkesini neden korumayalım? Tüm hâkimler sanki mevcut düzeni mevcut uygulamayı şey yapıyormuş gibi kanun, devlet eğer bir şeyi mülkiyeti olarak kabul etmişse ben mülkiyette usule uygun iktisap etmişsem artık bunun korunması gerektiğini düşünüyorum. Dolayısıyla kıymetli evrakta da aynıyi o yüzden örnek verdim. Aslında alacak hakkına sahip olmadığı halde hakkı devrediyor, avans olarak devrediyor, teminat olarak ona karşı sen şahsi defileri ileri süremezsin diyoruz ama burada ileri sürebilirsin diyoruz, ta üçüncü, dördüncü, beşinci kişi yani.

Prof. Dr. Zekeriya KÜRŞAT:

Yargıtayın gerçekten anlamadığım iki uygulamasıdır şu anda tartıştığımız. Avans tapu olarak nitelendirebileceğimiz mesele ve satış vaadi sözleşmesinin alacağın temliki olarak nitelendirilmesi meselesi. Genel olarak katılıyorum, hakikaten de hukuk bir bütün ve bir bütün olarak ele almak zorundayız. Mülkiyet hakkı var, eşya hukukunda. Mülkiye dışında da bir sürü aynı hak var esasında. Sözleşmeler hukukumuzda bir takım ilkelerimiz var. Nispilik ilkesi, sözleşmelerin tipe ayrılması vs. Sözleşmenin yine taraflarının iradesine göre değerlendirilip yorumlanması meselesi. Mülkiyet hakkını devretmişken, esasında devredilmiş olan şeyin mülkiyet olmadığı gibi bir yorum çıkıyor karşımıza. Arsa sahibi mülkiyet dışında başka meselelerle başka haklarla meseleyi çözebilecektir esasında. Üst hakkını devredebilir, intifa hakkı devredebilir ama mülkiyet hakkını tercih ediyor ve bu şekilde bir ilişki ağı kuruyor. Buna rağmen sanki mülkiyet hakkını devretmemiş gibi bir içtihat geliştiriyoruz. Hukuka esasında bütün boyutlarıyla baktığımızda eşya hukukunu ihmal etmeden esasında bu meseleyi çözebileceğimizi ben de düşünüyorum. Uygulama ile esasında yani yargısal uygulamayla pratikteki uygulamaya yön verilebilir. Mülkiyet hakkına değil de; üst hakkına, intifa hakkına yönlendirilebilir esasında kişiler. Yine alacağın temliki olarak nitelendirme meselesini de anlayamıyorum. Tarafların satış vaadi sözleşmesi yaptığı açık. Adını o şekilde koyuyorlar ve hükümlerine baktığımızda da satış vaadi hükümleri. Biz bunu bir kenara koyuyoruz ve alacağın temlikidir bu diyoruz. O sonuca nasıl ulaştığımızı bilmiyorum. O sözleşmeyi geçersiz mi sayıyoruz? O sözleşmeyi neden bir kenara bırakıyoruz satış vaadi sözleşmesi olarak. Bir noktadan itibaren neden alacağın temliki haline dönüşüyor? Onu anlamıyorum. Öyle diyoruz fakat ikisi de ayaktaymış gibi uygulama da oluyor. Hem satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan talepler oluyor. Yükleniciye karşı cezai şart vs. dolayısıyla satış vaadi sözleşmesi ayakta. Öbür taraftan alacağın temliki olarak değerlendiriyoruz onu ve doğrudan arsa sahibine karşı davalar da açtırıyoruz. Hem arsa sahibine ya yükleniciye birden davaların açıldığını görebiliyoruz. Bu iki uygulamayı anlamak hakikaten de güç. Hukukun sınırları içerisinde hukuk bir bütün. Hakikaten de çözümler üretebileceğimizi düşünüyorum. Alacağın temliki olarak nitelendirmek zorunda değiliz eğer üçüncü kişiyi korumak istiyorsak. Temel kavramlardan uzaklaşmadan fakat birkaç tanesine de dört elle sarılarak basiretli tacir, iyiniyet, dürüstlük kuralı her şeyi onunla da çözmek doğru değil. Bazı düzenlemeler, bazı ilkeler varsa onlara sadık kalmamız gerektiğini düşünüyorum. Bu iki uygulama hakikaten de sorgulanması ve gözden geçirilmesi gereken uygulamalar. Eşya hukukunun temel ilkeleriyle de sözleşmeler hukukunun temel ilkeleriyle de bağdaşmadığını düşünüyorum.

Ali ÇOLAK

(Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi):

Alacağın temliki hükümlerine nereden varıyoruz? Arsa maliki ile yüklenici arasında bir sözleşme yapıldı. Bu bildiğimiz klasik gayrimenkul

satış vaadi sözleşmesi. Bir de yüklenici ile müteahhitte üçüncü kişiler geliyor, sadece bir yazılı sözleşme yapıyor. Bizim birinci sözleşmemizde müteahhitte ne veriyordu? Kat karşılığı inşaat sözleşmesi ya da arsa payı inşaat sözleşmesi her ne dersek. Bir şahsi hak veriyordu. Ne zaman? Müteahhit edimini ifa ettiği zaman, mülkiyeti isteme hakkı. Bu yönde bir kişisel hak veriyordu. Biz diyoruz ki; ikinci sözleşme yani yüklenici ile alıcı veya tüketici çoğu çünkü bunların tüketici işlemi haline geliyor daha sonra, o sözleşme yani yazılı sözleşme bir alacağın temlik hükmündedir. Neyi temlik ediyor müteahhit? Satışa konu dairenin tapusunu isteme hakkı yani mülkiyeti geçirmesini isteme hakkını temlik ettiği sonucuna vararak oradan alacağı temlik...

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Tarafların temlik iradesini tespit ediyor musunuz orada?

Ali ÇOLAK:

Zaten diyor ki adam, ben şu binanın A blokunun şurasını yani şu dairesini şuna şu fiyata satıyorum diyor. Biz bunu temlik olarak yorumluyoruz. Ben daireyi satıyorum, ben daireyi alıyorum sözleşmesini alacağımı sana temlik ediyorum. Sözleşme hukuku tarafların iradesine göre meseleyi yorumlamamız gerek. O daireyi devrediyorum diyor, oradaki hakkımı devrediyorum diyor.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Anladığım kadarıyla Yargıtay Borçlar Kanunu 19. maddeden hareket ediyor. Yani tarafların bir sözleşme yaparken kullandıkları tabirlere bakınca gerçek iradelerine başvurmak lazım. Bir de zannediyorum pratik endişelerle hareket ediyor çünkü biz bunu taşınmaz satış vaadi sözleşmesi dersek, resmi şekle bağlı kılacağız, hâlbuki uygulamada bol miktarda adi yazılı şekilde yapılan sözleşmeler var. Üzerinde satış yazsa da biz bunu alacağın temlik olarak yorumladığımız zaman geçerli olarak kabul ediyoruz. Sanki Yargıtay böyle bir pratik endişeyi de gözeterek öyle yorumluyor.

Ali ÇOLAK:

Ön Ödemeli Konut Sözleşmesi 2016'dan bu yana 3. Hukuk Dairesindeyim daha önce de 13. Hukuk Dairesindeydim tüketici işlemi olarak gelen bir ön ödemeli konut sözleşmesinden doğan dava görmedim yani o şartları taşıyan. Teminat, sigorta, yazılı olarak daha doğrusu gayrimenkul satış vaadi şeklinde yapılp da tapuya şerh edilen bir sözleşme tamamı bu bahsettiğim, basit el yazısı ile yazılmış sözleşmeler geldi hep.

Tuğba EREN TOKYÜREK

(Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi):

Daha önce Yargıtay 14. Hukuk Dairesi'nde görev yaptığım dönemde bu dosyaları da kısmen okuma fırsatım olmuştu. Sayın üyemizin dediği alacağın temliki meselesi mülkiyetin devredilmediği durumlarla ilişkili ve o alanla ilgili aslında gerçekten de bir sorun yok. O sözleşmeye istinaden sahip olduğu alacak hakkını yine adi bir senetle temlik etmiş oluyor. Mülkiyetin devredildiği kısımla alakalı olarak aslında sorun var. Burada netiz değil mi Hocam? Notlarken de bu sınırdı kalacağız.

Katılımcı:

Alacağın temliki ile ilgili kısma şerhimi koyuyorum. Ben net değilim.

Mustafa EROL

(Yargıtay 7. Hukuk Dairesi Üyesi):

Şu anda baktığımız konular değil aslında 6. Hukuk Dairesi bu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine bakıyor fakat buradaki tartışmalardan sanki Yargıtay medeni hukuku, Borçlar Kanununu bir kenara bırakarak değişik bir yorumla sadece arsa sahibini koruyormuş gibi karar verdiği izlenimi doğdu. Ben şahsi fikrimi açıklıyorum kesinlikle kurumsal bir görüş ifade etmiyorum. Burada da arsa sahibi mülkiyeti devretmişse kesinlikle sonuçlarına katlanmak yükümlülüğü ona ait. Arsa sahibinin devrettiği arsayı inşaat yaparak daha henüz ortaya çıkmamış daireyi aldığı için suçladığımız vatandaş aynı şekilde ortada bir bina yokken tapusunu devreden arsa sahibine de yöneltebiliriz. O da hiçbir para ya da karşılık almadan sadece bir sözleşmeyle ortada olmayan bir bina karşılığı arsasının mülkiyetini vermiştir. Bu nedenle zamanında hukuki yardım alsaydı; mülkiyeti devretmeden bu haklarını koruma altına alabilirdi. Arsanın mülkiyetini verdikten sonra mülkiyet hakkının verdiği bütün hakları yüklenici kullanabilir. Tapuya bakarak bu hakkı devralan ortada daire yok nasıl alır? Tapu tesis edilmiş, kat irtifakı kurulmuş, dolayısıyla bir tapu verebiliyorsa Devlet, buna güvenerek daireyi satın alan vatandaş mağdur etmemek gerektiğini düşünüyorum.

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR:

Bence burada devletin de sorumluluğu var. Ayrıca biliyorsunuz arsa karşılığı inşaat sözleşmeleri değişik şekillerde yapılabilir. Bizim şimdiye kadar tartıştığımız husus bir şeklini tartışıyoruz. Arsa sahibinin tamamen karşı tarafa arsayı devrini. Bunun dışında oranlı olarak verebilir. İşte şurayı yaptın, temeli kazdın, birinci katı çıktın, şu kadarını vereceğim, sonra şu kadarını, şu kadarını en son yaptığında hepsini vereceğim deyip; böyle de bir sözleşme yapılabilir. Bu konuda tapu kadastro olsun, Ticaret Bakanlığı'nın Tüketicinin Korunması birimleri olabilir. Bence ikinci Devletin sorumluluğu; tamam şöyle şöyle gidiyorsunuz gariban vatandaş o kadar ev

sahibi olmak uğruna her şeyini elinden götürüyor, TOKİ son dönemlerde güzel bir şey yapıyor. Kat mülkiyet tapusunu almadan kimseye ev satmıyor. Tabi bu insanları koruyor. Bunun dışında mesela Devletin bu anlamda müteahhidim diye gezen kişilerden mutlaka çok iyi yetkilerle donanmış olduğu var bunları takip etmesi gerekir. Bunların sicilini tutması lazım. Sen niye bu insanları rezil ediyorsun, sefil ediyorsun? Belli sertifikana var mı? Onların takibi yapılmalı. Gerçekten tüketici çok mağdur, ortada kalıyor. Bunların bence Devlet vatandaşını korumalı. Devletin malumunuz Eflatun'dan beri üç görevi vardır. Savunmada, sağlıkta, eğitimde. Bence dördüncü görevi de tüketicinin müteahhide karşı korunmasıdır. Devlet koruyamıyor vatandaşını. Müteahhidi koruyor, korumaması lazım. Bence müteahhidin de sicili olmalı. Elinde vesikası olmalı. Bu müteahhit belli nitelikleri taşımali. Geliyor ben müteahhidim diye gezen adam, bilmem kaç konutlu bir ev yapıyor ve bu adama da ne yazık ki vatandaş parasını kaptırıyor. Alabiliyor musunuz? Alamazsınız. Ne yazık ki böyle. Bence hem Ticaret Bakanlığının hem Tapu Kadastro'nun bunları sıkı takip ederek Yargıtay'ın da işini kolaylaştırırsınız, bizim de işimiz kolaylaşır böyle kavga etmeyiz en azından. Gerçi etmiyoruz ama yan yana da oturmuşuz Hocamla. Bence çözüm yolu Devlet vatandaşını müteahhide karşı korumalı.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Yargıtayın bu görüşünden dönmesi gerektiğini düşünüyorum. Eğer Yargıtay, bu görüşünden dönmeyecek olursa, bir sosyal patlamaya sebep olabilir. Değerli arkadaşlar tapu ve tüketici temsilcileri ifade ettiler çok başvuru var diye. Bundan sonra çok daha büyük başvuruların olacağını düşünüyorum. Hakikaten bir sosyal patlamaya bir sosyal felakete yol açabilecek kararlardır bunlar. Bizler hukukçuyuz, kanuna göre karar vermek durumundayız. Uygulamanın, hayatın gerçeklerini elbette göz önüne alacağız ama yapacağımız şey kanunu doğru yorumlamak olmalıdır. Kanuna aykırı karar veremeyiz. Teorisyenler kanuna aykırı görüş beyan edemezler. Uygulayıcılar da kanuna aykırı karar veremezler. Kendimizi Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yerine koyamayız. Hâkim olarak da koyamayız, hoca olarak da koyamayız. Biz hoca olarak olsa olsa görüşümüzü beyan ederiz, şu kanunu beğenmiyoruz, şöyle olması lazım deriz ama kanunun nasıl uygulanması gerektiğini o haliyle nasıl uygulanması gerektiğini doğru bir biçimde tespit etmek görevi bize aittir. Yargıtay da aynı şekilde bilimsel içtihatlardan da istifade ederek ne yapacaktır? Kendi kararlarını verecektir. Bunun dışına çıkmama mecburiyetimiz var. Bu konuda bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç var mı? Evet, ben de katılıyorum. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç olduğunu düşünüyorum. 6098 sayılı Kanun. O da biz teorisyenlerin eksigi diye düşünüyorum. Heyetler yaptılar bu kanunu. Yeni Borçlar Kanunu akademisyenler yaptılar. Evde hizmet sözleşmesini koyduk. Pazarlamacılık sözleşmesini koyduk. Yeni sözleşme tipi diye. Buralarda problem yok, ciddi bir sıkıntı yok. Onu koyuncaya kadar niye arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlenmedi? Keşke o konulsaydı. O bir eksikliktir. Bu eksikliğin ama özel kanunla, ama Borçlar Kanununa hüküm konulmak suretiyle giderilmesi gerektiği kanaatindeyim ama demin de arz ettim, koyacağımız kanun kanunların geçmişe yürümezliği ilkesi gereğince bundan

sonraki problemleri çözecek. O zaman birinci planda acilen Yargıtay'ın görüşünü değiştirmesi icap ediyor. Yargıtay'ın sık görüş değiştirmesini de doğru bulmayanlardanım hukuki güvenlik açısından ama yapacak bir şey şu anda görünmüyor. Şimdi gelelim teorik konulara. Yargıtay maalesef 1023'ü yok sayan kararlar veriyor ama 1023'e gitmeye bile gerek yok. Neden? Çünkü ister üçüncü kişi deyin ister karşı âkit deyin, yükleniciden daire satın alan kişi malikten satın aldı. 1023 nerede devreye girer? 1023 yolsuz tescil varsa devreye girer. Satım sözleşmesi yapıldığı zaman mülkiyet tapuda devredildiği zaman, yolsuz tescil var mı? Yok. Yolsuz tescil yok. Malikten satın aldı ve kanunda açıkça tapu siciline güven ilkesi. Şimdi şunu da söyleyeyim hatırıma gelmişken. Yargıtay'ın bu kararlarının hiçbir kanuni dayanağı yok, özür dilerim, ama pek çok kanun maddesini ihlal ettiğini söyleyebilirim. Burada yolsuz tescil yok her şeyden önce. Malikten satın alıyorsunuz. Aynı etkili dönme görüşü, doktrinde son zamanlarda hâkim olan görüş, yeni dönme görüşüdür. Yeni dönme görüşüne göre dönme geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaz akdi ilişkiyi. Taraflar arasında tasfiye ilişkisi kurar. Bu görüşü Yargıtay da zaman zaman bazı kararlarında kabul ediyor. Burada da kabul edildiği zaman problem bitecek aslında. Diyeceğiz ki o zaman, burada sözleşmeden dönülse bile geçmişe etkili dönülmemiştir. Dolayısıyla devir yapıldığı zaman problem zaten geçerliydi. Malikti malikten satın aldı, yolsuz tescil yok ve devir geçerlidir diyeceğiz, meseleyi burada bitirmiş olacağız. İkincisi iyi niyet. Maalesef çok seviyoruz iyi niyet iyi niyet demeyi. İyi niyete gitmeyi. İkinci maddeyi ve üçüncü maddeye gitmeyi çok seviyoruz. Medeni Kanun 3. madde ne diyor? İyi niyetin hukuki sonuç bağladığı hallerde asıl olan onun varlığıdır. İyi niyete gitmek için ona bir hukuki sonuç kanun bağlamış olmalı, bağlamadıysa iyi niyete gidemeyiz. Ne kadar iyiniyetli olursa olsun. Yüzlerce dosyaya baktım inşaat dosyasına da baktım o yüzden uygulamada neler olduğuna da epeyce bir vakıf olduk biz de. Bir kısım avukat arkadaşlarım kusura bakmasınlar, bağışlasınlar beni. Dava dilekçelerinde çok görüyorum ben. Hiçbir hukuki gerekçe koymuyor meslektaşlarımız. Benim müvekkilim iyiniyetli karşı taraf kötü niyetli, lehime karar ver diyor. Böyle şey olmaz. İyi niyete hukuki sonuç bağladı mı bağlamadı mı ona bakacağız. İyi niyete nerde hukuki sonuç bağlamış kanun? 1023'te bağlamış. Ne zaman bağlamış? Yolsuz tescil varsa bağlamış. Yolsuz tescil var mı burada? Yok. O zaman iyiniyet tartışmasına bile gitmeye gerek yok. Yolsuz tescil yoktur. Malikten devralmıştır geçerlidir. Mülkiyet hakkı kutsal bir haktır. Anayasa tarafından da teminat altına alınmıştır. Yok halefiyet gerek, yok avans gerek, bu kutsal hakkı ortadan kaldıramazsınız. Burada yazıktır günahtır anlayışıyla falan da hareket etmiyorum, bu anlayışa da karşıyım. Hâkim, yazıktır, günahtır anlayışıyla karar veremez. Biz de öyle düşünemeyiz. Acaba şunu mu korusak, bunu mu korusak? Yok böyle bir şey. Kanun ne diyorsa biz ona uygun doğru yorumlar yapmak zorundayız. Kanuna aykırı davranan sonuçlarına katlanır. Hukuk devletiysek hukuki güvenlik ilkesi bunu gerektirir. Hukuki güvenlik ilkesi hukuk devletinin en temel ilkesidir ve bunun gereği nedir? Hâkimin kanuna uygun karar vermesidir. Yoksa kanun koyucunun yerine geçerek yetki gaspı yapmak değildir. Burada yolsuz tescil yok, avans görüşü, avans mavans yok. Bunun bir avans olduğu Yargıtay zorlayıcı bir yorum yaparak söylüyor bunu, hiçbir kanuni dayanağı yok bunun avans olduğuna ilişkin. Yargıtay yine kararlarında bakıyoruz, halefiyet diyor. üçüncü kişi yüklenicinin halefi.

Halefiyet ya kanundan doğar veya sözleşmeden doğar. Burada sözleşmeden doğan bir halefiyet olmadığı gibi kanuna bağlı halefiyet de yok nereden çıkarıyorsunuz? Alacağın temlikisi desek bile orada alacak hakkı devredilir, borç devredilmiyor. Yüklenicinin borcunu devralmıyor. Alacağın temlikisine gittiğiniz zaman bile bu durum böyle. Kaldı ki arsa malikinden bir daire satın almış. Bakınız peşinen kötü niyetli saymak da doğru değil. Şöyle olaylar var; arsa sahibinin x mahallesinde bir arsası var, y mahallesinde başka bir arsası var. Yükleniciyle anlaşıyor diyor ki; x mahallesindeki arsanın üzerine inşaatı yap o senin olsun, y mahallesindeki de benim olsun. X mahallesindeki yapılmış inşaat, yükleniciye ait. Tapuyla devretmiş peşin peşin. Sonra üçüncü kişilere satmış. Sonra y mahallesindeki arsa sahibine yapacağı inşaatı yapmamış. Arsa sahibinin bir mağduriyeti var mı? Var, tamam. Yükleniciden tapuyu devralan kişiler içinde oturmaya başlamışlar, iskan ruhsatı alınmış belediyeden. Sonra bu adam dördüncü bir kişiye satmış. Arsa sahibi o dördüncü kişiye de dava açıyor. Uygulamanın tabiriyle tapunun iptalini istiyorum diyor. Nerden bilecek böyle bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi var mı, yok mu? Vele ki bilsin, şerh bu noktada arsa sahibini korumaz çünkü burada iyi niyet tartışması falan filan yapılmaz. Arsa sahibinin tapuyu devretmek gibi bir mecburiyeti yok, kendi iradesiyle devrettiği tapuda yükleniciyi malik kıldı ve orada o görüntüyü oluşturdu tapuda. Tapuda görüntüyü oluşturdu dedi ki sen maliksin, sonucuna katlanacak. Tapuya bakarak daire satın alan kişi malikten satın aldı ve karşınızda açıkça tapu siciline güven ilkesi kanunda duruyor. Ona güvendi, devlete güvendi, devletin tuttuğu tapu siciline güvendi. Şunu bile yapmadı. Şerh etmiş olsaydı iyi niyet ortadan kalkar, kalkmaz, şerh ile ilgili çekinceleri de hatırlatarak söylüyorum, şerh yaptırmadı. Başka ne yaptırabilirdi? Bir geri alım hakkı tanıyabilir miydi? Tanıyabilirdi. Onu da yapmadı. Niye? Masraflı o masrafa katılmak istemiyor. Geri alma hakkı da yok ve sonra da tapunun iptali için dava açıyor. Burada başka şeyler de var. Bu bir mülkiyet devri olmasaydı. Alacağın temlikisi hükümlerine göre devir yapılmış olsaydı, inşaat önemli ölçüde tamamlandığı zaman %95'i geçtiği zaman üçüncü kişi arsa sahibine karşı dava açınca Yargıtay ne diyecekti? Tapuyu devret diyecekti ama burada tersini söylüyor. Önce dava açan arsa sahibi olduğu için mi haklı oldu? Burada tapuyu iptal edin, diyor. Şahsi hak mı, ayni hak mı? Ayni hak. Alacağın temlikisi olsaydı tamam şahsi hak ama burada açık bir ayni hakkın olduğunu da söyleyebiliriz. Bu "hukuki güvenlik ilkesine Yargıtay'ın kararı aykırıdır" a çıkacak. Neden aykırıdır? Devletin kanunlarına güvündünüz, mülkiyet hakkına sahip oldunuz ama bir süre sonra senin mülkiyet hakkını devlet tanımıyorum diyor. Hukuki güvenlik ilkesine aykırı. Dahası yıllar sonra dava açılacak mı aleyhime, açılmayacak mı sürekli onun tedirginliği içerisinde yaşıyor ya da ben bunu satmak istiyorum alıcı bulamıyorum, paraya ihtiyacım var, satacağım alıcı bulamıyorum. Kredi çekeceğim, banka ipotek belki kabul etmeyecek. Böyle sıkıntılarımız da var. Başka şeyler var. Mesela arsa sahibi evet bir mağduriyeti var 2-3 tane dairenin tapusunu iptal ettirdiği takdirde mağduriyeti giderilecek, 50 tane tapunun iptali için dava açıyor, 50 kişiyi birden tedirgin ediyor. Bunun bir kısmını belki kaybedecek bu başka bir mesele ama 50 kişiyi birden tedirgin etmeye bir de tedbir koyarsanız taşınmazlar üzerine satışını engellerseniz ne yapacak bu 50 kişi? Tıkandı kaldı. Ekonomi dediniz işte ekonomiyi kilitliyorsunuz böyle bir durumda. Başka bir konu; gelir paylaşımı inşaat

sözleşmeleri bilebildiğim kadarıyla gelir paylaşımı inşaat sözleşmelerinde bunu bir ortaklık olarak, adi ortaklık gibi Yargıtay yorumluyor ve diyor ki böyle bir durumda arsa sahibi de yükleniciyle birlikte daire satın alan üçüncü kişiye karşı sorumlu tutuyor. Peki, orada bir ortaklık var da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ortaklık yok mu? Birinde para alıyor arsa sahibi, öbüründe bağımsız bölüm alıyor onu da bir ortaklık olarak yorumlayabilirsiniz. Neden ikisi arasında o zaman fark gözetiyoruz? Başka bir konu, Medeni Kanunun 724. maddesi başkasının arsasına kendi malzemesiyle iyiniyetle inşaat yapan kişinin durumu. İnşaatın değeri arsanın değerinden fazlaysa mülkiyet talep edebiliyor mu? Evet ediyor. Yüklenici o inşaatı yapsaydı, iyiniyetli miydi? Evet, sözleşme ilişkisine dayanarak yaptığı için iyiniyetliydi. Sözleşme feshedilse bile, daha doğrusu dönülse bile isteyebilecek miydi bu hükme göre 724'e göre? Mülkiyet isteyebilecekti. Peki madem üçüncü kişiyi biz yüklenicinin halefi saydık Yargıtay'ın görüşüne göre, o zaman aynı şekilde yüklenicinin de bu hükme dayanarak mülkiyeti talep edebilmesi lazım. Bu bir çelişki değil mi? Bir yandan yüklenicinin tapusunu iptal edeceksiniz, bir yandan da kabak gibi karşınızda 724 var. Yüklenici de tam bu tapu iptali davası açıldı aleyhine, tapu sicilinin düzeltilmesi davası açıldı, o da 724'e göre dava açtı ne yapacaksınız? Çatıştı. Yani bu karar nerden baksanız elimizde kalıyor. Benim naçizane önerim, evet kanunda düzenlenmesi, Yargıtay'ın biran önce dönmesi lazım teoriyle uygulama arasındaki kopukluğun da giderilmesi icap ediyor. Bu tür toplantılar belki bu bakımdan faydalı olur diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Alacağın temlik nasıl bir hukuki işlemdir? Benim bir alacağım var, bu alacağımı bir başka kişiye üçüncü kişiye temlik ediyorum. Her iki tarafta da ne olması lazım? Bu alacağın temlik edildiğine dair bir temlik iradesinin olması lazım. Oysa biz burada ne yapıyoruz? Ben arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmış bir yükleniciyim. Bu sözleşme sonunda bana mülkiyet hakkı geçirilecek bir kısım kat irtifaklı veya kat mülkiyetli taşınmazlar, bağımsız bölümler olduğunu düşünüyorum ve normalde benim iradem ne, bu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan alacağımı temlik etmek değil, üçüncü kişiye ben bir bağımsız bölüm satmak istiyorum. Üçüncü kişi de beni malik zannederek bu bağımsız bölümü almak istiyor. Aslında her iki tarafın iradesi de bir satış sözleşmesi ve üçüncü kişiyle bunu zannederek adi yazılı bir satış sözleşmesi yapıyorlar aslında. Ortada yapılan bir satış sözleşmesi fakat geçerli mi? Geçersiz. Ne yapıyoruz biz? Üçüncü kişiler de genellikle tüketici olduğu için koruyalım mantığıyla hareket ediyoruz ve sonuç itibarıyla şöyle bir noktaya geliyoruz. Biz burada bu kişileri nasıl koruruz, bunu biz alacağın temlik olarak niteleyelim. Bu şekilde niteliyoruz ve böyle koruyamaya çalışıyoruz. Ama burada da iki farklı sorun karşımıza çıkıyor. Nedir bu sorunlar? Birincisi eğer yüklenici işini bitirdiyse yani inşaatı tamamladıysa, üçüncü kişi arsa sahibine başvurduğu noktada arsa sahibini Yargıtayımız mülkiyet hakkını geçirmek zorunda bırakıyor. Yani alacağın temlik sözleşmesi olarak saydığımız adi yazılı şekilde yapılmış aslında satış sözleşmesi olan bir sözleşmeye biz doğrudan doğruya tescili gerçekleştiriyoruz. Doğrudan doğruya aynı bir yetki tanımış oluyoruz, bu birinci yanlış. Uygulamada alan razı satan razı olduğu için çok

problem yok diyoruz. İkincisi, daha kötüsü şununla karşı karşıya kalıyoruz. Eğer yüklenici edimlerini tamamlamamış, yani inşaatı bitirmemişse bu sefer de diyoruz ki arsa sahibi sen artık üçüncü kişiye bir şey geçirmezsın, arsa sahibi bir şey geçirmiyor, yüklenici edinimini yapmamış, üçüncü kişi parasını ödemiş, üçüncü kişi hepten ortada kalıyor. Aslında biz burada bu şekilde hükümler tanıyarak olmayan bir müesseseyi yaratmaya çalışmak yerine, bıraksak da bu satış sözleşmesi geçersizdir desek, gerçekten 10 değil belki 100 kişiye biz böyle karar versek, 101'inci de kimse bu işlemi yapmayacak. Ama biz ne yapıyoruz? Uygulamada yapılan bir yanlış hukuki kılıfla düzeltmeye çalışıyoruz, sıkıntımız bundan ibaret aslında. Bu birinci kavramsal yanlışımız. İkinci kavramsal yanlış, o da tapu iptal tescil davası. Tapu iptal tescil davası diye bir davamız yok. Olmayan bir dava yarattık biz. Ne var? Kanunumuzda 2 farklı davamız var bizim. Bir tanesi 716. maddede düzenlenmiş olan tescile zorlama davası, çok net kanun koyucu adını da koymuş bunun, tescile zorlama davası demiş, 716. maddede düzenlenmiş. Neye dayanıyor? Şahsi hakka dayanıyor. Ne yaptık mesela? Alım sözleşmesi yaptık, alım hakkımızı kullandık, tescil talebinde bulunmuyor malik. Ben niye açarım 716'ya dayanarak tescile zorlama davası açarım veya önalım hakkımızı kullanmak için şimdi mecburen tescile zorlama davası açıyoruz. İkinci davamız ne? 1025. maddede düzenlenmiş olan, sicil düzeltilmesi davası. Sicilin düzeltilmesi davası da tam tersi, ne zaman açarız? Sicil dışı aynı hak iddiasındaysak açarız yani yolsuz tescil var. Bu tescil yolsuz, aynı hak bana ait diyorsam açarız. Biz ne yapıyoruz uygulamada? Müge Hoca çok güzel söyledi. Bu iki davayı birleştiriyoruz. Karıştırıyoruz birbirine, avukatlar da karıştırıyorlar. Neyi talep edeceklerini bilmiyorlar. Bakın bir tanesi şahsi hakka dayalı, dolayısıyla zamanaşımı var. Diğerinde aynı hak, ne zamanaşımı ne hak düşürücü süre var. Bir tanesinin temelinde 1010'daki tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhinin verilmesi gerekiyor; oysa sicil düzeltilmesi davasında 1011 geçici tescil şerhi verilmesi gerekiyor. Her iki şerhin etkisi de çok farklı. Biz bunların hepsinde ne diyoruz, ihtiyati tedbir diyoruz. Hatta şimdi bir şey daha yarattık. Davalıdır şerhi diye bir kavram yarattık. Davalıdır şerhi diye bir şerh türümüz yok bizim, olmayan bir şerh türü yarattık, yok böyle bir şey. Bunların hepsi bizi çok kötü etkileyen, sonuçları da çok vahim olan şeyler. İsviçre'ye dönüp baktığımızda her davanın yerli yerinde açıldığını görüyoruz. Neden onlar bu karışımı yapmıyorlar? Neden onlarda bir tapu iptal tescil davası yok? Hatta İsviçre'de doğru düzgün sicil düzeltilmesi davası açılmıyor. Neden? Çünkü yolsuz tescil yok. Aslında bütün bunlar birbirinin içine geçmiş kavramlar. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de şerhlerde geçiyor. Kanunun kullandığı terim. Benim tercih ettiğim terim değil; kanunun kullandığı terim. Bence olması gereken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bir eser sözleşmesi değil. Evet, tetkik hakimimiz çok güzel söyledi, eser sözleşmesi unsuru var ama içinde aynı hak var, mülkiyet hakkının devredilmesi var. Bu bir isimsiz sözleşme, çifte tipli karma sözleşme. Bizim bunu isimsiz sözleşme olmaktan kurtarmamız lazım. Bizim bunu düzenlememiz ve belli esaslara bağlamamız lazım.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Alacağın temliki derken Yargıtay, bir pratik zaruret dolayısıyla böyle söylüyor. Yorum yapıyor fakat alacağın temliki dediğimiz zaman, uygulamada şöyle problemler de çıkıyor. Yüklenici maalesef aynı bağımsız bölümü birden fazla kişiye satıyor, sonra da ortadan kayboluyor. Alacağın temliki ne sağlıyor? Şahsi hak sağlıyor. Daha sonra, bakıyorsunuz bu alacağın temliki hükümlerine göre bağımsız bölüm satın alan kişilerin diyelim ki iki tane ikisi birden arsa sahibine karşı tescile zorlama davasını açtı. Acaba Yargıtay ya da mahkeme hangi davayı kabul edecek? Şahsi hak olduğuna göre bu bir borçlandırıcı işlem olduğuna göre bunlar arasında sıra yok. Gerçi burada alacağın temliki var, özür dilerim, tasarruf işlemi var, problem şurada, asıl bunu söyleyeceğim. Şekle bağlı olmadığı için Yargıtay diyor ki, önce yapılan geçerli. Hangisi önce yapıldı? Biriyle anlaşarak eski tarihli bir sözleşme yapmış da olabilir. Ona mı karar vereceğiz? Orada da ciddi bir ispat problemi var o yüzden resmi şekle bağlı olmasında da fayda var. Aleni bir durum da yok.

Katılımcı:

Şebnem Hocamın görüşlerine katılıyorum. Birincisi avans meselesi kesinlikle yanlış bir uygulama. Hiç kimsenin bunun yanında durması mümkün değil bir akademisyenin, mesele teori meselesi de değil. Ancak alacağın temliki hükümlerinde, eğer avans niteliğinde kabul edilen bizim kabul etmediğimiz bir devir varsa zaten alacağın temliki hükümlerinin uygulama alanı yok. Müteahhit o zaman malik olduğu için doğrudan satış yapması lazım, tapuda noterde her neyse. Bunları yapmıyorsa sözleşme geçerli değil. Ancak 14. Hukuk Dairesi bunu alacağın temliki hükmünde kabul etti. 1990'lı yılların başlarında. Şöyle oldu, kat karşılığı inşaat sözleşmesi, sizin de doğru ifade ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi noterde yapılmışsa, geçerliyse, yüklenici kendi edimini yerine getirmişse, inşaatı tamamlamışsa, artık noterde yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca bir alacak hakkı doğdu. Tapuda malik değil, satış da yaptı. Gerçekten de tarafların iradesi satış. Alıcının da satıcının da ama bu sözleşme geçerli değil. 14. Hukuk Dairesi dedi ki; kat karşılığı inşaat sözleşmesi şayet noterde yapılmışsa geçerliyse yüklenici kendisine isabet eden bağımsız bölümleri satmışsa bu alacağın temliki hükmündedir dedi. Şahin Hocamın dediği, birden fazla satış varsa orda risk. İspat sorunu da var ama yoksa alan da razı, satan da razı hatta arsa sahibi de razı, burada bu sözleşmenin geçerli olmadığını söylediğimiz takdirde açılan davada ne olacak? Nasıl bir çözüm bulacak yargı? Hâkim önüne gelen davada karar verecek. Ne yapacak? Yargıtay böyle bir çözüm buldu. Tabii ki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin isimli sözleşme olması gerekir, kanunda mutlaka düzenlenmesi gerekir, bütün hüküm ve sonuçlarıyla düzenlenmesini arzu ederiz, isteriz, doğrusu budur deriz ama böyle bir şey yoksa, önüne gelen davada hâkim alacağın temliki hükmü demiş. Benim aklıma da başka bir çözüm yolu gelmiyor. Ne yapmak lazım?

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Burada sözleşme hukukunun mantığı, borçlar hukukunun mantığı nedir? Taraf iradesidir. Taraf iradesine göre biz sözleşmeyi kurarız. Burada taraf iradesi nedir? Satış sözleşmesidir. Bu bir satış sözleşmesi değil. Ne yapıyor Yargıtay? Tahvil uyguluyor bir anlamda. Bu tahvil uygulanabilecek bir yer mi? Burada yapılması gereken nedir? Biz uygulamadaki bir yanlış düzeltmek için hukuku farklı şekilde yorumlamaya çalışıyoruz. Bir yanlış düzeltmek için bunu yapıyoruz. Eğer biz buna bu satış sözleşmesidir, geçersizdir, kusura bakma kardeşim, sen sebepsiz zenginleşmeye göre al alacağını desek, 101. kişi bu sözleşmeyi bu şekilde yapmayacak. Burada çok büyük bir risk var. Bu risk 10 olaydan 7'sinde gerçekleşiyor ancak 3'ü sizin dediğiniz gibi oluyor. Biz uygulamanın da içindeyiz. Burada uygulamada yüklenici 2 değil 3 değil 5 değil 10 tane bazen aynı taşınmazı satıyor. Çok kötü bir sonuçla karşı karşıya kaldık. Bir şeyi düzeltmek için hukuku kıvrırken bambaşka bir zorluğa yol açmış oluyorum. O yüzden hukuk kurallarını kıvrırmadan olduğu gibi uygularsak, burada bir satış sözleşmesi var ve geçersiz dersem, bunu birazcık istikrarlı yaparsam düzelir bu, biz bunu düzeltmek yerine; yazık işte bir kılıf bulalım çözelim diyoruz. Kılıf bulmaktan vazgeçelim. Hukuk kurallarımız çok güzel. Borçlar Kanunu da Medeni Kanun da çok güzel, gerçekten birbirini tamamlıyor kurallar. Bunları biz layıkıyla doğru uygularsak, uygulama da kendisini düzeltmek zorunda kalacak. Biz sürekli uygulamayı haklı çıkaracak şekilde kuralları evrimleştiriyoruz ya da yeni kural yaratıyoruz.

Prof. Dr. Emrehan İNAL:

Temlik iradesi konusunda biraz farklı düşünüyorum. Temlik iradesi var mı yok mu konusunda temlik iradesinin varlığı hususunda mutlaka ey üçüncü kişi benim arsa sahibinden bir alacağım var, ben bu alacağımı sana temlik ediyorum oldu mu? Olduyu aramamıza gerek var mı? Uygulamada gittiği zaman üçüncü kişi alıcı, yüklenici diyor ki 7 numaralı daire senin diyor, önünde kroki var ofiste, o krokide 7 numaralı dairenin üzerine alıcının adını yazıyor. Bunu temlik iradesi için yeterli göremez miyiz? Somut olayda bu irade çıkmaz mı? Tereddüdümü ifade etmek istedim.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Bu bir yorum meselesidir. 19. maddeden hareketle bunu alacağın temlikli şeklinde Yargıtay yorumluyorsa ben bu yanlış bir yorumdur da diyemem. Şunu diyebiliriz, öyle değil de şöyle yorumlanması lazım, daha doğru olur diyebiliriz. Şimdi notlarıma bakıyorum. Görev konusu söylenmişti.

Katılımcı:

Biz alacağın devrine ayrı bir mefhum gibi bakıyoruz ama ben de açıkçası Yargıtay'ın o kararının çok eleştirilebilir olduğunu düşünmüyorum.

Kıyasen alacağın devri hükümlerinin uygulanmasına aslında bir engel yok, sadece şurada bir sıkıntı var. Bir taahhüt işlemine tasarruf işlemi muamelesi yapıyoruz o kadar. Yoksa alacağın devri dediğimiz işlem ayrı bir sözleşme türü değil. Alacağı ya satarsınız, ya bağışlarsınız alacak hakkınızı. Mal varlığınızdaki bir değer. Siz bir taşınmazın size ait yani ileride size düşecek bir taşınmaza ilişkin alacak hakkınızı da elbet bir kişiye devredebilirsiniz. Tescili talep etme hakkının oradaki geçişiyle ilgili sıkıntıları ben de bilmek isterim. Burada bana göre sıkıntı ortada taraflar arasında aslında bir alacağın devri vaadi var alacağın devri bile değil. Sizin alacağı devredebilmeniz için gerçekten orada hakkı da geçiriyor olmanız lazım. Hakkınızı nasıl geçirdiniz tasarruf işlemi değil. Hâlbuki ileride ben bu taşınmazı devredeceğim dedi. Ama nihayetinde Yargıtay zaten bu budur demiyor, böyle bakarak ben buradaki ilişkiler ağını, talepleri vs. tasfiye edeceğim diyor.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Görev konusundan önce nama ifa meselesini tartışmaya açmak istiyorum. Benim görebildiğim kadarıyla bu noktada şöyle bir sıkıntı var arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde. Yüklenici bir aşamaya kadar getiriyor inşaatı sonra sırta kadem basıyor, kaybolmuş. Para veren insanlar var, bir dairenin parasını ödemişler ama %70-80'e gelmiş dairelerini alamıyorlar. Bu insanlar bir araya geliyorlar, diyorlar ki bu inşaatı biz tamamlayalım, biraz daha fedâkarlık yapalım, tamamlayalım önemli değil şu kadar verdik, bu kadar daha cebimizden çıksın, sonuçta dairelerimize sahip olalım, fakat bunun yolu nedir? Bunun yolu hâkime müracaat edecekler, diyecekler ki; işin bizim tarafımızdan yapılmasına müsaade et veya yaptırılmasına müsaade et ey hakim diyecekler. Borçlar Kanunu 113. Madde, ona göre bir talepte bulunacaklar. Ne diyor 113? Yapma borcu borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir. Her türlü gideri isteme hakkı saklıdır. Bu problemi çözer görünüyor, fakat talepte bulundukları zaman mahkeme karar verinceye kadar yıllar geçiyor, inşaat dokunamıyorsunuz, ruhsat sahibi kim? Yüklenici. Dokunduğunuz zaman yüklenici gider, şikâyet eder inşaatı durdurtur, böyle bir imkânı var ruhsat sahibi kendisi olduğu için, yıllarca bekleyeceksiniz, inşaatı çürümeye terk ediyorsunuz. Bu noktada uygulamada en çok karşılaşılan problem şu. Davacılar bir tedbir talebinde bulunuyorlar, diyorlar ki tedbiren bizim yapmamıza izin ver de dava devam etsin, mahkemelerimiz maalesef benim görebildiğim kadarıyla çok karar var böyle, hüküm yerine geçecek tedbir kararı verilemez deyip reddediyorlar, iş kilitlenip kalıyor. Öte yandan hadi buna da başvurmadılar diyelim ki. Biz yapalım dediler, gözlerini kararttılar, girdiler inşaatı, müteahhit de şikâyetçi olmadı inşaatı tamamladılar. Ruhsatı nasıl alacaklar müteahhidin başvurusu olmadan? Belediyeden ruhsat alamıyorlar çünkü inşaat ruhsatını kendi adına çıkarttı. Buna da uygulamanın bir çözüm bulması lazım yani bu tür tedbir taleplerini benim kanaatimce reddetmemesi lazım. Eğer bir kanuni düzenlemeye kavuşturulacaksa belki bu meseleye de yer verilebilir diye düşünüyorum.

Hilmi ŞEKER:

Acaba bu nama ifa hükmünün objektif kapsamı içerisine bu idari işlemleri müracaatları alacak şekilde genişletemeyiz mi? Yani burada nama

ifa ile temin edilmek istenen yarım kalan bir ifayı tamamlamak. Amaç bu olduğuna göre o zaman hedef, hüküm bu amaca hizmet etmeli. Burada yargıç devreye girecek, bir hükümle biliyorsunuz Roma'dan bu yana hüküm yasadır. Bunu biraz günümüze teşmil edersek hükümle doğan bu boşluğu giderebilir miyiz? İyi çalışılmış bir hüküm belki bu eksikliği de giderebilir.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Resmi kurumlara, başta belediye olmak üzere müracaat etme, o işlemleri yapma yetkisini de vermek lazım. Fakat kanuni bir düzenleme olmadığı zaman her hâkim farklı uygulayabilir. Özellikle tedbir talebi noktasında hâkimin takdiri de devreye girdiği için bir hâkim bir türlü, öbür hâkim başka türlü bu yetkisini kullanabiliyor. O bakımdan belki bunu da açık bir düzenlemeye kavuşturmak da faydalı olur diye düşünüyorum. Hatta arsa sahibine karşı, çünkü bazen arsa sahibi de istemiyor. Ben de diyor sözleşmeyi feshettim döndüm diyor. Dönme haklı mı haksız mı bu da bir yargılama meselesi ve yine yıllar geçecek aradan. Neticede iş kilitlenecek. Ortada milli servet var çürüyüp gidiyor. Kimsenin menfaatine değil, inatlaşmaya dönüyor iş.

Katılımcı:

Eksik işler bedelinin depo edilmesi kaydı diye Yargıtay'ın kararı var ama düzenleme yapma ihtiyacı şöyle hasıl oluyor. Yargıtay kararı var diyor ki; üçüncü kişi sözleşmeye taraf değildir, nama ifa talebinde bulunamaz. Ama şimdi eksik işler bedeli var, eksik işler bedeli yatırıyorsun ama %95 ve üzeri tamamlandığı durumda. Mahkeme depo kararı verildiği zaman doğrudan doğruya üçüncü kişi adına diyor, tescil yapılabilir. Bu noktada acaba, bazı kararları da var çok net değilim, eksik işler bedelinde oran aramadan doğrudan doğruya eksik işler bedelini yatırmak koşuluyla verilen kararlar da var. Net bir oran yok. Aslında doğrudan doğruya tescile cevaz veren bir düzenleme olabilir. Aslında doğrudan doğruya üçüncü kişi adına arsa sahibinden taşınmaz mülkiyetinin tescilini talep hakkı veren bir düzenleme olabilir. Çünkü nama ifa dediğiniz gibi hakikaten düzelecek. Sözleşmedeki düzenlemenin de bir yararı yok. Ruhsat devri olabiliyor veya uygulamada bu sözleşme devri olarak yapılabilir. Daha çok bir bedel veriyorlar, sen çık 2. yüklenici gelsin, kalan kısım tamamlansın. Ya böyle bir düzenleme getirilebilir, devrine olanak tanıyacak yasal bir düzenleme olabilir, o ne kadar bağdaşır veya böyle bir eksik işler bedelini bir orana bağlayıp Yargıtay içtihatlarıyla yeknesaklık sağlayacak şekilde bir orana bağlanıp, yarım kalan inşaatlar bakımından bu yola gidilebilir. Yargıtay nama ifa yoluna gitmek için bir de inşaatın büyük oranda tamamlanmasını arıyor. Bunu da eleştiriyoruz. Burada %70-80'lerde sıkıntı yok. %60-65'lerde kalsa Yargıtay'a göre diyor ki burada inşaatın tamamlanma oranı çok yüksek değil; hiç nama ifa yoluna başvuramazsınız, bu da sıkıntılı. Gerek yok bence, biz doktrinde diyoruz ki %20-25 de olsa nama ifa yoluna gidilebilir. Ama şimdi Yargıtay'ın onaylanan içtihadı karşısında %75-80'in üzerinde bir durumda bu çözümler bir anlam kazanacak belki bu noktada da belirginleşme sağlanabilir.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Olayı şöyle de düşünmek lazım. Siz yüklenicinin size karşı ifa etmediği edimi ifa ettirmek için eksik ifayı yerine getirmek için talepte bulunuyorsunuz, yüklenicinin edimini. Yoksa arsa sahibinden bir şey istemiyorsunuz. Karar o bakımdan da eleştirilebilir diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS:

Yakın zamanda karşılaştığım bir vaka var. Karadeniz’de bir ilimizde yaşanmış hadise. Müteahhit %60 seviyesinde, iflas falan yok, fakat evlerin değerleri bir anda tabi 4-5 katına çıktığı için durdurmuş inşaatı. Bütün şeyleri çekmiş. Ardından muhtemelen tabi bu tahmin ediliyor ama arsa sahibiyle de anlaşmış, arsa sahibi sözleşmeden dönmüş, herkese de ödediği paraları %9 faiziyle ödemiş. O yüzden tespitiniz son derece isabetli kesinlikle bu konuda bir hüküm ihdas edilmesi. Öz Hocamın da dediği gibi o içtihadı birleştirme kararında tamamlanmaya yakın diyor fakat yüksek mahkeme bunu bir %92 kararı var. O, %92 sanki bir kanunmuş gibi algılanıyor veya %95, çeşitli oranlar konuşuluyor, bir netlik kazanması gerekiyor.

Katılımcı:

%95 oranı yalnız üçüncü kişinin eksik kalan inşaatlar bakımından tescil talebi. Bunun bizim dönmedeki normal geriye etkili ve yetkili tartışmasıyla hiç alakası yok. Bu tamamen tescil talebine özgü bir oran.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Bir Yargıtay üyemiz diyordu ki; kötü niyetli arsa sahipleri yüklenicilerle anlaşarak piyasayı dolandırabilirler, dolandırıcılığa da kapı aralamış oluruz. Piyasaya satar, yüzlerce satış yapar, yüklenici parayı alır ortadan kaybolur, arsa sahibi bunları geri alır, sonra da parayı kırışırlar.

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM:

Uygulamada Yargıtay yine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibini tüketici olarak kabul etmiyor. Çünkü burada amaç, daha doğrusu arsa sahibi tüketici saikinden farklı hareket ediyor burada amaç arsasını değerlendirmek olarak algılıyor. Fakat yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun hem lafzına hem de amacına aykırı bir yorum olduğunu düşünüyorum ben. Çünkü Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun özellikle yenisi 28 Mayıs 2014’ten itibaren yürürlüğe giren burada tamamen tüketici işleminin kapsamını çok geniş tuttu. Bu eleştirilebilir. Acaba bu kadar geniş tutulması isabetli mi değil mi fakat mevcut bir kanun hükmü varken somut olay özelinde bunun yine değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum ben. Yükleniciye örneğin bedelini ödeyerek bir konut satın alan kişiyle arsasını vererek yine yükleniciden konut alma amacı güden bir

kişi arasında ayırım yapmanın doğru olmadığını düşünüyorum. Somut olayda bunun bir tüketici işlemi olarak kabul edilebileceği durumlar olabilir. Her olayda bunu incelemek gerekir. Peşinen bunun asliye hukuk mahkemesinin görevinde olduğunu söylemek doğru değil diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Yargıtay kararlarında hatırladığım kadarıyla teknik özelliği yüksek olan bu tür işlerin tüketici işlemi olması düşünülemez falan gibi tam ifadeyi hatırlamıyorum ama buna da atıf yapıyor.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Tüketici kimdir sorusuyla başlamak lazım burada. Kanun tüketiciyi tanımlarken sadece amaç kriterinden hareket etmiş. Ticari veya mesleki amacı olmayan her gerçek kişiyi tüketici saymış. Tüzel kişilerde de ancak dernek, vakıf istisnaen tüketici olabilir diyoruz. Ticari veya mesleki amaçtan kastımız ne? Özellikle ticari amaçtan kastımız ne? Bu kişinin bir yatırım yapması, yapmaması, yüksek meblağlı iş yapması, çok taşınmaz alması değil. Bu kişinin sürekli bir ticari faaliyet içinde bulunması. Süreklilik niteliği taşıyan bir ticari faaliyet içinde bulunması. Kanun buradan hareket etmiş. Beğenmeyebiliriz, biz kanun koyucunun bu geniş yaklaşımını beğenmeyebiliriz. İsviçre’de ne yapıyor? Bir alt limit bir üst limit koyuyor. Üst limit 70 bin İsviçre frangı mıydı, yanlışsa düzeltin bu üst limitin üstünü tüketici işlemi kabul etmiyor. Aynı şekilde sanıyorum 1700 frankın altını da tüketici işlemi kabul etmiyor. Bizde böyle bir sınırlama yok. Biz olmayan sınırlamayı kendi kendimize bu teknoloji ürünüdür, bu yatırım amaçlıdır, burada çok gelir elde etmektedir ama çok taşınmaz elde etti, şeklinde kendi kendimize kriter getiremeyiz. Kriter çok net. Ticari veya mesleki amacı olmamasını arıyor. Bizim de burada arsa sahibine baktığımızda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde 3 farklı ilişki var aslında. Bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki arsa sahibiyle yüklenici arasındaki ilişki var; bir arsa sahibi kendisi taşınmazı satarsa arsa sahibiyle onun sattığı yeni kişi arasındaki ilişki var; bir de yüklenici taşınmazı satarsa onun sattığı kişi arasındaki ilişki var. 3 farklı ilişki var. Bu ilişkileri değerlendirdiğimizde arsa sahibiyle yüklenici arasındaki ilişkiye baktığımızda, Yargıtay’ın şöyle bir tutum izlediğini görüyoruz. Burada arsasını değerlendirip yatırım yapıyor, dolayısıyla çok daire alıyorsa o zaman bu tüketici olmaz, hatta bir ara şöyle kararlar çıkıyordu. 3’ün üzerinde dairesi varsa olmaz; 5’in üzerinde dairesi varsa olmaz. Sayıyor muyuz? Adamın belki 15 tane çocuğu var her birine daire alıyor adam. Ben bunu bilebilir miyim? Böyle bir şey olabilir mi? Benim daha çok param var, bankaya koydum. İşte çok varlıklı birisi gitti, koca bir malikane yaptırıyor, bunlar tüketici, ben gariban bir arsa almışım, gitmişim Ankara’da Mamak tarafından Doğukent olacak diye arsa almışım, gerçekten de yaptık bunu battık. Hiçbir şey olmadı 0 zorla sattık, sattığımızdan da bir şey alamadık bitti. Aynı arsayı aynı parayı vererek akıllılık yapıp da Eskişehir yolundan alsaydım şimdi benim 12 tane dairem vardı. Aynı para bakın, aynı arsa, Doğukent’ten aldım battım, öbür taraftan

alsaydım çıkacaktım. Bu benim niteliğimi nasıl değiştirir? Değişmiyor benim niteliğim, ben tüketiciyim burada. Beğenmeyebiliriz kanunun bu yaklaşımını ama beğenmiyorum diye burada yatırım yapıyor diyemem. Future işlemi yapan bankacılıktaki adamı ben tüketici kabul ediyorum ama arsa alan adamı ben arsası üzerine inşaat yaptıranı kabul etmiyorum. Şu ayrımı da yapmamız lazım. Eğer arsa sahibi bunun sonunda iş yeri kazanıyorsa o zaman kardeşim dışarıdasın. Bu daraltmayı da yapmamız lazım. Konut veya tatil amaçlı taşınmaz elde ediyorsa bunun sonunda evet o zaman sen tüketicisin ve aynı Yargıtay ne yapıyor? Arsa sahibi kendisine düşen taşınmazı üçüncü bir kişiye sattığında bu tüketici işlemi değildir diyor. Doğru diyor aslında. Neden? Çünkü arsa sahibinin ticari veya mesleki amacı yoktur burada diyor. Çünkü satıcının da ticari veya mesleki amacının olması lazım. Orada yoktu kabul ediyor üçüncü kişiye satarken ama arsa sahibi yükleniciyle sözleşme yaparken bunu kabul etmiyor. Aynı şey, bir yerde kabul ediyoruz, bir yerde etmiyoruz. İkincisi doğru bunun. Her arsa payı karşı inşaat sözleşmesindeki arsa sahibi tüketici değildir. Her somut olayda bakmamız lazım. Burada gerçekten mahkemelerin yükünün ağır olduğunu ben de kabul ediyorum ama tüketici işlemlerinin tamamı için aynı şey geçerli. Her somut olayda o kişi tüketici mi değil mi? Karşısındaki kişi de ticari veya mesleki amaçla hareket eden kişi mi değil mi, her somut olayda bakmamız lazım. Arsa sahibi bir ticari şirket de olabilir. Arsa sahibi bunu ticari faaliyet olarak yapan bir kişi de olabilir. Ben bunu bir ticari faaliyet olarak yapıyorsam elbette tüketici değilim.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Satış vaadi sözleşmesinin 6502 sayılı Kanun kapsamına girip girmediği meselesi.

Sibel Zeynep ŞAT:

Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşmeleri sonrasında gerek arsa sahibinin gerek yüklenicinin kendilerine ait olan bağımsız bölümlerin satış vaadi herhangi bir amaçla zaman zaman görüyoruz, şahsi ihtiyaçları nedeniyle de oluyor arsa sahiplerinin. Zaman zaman da ticari amaçla da bu satış vaadlerini konu edebiliyorlar. Bu şekilde yapacakları satışların satış vaadi sözleşmelerinin 6502 sayılı Yasa kapsamında ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği. Uygulamada burada farklılıklar var. Zaman zaman gayrimenkul satış vaadi şeklinde yapılan durumlar olabiliyor. Zaman zaman noterliklerde yapılan işlemlerden bahsediyorum, temlikname şeklinde yapılan durumlar olabiliyor. Tapuya tescili için taahhütname noter senedi adı altında yapılan işlemler olabiliyor. Aslında şu noktada da bir sıkıntı doğuruyor uygulamada. Özellikle yüklenici şirketlerin satıcı şirketlerin, binaların tamamlama sigortalarından kaçınmak amaçlı veyahut farklı teminat yükümlülüklerinden kaçınma amaçlı genelde adi yazılı şekilde ya da gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapılması yönündeki talepler uygulamada gündeme geliyor. Bu durumun uygulamada yarattığı sıkıntılar var. Tüketici kapsamında bu ayrıma nasıl gidilecek? İlgilinin ticari amaçlı,

yani arsa sahiplerinin dediğim gibi şahsi ihtiyaçları nedeniyle de yapmış olduğu durumlar olabiliyor, ticari amaçlı olarak da hareket ettikleri durumlar olabiliyor. 6502 sayılı Yasa kapsamında ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesinde satıcı ve tüketicinin tanımlarına da baktığımız zaman bunun değerlendirilmesi en uygun ne şekilde olur? Bu konuyu tartışmaya açmak isteriz biz. Ön ödemeli konut satış vaadi sözleşmesi şeklinde yapılması gerekir diye birliğimizin görüşü, hazırlamış olduğu genelgeler ve uygulama da bu yönde. Noterlerin tabii ki ilgilinin bu ticari amaçlı olup olmadığını değerlendirme şansı olamayacağı için yapılan işlemlerin de yapılan işlemler nedeniyle doğacak hukuki itilaflarda da sorumlulukları söz konusu olabileceği için hazirunun değerlendirilmelerini de öğrenmek isteriz.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Sanki orada her bir işlemi ayrı ayrı değerlendirmek lazım gibi geliyor bana. Tüketici Kanunu kapsamına girer mi girmez mi? Her bir işlem yani toptancı bir yaklaşım pek doğru gibi gelmiyor bana.

Dr. Öğr. Üyesi Bahadır DEMİR:

Baktığımız zaman Yargıtay'ın özellikle bu konuya bakış açısının ben 4077 sayılı Kanunda yer alan tüketici tanımından hâlâ yola çıktığını ve bunun uygulanmaya çalışıldığını düşünüyorum. Çünkü Mülga 95 tarihli ilk halinde şöyle diyordu; bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi diyordu ve maalesef 6502 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra da Yargıtay'ın verdiği kararlara baktığımız zaman bu özel amaçlarla ifadesinin hala kararlarda kullanıldığını görüyoruz. Ancak kanun koyucu ifade edildiği gibi gerçekten Kanunun amacını oldukça geniş tutmaya çalıştı. Çünkü 4077 sayılı Kanunun düzenleniş biçiminden dolayı çok sıkıntılar yaşadık. Uygulamadaki problemlere göre bir kanun düzenlendi ve Türk toplum yapısı da maalesef çabuk alternatif bir yol bulma yönünde kabiliyetli ve çok da sağlıklı olmadı ve kanun koyucu daha genelleyici ve bu Kanunun koruma çerçevesinin dışına olabildiğince tüketiciyi çıkarmama anlamında genel bir yaklaşım sergiledi. Bunun genel ismine de örnekleme yoluyla sayma metodu dedik. Fakat bu yeni Kanunun olaya bakış açısının Yargıtay tarafından benimsenmek istenmediğini düşünüyorum çünkü tüketicinin korunması deyince tüketici aciz, korunmaya muhtaç kişi olarak görülüyor. Bu çerçevede de bakıldığı zaman olayın ya miktar bakımından ya da adet bakımından bir sınırlama ile sürekli olayın bu kanun dışına çıkarılmaya çalışıldığını yine bilindik yollarla eski prosedürlerin uygulanmaya çalışıldığını, eski köye yeni adet gibi görülüyor adeta ama yeni Kanun tabii ki böyle değil ve 3 benimsendi taşınmaz satışında. Miktarlar konuşuldu, o zaman her biri aslında kendi içinde çöker eğer miktardan bahsedersen, bir taşınmazın 1 milyon olmasıyla 10 milyon olması arasında tüketicinin korunması anlamında herhangi bir farklılık göremiyoruz mevzuatta. Adet bakımındansa o zaman 1 milyondan 10 tane taşınmaz alırsam tüketici değilim; 10 milyona 1 tane taşınmaz alırsam tüketiciyim. Bu da saçma,

tamamen bence Kanunun benimsenmek istenmemesi. 83. maddenin dikkate alınması lazım. Çünkü 83. maddede bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır, ama biraz daha keskin bir ifade var. Bir işlemin tüketici işlemi sayılması ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını etkilemez diyor. Yani genel kanun özel kanun çatışmasını bırakın iki özel kanun çatışsa bile yine tüketiciyi uygulayacaksınız diyor. Ondan dolayı da bir genelleme yapılması tabii ki söz konusu değil; çünkü tüketici işleminin tanımına baktığımız zaman kanunun çerçevesine bağlı yönetmeliklerin çerçevesini belirliyor ve burada da 3 tane unsurumuz var. Taraflardan birinin tüketici olması, bu gerçekten de önemli. Özellikle Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda arsa sahibiyle tüketiciler arasında yapılan sözleşmede arsa sahibine tüketici diyor, işleme de görevli mahkemeden Asliye Hukuk Mahkemesi diyor ama aynı arsa sahibine yükleniciyle yapmış olduğu sözleşmede tüketici değilsin diyor. Aynı taşınmaz sadece arsa sahibinin karşısında tüketici varken, tüketici Asliye Hukuk Mahkemesi. Aynı taşınmaz aynı kişi yükleniciyle yaptığında değil. Neden? Birden fazla kalıyor. Bence kanun koyucu isteseydi birden fazla diyebilirdi. İsviçre'deki kanuna baktığımız zaman miktar sınırı vardı. Bunların gözden kaçırıldığını ben düşünmüyorum. Ondan dolayı da bunun kanunun gerçekten amacına uygun olarak uygulanması gerektiğine önem veriyorum. Maalesef bu konuda da hala eksiklerimiz var çünkü tüketici hukuku gelişmiş ülkelerin işidir. Sermayeyi karşısına alabilecek ülkelerin işidir. Bu konuda da ciddi yol kat ettik ve hala yolun uzun olduğunu düşünüyorum.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Müsaadenizle toparlamak istiyorum. İlk tartıştığımız konu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi konusu kanunla düzenlensin mi meselesi. Herhalde oy birliği ile bu konuda bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır denildi. İkincisi, Yargıtay'ın tartışmalı kararları 1023. maddeyi yok sayan, üçüncü kişiler aleyhine açılan davalarda kabul kararı veren kararlarıyla ilgili. Büyük bir çoğunluk bu kararlardan dönülmesi gerektiği noktasında görüş beyan etti. Mehmet Bey'in itirazları vardı. Hala görüşünde ısrarlı ise eğer oy çokluğuyla diyeceğim. Yargıtay'ın kararını görüşünü değiştirmesi gerektiğine oy çokluğuyla karar verdik. Nama ifa meselesi tartışmaya açılmıştı ama çok konuşulmadı herhalde orada bir problem yok, o konunun da çözülmesi gerekir şeklinde beyan edildi birkaç arkadaşımız tarafından. Bir başka konu Abdülkerim Hoca'nın görevle alakalı olarak gündeme getirdiği konu; arsa sahibi de duruma göre somut olay üzerinde değerlendirilmeli ve arsa sahibi de tüketici sayılmalı denildi, orada da bir itiraz göremedim ben. Arsa sahibinin somut olay özelinde tüketici sayılabileceğini oy çokluğu ile somut olay özelinde arsa sahibinin de tüketici sayılması gerektiği görüşü ortaya çıktı. Son bir konu da arsa sahibinden veya yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişinin tüketici her zaman tüketici sayılıp sayılmaması, bu satışın ön ödemeli konut satışı sayılıp sayılmaması konusunda tereddütler olduğu söylendi. Burada da yine herhalde somut olay özeline bakılması gerektiği hususunda oybirliğiyle karar verildi.

Katılımcı:

Yargıtayın verdiği kararların isabetli olduğunu düşünüyorum, kararlarımızın arkasındayız. Dayanaklarımız kararlarımızda belirtilmektedir... (Anlaşılmadı)

Doç. Dr. Müge ÜREM:

Emrehan Hoca'nın da söylediği üzere, düzenleme tabii ki yapılabilir bunun da faydası vardır ama bu avans tapu kararının düzeltilmesi için yeni bir mevzuatı beklememek gerektiğini düşünüyorum. Mutlaka o karardan dönülmesi için elimizde başka bir mevzuata gerek yok. MK ve BK zaten yeterli bunu açıklamak için.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Sırada "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde dönme" diye bir başlığımız var. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğini düşünüyorum ve burada artık bir ani edim değil, tipik eser sözleşmesinden farklı olarak edimin sürekli edim olarak düzenlenmesinde bu problemlerin çözümü açısından fayda görüyorum. O zaman dönmeden değil fesihden söz edebiliriz. Fesih de geçmişe değil; geleceğe etkili olacağı için pek çok problemimiz çözülür diye düşünüyorum. Yargıtay bir orta yol buluyor kendince ama bütün problemleri çözmeye yetmiyor bu orta yol. O bakımdan mesela kâr yoksunluğu olarak da benzer problemleri yaşıyoruz. Bu konuyla bağlantılı olarak önemli bir problem. Yükleniciyle sözleşmeyi yapan arsa sahibi, yüklenici edimini zamanında yerine getirmedi temerrüde düştüyse, özellikle yüklenici kaçtıysa, batakta, avukata vardığı zaman ne yapalım bari arsayı kurtaralım diyor, önümüzdeki seçenek nedir arsayı kurtarabilmek açısından? Sözleşmeden dönmek. Temerrüt hükümleri Borçlar Kanunu 125'e göre. Sözleşmeden dönüyor fakat 125'e göre sözleşmeden dönüldüğü zaman biz diyoruz ki, menfi zararlar menfi tazminatla yetinmek zorundasın. Kâr yoksunluğu isteyemezsin. Ama öbür taraftan şöyle bir şey var. Davanın da yine yıllarca sürdüğünü düşünürsek, zamanında bitirilmiş olsaydı bu inşaat, belki 3-5 yıldır kira tazminatı alıyor olacaktı arsa sahibi bundan mahrum kaldı. Bu nedir ama yoksun kalınan kârdır. Yoksun kalınan kar müspet zarar kalemidir. Sözleşmeden dönüldüğü için de bunu talep edemezsin, dedik. Bu da adil değil, arsa sahibini korumuyor, burada da korumak lazım arsa sahibini, ama biz burada dönme değil de sürekli edimli borç ilişkisi, geleceğe etkili fesih dersek, bu problemi de çözebileceğimizi düşünüyorum.

Doç. Dr. Öz SEÇER:

Oran olarak bir sıkıntı var. En son gelinen oran %92. %92 dediğiniz zaman esasen neredeyse tamamlanmaya yakın bir oran. Bir kanuni düzenleme gelecek, ileriye etkili sona erme istikrar kazanacaksa, oran belirlemek ne kadar doğru ama daha az bir orandan şey yapılması lazım.

Burada istikrar kazanan Yargıtay içtihatları var. Birinci sıkıntı şu; arsa sahibi dilerse sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesini isteyebiliyor, dilerse dönebiliyor oranlardan, oranlardan bağımsız olarak. Belki böyle bir durumun netliğe kavuşturulması lazım. İkinci, Yargıtay içtihatları diyor ki; ileriye etkili olarak sona erme varsa hak ettiği arsa payı oranını da devretmek gerekir. Bunun hesaplanması çok ciddi sıkıntılar doğuruyor özellikle mahkemeler açısından. Bu teknik bir olay ne kadar bir yasal düzenlemeye girer o ayrıca tartışmalı ama diyorsanız ki bu ileriye etkili sona erecek ileriye etkili sona ermeye göre bunun daha açıklığa kavuşturulması lazım. Üçüncü kişinin alacağı şeyler ileriye etkili sona erme olursa hele bir de böyle adi yazılı Zekeriya Hoca'nın dediği gibi birçok farklı halde gelecek ve saklanmasa kim ilk önce kazanırsa şey mi olacak yoksa biz mesela yükleniciye düşecek paylarda yükleniciye hiç pay vermeden doğrudan doğruya üçüncü kişilere mi şey yapacağız ileriye etkili sona erme olduğu için bu var. Bir başkası tamamlanma oranı eksik kalacaksa çok tartışma var. Bir bağımsız bölümde paylı mülkiyet ilişkisi içerisine mi girecekler? Düşman olurlar bunlar, zaten ihtilaf içerisindedir, ihtilaf sona erdikten sonra bunları aynı bağımsız bölümde birlikte mülkiyet sahibi mi yapacağız falan bu durum da sıkıntılı. Yapılan kısım kısmi ifa değil inşaat sözleşmelerinde. Buna sürekli edim dersanız o zaman Borçlar Kanununu da değiştireceğiz. İsviçre'de gündeme gelmiş, ama tüm Borçlar Kanunu hükümlerini değiştirmek gerekeceği için vazgeçilmiş. Şartname tarzı bir şey konulup onun sözleşmelere zorunlu içeriklerine derc edilmesi de bir yöntem teşkil edilebilir.

Doç. Dr. Müge ÜREM:

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2010 tarihli bir kararı var. Bir sözleşmeden döndüğünüz zaman, hiçbir gerekçe belirtmenize gerek yok. Dönme iradeniz karşı tarafa muhatabına varmakla geçerlidir diyor. Buna da gerekçe olarak, sözleşme özgürlüğü sözleşmeyi kurmakta olduğu kadar sonlandırmakta da geçerlidir diyor. Burada şöyle bir hataya yer veriliyor çünkü eğer biz mesela ben temerrüde düşeceğimi biliyorum, yarın temerrüde düşeceğim 117'ye göre, yarının dolmasıyla birlikte belirli vadede ben temerrüde düşeceğimi biliyorum ve senin de 125'e dayalı seçimlik haklarını kullanabileceğini biliyorum. Bu halde ben sözleşmeden dönerek aslında sizin elinizdeki 125'teki hakları kullanmanızın önüne geçiyorum. Böylelikle de özellikle de aynen ifa talebinde bulunmak isterseniz aynen ifa hakkınızı bu kararla birlikte elinizden almış oluyorum, bu kararın da gözden geçirilmesi gerektiğini düşünüyorum dönmeye ilgili olarak.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Sanki münferit bir karar gibi geldi bana.

Doç. Dr. Müge ÜREM:

Hayır Hocam, böyle çok karar gördüm.

(Anlaşılamayan Karşılıklı konuşmalar)

Doç. Dr. Barış DEMİRSATAN:

Doktora çalışmam bu konu üzerineydi. Haksız fesih ve dönme beyanının üzerine. Gerçekten de Yargıtay'ın sadece münferit kararı değil aslında çok da tutarlı bir tutum sergilediğini söylemek de kolay değil. Bazı haksız dönme veya fesih beyanlarında sözleşmenin sona erdiğini ve karşı tarafın olumlu zararının karşılanması gerektiğini söylerken büyük bir kısmında da sözleşme ayaktadır diyor. En azından burada bir tercih yapılması ki söz konusu kararda uygun bir tercih değil ama en azından tutarlılığın sağlanması uygun olurdu böyle haksız dönme veya fesih beyanlarına ilişkin olarak.

(Anlaşılamayan karşılıklı konuşmalar)

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Yani bu belirsizliği gidermek lazım diyorsunuz? Kira sözleşmesi de malumunuz sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşme fakat ifaya başlanılmamışsa burada dönme olduğu, geçmişe etkili dönme olacağı kabul ediliyor. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de ifaya hiç başlanılmamışsa zaten fesih olmaz. Orada yine tıpkı yine kirada olduğu gibi geçmişe etkili dönme olur orada da ama ifaya başladıktan sonra geleceğe etkili olarak düşünülebilir diyorum.

(Anlaşılamayan karşılıklı konuşmalar)

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Terminoloji olarak fesih kelime olarak ileriye etkili olma anlamındadır. Borçlar Kanunu da bu şekilde kullanmaktadır, doğru kullanmaktadır. Dönme ise geriye etkili olma anlamındadır. Dolayısıyla ileriye etkili fesih geriye etkili fesih diye bir kavram yoktur. Kanunumuzda olmayan bir kavramdır. Kanunda dönme ve fesih özellikle de yeni Kanunda deyim doğru kullanılmıştır. Evet, eski Kanunumuzda yanlış kullanıldığı çok yer vardı, yeni Kanunda azalmıştır bu, oldukça doğru kullanılmıştır. O yüzden terminolojiyi doğru kullanalım. İleriye geriye etkili diye bir şey yok burada; dönme var, fesih var. Dönme de fesih te tek taraflı hukuki işlemdir. Hepimizin bildiği gibi. Tek taraflı hukuki işlemler de bu bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde bir işlemdir. Dolayısıyla kullanmamakla gerçekleşir. Burada haklı veya haksız olmasına göre farklı sonuçlar doğurur ama kullanılmakla o sözleşme sona erer. Yargıtay'ın bence isabetli söylediği bir şey gerçekten de kullanılmakla sona erer o sözleşme. Ne yazık ki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ne yazık ki tek taraflı bozucu yenilik doğuran bu hukuki işlemleri Yargıtay mahkeme kararı olmadan kullanamazsın, diyor. Böyle bir şey olamaz. Bu hukukun temel mantığına aykırı bir şey. Hiçbir yasal dayanağı yok. Evet, sonuçları sıkıntılı mı sıkıntılı ama sonuçları sıkıntılı diye farklı kurallar ihdas etmemiz bence asla mümkün değil. Biz eğer gerçekten bir yasal düzenleme yapabilirsek ve gerçekten arsa payı

karşılığı inşaat sözleşmelerinde sürekli edimli, ani edimli o tartışmayı hiç yapmadan; eğer sözleşmenin ifasına başlanmışsa, bunun artık fesihle sona erdirileceğini kabul edersek zaten fesih demek ne demektir? Tasfiyedir bu. Zaten tasfiye yapılacak. Sonuçta bizim beklediğimiz de bu aslında burada. Eğer konu düzgün düzenlenirse, alacağın temlikine olmadık sonuçlar bağlanmazsa hiçbir sıkıntı olmaz burada, çok da güzel işler. Her taraf da çok mutlu olur. Ama ifaya hiç başlanmamışsa o zaman zaten fesih olmaz. Bütün sürekli edimli sözleşmelerde de kabul ettiğimiz bir şey. İstisnası yok bu anlamda. Dönme de fesih de tek taraflı hukuki işlemdir. Bozucu yenilik doğuran haktır bunlar.

Katılımcı:

Genelde kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde bir kişiyle yapılmıyor sözleşme, yüzlerce kişi oluyor, 10 kişi oluyor, 20 kişi oluyor karşı tarafta. Arsa sahiplerinden birisinin iradesini ortaya koymasıyla kabul edersek o da o yüzden mahkeme kararı gerekiyor.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Oy birliğiyle ortaya konuluyorsa iradesi tamam, koyamıyorsa zaten geçerli değil.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Evet, tek taraflı irade beyanı bir haktan hakkın varlığından bahsediyoruz. Bozucu yenilik doğuran hak. Öncelikle bunun sonuç doğurabilmesi için bir hakkın olması lazım. Gerçekten hak var mı yok mu? Doğdu mu, doğmadı mı? Borçlar Kanunu 125. madde dönme hakkını tanıyor ama temerrüt varsa tanıyor. Temerrüt yoksa böyle bir hak da yok. Yani hiçbir hukuki gerekçe ileri sürmeden bu hak nereden doğar? Ya bir hukuki işlemde doğar sözleşmeden veya kanundan doğar. Burada kanundan doğuyor.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Bu temerrüt değil ki. Temerrüt olmasına gerek yok. Ben bir sözleşmeyi sona erdiriyorum. Nasıl kurma özgürlüğüm varsa sona erdirmeye özgürlüğüm de var. Haksızsam sonuçlarına katlanırım zaten.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Ama mutlak olarak tek taraflı olarak sona erdirebiliriz diyemiyoruz sözleşmede. Mahkeme kararı konusuna gelince de bu görüşün doğal sonucu şu; böyle bir hak doğdu mu, doğmadı mı? Birincisi bu. İkincisi, usulüne uygun olarak kullanıldı mı, kullanılmadı mı? Mesele, 125. maddedeki şartlara

uygun olarak kullanıldı mı, kullanılmadı mı? Bu noktada bir ihtilaf çıkacak. Elbette mahkeme bir karar verecek ama mahkemenin kararını ben inşai değil; belki o noktada sizden ayrılabiliriz. Bir tespit hükmü olduğu kanaatindeyim. Eğer gerçekten haklı olduysa bu usulüne uygun olarak kullanıldıysa mahkeme kararına gerek olmadan bu beyan karşı tarafa ulaştığı anda zaten sözleşme ilişkisi ortadan kalkmıştır, siz tespit edeceksiniz. Mahkeme kararı tespit hükmüdür ama mahkeme diyecek ki; bu beyan karşı tarafa ulaştığı anda mesela 2 yıl önce ilişki ortadan kalkmıştır, sona ermiştir diyecek, benim kanaatim budur.

Doç. Dr. Öz SEÇER:

Dönmenin kullanılmasıyla ilgili çok önemli bir mesele var bir de kentsel dönüşümle ilgili bir husus söyleyeceğim. Oy birliği ile kullanılacak deniyor, Yargıtay içtihadı var. Kimimiz müteahhidi haklı görüyor devam etmek istiyoruz, birçoğumuz devam etmek istemiyoruz. Yargıtay içtihatları diyor ki, dürüstlük kuralına aykırı davranış onları davalı olarak gösteririz, dönme beyanına katılmayan pay sahiplerine. Burada evet göstereceğiz ama nasıl bir çoğunluk aranacak? %80 mi burada şey olacak? Yoksa biz %50 olarak evet biz dönme beyanında bulunacağız...

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Atıf yaptığın yine Yargıtay kararı. Bu doğru bir uygulama mı? Değil. Eğer bir paylı mülkiyet veya el birliği mülkiyeti varsa bu nasıl bir içtihatlır paylı mülkiyette? Olağanüstü bir işlemdir, oy birliğini gerektiriyor.

Doç. Dr. Öz SEÇER:

Taraf teşkili sağlanamıyor, ciddi o anlamda kullanacağım hakkı onu bile şey yapmıyorlar. Belki bu açıklığa kavuşturulabilir. Özellikle 3'te 2 alınıyor kentsel dönüşümde. İnşaat sonra yarım kalıyor, ilk yapılan kentsel dönüşüm mevzuatın Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanuna göre alınıyor karar sonra sözleşme sona eriyor. Tekrar bir sözleşme yapılması gerekiyor. Bu aslında çok açık oy birliğiyle akdedilmesi gerekiyor. Uygulamada bunu biz inşaat ruhsatını 6/3 ve 6'ya göre aldık. Yeni sözleşme akdedilirken de 3/2 ile akdedilmesi gerekiyor diyor. Bu böyle değil; çünkü 6/3 ve 6 sayılı yasada özel bir düzenleme getirdiler 6.madde 14.fıkrasında. O da ayrıca Anayasa'ya aykırı bakanlık yoluyla fesih orada mesela 3'te 2 diyor. Bunu bir netliğe kavuşturmak lazım mı? Bu artık yeni sözleşmede menfaat ortadan kalktı. Artık afet riski artan bir bina yok yıkıldı, yeni bina yarım kaldı. Burada genel düzenlemeden ayrılmayı gerektiren bir durum yok. Son dönemde iyice Yargıtay içtihatları sıkıntı yaratacak. Bununla alakalı da belki o mevzuatta düzenleme yapılabilir mi diye.

Katılımcı:

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi niteliğiyle ilgili ben Yargıtay'ın içtihadının doğru olduğunu düşünüyorum. Ani sürekli edim karmaşığı bir sözleşme olarak değerlendiriyor. Gerçekten de niteliğine baktığınızda temelde ani edimli bir sözleşme. Çünkü inşaatın yapılması, bitirilmesi aşamasına kadarki süreç arsa sahibini ve iş sahibini çok da ilgilendiren bir süreç değil diye bakıyorum. O yüzden de alacaklı olarak menfaate esasında teslim anında kavuşuyor. Fakat somut olayın özelliğine göre bakmak gerekiyor ve duruma göre fesih, duruma göre dönme hükümlerini uygulamak gerekiyor diye düşünüyorum. Bu dönme ve fesih kavram olarak katılıyorum farklı kavramlar. Fesih özel olarak çeşitli sözleşmelerde var ama genel olarak düzenlenmiş bir kurum değil, o yönüyle dönmeden farklı. Dönme birkaç halde çıkıyor karşımıza; temerrütte, ayıpta. Bu yüzden de koşulları yoksa tek taraflı irade beyanıyla kullanılabilir diye sonuç doğurması kanaatimce doğru değil. Koşulları varsa dönme sonuç doğurmalı. Dönmenin koşulları yoksa sonuç doğurmamalı. Fesihte o tartışma var. Genel olarak fesih sonuç doğurur, haksızsa tazminat sonucuna yol açar deniyor.

Katılımcı:

Sebepsiz olarak dönme sadece eskiden bağlayan maddelerde fesih deniyordu. Orada da hiçbir sebep göstermeden yüklenicinin ve tüm müspet zararlarını karşılayarak dönebilir. Onun dışında sebep göstermek zorunda ve mahkeme bu sebebi tespit etmek zorunda.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Sebep göstermek farklı bir şey, sebebin haklı olup olmaması farklı şey. Tabii ki sebep göstereceksiniz ama haklı olmak zorunda değil, haksızsa da tazminatını öder. Dönmede fesihte genel kuraldır. Aksine bir düzenleme olmadığı sürece genel kural neyse onu uygulayım. O sözleşmede uygulayayım, öbürünü de uygulamayım yani biz diyoruz ki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde eser sözleşmesi hükümlerini uygulayarak deniyor bir taraftan. Bir taraftan da o eserde var bunda yok deniyor. Bu isimsiz sözleşme neye dayanarak yok diyoruz? Ben de onu merak ediyorum. Yok böyle bir şey.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Burada sanki aksine görüşler olmakla birlikte feshin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde geleceğe etkili oradaki ifadedden yola çıkarak; geleceğe etkili feshin özellikle ifaya başlanmışsa, başlanmadıysa tabii ki dönme başlangıçtan itibaren, daha doğru olacağı gibi bir çoğunluk görüşü oluştu.

Doç. Dr. Öz SEÇER:

Sadece ifaya başlama değil bana sorarsanız, Yargıtay'ın uygulaması yönünde belli bir aşamaya gelmiş olmalı.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Ama orada da hangi aşamaya geldiği zaman böyle diyeceğiz?

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Subjektif bir şey bu. %80 mi, %90 mı böyle bir şey olmaz yani. 10 sene önce %80 diyordu, şimdi %92 diyor.

Katılımcı:

Bir şeye katılmadığımı belirtmek istiyorum, bence bir sözleşme kurulduktan sonra tarafların keyfi fesih veya keyfi dönme hakkı diye bir şey kabul edilemez. Bu aynı zamanda çok istisnai hallerde örneğin temerrüt durumunda gibi. Dönme hakkının tanınmasını kanun tarafından boşa çıkartan bir anlayış olur. Bu çerçevede hiç kimsenin özel bir yetki olmadıkça kanun tarafından kendisine verilen, ben bu sözleşmede mesela kirada vardır kiracı için belli bir süre dolduktan sonra 1 yıllık süre dolmasına 15 gün kala ben tabi 484. maddede özel olarak eser sözleşmesinde tanınmış herhangi bir haklı gerekçe göstermeksizin tam bir tazminat ödemek suretiyle sözleşmeyi ileriye etkili sona erdirmeye hakkı orada fesih tabii ki. Dönme ile fesih arasındaki teknik ayrıma girmeyeceğim. İki kişinin kurduğu ilişkide tek taraflı keyfi çıkış olmaz diye düşünüyorum. Haklı bir sebebin olması gerekir, bu haklı olmayabilir o sebep ama onu göstermek durumundadır. Temerrüde düştüğünü düşünüyorsa vs. diye. Diyelim ki dönme hakkını kullandı ve haklı değildi, temerrüde düştüğünü düşünüyordu ama mesela Yargıtay'ın kararları var, haklı gecikme kadar vade tarihinin uzadığını kabul ediyor. Diyelim böyle bir durum var. Acaba sözleşmeyi sona ermiş kabul edebilir miyiz? Bence edemeyiz. Orada belli bir gerekçe gösterip bu gerekçenin gerçekleşmediği durumlarda dönme; bozucu yenilik doğuran hak diyemeyiz. Neden? Dönmenin şartı yok çünkü. Dönmenin istisnai yapısı 126'daki fesih için 125'teki dönme için. Eğer bu, bu şekilde serbestçe kullanılabilecek ve tıpkı iş hukukundaki işverenin iş akdini feshi gibi her halükarda sözleşmenin sona ermesini doğuracak bir etkiye sahip olsaydı o kadar istisnai düzenlemelere yer verilmezdi diye düşünüyorum. Bozucu yenilik doğuran hak olması başka bir şey, şey başka bir şey.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Ön ödemeli konut sözleşmesi konusuna geçmek istiyorum.

Derya GÜNGÖR ÖZÇELEBİ:

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında karşılaştığımız sorunlardan bahsedebilirim. Bize ön ödemeli konut sözleşmelerinde tüketicilerin en çok şikâyet ettiği konular; bir dönem cayma ve sözleşmeden dönme durumunda iadelerin yapılmaması ya da bu hakkın kullandırılmaması şeklindeydi ama son dönemde konut fiyatlarındaki artışla birlikte olayın biraz daha rengi değişti ve daha çok müteahhitlerin tüketicileri sözleşmeden dönmeye yönlendirmeye dönük bazı şikâyetler alıyoruz tüketicilerden. Çünkü artık konutların fiyatı da yükseldi ve belli bir aşamaya geldiği için bir nevi aslında finansmanı da sağlamış oluyor geldiği aşamada. Burada biz tabii ne yapılabilir diye düşündüğümüzde kendi kanunumuz açısından, özellikle de şekil şartına uyulmadığı ya da teminat yükümlülüğünün yerine getirilmediği sözleşmelerde tüketicinin de temerrüde düştüğü yani bir iki günlük gecikmeler temerrüde düştü denilerek sözleşmenin feshi yönüne gitmeye çalışıyor firmalar. Eğer diyoruz siz de şekil şartını yerine getirdiniz mi ya da teminat yükümlülüğünü yerine getirdiniz mi? Şuan kanunda bir dayanağı yok ama belki bu bizim kanun açısından da öngördüğümüz bir şey yapılabilir. Tüketicilere teminat verilmemesi en çok karşılaştığımız sorunlardan biri çünkü korumasız kalıyorlar haliyle. Teslim sürecinde yaşanan sorunlar var. 2 şekilde teslim kabul ediyoruz demiştik. Kat mülkiyet tapusunun devri ya da kat irtifak tapusu devredilirse bununla birlikte zilyetliğin devri gerekiyor. Sadece fiili teslim şeklinde yapılıyor. Tapular ipotekli devredilmeye çalışılıyor ya da sadece kat irtifak tapusunun devri yapılarak teslim yapıldığı söyleniyor tüketicilere ama kat irtifak tapusunun fiili teslimle birlikte yani zilyetliğin devriyle yapıldığı durumlarda da kat irtifakı tapusu eğer bir kat karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında iptal edilirse tabi bir sorun olarak karşımıza çıkıyor. En çok karşılaştığımız bir başka husus da, yapı ruhsatı olmadan sözleşme yapılması tüketicilerle. Önümüze gelen bir örnekte, bu çok sıklıkla karşılaştığımız bir örnek değil ama yönetmeliğin 11. maddesinde proje değişikliğine neden olan bir örneğimiz vardı, yani tüketicilere müstakil havuzlu olarak satılan daha doğrusu göl manzaralı satılan yani yapay bir göl yapılacak şeklinde satılan bir konutta daha sonra tüketici konutu teslim almaya gittiğinde, 10-15 katlı apartman ve ortada göl yok şeklinde yani proje değişikliği tamamen tüketicinin bilgisi dışında yapılmış, böyle sıkıntılarla karşılaşıyoruz. Bunları aşmaya çalışıyoruz mevzuatla ama her zaman çok mümkün değil. Son dönemde bir de finansal kiralama ile kiralama sözleşmesiyle konutların satıldığını görüyoruz. Firmalar ısrarla finansal kiralama sözleşmesiyle bu konutları satın ön ödemeli şekilde, bunun finansmana ilişkin bir sözleşme olması nedeniyle de ayrıca bir ön ödemeli konut satış sözleşmesine gerek olmadığını söylüyorlar ama biz bunu kendi içimizde de çok çalıştık ve tartıştık. Eğer finansal kiralama sözleşmesinin sonunda mülkiyetin devri kaydı varsa, yani sözleşmenin kendisinde bu varsa biz bunları ön ödemeli konut olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz ve ayrı sözleşme tek sözleşme tartışmıyoruz ama en azından ön ödemeli konut satış sözleşmesinin esaslı unsurlarının bu finansal sözleşmede de karşılanması gerektiğini değerlendiriyoruz. Burada sizin görüşleriniz bizim için çok değerli. Ön ödemeli konutun bir kayıt mekanizması olmadığı için burada aslında görüşümüz; sürecin en başından

en sonuna doğru sağlıklı bir kayıt ve bir sistem oluşturulması ama bu tabi birçok farklı kurumun birçok farklı mevzuatını ilgilendiren konular. Bizim tek başına zaten Tüketici Kanununu da yapmamız yetmiyor. Biraz önce bir sicil kurulması denildi ama bizim tüketicinin korunması hakkında kanun kapsamında yapabileceğimiz bir şey değil. Çünkü biz şirketlerin yeterliliklerini belirlemiyoruz. Bunu biz o yüzden Yapı Müteahhitlerinin Sınıflandırılması Yönetmeliğinde yapılmasını uygun görmüştük ama bunda Çevre ve Şehircilik Bakanlığı o sınıflandırmanın yeterli olduğunu düşündü. Sistemi en baştan en sona sağlıklı kurabilmemiz için hep birlikte o bütün aşamalardaki süreçleri tek tek değerlendirmek gerektiğini düşünüyorum.

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL:

Ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde benim tespit edebildiğim 2 çok temel problem var. Bunlardan birincisi, ön ödemeli konut satış sözleşmelerinin taşınmaz satış vaadi veya taşınmaz satış sözleşmesi şeklinde yapılması ön görülüyor kanunda. Ama ön ödemeli konut satış sözleşmelerinin en önemli özelliği tüketiciye cayma hakkını veriyor olması. Cayma hakkının kullanılabilmesi için de eğer taşınmaz satış sözleşmesi şeklinde yapılmışsa; mümkün değil çünkü artık aynı hak geçmiş. Bir kere tapuda tescil gerçekleşip aynı hak o kişiye geçtikten sonra ben cayma hakkımı kullanıyorum diye bundan caymam mümkün değil. Tekrar bütün aynı işlemlerin tapuda terkin edilecek, öbür tarafa geçirilecek, bütün bu işlemlerin yapılması lazım. Dolayısıyla kanunun bu ayağı boşa. Kullanılamayan bir hak olarak karşımıza çıkıyor. Kullanılamayan bir hüküm olarak karşımıza çıkıyor. Şuana kadar bir tane bile taşınmaz satış sözleşmesi şeklinde yapılmış ön ödemeli konut satış sözleşmesi yok, olamaz da. Bu birinci sıkıntı. Kanunun bu anlamda mutlaka düzenlenmesi gerekiyor. İkinci temel sıkıntı; ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde yüklenicinin edimini yerine getirmesi dendiğinde, teslim veya tescil deniyor. Yani kanun teslim veya tescille yüklenicinin edimini yerine getirdiğini kabul ediyor. Aslında bütün problemlerde biraz buradan çıkıyor. Çok önemli bir şey, çok ciddi denetim gerektiriyor. 1 Nisan'da yapılan değişikliklerle birazcık buna ilişkin bir gelişme yaşandı ama ne kadar olacak bilmiyorum, ne kadar yapılabilecek? Çok ciddi denetim gerekiyor. Ön ödemeli konut satışı işi yapacak şirketlerin gerçekten denetlenmesi, belli güvencelerin verilmesi, tamamlama sigortalarının yapılması vs. gerekiyor ama bu sigortaların ne kadar yapıldı, ne kadar yapılmadı? Kanunda hükümler var fakat ne yazık ki denetlenmiyor bunlar. Eğer denetim yapılırsa diğer Derya Hanım'ın söylediği sorunların %90'ı sıkı ve iyi bir denetimle çözülebilir. Benim bu söylediğim 2 temel sorun için mutlaka kanun değişikliğine ihtiyaç var. Bu kanun değişikliği olmadan bu çözülemez. Ön ödemeli konut satış sözleşmesi sadece taşınmaz satış vaadi şeklinde yapılabilir. Ön ödemeli konut satış sözleşmesinin ifası için teslim artı tescil şarttır, böyle olmalıdır. Eğer bunlar çözülsünse diğerinde de sıkı bir denetim sağlanabilirse ama tabi kurumlar arası iş birliği gerekiyor denetim için. Sadece Ticaret Bakanlığı'nın yapabileceği bir şey değil; belki bu daha önemli kanayan bir yarası aslında ülkemizin. Ne yazık ki kurumlar arasında, bakanlıklar arasında bu şekilde işbirliğini sağlayamıyoruz. Oysa bu işbirliğini sağlasak çok kolay çözülebilecek bir şey, biraz sıkı denetimle.

Ahmet MEYDAN:

Ön ödemeli konut satıştaki mahsurlara ilişkin şöyle bir çözüm olabilir mi diye sormak istiyorum. Akreditif benzeri bir çözüm. Mesela, tüketici ödemeyi yapıyor bu ödeme bir bankada bloke olsun, o yükleniciye malı teslim edecek kişinin de teslim ve inşaatın yapıldığına ilişkin belgelerin sunulması halinde yükleniciye ödeme yapılsın.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Satıcı açısından düşündüğümüz zaman o da parayı alacak ki inşaatı harcayabilsin. Bloke edildiği zaman kullanamayacak satıcı parayı.

Ahmet MEYDAN:

Tabi ama garanti var en azından, o mal inşaatı kullanıldığı belli bir aşamaya geldiği zaman o zaman parasını alacak. Nasıl olsa garanti var bankanın şeyi var.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Güçlü bir sigortayla denetlenirse sanki problemler daha rahat çözülür gibi. Aslında bu sigorta kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde de olması lazım. Sigortayı yaptırmadan belediye ruhsat vermeyecek inşaatı başlamaya.

Ahmet MEYDAN:

Burada da sigorta şirketlerinin bu riski üstlenme şeyi ne kadar olacak? Çünkü bunu zorunlu yapsak bile sigorta şirketlerinin isteyerek buna girmesi lazım.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Para gelecek yere girmez olurlar mı?

Derya GÜNGÖR ÖZÇELEBİ:

Beyefendinin bahsettiği aslında hak ediş sistemi olarak bizim zaten kanunda bir teminat yöntemi olarak sayılıyor yani teminat yöntemlerinden biri. Bankada eğer paraların hepsi toplanıp ilerleme seviyesine göre serbest bırakılıyorsa zaten biz bunu hak ediş sistemiyle teminat olarak kabul ediyoruz. Yönetmelikte tanımlanan. Orada şöyle bir şey var, müteahhitler orada paranın tamamına hemen ulaşamadıkları için ve buna bankayla kendi aralarında karar verecekleri için onu her firma, her bankayla tercih edemeyebiliyor. Sigorta açısından söyleyecek olursak aslında bina

tamamlama sigortasının belki de tek ve zorunlu teminat yöntemi olması çok mantıklı geliyor ama biz bina tamamlama sigortası bu haliyle yani o ikili yapı itibariyle tamamlama ya da para iadesi anlamında dünyada örneği yok. Amerika’da başka, Avrupa’da başka uygulanıyor. Biz ikisinin biraz karma modeli gibi oldu. İlk yıllarda sigorta genel şartları ilk yayınlandığında da hemen zaten ilk poliçe kesilemedi maalesef. 2015’te yayınlandı, 2017’de ilk poliçe kesilebildi. Şimdi de en son Nisan’a doğru 44 poliçe biliyorum. Hızlandı son dönemde. Bazı sigorta şirketleri girdi ama onların da ilk başlarda ilettikleri konu şuydu; çok ciddi bir reasürans kaynağı gerekiyor çünkü projelerin maliyetleri çok büyük olduğu için ilk zamanlarda yani genel şartlar ilk hazırlandığı zaman onların aktardıklarını söylüyorum; neredeyse bir sigorta şirketinin öz sermayesi kadar bir teminat vermeleri gerekiyor. Belki en mantıklısı sigortanın tek sigorta şeklinde olması ama geldiğimiz noktada o şuan çok mümkün görünmüyor zaten 30 konut sınırı da var teminatta bildiğiniz gibi. Dolayısıyla hak ediş sistemi de tek başına yani biraz çeşitlendirerek yapmak gerekiyor çünkü her firmanın finansman yapısı ve hangisini tercih edeceğini biz öngöremiyoruz maalesef.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Sigorta Tüketici Kanunu’nda var ama bazı belirsizlikler var bir de sadece tüketiciyi koruyor.

Derya GÜNGÖR ÖZÇELEBİ:

Aslında ön ödemede bir sorun da aynı projede bir de ticari alanlar var. Biz teminatta bina tamamlama sigortasının genel şartları yazılırken sigorta şirketlerinin çok takıldığı hususlardan biri şuydu; kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki arsa sahibinin hakları ne olacak? Bir de bu dükkan, ticari ofis gibi olan alanlar ne olacak? Çünkü bu bir bütün. Yani bina tamamlama sigortası o projenin bütününden bağımsız bir şey değil. Bu açmazlar var tabi biz o zaman söyledik, ek teminat olarak alınması ama bunu firma yaptırır, yaptırmaz; onun primini kim öder, kim ödemez? Bunlar çok tartışmalı konular ama yine de bunu yapmak isteyen bir firma olduğunda o açıkta kalmasın diye ek teminata da yazıldı ama asıl oradaki ticari alanlarla tüketiciler çok farklı esaslara tabi olarak işlem yapıyorlar ve en sıkıntılı kısmı da teminatta bununla ilgili.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

İki başlık daha var. Birisi, bilişim alanına ilişkin eserler hakkında uygulanacak hükümler ve yaşanan sorunlar çok geniş bir başlık. Öbürü, blok zincir teknolojisinin hayatımızdaki yeri ve dijital varlığın ödeme aracı olarak kullanılıp kullanılamayacağı. Bu da hem geniş hem de bir önceki tartıştığımız konularla ne kadar bağlantılı o da ayrı bir konu. Ama konulduğuna göre bir sebebi vardır. Önce bilişim alanına ilişkin eserlerle ilgili uygulanacak hükümler ve yaşanan sorunlar. Bu konuda kimler fikir beyan etmek istiyor, ne gibi problemler var. Ben bu konulara biraz

yabancıyım. Yaşımız icabı çok vakıf olabildiğimiz konular değil bizim, gençler daha iyi biliyorlar bu konuları.

Mehmet Egehan COŞKUN

(Sermaye Piyasası Kurulu Başuzman Hukukçu Yardımcısı):

Kısaca tanımlamak gerekirse NFT'ler üzerinde bir meta veri içeren kripto varlıklar olarak tanımlanabilir. Burada önemli olan içerdiği meta veri. Metaverinin özelliği bir ses kaydı olabilir, bir fotoğraf olabilir, bir dijital resim olabilir ama ifade edilmesi gereken şey NFT'nin farklı olduğu, içerdiği kod parçacığının diğer NFT'lerden farklı olduğu. Yoksa içerdiği metaveri olarak değil. Bu şekilde dijital varlıklarla ilgili olarak bu şekilde bir şey söylenebilir diye düşünüyorum. Sermaye Piyasası Kurulu olarak kat karşılığı inşaat sözleşmesi pek de ilgi alanımıza girmiyor.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Uygulamadan yaşanan sorunlar ve çözüm önerileri isteniliyor bizden. Bu kapsamda söyleyecekleriniz var mı?

Mehmet Egehan COŞKUN:

Sadece buradaki şöyle bir yanlış anlaşılma olabiliyor. NFT'ler eşittir fikri ve sınai haklar kategorisinde değerlendirilebiliyor ancak onun içerdiği metaveri önemli bizim için sadece bir dağıtık defterde farklı bir kripto varlık yani şöyle söyleyeyim size; belirli bir marka araçla içerisinde Monalisa tablosunun kopyalarını taşıyabilirsiniz tabii ki de ama o arabanın plakası farklıdır ama içerideki Monalisa tablosunun kopyaları farklı değildir, öyle düşünebiliriz metaforik olarak anlatmak gerekirse böyle bir uygulamada problem oluyor. Konuyla ne kadar bağlantılı orası tartışılır belirtmek isterim.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Yani, hukuki mahiyetinin açıklığa kavuşturulması lazım diyorsunuz.

Ahmet MEYDAN:

Bu konuyla ilgili değil ama mevzuattan kaynaklanan sorunlar diye en son konu başlığı olarak. Adi ortaklığın feshi ve tasfiyesi ile ilgili haklı nedenle fesih durumunda diğerlerinde sıkıntı yok bizim ilk derecede. Zaten adi ortaklık sona ermişse onun tasfiyesinde problem yaşanmıyor yalnız haklı nedenle fesih durumunda hem biz haklı nedenle feshi değerlendirip karar verip devam ediyoruz, tasfiye de yapıyoruz. Bu kanun yolundan geçmeksizin bu şekilde bitiyor ilk derecede iş. Bunun yerine haklı nedenle fesih durumu var mı yok mu? Mahkeme karar verdikten sonra ve Yargıtay'dan geçip kesinleştikten sonra tasfiye aşamasına geçilse ve kanun

buna göre düzenlenirse daha doğru olur gibi düşünüyorum ben. Çünkü biz zaten tasfiyeyle satış matış her şeyi yapıp bitiriyoruz. Aynı şey adi ortaklık sözleşmesi var mı, yok mu? O tartışma da oluyor bazen taraflar arasında. Biz adi ortaklık var dedik, tasfiye ettik, sonra dönüldü başa bu adi ortaklık değil.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Tabi konumuz değil ama bağlantılı bir şey. Boşanma davalarında da yaşıyoruz. Önce dava açılıyor kusur tespiti bilmem ne ve bunlar tabi kusurun tespiti özellikle ne ile ilgili? Nafaka talebi ve tazminat talebiyle ilgili. Ona karar vereceğiz derken dava uzayıp gidiyor. Orada da bir ayrılık var. Orada da bir ortaklığı tasfiye ediyoruz. Orada da deniyor ki; önce boşanmaya hâkim karar versin kesinleşsin öbürü daha sonra arkadan gelir deniyor. Sizinki de aşağı yukarı bunu hatırlattı. Yani fesihle ilgili karar verilsin ondan sonra tasfiye yavaş yavaş arkadan gelir diyorsunuz.

Ahmet MEYDAN:

Anonim şirketler veya limited şirketlerdeki gibi.

Yasin KİL

(Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Hukuk Müşaviri):

Blok zincir başlığı ile ilgili olarak davet edildik galiba, gelmişken birkaç şey söylemek isterim bununla ilgili. Sermaye Piyasası Kurulundan gelen temsilci arkadaşımızın da söylediği gibi bunun çok boyutu var blok zincir kripto varlık falan. Tabi bu bitcoinle başladı para mı değil mi gibi şeyler. Sonra metaverseden satın alınan arsalar, resimler gibi birçok farklı noktalara doğru evrildi. Biz merkez bankası olarak bunun ödemeler alanındaki etkisiyle ilgileniyoruz. Bunlar para mıdır, değil midir? Ödemelerde kullanılabilir mi, kullanılamaz mı? Bu konuda bir yönetmelik yayınladık. Kripto varlıkların ödemelerde kullanılmamasına dair. Konu çok boyutlu. Birçok tartışılacak noktası var. İlk 2012’de bu işlerle, 2009’da bitcoinin ortaya çıkması, 2012 yılında Türkiye’de kurumlar bu konu üzerinde kafa yormaya başlayınca ilk hukukçu olarak takıldığımız nokta şu oldu. Nedir bu? Mülkiyet tesis edilebilir mi bunlar üzerinde? Gayri maddi varlık konusu olan şeyler mülkiyete konu olabilir mi, olmaz mı gibi. Temel olarak, başlangıç olarak bir nokta olarak bu tür şeylerin de hukukçular arasında tartışılması, buna ilişkin çözüm önerileri sunulması, bu alan ister istemez artık hayatımızda ve önümüzde de daha çok olacak hayatımızda. Dolayısıyla bu konuda tartışılmasının önemli olacağını düşünüyorum.

Katılımcı:

Evet kripto varlıkların ödeme aracı olması dünyada hızla geliyor. Şuan Türkiye’de değil ama buna ilişkin çalışmalar olabileceğini düşünüyorum. Borçlar Kanunu’nda bir alt yapı hazırlanmasının faydalı

olacağını düşünüyorum. Bunun dışında metaverse alanının satılması vs. eşya hukuku alanına girecektir. Bu konuda da bir komisyon kurulup çalışma yapılması gerekir diye düşünüyorum. Gelecekte çok ciddi yer kaplayacak bu kripto alanı.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Bu konuda Medeni Kanunun 762. maddesinden hareketle bunların eşya sayılabileceği menkul eşya sayılabileceği noktasında görüşler de var. Çünkü taşınır mülkiyetinin konusu nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir.

Yasin KİL:

Var Hocam. Aksi görüşler de var. Zaten bunlar şimdi bir veri. Veride tasarruf nasıl olacak? Özel anahtar diyoruz. Özel anahtarın açıklanması sisteme yazılıma girmesi, zilyetliğin devri midir? Zilyetlik bunları eşya olarak kabul edersek, bunlar özel anahtar sayesinde mi zilyetlik devredilmiş olacaktır, olmayacaktır? Belirsiz bir alan. Fransız Hukuku'nda, Medeni Kanunda gayri maddi varlıklar üzerinde mülkiyet kurulabiliyor. Bizimki Alman Hukuku'na daha yakın. Alman Hukuku'nda ve bizim tüm eşya kitaplarımızda başlangıçta gayri maddi varlıklar üzerinde eşyanın konusunu oluşturmaz deniyor sonuçta ama baktığınızda biz bunu eşya gibi algılıyoruz. Sosyolojik olarak da öyle bir tarafı var. Benim 5 bitcoinim var diyorsam ben mülkiyetimde addediyorumdur bunu sonuçta. Dolayısıyla buradan bir başlangıç noktası olarak bu ödeme aracı olarak da tartışılması konusunda önemli. Neye dayanarak biz bunları tartışacağız? Resim, metaverseler falan konusunda da önemli ve ister istemez de bunları tartışmak ve çözümlendirmek zorunda kalacağız. Çünkü çağ oraya doğru gidiyor.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Ben katılıyorum bu noktada size. Dünya bir yere gidiyorsa onun gerisinde duramazsınız. Hukukçu olarak da ona bir çözüm üretmek mecburiyetindeyiz.

Katılımcı:

Bunlar merkeziyetsiz varlık olduğu için aslında ulus ötesi varlıklar yani ulusal düzenlemelerin ötesinde bir konu. O yüzden tüm dünya bu merkeziyetsizlikle ilgili bir çalışma yapması gerekiyor. Çünkü biz Türkiye'de var olduğunu sanıyoruz ama değil. Türkiye ile hiç ilgisi yok aslında onun. Vergi problemleri de çıkartabilir. Biz burada Borçlar Kanunu'nda bir alt yapı yapmamız lazım ve uluslararası belki de buna ilişkin bir kongre düzenlenmesi gerekiyor. Ulusal yasaların üstünde bir şey.

Katılımcı:

Beyefendi bu eşya mıdır, zilyetlik devri midir, olur mu, olmaz mı? Daha doğrusu Medeni Kanundaki eşyaya ilişkin düzenlemeler buna bağlı olarak da zilyetliğe ilişkin düzenlemeler uygulanır mı, uygulanmaz mı tartışmasında şöyle bir durum var verilerle ilgili. Eşyadan farklı olarak verinin kopyalanması gibi bir husus var. Yani orada zilyetlik devri çok yabancı bir mefhum. Bir şeyin kopyalanarak 2 kişinin de doğrudan zilyet olduğu gibi normalde bizim Medeni Hukukçuların kabul ettiği manada eşyada olması mümkün olmayan bir durum. O yüzden o hükümlerin doğrudan uygulanması ne kadar mümkün, ne kadar değil? Kopyalama mefhumu eşyaya çok yabancı bir mefhum.

Katılımcı:

Ben bir de ekleme yapmak istiyorum eşya hukukuna ilişkin olarak. Burada bir de akıllı sözleşmelerle aslında burada bir veri tabanından, verilerden bahsediyoruz ve bu veriler akıllı sözleşmelerin bilgisayar programı olarak tanımlanabilir çok kısaca. O verilerin dağıtılması. Örneğin işte 5 bitcoin var aslında bu veri yani bir kod olarak bir veri tabanında yansıyor. Bunun eşya olarak düşünülebilmesi biraz zor gibi geliyor. Akıllı sözleşmelerin değiştirilemez niteliği de buna biraz engel çıkartıyor. Diğer yandan uluslararası çapta düzenleme yapılması gerek hatta Amerika'da da Avrupa Birliğinde MİCA düzenlemeleri var yavaş yavaş 2024 yılında yürürlüğe girmesi bekleniyor. Hukuk anlayışları farklı olsa dahi Amerika'da da şuan MİCA tarzı bir düzenleme yapılarak uluslararası bir eşgüdüm sağlanması noktasında bir düşünce var. Hatta yoğun olarak var diyebilirim.

Katılımcı:

Bir de buna Borçlar Hukuku anlamında bakıyoruz ama işlem tüketici işlemi olur mu, olmaz mı? Bunun da muhakkak değerlendirilmesi lazım. Boş yere Borçlarda düzenleme yapmak sonucuna da varabiliriz acaba kripto varlıklar üzerinden işlem yapanlar tüketici mi, değil mi? Tartışılıp, 6502'de mi yapılacak değişiklik, 6098'de mi?

Katılımcı:

Bence burada kripto varlığın uygulama niteliğine de bakmak lazım. Örneğin hizmet tipi tipi kripto varlıkla dediğimiz zaman genel bir alanı kapsıyor tabii ki. Micada da diğer tür kripto varlıklar kategorisine giriyor bu. Örneğin bir araba yıkama uygulaması. Akıllı sözleşme ile siz bir kripto varlığı o sisteme gönderdiğiniz zaman arabayı oraya getirdikten sonra arabayı yıkıyor. Bu bir tüketici işlemidir. Ama kripto varlıklar farklı farklı amaçlarla kullanılabilirdiğinden dolayı. DEVO diye bir adi ortaklık tarzı bir ilişki kuruldu. Orada bir fon topluyor. Fonun nasıl kullanılacağı DEVO token adı altında bir tokenin kullanılmasıyla söz konusu oluyor. Oradaki kripto varlıkla buradaki kripto varlık farklı olduğu için çok daha geniş

kapsamda ele alınması lazım diye düşünüyorum. Zaten diğer tür kripto varlıklar genel olarak baktığımız zaman diğer tür kripto varlıklar düzenleniyor. Elektronik para olarak kabul edilen kripto varlıklara MİCANın uygulanmayacağı yahut yanlış hatırlamıyorsam, 80'lerde olması lazım elektropara tokenlarına da elektronik paranın payına ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtiliyor açıkça. Orada bir kripto varlık türlerine bakmak lazım ama genel olarak baktığımız zaman bir uygulama varsa evet bir tüketiciden bahsediliyor tabi somut olaya göre değişir diye düşünüyorum.

Katılımcı:

Merkeziyetçi bir yapı değil. Yani dağıtık bir sistemde ve dünyanın her yerinde bu zincirlerin üretilmesi, yazılımların, programların yapılması söz konusu. Bir de bizim şuanda herhalde mevzuatımızda kripto paranın tanımı yapılmış değil diye biliyorum. Öncelikle kripto paranın tanımının yapılması ve sonrasında bunun... olarak kabul edilip edilmeyeceği ve sonrasında bundan vergilendirme yapılacak mı, yapılmayacak mı? Bu alım satımlarda KDV uygulanacak mı, uygulanmayacak mı? Bunların hepsi zamanla önümüze gelecek olan uyuşmazlar ama bunu Borçlar Kanununda nasıl yerleştirebiliriz? Çok erken olduğunu düşünüyorum. Öncelikle bizim ülke olarak ve uluslararası gelişmeleri de dikkate alarak, kripto paranın tanımını yaparak bunu bir içselleştirmemiz lazım ondan sonra uygulamaya yönelik diğer mevzuat düzenlemeleri yapmamız gerekir diye düşünüyorum.

Yasin KİL:

Biraz önce bahsettiğim yönetmelikte bir kripto varlık tanımı var ama o yönetmelik uygulaması bakımından kısaca kripto varlık; dağıtık defter teknolojisi ve benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtım yapılan ancak itibari para, kaydi para, elektronik para ödeme aracı menkul kıymet ve diğer sermaye piyasacılarını nitelendirmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder diyor. Neden nitelendirilmeyen diye bir tanım yaptığımızı da sorarsanız? Bunların çok çok farklı türleri var. Bunlar bizim 6493 sayılı elektronik para kanununda elektronik para olacak nitelikte olanları da var bire bir itibari para karşılığında çıkan. Keza sermaye piyasası mevzuatının kapsamına girebilecek nitelikte de olanları var. Yönetmeliğin uygulanması bakımından bir tanım var.

Katılımcı:

Benim öğretilde gördüğüm şöyle bir yanılsama var. Yönetmelikte belirli unsurlar sayılmış; bu sayılmayan gayri maddi varlıklar denmiş. Yani kapsama alanı aslında tam bir tanım olarak değil de, öğretilde şöyle deniyor. Demek ki diyor, Merkez Bankası'nın kabulüne göre kripto varlıklar diğer sermaye piyasası aracı değildir. Ama diyor sermaye piyasası araçlarını belirleme yetkisi Sermaye Piyasası Kurulundadır diyerekten burada bir yetki aşımı olduğundan söz ediliyor. Bana göre Merkez Bankasının kapsama aldığı

ödeme hizmetlerinde yasakladığı kripto varlıklar, diğer SPA olarak sayılmayan kripto varlıklar. Tanım dediğiniz gerçekten yerinde oldu ama şöyle bir durum da var çok geniş bir alanı kapsadığından dolayı. Mesela bakıyoruz oradaki tanım şöyle; bir hakkın veya dijital değerin temsili ve dağıtık defter teknolojisi veya benzeri bir teknoloji kullanılan yani geniş anlam sadece hak değil, değer de giriyor. Dağıtık defter teknolojisi veya benzeri bir teknoloji de giriyor. O yüzden tam olarak tanımının yapılıp yapılamayacağı da problemlidir. Çünkü sürekli olarak teknoloji gelişiyor ve değişiyor. Gelecek gösterecek diye düşünüyorum sonuç olarak.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Şöyle kısaca toparlayacak olursak, dünya belli bir istikamette gidiyor bundan kaçış yok. Dolayısıyla her ne kadar yönetmelikte ödeme aracı olarak kullanılması yasaklanmış olsa da bu konunun hukuki mahiyetinin netliğe kavuşturulması icap eder. Bu konuda kanuni düzenleme yapılmalı ama konunun uluslararası boyutu var. Onu gözden ırak tutamayız denildi. Gerekirse kripto varlıklar ödeme aracı da olabilmeli denildi yanlış anlamadıysam. Eşya Hukuku bakımından tartışmalar var tabi zilyetlik, menkul mülkiyete olur olmaz bu noktada tartışmalar var. Tüketici işlemi sayılıp sayılamayacağı üzerinde duruldu. Kripto varlıklara ilişkin işlemlerin merkeziyetçi bir yapının olmamasının bir problem teşkil ettiği, tanımının kripto varlıkların kanunla yapılmadığı bundan kaynaklanan problemlerin olduğu ifade edildi. Tanımı yapılmalı, açıklığa kavuşturulmalı, vergilendirme hususu vs. bunlar da gündeme gelmeli. Ama karşı görüş olarak ta denildi ki, o kadar çok kripto varlık var ki üstelik teknoloji de sürekli değişiyor gelişiyor tam bir tanımını yapmak da zordur, denildi. Çok farklı bir konu, derinliği olan bir konu belki bir oturumun tek bir konusu olabilir bu. Uzmanların konuşması gereken bir mesele. Bunu da bu şekilde kapatmış olalım. Oturumu müsaadenizle yavaş yavaş kapatmak istiyorum. Hepinize katılımlarınızdan dolayı teşekkür ediyorum.

III. GRUP GÖRÜŞMELERİ

TARTIŞMA KONULARI

Kira Sözleşmesi ve Bina veya Toplu Yapı Yönetimi

Kira sözleşmesinin yenilenmesi veya sona ermesinden doğan uyuşmazlıklar,

Kira tespit davalarında esas alınacak kriterler ve bu alanda yaşanan sorunlar,

Kira uyuşmazlıklarının çözümünde alternatif çözüm yolları,
634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmayan bina veya toplu yapıların yönetiminden kaynaklanan uyuşmazlıklar,
Mevzuat ve uygulamadan kaynaklanan diğer sorunlar.

3.GRUP ÇALIŞMASI:

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU : (Oturum Başkanı):

Şimdi arkadaşlar bir defa hoş geldiniz hepinize. İnşallah verimli bir çalışma çıkartırız. Yani hakikaten kirayla ilgili uygulama bir defa burada. Tabii uygulamanın benim için, yani en uzakta kalan kirayla ilgili icra konusu, yani icra hukukuyla ilgili onu da doğrusu oradaki gözlemleri özellikle bekliyorum. Kendi adıma ve egoist bir yaklaşım belki ama. Bunun dışında arkadaşlarım yani uygulamadan bu kadar katılımın olması son derece sevindirici. Çünkü çok genel bir açıklama yapayım. Bu tamamen kişisel bir görüştür. Ben kira kanunu yani Borçlar Kanunundaki kira düzenlemesi beni hiç rahatsız etmiyor. Yeter ki, doğru okuyalım ve olmayanı var zannetmeyelim, var olanı da yok zannetmeyelim. Bana göre son derece iyi bir düzenlemedir. Yani çok arkadaş bilir, çok yerde de anlatıldı ama bir kere daha şöyle bir özet yapayım, ben şahsen kirayla çok uğraştım. Yani herhalde hepiniz en azından Haluk Burcuoğlu diye birini bu kirayla uğraştığını duymuşsunuzdur. Profesörlük takdim tezim de zaten buydu ve beni kirayla bu kadar uğraşmaya iten de öğrencilerimdir. Mesela biz güya borçlar özel anlatmaya kalktık bir sene. Senenin neredeyse %90'ı kiradan geçti. Çünkü öğrenciler çok ilgiliydi. Yani öğrenciler kanalize ediyordu dersi. Ve ben 6570 sayılı Yasanın Cumhuriyet tarihinin en güzel yasalarından biri olduğuna inandım. Hep hep harika bir yasasaydı, çünkü hepiniz biliyorsunuz dünyanın her yerinde kiracı kollanıyor. Ama hiçbir kanun 6570 düzeyine erişememiştir. Gerçekten söylüyorum ne Fransız Kanunu ne Alman ne İsviçre'de hiçbirisi erişememiştir. Son derece değerli bir kanundu. Şimdi diyeceksiniz ki o zaman niye kaldırdınız bunu Borçlar Kanunu yaparken? Turgut öz diye bir fenomenim var benim. Çok sevgili kardeşim, öğrencim. Kendisi haindir. Biz okuttuk gitti, Oğuzman'a asistan oldu, onu da söyleyeyim. Çok harika bir borçlar hukukçusudur, o da vardı

komisyonda. Durup dururken “Abi hepimiz buradayız. Biz niye kirayı Borçlar Kanununa koymuyoruz?” dedi. Ben karşı çıktım, olur mu 6570 aman ha filan diye. Fakat sonra bir oylama yapıldı dendi ki tamam kirayı da artık buraya alın. 6570 bu şekilde kaldırıldı ama her zaman söylüyorum. Ruhu aynen muhafaza edildi. Hatta bazı günahlarından da arındırılarak getirildi. Onun için ben kendi adıma kira düzenlemesinden fevkalade memnunum. Ha son zamanlarda ortaya çıkan özellikle kira parasıyla ilgili problemler bu kanunun hatası filan değil, bu ekonomideki zorluklar. Dünyanın her yerinde yaşanıyor belki ama bizde biraz daha fazla hissedildi. Bu gayet açık. Hangi şeye bakarsanız bakın, yani hangi düzenlemeye bakarsanız bakın asgari %70’lerde – 80’lerde geziyor enflasyon. Haklı olarak kiraya verenler de isyan ediyor, kiracılar da isyan ediyor. Yani ara sıra böyle sınırlamalar getiriliyor %25 falan gibi konutlarda. Bunları da tartışalım ve arkadaşlarım herhalde bu kadar kişi varız. Buradan inşallah olumlu, hepimizin katılabileceği şeyler çıkar ve böylece yani Türk hukukuna da büyük faydamız olur. Türk insanına da büyük faydamız olur. Çünkü biliyorsunuz kirayla ilgilenmemek zaten mümkün değil. Çoğumuzun kiracısı vardır veya kiracıyızdır. 2 tane konu var ki her zaman bunlar popülerdir. Mesela bir sempozyuma katılın ya boşanma anlatın ya kira anlatın. Taraftarınız çoktur. Herkes çok meraklıdır. Ama tutup da mesela ne bileyim Franchising Sözleşmesini anlatırsanız karşınızda beş kişi ya bulursunuz ya bulamazsınız. Yani onun için burada herkes kendi düşünceleri lütfen çok rahatlıkla söylesin. Tabii Kanunun şu andaki düzenlemesini de fevkaledle eleştirebiliriz. Biz buraya bunun için geldik. İnşallah tabii ortak noktayı varırız diyorum. Şöyle bir şey yapalım arkadaşlarım. Şimdi, özellikle uygulamadaki arkadaşlar mesela uygulamada biz şu sorunla karşılaşırız derlerse, yani o zaman belki hani adımız neyse akademisyen tarafı da bir şeyler yapmaya çalışır, destek olmaya çalışır. Ama kiranın arkadaşlar kimse kusura bakmasın, belki profesör tayfası bana kızacak ama teorisi filan olmaz. Kira uygulamadır. Öbür türlü masal anlatırsınız yani gerçekten Almanya’da böyle İsviçre’de böyle. Tamam, çok güzel de burası Türkiye. Onu da hep söylüyorum. Yani kira teorisi becerebilen varsa belki Sabri kardeşim yapar, Cahit kardeşim yapar. Ama ben bilmiyorum kiranın teorisi nasıl olur? Ama hep şeydim, kiracıdan yana tavır aldım açıkçası. Hep yanlış ata oynadım ama bundan da mutluyum. Bankalara karşı tavır aldım. Para orada, kiraya verenlerde para. Ben kiracı yanlısıyım. Nedense bilmiyorum ama tekrar ediyorum arkadaşlarım kimse kalkıp da yeni kanun kiracıları mahvetti demesin. Çünkü eskiden kiraya verenlerin rüyasında bile göremeyeceği onlar lehine düzenlemeler var. Mesela hemen bir örnek vereyim. Anneniz için kiracının tahliyesini isteyemiyordunuz değil mi? Ama eşleşinizi bağlamak için istiyordunuz. 1960 tarihli Yargıtay altıncı hukuk dairesi kararı hâlâ aklımdadır. Senai Olgaç’ın kitabından almıştım. Hayvanını bağlayabilir diyor. Eee annemi oturtacağım. Hayvanı bağlatmak benim ihtiyacım, annemi oturtmak onun ihtiyacı sayılıyordu. Torunlarının ihtiyacı olur mu olmaz mı çok vahşi böyle bir düzenleme vardı. Babası ölmüşse olur filan gibi ya sanki torunun ihtiyacı ölen babanın ihtiyacımız gibi son derece yapay bir şeyler yapılıyordu. Bunların hepsi kaldırıldı ve tabii arkadaşlarım bana göre kira düzenlemesinin getirdiği en büyük ve en önemli yenilik sona ermede özellikle konut ve çatılı işyeri kiralalarında 2 türlü sona erdirmeye yöntemi olduğunu, bir defa Kanuna geçirdik. Eskiden Borçlar Kanununda vardı, bir

de 6570 vardı. Şimdi bir defa bunu lütfen artık benimseyelim. Çünkü aksini söylemek kanunu okumamış olmak demektir. Kira sözleşmelere konut ve çatılı iş yerinden bahsediyorum. Bildirimle veya davayla sona erer. Bildirim dediğimiz fesihtir. Ne bileyim temerrüt nedeniyle sözleşmeyi feshederseniz. Akde aykırı kullanım, feshedersiniz. İşte kiracının ölümü vs olağanüstü sebep bunlara bildirim yoluyla sona erdirmedir. 347'ye göre sona erdirirsiniz ve ondan sonra açılacak dava da kimse kusura bakmasın tahliye davası falan değildir. Çünkü tahliye davası kira sözleşmesini sona erdirmeye yönelik davadır. İhtiyaç nedeniyle tahliye davası açtığınız zaman mahkemenin verdiği kararın kesinleşmesiyle kira sözleşmesi sona erer. Ama ben zaten temerrüt nedeniyle sözleşmeyi fesh etmişsem, ben bir daha sona erdirmeye yönelik tahliye davası açamam. Benim açacağım dava 334 eski 266 kiralananı geri verilmesidir. Ama hâlâ aslanlar gibi hemen hemen bütün kitaplarda temerrüt nedeniyle tahliye davası, akde aykırı kullanım tahliye davası lafları geçiyor. Bu kusura bakmayın ama çok büyük bir yanlışlıktır. Şimdi nerede o arkadaşım? Murat arkadaşımın kitabında çok güzel bir cümle hatırlıyorum, arkadaş hissetmiş. İşte temerrüt dediğiniz tahliye davası gayet güzel açıklıyor. Bu tahliye davası o tahliye davası değil, diyor. Doğru değil, o başka bir şey. Yani ben sona ermiş sözleşmeyi ikinci defa sona erdirmeye yönelik bir dava açamam. Bunu bir defa artık içimize sindirelim. Ne olur! Yani benim açacağım dava geri verneye yönelik. Yani 334 alın okuyun. “Kiracı, kiranın sözleşmesinin bitiminde aldığı şekilde geri verir.” diyor. Eski 266 da böyleydi. Biz niye hâlâ burada itiraz ediyoruz. Ama burada bir parantez açayım. Uygulamaya birazcık bir küçük eleştirim olacak. Çok sevgili öğrencilerimden Can Özede 2 ya da 3 sene önce bana bir telefon etti. “Hoca beni yakıyordun” dedi. Niye dedim? Bu arkadaşımız tutmuş, kendilerini öyle öğretmiştim. Dava açıyor temerrüt nedeniyle “Sözleşmenin Feshedildiğini Tespitine, Kiralananın Geri Verilmesine” talep bu. Hakim demiş ki “Sen ne diyorsun arkadaş?” Halbuki bütün öğrencilerime şunu söylüyorum, ben de bunu yapıyorum. Ayıp benim yapmam ama “Feshedildiğinin Tespitine” doğrusu bu (Feshine) devam ediyorum, “Kiralananın Geri Verilmesine (Tahliyesine)” yazıyorum ki milleti yakmayayım diye. Ama aslında doğrusu verilecek karar “Kira Sözleşmesini Feshedildiğini Tespitine ve Kiralananın Geri Verilmesine” olması lazım ama bu maalesef yerleşemedi. Benim tekrar ben karşılaştım, çok önemli sorun diye gördüklerimi anlatayım. Burada tartışalım. Bir de ürün kirasında 1600 senedir devam eden kimse kusura bakmasın ama kim izah edebiliyorsa Allah aşkına bana etsin. “İşletme ruhsatı devredilmeden ürün kirası olmaz” diye nereden çıktığını anlamadığım, anlamamda mümkün değil, bir görüş var Yargıtay'da 1000 senedir. İşletme ruhsatını devre edebiliyorsanız devam edelim. Hadi bana bir devreden işletme ruhsatını ben bi göreyim. İşletme ruhsatı devredilemez yahu. Eğer benim işletme ruhsatımla siz orayı işletiyorsanız siz kiracı değilsiniz. Benim temsilcim olursunuz, vekilim olursunuz, başka bir şey olursunuz. O kira sözleşmesi olmaz. Yani benim hemen aklıma gelen şeyler bunlar ve tabii uygulamadan gene çok yardım bekliyoruz açıkçası. Biz teorisyenler işte hiç sevmediğim bir laf bu olarak. Bu kira tespitinde neler yapacağız? Siz içinde yaşıyorsunuz. Biz dışarıdan ahkam kesiyoruz. Siz karşılaşıyorsunuz. Vatandaşla birebir ilgili olan sizsiniz. Burada da doğrusu ya ben görüşlerinizi son derece merak ediyorum. Çünkü dünya savaşı çıkmak üzere biliyorsunuz. Ve çeşitli böyle formüller

yaratılıyor kiracıyı çıkartmak için gazetelerde okuyoruz. Elektrik kesmeler, suyu kesmeler falan yani. Buralara geldik. Benim bir de son bir şey diyeyim isterseniz kızın. Kiraya verebilecek yeri olan vatandaş bu memlekette mutlu azınlıktır. Bu düşüncemi hiç kimse değiştiremez. Efendim işte dededen kalmışlar, gariban insanı onlar istisnadır. İstisnalar kuralı bozmaz. Ben bir yeri kiraya verebiliyorsam ben mutlu azınlığımdır. Bu memlekette yaşıyoruz, ayda yaşamıyoruz. Burada asgari ücret daha yeni 8.506 TL oldu galiba değil mi? Bunu da düşünelim. Ben bunları söyledikten sonra kusura bakmayın yani ben mümkün olduğu kadar az konuşmak istiyorum ve değerli uygulamacıların ve akademisyen arkadaşlarımla da görüşlerini almak isterim. Buyurun, efendim siz içinde yaşıyorsunuz mesela.

Figen NAZSIZ

(Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi Başkanı):

Ankara'da bir tane kira dairesi var, bölge adliye mahkemesi dairesi ve 4.000 tane dosyamız var. Sizin söylediğiniz bu ayrıntıların hiçbirine giremiyoruz maalesef. Yerleşik Yargıtay uygulamaları doğrultusunda temerrüt nedeniyle tahliye görüne veriyoruz Hocam. Ben sizi çok iyi anlıyorum. Keşke dosya sayımız binin altında olsa da biz de sizin dediğiniz gibi akademik yayınları takip etsek. Sözleşme feshedildi mi bildirimle yoksa o geri verme midir, tahliye midir? üzerinde durabilirsek. Maalesef böyle bir şansımız yok. Hele şimdi temyiz sınırı 237 bine çıkmış ki 4.000 dosyanın 3.900'ü bizde kesinleşecek. Dolayısıyla önümüzde bir Yargıtay içtihadı da olamayacak maalesef. Bu %25 uygulaması dahil uyarlamalar, pandemi nedeniyle uyarlamalar ve diğer bütün o ilk uygulamalar biz de kesinleşiyor. Dolayısıyla iş yükünün altında ezilmiş bir hâkim topluluğuyla burada karşı karşıyasınız. Biz sizden bekliyoruz önerilerinizi bize nasıl yardımcı olabilirsiniz diye.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Arkadaşıma katılmamak mümkün değil. Yani bu memlekette en zor mesleklerden biri hâkimliktir. Mesela işte ben kendimi düşünüyorum. Kira uzmanı Haluk Burcuoğlu. Bana da 1000 tane dosya verseniz mümkün değil. Yani bu otomatige bağlanmış bir şey gibi çıkartırım, başka bir çare yok yani. Ama şimdi bir de şu olay oldu tabii. Yani bir de istinaf diye bir şey yaratıldı son Hukuk Muhakemeleri Kanununda, faydası var mı yok mu bilmiyorum ama güya siz Yargıtay'ın işlerini azaltacaksınız. Bana göre Yargıtay'da hâlâ dosya numaraları 10000 civarında değil mi oralarda geziyor.

Figen NAZSIZ:

Hocam kira dairesinin sayın üyesi burada postaya çalışıyorlar. Evet, postaya çalışıyorlar. En sorunlu konu başlıkları dersiniz 2886 sayılı Yasaya göre tahliyeler Ankara'da büyük sorun. Bütün belediye taşınmazları davalık. Bir tane bile normal bir anlaşmayla tahliye yok maalesef. 2886 genel hükümlere tabi taşınmazlarda nasıl uygulanacak kısmı tartışmalı. Biz

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi ile aynı görüşte devam ediyoruz ama maalesef belediye taşınmazları yönünden büyük sorun var. Pandemi uyarlaması büyük sorun. Geçici kanunla gelen %25 ile ilgili henüz dosya gelmedi. O en çok eşimiz dostumuz işte hâkimler, avukatlar, akrabalar herkesin sorunu. Bununla ilgili sorun var ama kira tespit davaları bizde sorun olmuyor. Biz seri olarak çıkardığımız dosyalar Yargıtay 3. Hukuk Dairesiyle zaten oturmuş içtihatlarımız var. Orada hiçbir şey yok, sorun yok.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şimdi arkadaşlarım bakın siz tam yani bam telime bastınız ya ben bundan bahsetmek istemiyordum ama şimdi 2886 Belediye Kanunu vesaire birtakım şeyler var. Arkadaşlarım 339 uncu maddeye Allah aşkına bir bakın. Yani resim mi çizseydi kanun koyucu ne yapabilirdi ki başka türlü? Yani biz bu maddeyi Belediye Kanunu falanı bilerek de koyduk. Özellikle kamu kurumu ve kuruluşlarının hangi usul ve esaslar içinde olursa olsun yaptıkları bütün kira sözleşmelerine de bu hükümler uygulanır. Daha ne istiyorsunuz? Efendim o zaman niye mülga etmediniz? Edemezdik ki! Kamu kurum ve kuruluşları sadece konut ve çatılı işyeri kiraya vermiyor. Yani bunu hatta benim çok sevdiğim kardeşim Murat Aydoğdu da İzmir'de yazdı, eleştirdim kendisini. İzmir barosu dergisinde bir makalesi var. Ya bunu nasıl söylersin, yazıyor. Belediye kamu kurumu veya kuruluşu değil mi? Nereden çıkartıyorsun? Efendim o ayrı, özel, özel. Ben bilmiyor muydum özel olduğunu? Biz bilmiyor muyduk bu kanunu yaparken böyle bir kanun olduğunu? Tabii ki biliyorduk. Ve buraya onun için koyduk. Onun için koyduk ama hâlâ biliyorum. Belediyeler ayrı falanlar aynı. Niye ya? Neden? Neden? Yani bunu benim anlamam mümkün değil. Yazıyor Kanun. Başka türlü nasıl ifade edebildiniz? Tekrar ediyorum. Bu özel kanunu bizim iptal etme şansımız da yoktu. Pazar yeri kiraya veriyor, otoparkı kiraya veriyor. Orası başka zaten, orası konut ve çatılı iş yeri değil. Yani bu nasıl böyle birden alevlendi bilmiyorum. Mesela, burası yeri değil ama kafama taktığım bir şey daha var. Faiz sınırlaması 88 ve 120 nci maddeler ticari işlerde uygulanmazmış. Biz onu Hasan amcayla Ayşe teyze arasındaki borç ilişkisine getirdik sanki. Ya böyle bir şey olabilir mi ya? Nasıl olur bu yani? Elbette ki ticari işlerdeki faizi sınırlıyoruz. Yoksa Hikmet beyle benim aramda biz ne diyeceğiz %150 faiz mi diyeceğiz yani? Ben bunları katiyen anlamıyorum. Ve zaten hep şunu söyleyeyim, belki ayıp ediyorum ama ticaret hukukçuları Allah aşkına kendi alanlarında ötsünler. Bize karışmasınlar. Özel hukuk budur arkadaşlar. Medeni Kanun, Borçlar Kanunu gerisi hepsi palavradır. Ticaret Kanunuymuş efendim finansal kiralamaymış hepsini atın ya her şeyi burada yazıyor, yazıyor. Ben öbür kanunlardan hiçbirini takmıyorum. Hepsi var burada ya, hepsi var. Tüketicinin korunması dünyanın en hatalı kanunudur. Bu kanunda daha iyi koruyoruz tüketiciyi ama o kadar meraklıyız ki böyle 98 tür mahkeme var değil mi şimdi? Tüketici mahkemesi, deniz ticaret falan çok enteresan. Ve o tüketicinin korunması hakkında yüzünden hangi davayı orada, hangi davayı burada, biz avukat olarak nereye gideceğiz onu da bilmiyoruz. Hiçbir faydası yok, kafa karıştırmaktan başka. Aslına kanuna bakarsanız tüketicinin korunması diğer mahkemelere pek iş kalmıyor. Hatta İzmir'de bir tüketici mahkemesi arkadaş şu hâkimi arkadaş, peki diğerleri ne yapacak? dedim. Erkekler tavla

oynar kadınlar örgü öreri dedi. Yani bakarsanız öyle her şey oraya gidiyor. Şimdi lütfen bunları da bir düşünelim ama tekrar ediyorum dünyanın en zor mesleği bu memlekette hâkim olmak. Hiç, tereddütsüz. Başkanım siz nasıl formüle ederdiniz ya Allah aşkına bana bir söyleyin. Kamu kurum ve kuruluşlarının yaptığı bütün kira sözleşmelerine de bu hükümler uygulanır, diyor. Hangi hükümler konut ve çatılı işyeri düzenlemesine ilişkin hükümler. Ne yapabiliriz ki başka? Resim mi çizecektik? Ya bunu bu nasıl görmezden gelinir? Tekrar ediyorum o kanunu iptal edemezsiniz. Ama konut ve çatılı işyeri kirayı kim kiraya veriyorsa versin buraya olacak. Anlamıyorum, sonra bir de şu olay var. Bizde bana göre son derece yanlış bir anlayış var. Devlet, idare korunur. Elbette ki korunur ama affedersiniz, siz bunu açık açık söylemeyin. “Devletin korunmaya ihtiyacı var” demek bana göre ayıptır ya. İdarenin korunduğu hayır. Tam tersine. İdare Hukuku benim bildiğim kadarıyla alanım değil ama benim içim var. İdare beni ezmesin diye var. İdare Hukukunun başka bir anlamı yok ki, öyle değil mi? Gerisi usul. Ama bizde aman dokunmayalım, niye dokunmayalım? Tıpkı bankalardaki gibi efendim hukukçular yetersizmiş. Bana ne? Yeterlisini bulun kardeşim. Siz güçlü tarafsınız. Biz de bu anlayışın mutlaka değişmesi lazım. Yani kimse kusura bakmasın. Ben avukatım, bankalarla davalastığınız zaman 3-0 mağlupsunuz. 4 gol atmanız lazım. Kimse kalkıp bana hayır öyle değil demesin. Demesin, çünkü adım zaten banka düşmanına çıkmıştır. Ben bununla övünüyorum, onu da söyleyeyim açık açık yani neyse ne. Yani onun için söylüyorum arkadaşlar ne yapabiliriz? Siz mesela düzenleyeseydiniz ne yazardınız bana söyleyin onu yazın. Buyurun. Ben yapsaydım. Belediyeler tek tek ismini sayıp bunlarla ilgili olsa da filan mı ne demek zorundaydık, ne yapabiliriz? Başka türlü bir formül bulamıyorum.

Katılımcı:

Yargıtay örnek uygulamalarından...

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Ya gayet basit efendim. Ya kanundan bahsediyoruz ya kanun Yargıtay'ın önceki uygulaması teşekkür ederiz. Burada yazıyor. Önceki uygulamada böyle bir kural yok.

Katılımcı:

İstanbul'da okul kantinlerinde çok fazla bu örnek. Süre bitiyor, okul aile birliği devam etmiyor sözleşmeye. Yargıtay'ın görüşü doğrultusunda süre bittiye artık kiracı değilsin demeye başladık.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Tebrik ederim, yanlış yapıyorsunuz. Gayet açık söylüyorum yani yani affedersiniz ya kanun metni buradayken yani kanuna aykırı yorum olmaz.

Katılımcı:

Ama bozulunca yapacak bir şey de kalmıyor bizim.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Bir dakika, efendim, bakınız bozunca yapacak bir şey yani şimdi Hikmet bey çok kızacak ama.

Hikmet KANIK

(Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi):

Tabi yani tek taraflı böyle şey gibi oldu. Hani sırayla aslında görüşsek çok isabetli olur ama çünkü tek yönde böyle. Hani? Konferans gibi.

Haluk BURCUOĞLU:

Hayır bakın affedersiniz, ben zaten hiç konuşmayayım. Ben uygulamacılar için böyle şey bekliyorum. Ben sadece söyleyeceğimi söyledim. Bundan sonra ağzımı açmayacağım zaten buyurun.

Hikmet KANIK:

Şimdi arkadaşlar, öncelikle hepinizi katılımcıları saygıyla selamlıyorum. İyi bir çalışma günü olsun. Kira hukuku hocamın da belirttiği gibi gerçekten çok güncel, hayatın içerisinde bir olay. Toplumun %70'i kiracı veya kiraya veren sonuçta. Yani sizin kirayla ilgili bir sorunuz olmasa bile mutlaka tanıdıklarınızın, komşularınızın kirayla ilgili sorunları var. Nedir işte kira tespiti, tahliye falan filan. Dolayısıyla bizim kira hukukunu iyi bilmemiz gerektiği gibi hukukçuların da kira hukukunu iyi bilmesi lazım. Bunu gerçekten görüyoruz, yaşıyoruz toplum içerisinde. Tabii şimdi Türk Borçlar Kanunuyla kira mevzuatı biraz da tekdüze hale geldi, toparlandı diyelim. Tabii ki dışarıda kalan hükümler de var işte bunun en barizi 2886 veya işte SGK Kanunu falan gibi kanunlarda da kirayla ilgili düzenlemeler var. Ama en azından 6570 sayılı kanunun mülgasıyla tek mevzuatta toplanması biz uygulayıcılar içinde çok faydalı oldu. Bunun yanında daha önceki dönemde aksayan yönler vardı. Onlar düzeltildi, Hocam da belirtti, işte ihtiyaç kapsamı genişletildi. En azından kişinin hayvanı için ihtiyaç ihtiyaç iken işte eşi için de babaları işte usul furu içinde kapsama alındı, kardeşler alındı diyelim, daha sosyal boyut kazandı yani kiracının kiraya verenin ihtiyacı bakımından korumuş oldu. İşte bunun da en barizi nedir? 10 yıl uzama döneminden sonra kiraya verenin sebepsiz yere tahliye ve fesih hakkı getirildi. Tabi uygulamada şöyle bir durum var, ben de bunun tabi Yargıtay'da hissediyorum. Şimdi önceki kanun dönemindeki ihtiyaçlar şey içtihatlardan hemen sıyrılmak mümkün değil. Yani yeni mevzuat çıkarıyorsunuz. O mevzuatı uygulamaya başlıyorsunuz ama önceki dönemden de gelen birtakım içtihatlarınız var. O içtihatların bir kısmı işte

kanuni dayanakları var. Toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanan durumlar var. Yani şimdi biz uygulayıcılar hepimiz de farkındayız. Çok da toplumdan bağımsız yaşamıyoruz. Yani evimize gittiğimizde işte komşumuzun durumunu görüyoruz. Kendi durumumuz belli, kiracıysak veya işte kiraya veren isek kiracınız var. Dolayısıyla kanundaki uygulama ile toplumsal yaşantımızı bir şekilde önümüze dosya geldiğinde içtihatları oluştururken işin içinde yaşıyoruz. Yani empati yapıyoruz, biraz da o var. Şimdi tabii 2860'nın 75 inci maddesi önceden beri uygulanan veya mevzuatımızda olan bir düzenleme. İşte Devlet İhale Kanunundaki unsurlarla oradaki sayılan kurumların kiraya verdikleri durumda, işte süre bitiminde fuzuli şağil haline gelir. Yani burada çok açık bir düzenleme. Ama tabii Türk Borçlar Kanununun 339 uncu maddesinde özellikle konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından getirilmiş bir düzenleme. En azından daha önceki siyasi istismar konusu yapılan kiracı-kiraya veren ilişkilerinin bir şekilde önlenmesi. Hani bizde öyle olur ya? Belediyede yönetim değişince eski yönetimin taraftarı kiracıysa onun çıkartılıp yeni taraftar grupları kiracı haline getirilir ve onun dönemi bittiğinde hadi bakalım siz çıkın bizimkiler gelecek ya böyle bir şey oluyor. Eğer aynı grup iktidarını devam ettirirse zaten sıkıntı yok ama bu sefer de başkanın şeyleri gelir. Akrabası hemşerisi hep öyle. Yani maalesef toplumsal gerçeklik bu. Yani bunu hepimiz görüyoruz. Hani seslendirmiyoruz ama yaşadığımız şeyler bunlar. Dolayısıyla burada tabii şu da var, hani bunun şimdi konut ve çatılı işyeri kirası bakımından o kiracıya getirilen birtakım teminatların devam etmesi aslında kiracının lehine. Ama o yönetim değiştiğinde o taraftar grubunun diyelim kiracı haline getirildiğinde onların da bir kazanılmış hak gibi hani olacak oluyor öyle gidiyor yani şimdi tabii Devlet İhale Kanununun 75 inci maddesi özel kanundaki bir düzenleme. Ben tabii burada şunu da ifade etmek istiyorum, Yargıtay 3. Hukuk Dairesinde üyeliğe, göreve başladık. 2017 Ocak ayına kadar 6 ncı Hukuk Dairesi kiranın sahibiydi. İşte Yargıtay'ın küçülme politikası gereği altıncı hukuk kapatılınca dosyalar bizim önümüze geldi. Tabii ki oradaki arkadaşlar da geldi. Birkaç tane bu işi bilen arkadaşlar. Tabii biz önümüze dosyaları gelince ya bir gecede hani biz bilgisayar gibi hani bir program yükleyip de hani artık bundan sonra bu programı uygulayacaksınız denilmiyor. Hani belli bir hukuki birikim var onu da işin içine katarak önceki içtihatları da tarayarak ve yeni gelen arkadaşların da yol gösterisiyle dosyaları özümsemeye çalıştık. İşte içtihatların kimisini devam ettirdik, kimisini bazılarını tadil ettik, değiştirdiğimiz de oldu bu arada ama şimdi tabii 6. Hukuk Dairesinin eskiden beri uygulaması eskiden beri dediğim tabii Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonraki uygulaması Figen Başkanım da söyledi hep. Evet söyledi, evet, o da şeyi daha iyi bilir öncesini. Dolayısıyla 75'i biz dedik ya onlar dedi hani dediler tüm kira türleri bakımından işte süre bitiminde fuzuli şağil haline gelir. İşte aynı hocamın dediği gibi Türk Borçlar Kanununun 339 uncu maddesini bu düzenlemenin neresine yerleştirmemiz lazım veya bir değişik bir perspektif getiriyor mu, getirmiyor mu? Tabii onlar kendilerince izah ettiler. Hani şimdi yeni bir konu Daire olarak önümüze geldiğinde hani Yargıtay'ın bir görevi de nedir önceki ile sonraki arasında bir bağ kurmak, hukuki güvenlik ilkesini hâkim kılmak ve Türkiye'nin her tarafında da kanun maddesini aynı şekilde uygulamak hem zaman bakımından hem mekân bakımından. Dolayısıyla artık bu dostlar bizim mülkiyeyimize girdi. Bizim yetkimize de girdi.

Bugünden itibaren 75'i böyle uyguluyoruz deme şansımız yok. Eğer öyle olursa her konu yer değiştirdiğinde Türkiye'de ayrı bir hukuk düzeni tesis etmiş olursunuz. Dolayısıyla tabii ki 75 geldiğinde biz de arkadaşlardan izahat aldık. Açıklama aldık, gerekçe aldık. Onlarla bir şey yaptık, müzakere ettik bu konuyu. Yani onların tabii ki izahı bizlere tatminkar geldi. Tabii ki hocalarımızın görüşleri de önemli. Makaleleri de tarıyorum. Burcuoğlu Hocamla da birkaç böyle seminerde falan bir araya geldik. Bu konuları biz orada da müzakere ettik. Kendisine teşekkür ediyorum. Gerçekten, hani bu işin hem teorisini hem uygulayıcısı. Belki uygulama daha da öncelikli olabilir. Çünkü kendisi de kira hukukunu çok seviyor. Kendisi de bunu aynı zamanda ifade ediyor. Dolayısıyla tabii ki Hocamızın bu komisyonda da görevi veya başkan da olabilir. Hocam bilmiyorum, başkanı mıydınız kira bölümünün düzenlenmesinde? Çok da emeği geçti. Yani belki de 339'u kanun metnini alırlarken o düşünceyle 339 mevzuatımıza girdi ama işte 6. Hukuktan beri gelen düşünce, yani Devlet İhale Kanununun da 75 inci maddesi yürürlükte. Dolayısıyla o yürürlükte kaldığı sürece orada hangi kira türleri için bu 75'e göre süre bitiminde fuzuli şağil hale gelme durumu sınırlanmadığı için dolayısıyla tüm kira türleri için bu da yürürlükte, Borçlar Kanunu 339 da yürürlükte. Dolayısıyla "özel bir düzenleme olduğu için, kamu kurumlarının kiraya veren sıfatı orada özellikle vurgulandığı için" denilip "75'te yürürlükte, dolayısıyla kira türleri bakımından ayırım yoktur." düşüncesiyle bu içtihatlar devam etti. Yani "339 yürürlüğe girdiği halde 75'teki o düzenleme sınırlı kira türü bakımından uygulanır" denilmedi. Tüm kira türleri bakımından uygulanır, uygulanmasına devam edildi. Tabii şimdi Hocam da haklı yani oradaki 339'u diyor bizim getirmemizin sebebi konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından en azından süre bitiminde olmaması deniliyor. Ama şimdi kanun hepimizin bildiği gibi meclis tarafından onay kabul edilip Cumhurbaşkanı tarafından onaylandıktan sonra artık uygulayıcının malı oluyor. Ben mecliste oylama yaparken şu niyetleyken böyle düşündüm falan denildiğinde tabii ki biz onlara yorumda kullanıyoruz ama bir yerde o kelimelerin veya işte hukuk düzenindeki diğer mevzuatlarla karşılaştırılıp uygulamaya yön verme, biraz da uygulayıcılara kalmış, bizlere kalmış. Hani biz hani tekrar eskiden varmış bu belki 24 Anayasasında veya 61 Anayasasının bir dönemde uygulanmış. Uygulayıcılar kanun maddesindeki ifade şeklini anlamakta güçlük çektiklerinde meclis yorumu istermiş. Meclis de kanun maddesini gündemine alıp "ben burada şunu ifade etmek istedim" deyip yorum yapıyor yorum da tabii ki biz uygulayıcıların önüne geldiğinde o şekilde yorumluyoruz ama şu anda mevzuatımızda bu yok. Hocamın gerçekten düşünceleri böyle. Hani hakikaten ben de hani katılıyorum ama şimdi bir yandan da Devlet İhale Kanununun 75 inci maddesi dururken ve kira türleri bakımından bir sınırlama ayırım yapmazken 339 da bunun en azından konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından mülga edilmiştir veya uygulanmaz denilmiyor. Yani tüm kira türleri bakımından biz 75'i uyguluyoruz. Zaten içtihatlarımızdan da bunları görüyorsunuz ama ileride denir ki 75 te bir düzenleme getirilir işte konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından hariç olmak üzere veya bunun şekilde bir tesis edecek bir kelime bir cümle oraya yerleştirilirse, tabii ki biz o zaman o konutta çatılı işyeri bakımından 75'i uygulamayız. Bu konudaki benim düşüncelerim böyle. Tabii ki Hocam bu işin duayeni hani ikili bir şeye de girmek istemem. Hocam yani zaten müzakere şey de değil, bura

ortam hani öyle. Ben sadece Yargıtay'ın görüşünü açıklamak istedim. Şimdi bu konu böyle. Diğer işte ürün kirasından bahsetti Hocam. Gerçekten ürün kirasında da uygulama çok farklı yönlerde geliyor. Hani genelde siz de dosyalarla birebir muhatap oluyorsunuz, önünüze geliyor. Genelde kanı şu “mefruşatlı kiralama ürün kiralamasıdır”. Hani şey algı öyle. Hani bir avukata gidip şimdi sorsanız hani kirayı iyi bildiğini de söylese ilk başta dediği bu. Ama Yargıtay'ın eskiden beri, hocam da dedi, binlerce yıldır dedi Yargıtay böyle uyguluyor dedi. Biz de bu uygulamaya devam ediyoruz. Yani diyoruz ki “işletme ruhsatı çalışma ruhsatıyla ancak kiralanmışsa ürün kirasıdır” diyoruz ama bu tabii ki bu uygulamalarımız bizim eleştirilecek. Bu eleştirilerden de biz ders çıkaracağız. Belki ileride içtihat değişikliğine gideceğiz ama şu andaki uygulamamız bizim eski uygulamamızın devamı. E tabii ki bu nasıl oluyor dedi Hocam. Şöyle kira sözleşmesi yapılıyor. İşletme ruhsatıyla veya çalışma ruhsatıyla çalışan işletme bir şekilde noterden müdür tayini, bilmem işte şey tayini yoluyla gelirini, giderini, bütün personelin, hepsini o sözleşme kapsamında çalıştırılıyor. Yani uygulamayı böyle görüyoruz. Belki siz dosyalardan daha net görüyorsunuz. Bize gelen dosyalarda böyle, fiilen böyle icra ediliyor. Yani otel kirası, kafe kirası, sonra termal işte AVM, evet, benzinlik genelde uygulama bu şekilde. Şimdi tabii ki bu uygulamanın eleştirilecek yönü de olabilir. Dediğim gibi, eğer bu eleştiriler, makaleler, bilimsel görüşler etkin hale geldiğinde belki de Yargıtay tabii ki ileride bir görüş değişikliğine gidebilir veya mevzuata bir hüküm eklenir. Hani bir açıklayıcı durum konabilir. Konulduğunda tabii ki biz de bunları dikkate alırız. Şimdi tespit dosyaları denildi. Hakikaten tespit şu anda oturmuş durumda ama ben uygulamada şunu görüyorum. Belki siz dosyalarda daha net görüyorsunuz. Şimdi Yargıtay'ın Borçlar Kanunu öncesindeki uyarlama kavramıyla yeni düzenlemedeki uyarlama kavramları çok farklı. Öncesindeki uyarlama 3 yıl sürenin dışında kalan daha uzun olan kiralamalarda ki kira belirlemesini tespitini Yargıtay uyarlama sıfatıyla isimlendiriyordu. Yani biz uyarlamadan önceki uygulamada bunu anlıyorduk ama yeni mevzuattaki uyarlama 138 inci madde de ayrı düzenlenmiş. Dolayısıyla eski mevzuatı bilen eski uygulamanın içine gelen avukatların ben dilekçelere bakıyorum. Yani amacı kira belirlemesi ama diyor ki kira diyor uyarlansın. Ya uyarlama o değil. Artık yeni mevzuatımızda uyarlama farklı bir şey tabii biz o zaman ne yapacağız? Kürsüde isek izah isteyeceğiz. Senin uyarlamanın 138 anlamında mı yoksa 344 anlamında mı? Dolayısıyla hani buradaki kelimelere çok bağlı kalırsak hak kayıplarına yol açıyoruz. Şimdi davacının amacı 344/3 anlamında bir kira belirlenmesini isteme ama kelimeler uyarlama istiyorum diyor veya şeyde çok karıştırılıyor. Ayıpta. Ayıp nedeniyle bedel tenzili yapılacak diyor ki işte kiralanana kullanamıyor müvekkilim, kira bedeli uyarlansın. Ya uyarlama o değil ki, olağanüstü bir durum olacak falan ama buradaki işte kelimelere de tabii ki çok bağlı kalmamak lazım. En azından talepçiden bir izahat istemek, açıklama istemek gerekir diye düşünüyorum. En çok dosyalarda bunda çok tereddüt yaşıyoruz. Yani gerçekten burada davacının talebi 138 anlamında bir uyarlama mı yoksa işte ayıp nedeniyle bedel indirme mi yoksa 344/3 anlamında kira belirlemesi mi? Çünkü talebe göre inceleme yapılır. Değil mii HMK 26 ncı maddede hüküm var, talep aşılmaz yani talep değiştirilmez bir taleple bağlıyız. Dolayısıyla tespit kurumu veya işte belirleme diyoruz artık. Eskiden tespit ediyorduk da şu anda kanun

maddesi belirleme. Belirleme davaları da hemen hemen oturmuş durumda. Bilmiyorum bize intikal etmeyen sıkıntılar var mı? Tahliyeler, şimdi tahliyelerden de hakikaten bu işte hocam da dedi. Elektrik, doğalgaz su. İşte ne diyor? Tesisatta ben değişiklik yapacağım. Dağıtım şirketine bir dilekçe verip elektriğini kestiriyor, suyunu kestiriyor. Ondan sonra da ne değişiklik var ne proje var. Kiracımız üşüyor, susuz kalıyor, elektriksiz kalıyor. Yani hakikaten, yani insanlarımız da çok mahir. Hukukçularımız da çok böyle yetenekli bu konularda ve uygun çözümler buluyorlar. Sırf kiracıyı tahliye edebilmek. Tabii burada şu da var. Şimdi tabii kiracıyı koruyacağız işte Tüketici Kanununda tüketici korunur. Kira Kanununda işte kiracı korunur, İş Kanununda işçi korunur. Ticaret Kanununda zaten her iki taraf tacir, ikisini bir koruyoruz, tacirleri koruyoruz ama burada devletin de hakikaten %25 belirlemesi biraz da mülkiyet hakkına tecavüz olur mu olmaz mı? Bunu da tabii değerlendirmek lazım. Daha önce Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları var. İptal kararlarında da diyor ki, sen diyor, vatandaşın mülkiyet hakkına tasarruf hakkına müdahale edemezsin siyasi irade olarak. Şimdi Avrupa örneklerini mesela genelde veriyorlar Hocam. Avrupa örneklerinde de Almanya'da kiraya verilen taşınmazların % 80'i belediyelerin. Sosyal konut. Tabii ki kamu kurumu kendi gelirinden safınızı ederek kirayı istediği gibi düşünebilir, oynayabilir. Ama şimdi burada vatandaşın hasbelkader işte mirastan gelmiş, tabii mirastan gelmeyenler de var. Taşınmaz sahibi olup yüzlerce dairesi olanlar da var ve onlar da mülkiyet hakkı sonuçta ama. Onlar belki biraz haklarından ödün verebilir ama mülkiyet hakkı sahibinin de haklarını korumamız gerekiyor. Hani hak ve nefasete göre değerlendirmemiz gerekiyor. Dolayısıyla bu tabii siyasi iradenin bir tasarrufu biz bir şey diyemeyiz. Anayasa Mahkemesine gidildi mi bilmiyorum mahkemelerde. Anayasaya aykırılıktan gidildi ise Anayasa Mahkemesi zaten bunu değerlendirecek. Ama değerlendirme kadar zaten 1 Temmuz gelecek, geldiğinde de iş bitecek. Evet, bu konuda da düşüncelerim bunlar. Ama tabii bu kanun güzel, çok güzel ama belki birkaç maddesinde ilaveler gerekebilir. Biraz daha açıklama gerekebilir, istisnalar getirilebilir. Şimdilik benim bu konularda görüşlerim bunlar teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Ben teşekkür ediyorum.

Figen NAZSIZ:

İzin verirseniz bende bir cümle eklemek isterim. Ben 2005 yılından beri kapatılan Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin tetkik hâkimiydim. Dolayısıyla 2012 yılında Borçlar Kanunu yürürlüğe girdiğinden önceki ve sonraki uygulamayı da biliyorum. O dönemki Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Başkanı, Ankara'daki akademisyenlerden görüş aldı. 2886 mı uygulanmalı yoksa Borçlar Kanunu ilgili maddesi uygulanmalı diye heyet tartıştı ve 2886'nın özel yasa olması nedeniyle uygulanması gerektiğine karar verildi. Bununla ilgili tek bir istisnai karar çıkmadı. Hukuk Genel Kurulu'na yüzlerce dosya gitti. Ve şu ana kadar arkadaşlar tereddüt ettiklerini bana da söylediler. Biz tereddütsüz uyguluyoruz. Çünkü bir tane bile Genel Kuruldan ya da ilgili

eski 6. Hukuk Dairesinden ya da 3. Hukuk Dairesinden aksi bir karar çıkmadı. Dolayısıyla yasa bu şekilde oturdu. Bunun dışında üniversiteler tabi değilken 2886'ya, Kanun Koyucu yeniden bir irade gösterdi. Onu da ilave etti. Bu uygulamalardan farklı düşünseydi “Biz yasada böyle dedik. Bunu Yargıtay yanlış uyguluyor.” deseydi onu da eklemeydi diye şahsi kanaatim olarak söylüyorum. Onun dışında Anayasa Mahkemesine gidildi. 2000 yılındaki kriz nedeniyle artış şartına müdahale edildi. Anayasaya ve mülkiyet hakkına aykırı olmadığı kanaatine varıldı. Sanırım haricen öğrendiğime göre 2 dosyada %25 için de Anayasa Mahkemesine gidildi. Ne kadar verilecek bilmiyoruz. Ama ben hem İstanbul'da kirada kızı oturan biri olarak, kiracısı olarak biri olarak söylüyorum, %25'e ihtiyaç vardı. Çünkü kızımın 4.000 liraya oturduğu evin ev sahibi 20.000 TL istiyor. Şimdi 20.000 liraya benim kızım zaten aldığı maaşı vermesi gerekiyor. Bu bir sosyal politika. Hükümet, şahsi kanaatimi söylüyorum, bir denge kurdu. Tamam, kiraya verenlerin aleyhine kurmuş olabilir. Ama yangına azıcık su serpmesi gerekiyordu diye düşünüyorum. Çünkü benim kızım oturamazdı. Biz çıkmak zorunda kalırdık. 20.000 lirayı ödeyemezdik. Dolayısıyla evden çıkmak zorunda kalırdık.

Katılımcı:

Hocam, afedersiniz sözünü kestim. Kira tespitini de arabuluculuğa tabi olacağı söyleniyor. Bu müdahale, hani yani serbestçe tasarruf edilemiyor gibi bir sonuç çıkar mı? Sizce Arabuluculuğa tabi mi hocam? Yani sözünüzü kestim.

Katılımcı:

Şöyle, ben bir cümleyle hemen kapatmak istiyorum. Biz Yargıtay'a geldiğimizde Yargıtay üyeleri kiracıydı. Şimdi ben dahil herkesin evi var. Dolayısıyla kiracı lehine karar veriliyor bakış açısı değişti. Hep kiraya veren lehine diye kararlar çıkıyor diye böyle bir eleştiri de var. Şahsi kanaatim arabuluculuğa gidilmesi müdahale değil. Çünkü arabulucuda anlaşılmazsanız gelirsiniz, davanızı açarsınız diye düşünüyorum. Kira dosyalarının arabuluculuğa, zorunlu arabuluculuğa tabi tutulmasından yanayım. Ancak ortaklığın giderilmesi konusunda çekincelerim var. Genel Müdürlüme de anlattım, o farklı düşünüyor olabilir ama ortaklığın giderilmesi davasını arabuluculuğun çeşitli sakıncaları olacağını düşünüyorum. Kira tespit davası da dahil arabuluculuğa gidilebilir, anlaşamazlarsa dava açılır diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Buyurun efendim.

Sabahattin ÖZTEMİZ

(Yargıtay 12. Hukuk Dairesi Üyesi):

Çok özür dilerim. Yargıtay üyelerinin hepsinin evi yok. Yargıtay üyelerinin çoğu kirada oturuyor. Onu da belirteyim de. Hatta benzer

mağduriyetler yaşandı. Ev sahipleri evi sattığından, Yargıtay üyeleri ev arıyorlardı. Sıkıntı onları da vurdu değil mi? Şimdi ben icra dairesinden geldiğim için daha sonra farklı mesleklerden uygulayıcılardan sıkıntıları dinledim.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Sayın Başkan ben söz alabilir miyim?

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Buyurun lütfen, Faruk hocam.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Değerli katılımcılar ben hani bir yöntem açısından intikal edemiyorum. Yani biz ne konuşuyoruz tam olarak özür dilerim. Yani bir başlık mı belirleyelim, nasıl yapalım, böyle genel. Evet sorun bu. Tamam Devlet İhale Kanunu öyle mi? Onu mu konuşalım Hocam?

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Affedersiniz, ben belki böyle kendimi fazla ortaya attığım gibi geliyor ama şimdi ben iyi kötü hani bu kirayla çok uğraştığım için yani ben uygulamacıyım aynı zamanda ben 40 yıllık avukatım. Yani benim aklıma gelen birtakım sorunları buraya gündeme getirdim. Hani bir başlangıç olsun diye. Ya işte zaten Yargıtay da kendi düşüncesini gayet net bir şekilde açıkladı. Katılırsınız, katılmazsınız ayrı. İyi ki var zaten fikir çatışması olmadan doğruyu bulamayız. Çok da teşekkür ediyorum Hikmet beye değerli hemşerime ve yani bu çok da güzel oluyor. Hani varsa senin aklında başka böyle bir sorunlar, uygulamacıların hepsi burada. Biz öğreneceğiz yahu. Akademisyen makademiye bırakın yani kiranın akademisyeni olmaz. Farukcum. buyur canım.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

İsterseniz öyle yapın başlığı takip edin siz. Orada başlıklar var ya biraz daha büyütebilir miyiz çok okunmuyor ya. Tamam, tamam şimdi.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

O zaman zaten yani öyle onu galiba ilk söylediğim de oydu. Vallahi oraya bakmadan söyledim. Ciddi söyleyeyim, ben onu görmedim. Sadece o değil yani. Afedersiniz mesela sona ermesi diye bir laf var değil mi yanlış görmedim? Sona ermenin 2 türlü olduğunu bir defa bir orada bir hemfikir olalım bir defa. Yani hakikaten dava yoluyla ve bildirim yoluyla sona erme

kanun gayet açık. Yani onun için, yani hakikaten biz temerrüt nedeniyle tahliye davası dediğimiz zaman Murat kardeşimin dediği gibi başka bir tahliye davası anlamamız lazım. Aksi takdirde tahliye davası hepimiz kabul ediyoruz, hiç aksine bir tek görüş okumadım. Ha pardon Murat İnceoğlu'nun bir şeyi vardı, o harika bir kitaptır. Murat'ın kitabı 2 cilt çok güzel. Bana göre yazılmış en iyi kitaptır. Bir çok yerine katılmıyorum ama çok emek vermiş kardeşim. O mesela "ihtiyaç nedeniyle tahliye davasında da aslında sözleşme sona ermiştir." gibi laf ediyor. Yani orada da. Alın okuyun yani ben de bilmiyorum, ben de katılmıyorum ama öyle diyor. Onun dışında herkes bunun yani tahliye davasının sona erdirmeye yönelik bir dava olduğunu söylüyor. Öbür tarafta fesih varsa zaten sözleşme sona ermiş. Yalnız Yargıtayımızın bazı Daireleri -aklıma gelen mesela 15 var- sen kim oluyorsun da fesh ediyorsun kardeşim? Fesihe ancak hakim karar verir diyor. Ve bu. (Eser sözleşmelerinde bunu diyorlar) Ama kusura bakmayın ama bu bu arkadaşlar hukuk fakültesini bitirdi mi hakikaten çok merak ediyorum. Belki ağır söylüyorum ama fesih tek yanlı karşı tarafa ulaşan sonuç doğuran bir hukuki işlemdir. Hakim feshe karar veremez. Mümkün değil bir tek hal var. Adi ortaklıkta değil mi Faruk? Adi ortaklıkta mahkeme fesheder diyor. Onun dışında bir tane hal bulamazsınız.

Prof.Dr. Faruk ACAR:

Yazdırın onu hocam yukarıda bak görüş ve öneriler diyor ya oraya deyin mesela fesih ve tahliye davası diyor. Yani en azından bizde notlanmış oluruz. Katip herhalde değil mi? Siz mi yazıyorsunuz?

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şimdi söyleyeyim arkadaşım. Bildirim yoluyla sona ermeden sonra açılacak dava TBK 334'e dayanan kiralamanın geri verilmesi davasıdır. Sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik tahliye davası ise sadece yasada ön görülen hallerde söz konusu olur. Öbüründe zaten yani açacağınız davada mahkeme tahliyesine demeyecek. Zaten sözleşme bitti, hatta Figen Hanım galiba söyledi. Çok doğru, çok isabetli, fuzuli şağil. Hikmet Bey de söyledi. Fesihten sonra siz orada artık kiracı da değilsiniz yani. Ve bildirim yoluyla sona erdirmişseniz kiracı değilsiniz. Eski kiracısınız olsa olsa diye düşünüyorum. Tamam mı arkadaşlar? Evet. Sonra ne yapalım?

Katılımcı:

Sayın hocam şimdi oradaki başlıklar örnek kabilinden sayılmıştı. Aşağıdaki ifadelerden onu anlıyorum. Benim şöyle bir yöntem önerim var, şu ilk, yarım saat, bir saat bir somut önemli konu başlıklarını belirlemeye mi ayırsak şimdi sona erme çok geniş bir üst başlık. Yani bunun altında çok fazla alt başlık konulabilir. Yani mesela benim not aldığım tahliye taahhüdü şu, tarihsiz tahliye taahhüdü mesela başlı başına ele alınması gereken bir konu olduğunu düşünüyorum. Çok can yakıcı bir konu. Bir başkası İİK'nun 135'te bir hüküm var. Bu sebeple bir cebri icra yoluyla taşınmaz satıldığında

içindeki kiracı 15 gün içinde tahliye edilebiliyor. Bu hükmün İcra İflas Kanununun Yargıtay tarafından uygulanması çok katı gibi. Birkaç başlık var. Benim not aldığım hepimizin vardır. Acaba bunlardan böyle somut konu başlıkları belirlesek mi? Ne dersiniz bilmiyorum.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Arkadaştan gelen son derece güzel bir uyarı. Ustası da burada tabii.

Sabahattin ÖZTEMİZ:

Menfi tespit davalarının kesinleşip kesinleşmemesi. Mesela icra takiplerinde biz kesinleşmesini beklemiyoruz. Ancak menfi tespit davası kesinleşirse icrayı durduruyoruz, o tartışılabilir. Yani bize gelen eleştiri o niye beklemiyorsunuz şeklinde ama uygulama o kesinleşmeyi beklemiyoruz. Daha önce kesinleşmiş ise evet.

Katılımcı:

Çok can yakıcı konular bunları böyle başlıklar olarak belirtsek.

Sabahattin ÖZTEMİZ:

Kira sözleşmesini kabul edip, imzayı da inkar etmemiş ise...

Figen NAZSIZ:

Zaten bir şeyleri acele yapılınsın, insanlar haklarını alsın.

Sabahattin ÖZTEMİZ:

Şimdi biz neticede dar yetkili mahkemeyiz icra mahkemeleri, yani sulh hukuk mahkemesinin verdiği kararı kaldırma yetkimiz yok. Hayır. Yani kaldırma yetkimiz yok, kira sözleşmesi varsa 269 uncu maddeye göre tahliye ediliyor. Acil işlerden. Hayır, neticede şu da var...

Figen NAZSIZ:

Tahliye taahhüdünde de hiç tereddütsüz uyguluyoruz. Kafamıza takılan bir konu değil. Beyaza atılan imza ve sonucuna katlansın diyoruz. Tek istisnası icra mahkemesinde tarih ve imzası ikrar edilmiş olmadığı için genel mahkemede bakılır diyoruz ve bizim seri olarak karara bağladığımız.

Sabahattin ÖZTEMİZ:

Az önce kanunlar, kimi koruyor bahsedildi ama. Tam tersi İcra İflas Kanunu hem alacaklı hem borçluyu koruyan bir kanun. Dengeyi gözetmek zorundasın ikisi arasında. Şimdi menfi tespit davasının kesinleşmesini beklediğiniz zaman kötü amaçlı bir kiracı borçlu yargılamanın o kadar uzun sürdüğü enflasyonist ortamda ne kadar kâra geçer? İstanbul kiralarını göz önünde bulundurun. Yani sadece kiracıyı korursanız bu sefer alacaklıyı mağdur edersiniz orada. O da var.

Figen NAZSIZ:

Bir de bi sorun, bizde belediye taşınmazları ile ilgili çok dava olduğu için genel hükümlere tabi taşınmazlara da akde aykırılık nedeniyle feshi ihbar gönderiyor. Ve sözleşmeyi fesh ettim diyor ve çıkmasını istiyor. Bununla ilgili hani biz Yargıtay 3.Hukuk Dairesi ile aynı tarzda karar veriyoruz ama ben merak ediyorum hocalarımız ne düşünüyor? Biz diyoruz ki fesih yeterli değil mutlaka tahliye davasıda açılması gerekiyor. Fesh ederek genel hükümlere tabi bir yerde akde aykırılık nedeniyle sözleşmeye uymaması nedeniyle fesih yeterli değil diyoruz buna çok eleştiri geliyor. Devamlı maddi hata dilekçeleri geliyor. Ben merak ediyorum hocalarımız bu konuda neler düşünüyor.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Yani bilmiyorum arkadaşlar ne düşünüyor? Ama hiç olmazsa bu yönüyle kanun uygulanmış oluyor en azından diyeyim. Çünkü ben hala aynı görüşteyim. Yani 339 varken başka bir şeyin uygulanmasını ben kabul edemiyorum. 30 senedir böyleymiş falan bunlar tamam anladım ve tekrar ediyorum. 339 burayı konulurken biz hepimiz Belediye Kanunu da diğer kanunları da biliyorduk. Özel kanun, genel kanun tamam güzel de sonraki kanun da öncekini kovar. Bir de bu tarafı var. Yani o amaçla konuldu. Yani kamu şeyleri özellikle bir sınırlama getirmek için konuldu. Yoksa niye böyle bir madde konsun ki? Peki bu maddeyi başka nerede uygulayabilirsiniz? Yani ya 2 tane ihtimal. Dersiniz ki Kanun Koyucu aptal, kanun koyucu değil tasarımı hazırlayanlar aptal, kanun koyucuya gitmeyelim böyle dersiniz. Ama füzuli bir şey koymuş olursunuz. Eğer buna bir işlev verecekseniz ne yapacaksınız? Bana söyleyin nerede uygulayacağız? Hadi bir söyleyin.

Hikmet KANIK:

Hocam, belediye şimdi diyor ki sen diyor mesela bir kafe işletiyorsun, içki servisi yasağı var sözleşmede. Adam orayı içkili restaurant olarak kullanıyor. Belediye diyor ki sen diyor, akdi aykırı davrandın diyor. Sözleşmenin 62 nci maddesi var. Matbu sözleşmelerde diyor ki sen içki servisi yapıyorsun, senin sözleşmenin fesh ettim diyor, yazılı fesih iradesi gönderiyor. Bu sefer bu iradenin karşı tarafa bildirimini diyelim ulaşmasıyla sözleşme bitti dersek farklı madde uygulanacak. Ama biz diyoruz ki Borçlar

Kanununun 316 akde aykırılık var ya orada diyoruz önce 30 günlük süre vermek lazım. Hani akde aykırı davranıyor, onu bekleyecek, ondan sonra mı? Yani böyle bir uygulamada şey var. ... Tabii Devlet İhale Kanundaki 62 nci madde mi uygulanacak yoksa 316 mı? Biz orada 316 uygulanacak diyoruz zaten. Çünkü özel düzenleme yok diyoruz.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Teşekkür ederiz. Bari orada uyguluyorsunuz diyorum ben başka bir şey demiyorum. Arkadaşım buyurun

Katılımcı:

Hocam çok özür diliyorum. Ben Umut hocam gibi düşünüyorum. Şöyle kendimi arz etmek isterim. Ben sizin Galatasaray'dan öğrenciniz. Faruk Hocamın asistanlığını yaptım. Yargıtay Daire Üyemizle bilimsel toplantılarda hep bir araya geliyoruz. Şimdi sorumuz Hocam bizim sizi dinlemek istiyoruz. Sadece bir başlıklar halinde. Yani isterseniz şöyle yapabiliriz, yani şöyle Hocam arz etmek istediğim husus şu, mesela genç bir akademisyen olarak acaba siz ve Yargıtay ve BAM üyemiz, hocalarımız, örneğin ürün kirasındaki iyi işletme borcundan ne anlıyor? Ne zaman iyi işletilmemiş olacak? Yargıtay'ın kafasında birtakım hani kriterler var mı, yok mu? Yani buraya kafamızda pek çok sorunla geldik Hocam. Hani sizden istirhamım konu başlıklarını sizlerin belirleyip, ona göre belki sizlere soru sorma hakkımız da olursa sevinirim. Çünkü mesleğin duayenisiniz. Yani ben kira konu şimdi Faruk Hocadan öğrendim. Asistanını yaptığım öyle ama hocam yani asistanlığını yaptığım dönemde öğrendim, aklımızda ve siz burada bulmuşken belli başlıklar altında ilerlemek var. Arkadaşımız hukukçu olmadığı için ben sekreteryayı da alırım üstüme yazarım yani yani bir sonuca böyle daha rahat gideriz gibime geliyor yani. Takip etmekte zorlanıyoruz hocam.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Arkadaşım, affedersiniz yani şimdi en son dendi ki şuraya bakalım. Bakıyoruz.

Katılımcı:

Siz yeni başlıklar da eklerseniz, Hocam oradaki çok sınırlı. İşte tahliye taahhüdüyle ilgili.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Buyurun Murat kardeşim söylesin.

Katılımcı:

Benim önerim hocam madde madde gidelim derim ama madde madde gitsin. 299'dan başlayalım madde madde gidelim derim. Evet. Daha mı böyle verim alırız Hocam? Söz almak isteyen madde ile ilgili konuşur, devam ederiz, o şekilde bilmiyorum. Ben hani böyle düşünüyorum.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Ne dersin?

Katılımcı:

Takdir sizin yani. Tabii ben de alabilirim.

Av. Doç. Dr. Ahmet AYAR

(İstanbul 1 Nolu Baro):

Hocam çok affedersiniz. Şunu da teyit etmek gerekecek. Zannediyorum, şimdi burada tartışma konuları adı altında alt başlıklar oluşturulmuş. Yani bunlara da bizim riayet etme durumumuz varsa öncelikle bence bunları tamamlayalım. Çünkü siz gün sonunda bir açıklama, bir özet geçeceksiniz. Hani bizden bunları bekliyorlarsa öncelikli olarak bence önce bunları bitirelim. Ondan sonra geriye kalan alt başlıklar nelerse belirlenecek onları yapalım.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Olur, tamam, yani bu başlıklardan madde madde gidelim derim yani yenileme maddesi sona erme maddeleri.

Katılımcı:

Faruk Hocam.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Efendim.

Katılımcı:

Üçüncü başlık zaten diyor ki mevzuattan kaynaklarından diğer sorunlar o mevzuattan kaynaklı diğer sorunların kısmına sizin yönteminizi bir üst bakış süzerek uygulayalım. Yani üçüncü konu başlığına sizin önerdiğiniz usulle gidelim. İlk ikisinde hocalarımın önünde, yani bir karma

görüş oluşturdum ben orada. Çünkü başka türlü şey yapamayacağız. Mesafe alamayacağız. Problem şey olur Haluk Hocam gün sonunda bir sunum herhalde bir çıktı bekliyorlar bizden. El birliğiyle ya şey oluşturalım, dövmek değil hocam. Bir somut çıktığımız olsun. Hiç bir şey yok biz çok memnunuz yani. Hani bu kadar duayen varken hani bir şey oluşturalım?

Katılımcı:

Hocam hepimiz kirayı sizden öğrendik hocam.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şimdi mesela burada bayağı biz ya paldır küldür girerken zaten işte bildirim yoluyla sona erme, dava yolu sona ermeyi yaptık zaten ve orada birtakım şeyler çok ciddi söylendi. Görüş farklılıkları da gündeme getirildi. Zaten bu mutlaka lazım, mutlaka lazım. Yani ben onun için uygulamanın burada olmasından büyük keyif alıyorum. Hani uygulamanın içindeyim zaten yani ama onları gördük. Şimdi mesela bu sona erme yenileme konusunda başka görüşü olan varsa bir Ahmet buyur canım sen söz almadım bugün. Hadi Ahmet, evet birinci birinci başlıkta ilgili, Ahmet çok değerli bir kardeşimizdir. Avukattır. Aynı zamanda baro yönetim kurulu üyesidir. Bir de çok yakışıklı bir oğlandır, heykel gibi adam yani evet, evet Ahmet.

Av. Doç. Dr. Ahmet AYAR:

Hani söz verdiğiniz için söz aldım. Şimdilik aslında konuşmayacaktın tabii hocam yenileme sona erme konusunda tabii kira hukukuna ilişkin yaptığımız tartışmalarda tabii hepimiz şunu biliyoruz, ülkenin sosyolojik, demografik yapısı bunları çok fazla etkiliyor. Hani son tahlilde bizde tabii sizden öğrendik kiralık hukukunu ama yani son tahlilde ne kadar iyi bir yasa metnimiz elimizde olsa da hayatın gerçekleriyle de tabii çok doğru orantılı bir alandayız. Dolayısıyla belli bir noktada söylediklerimiz aslında kifayetsiz kalıyor. Dolayısıyla yani bu anlamda şu an itibarıyla çok fazla yorum yapmak istemiyorum. Sonraki aşamalarda diğer başlıklarda hocam değerlendirmeler yapacağım. Yani bu yenileme ve sona erme konusunda çok büyük uygulama açısından sıkıntılarımız var.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Teşekkür ederim. Şimdi arkadaşlar bir şey soracağım. Çok affedersiniz, çok net bir soru.

Biz kiracının kollarını kullanması gerektiğini düşünüyor muyuz, düşünmüyor muyuz? Ben kollarını kullanması derken kahrolsun kiraya verenler anlamında söylemiyorum. Pozitif ayrımcılık yapacak mıyız, yapmayacak mıyız?

Katılımcı:

Yapacağız hocam.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Siz öyle düşünmüyor musunuz? Bakınız. Şimdi siz sonra biraz geç geldiniz galiba benim ilk cümlem oydu, yanlış olabilir ama benim şahsi düşüncem şudur. Bu memlekette kiraya verilebilecek yeri olan birisi mutlu azınlıktır. Yani o sizin söylediğiniz istisnadır o. Bir tane dairesi var falan geçiniz. Ya kiraya verebilecek bir yeriniz varsa siz mutlu azınlıksınız. Asgari ücretin 8.506 TL olduğunu bir kere daha hatırlatırım. Onun için yani sizin dışınızda galiba genel hava pozitif ayrımcılık yapılış şeklinde değil mi?

Katılımcı:

Bilemiyoruz tabii ki. Kira bedeli ödemededen evde oturması tabii ki rahatsız edici bir şey. Yani kim olursa olsun!

Sabahattin ÖZTEMİZ:

Sayın Hocam bir somutlaştırma yapmama izin verir misiniz? Şimdi efendim. Değerli arkadaşlar, oturum başkanımızın izniyle konuşsak süreyi verimli kullanırız diye düşünüyorum. Oturum başkanımızdan söz hakkı alarak sırayla konuşmanın daha verimli olacağını düşünüyorum. Karşılıklı cevap vermeden ziyade söz hakkı aldım hocam buyurun estağfurullah duymadınız özür diliyorum. Sizler şimdi efendim şüphesiz kira kanunu kiracıyı koruyacak. Benim Adana'da birçok gayrimenkulüm var eşimin. Adana'da aldığım kira daire başı kiracılara ben biraz dünya görüşüm itibariyle kirayı onlara belirlettim. Özellikle pandemi döneminde. Asgari ücretle geçinen emekli bir bayana da kira arttırmadan 2 sene boyunca birkaç kirasını da almadım. O benim şahsi görüşüm. Ama İstanbul'da kızlarım kirada. Süre 5 yıl dolmadı. Ben ilk kira artırımına yani düşük kaldığı için %60 yaptım. Bu Aralık ayında eşimi aramışlar. Benim hukukçu olduğumu duymuşlar herhalde demişler ki bir ara artırım yapabilir miyiz? Yani 3.000 TL verirken ben 5.000 liraya çıkardım, beşinde de ödedim. Aynı şeyi o gösterecek mi bilmiyorum ama 1 + 1 Ataşehir'de kiranın bedeli şuan 15.000 TL. Sayın Başkanın söylediği gibi. Şimdi zengin adam daha da zenginleşmek için vicdansız bir şekilde hareket ediyor. Bakın istisna namussuz adam var. Ben 25 sene Cumhuriyet Savcılığı yaptım. Üstelik sizlerin çoğundan farklı bölgelerde çalıştım. Sorunlu bölgelerde insan yapımızı bizde insan sorunu var. Yasalarımızda sorun yok ve de nitelikli uygulayıcı sorunu. Bu kadar net söyleyebilirim. 30 yılı geride bıraktım. 4 yıldır da Hukuk Dairesindeyim, icra iflas Dairesinde maalesef böyle. 5.000 liraya çıkardık. Kiracıyı korumazsak şu an eskiden beyaz yakalılar İstanbul merkezde oturuyordu. Şimdi gecekondudan daha öteye taşımak zorundalar. Ankara'da bile Yargıtay üyesini evden çıkarmak için adam satış yaptı. Daha 10 ay evvel taşındı evden başka bir ev buldu. 8.000 liraya zor bela Bağlıcanın en ücra yerinde yani.

Bunu ben belirtmek istiyorum. Olayın somut veriler üzerinden gidelim. Namussuz çok. Benim de kiracıların ödemedi bir sürü ama istisna, garibanı da var, dar gelirli olanı da. Şu an hepimiz buradayız. Öğretim avukatlık yapmayan hocalarımız veya hakimlerimiz İstanbul merkezde nasıl kirada ev bulacak? Biraz da bunu arz etmek istiyorum yani? Yapılır. İcra İflas Kanununda bizim onu yapma şansımız yok. Çünkü biz alacaklı ve borçlu arasında bir denge gözetmek zorundayız. Çünkü devlet gücüyle sen alacağı tahsil etmeye çalışıyorsun yani. İcra aşaması o dengeyi kuracağız yani olay o. Belirtmek istiyorum

Katılımcı:

İstanbul'daki şimdi son zamanlardaki kiraya verenlerin başvurduğu yol Başkan Hanımla da konuşmuştuk. Geriye dönük 5 yıl kira bedeli sözleşmeden anlaşılan artışları talep ederek tahliye isteniyor, icra mahkemesi de şekli bir şey. Herhangi bir mutabakat olmadığı için tahliye kararları çıkıyor. Borçlar Kanununa göre 5 yıl içerisinde isteyebileceği için bununla ilgili hani Sayın Üyemle konuştuk MK 2 olabilir diyor ama icra iflas yani icra dairesinde yapabilir mi? İcra mahkemesindeki? Tespit değil, evet açmaksızın. Yok onu demiyorum. %25 artış görünüyor. Almamış şimdi geriye dönüyor. 4 yıl öncesinden bir de çok yaygın şu an yani yaygın olan davalarda. Bunda yapabilecek bir şey var mı kiracıyı?

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şimdi efendim, bakın çok şunu söyleyeyim, yani bu süper yanlış bir uygulamadır. Söylediğiniz, böyle bir şey olmaz. Ben orada kira sözleşmede yazıyor, bir de hatırlatırım. Sürekli borç ilişkilerinde sözleşmeye anlam veren taraflar arasındaki uzun süreli uygulamadır. Bunu unutmayın. Son derece yanlış bir uygulamadır. Böyle bir içtihat olmaz, öyle şey olmaz, kusura bakmayın yani. Onu söylüyorum, uygulama bu yöndedir, bitti.

Katılımcı:

Hocam benim bir önerim olacak...

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Bir dakika, efendim, bakınız kira sözleşmesine bakınız lafı çok güzel tamam ama sözleşme içeriğini sürekli borç ilişkilerinde uygulama oluşturur. Hangi kitabı açarsanız açın bu yazıyor. Sizin önünüzdeki sözleşme artık bu değildir. Adam 5 senedir 10.000 TL veriyorsa siz artık 10.000 TL üzerinden yaparsınız. olmaz. Böyle bir şey olur mu? Var ya son derece yanlış. Sürekli edimli sözleşmelerde, bütün kitaplar yazıyor bunu sürekli edimli sözleşmelerde...

Hikmet KANIK:

Sayın Hocam bir ekleme yapabilir miyim? Yargıtay'ın da aslında kira bedelinin hangi tarihlerde ödenmesiyle ilgili eğer düzenli bir değişiklik varsa sözleşmede eklenen evet orayı da gözlenen mesela ayın birinde ödenmiş demiş ama düzenli olarak hep aynı şeyler ödenmişse...

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Sözleşmenin yorumunda....

Hikmet KANIK:

Bu toplantının amacı da bu ya işte.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmenin yorumunda ilk planda göz önüne alınacak olan taraflar arasında ki uzun süreli uygulamadır.

Katılımcı:

Ama buna itiraz etmiyorsa ayrı mesela o zaman uzun süreli uygulama değil hocam o itirazı kayıt ayrı tamam. Yani sözleşmenin zımni olarak değiştirildiği artıştan vazgeçildiği anlamına gelir desek olur mu?

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şimdi arkadaşım devam edebilir miyim? Duyuyorsunuz değil mi? Devam edelim. Uzun süreli uygulama sözleşme içeriğinde değişiklikte yapmış olabilir. Nitekim Yargıtay'ın kira bedelinin ödeme tarihiyle ilgili sözleşmeden farklı tarihlerde ödemeler yapılmış ise artık sözleşmedeki kira bedelinin ödeme tarihi değiştirilmiş sayıldığını kabul etmektedir. Yargıtay bu içtihadını şöyle geliştirmiştir. Kiraya veren tek yanlı bildirimiyle yeniden sözleşmedeki usule dönebilir. Şimdi bunu yazmasanız da olur. Bu içtihadta son derece yanlıştır, onu da söyleyeyim.

Av. Doç. Dr. Ahmet AYAR:

Mikrofonlara her konuşmacının dokunması gerekiyor çünkü kayıt alıyorlarmış.

Katılımcı:

Tahliye davası açıyor yani çok uzun bir süre hayatın olağan akışına da uygun değil aslında 5 yıl bekleyip sonra kira bedeli ödenmedi diye dava açması.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Değerli arkadaşım, haklısınız, 5 yıl uzundur kısadır ama önce biz yani sözleşmenin yorumuna bir bakalım. Yani efendim biz icra hakimiyiz, biz araştırma... bu araştırma filan değil ya sizin önünüze gelen sözleşmede artık kira bedeli 15 - 20.000 TL olmayacak, bitti. Sizin önünüzdeki sözleşme artık 10.000 liradır. 5 senedir 10.000 TL alıyorsa alsın. Ha ihtirazi kayıt koymuşsa üstadın dediği gibi anlarım ama böyle bir şey yoksa sürekli uygulama sözleşmenin içeriğini değiştirmiştir. Yani bunun başka bir izahı olamaz. Benim şu son derece bir şey söyleyeyim, bunu yazmasak da olur. Bu içtihat yanlıştır. Sözleşmeyi değiştirmişseniz siz tek yanlı tekrar bir değişiklik yapamazsınız. Mutabakatla değişiklik yapılmışsa tek yanlı eskisine döneemezsiniz. Yargıtay'ın bu görüşüne katılmıyorum ama bu içtihadı var. Onu da biliyorum.

Katılımcı:

Parantez içinde TMK 2' ye göre diyelim de, çünkü biz burada esas şey, Medeni Kanunun 2 nci madde var ya hocam.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Tamam TMK 2 diyelim ben ona da varım çok güzel... Ha şimdi hani Yargıtay için bu önemli bir madde yani maddeye dayanmak istiyorsan bu da olabilir, anlatabiliyor muyum?

Figen NAZSIZ:

Hocam izin verir misiniz? Bir cümleyle katılmak isterim. Sözleşmenin anlaşmayla değiştirildiği diyorsunuz ya elimizde yazılı bir sözleşme varken zımni olarak benim hesabıma kirayı daha düşük yatırdı diye anlaşmayı biz nasıl kabul edebiliriz? Birden fazla olsa dahi bizim 6. Hukuk Dairesinden ve Genel Kuruldan geçen tüm kararlarımızda olduğu gibi 5 yıllık zaman aşımı dolmadan vatanış geriye dönük o alacağını tahsil edebilir. Ancak taraflar anlaşılarsa gerekirse dosyalarda görüyoruz şöyle küçük kağıda yazıyor 2014'te kira 2.000 TL oldu diyor. Bunu kabul ediyoruz ama bunun dışında hiçbir yazılı belge yokken artış şartından vazgeçildiği anlamına gelmez.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Bir dakika niye gelmez?

Figen NAZSIZ:

Sözleşmedeki artış şartı %15 yazılı. Bunun aksi ancak yazılı belgeyle kanıtlanır diyoruz ve bununla ilgili açılan hiçbir talebi dinlemiyoruz. Bu halde bile bakın tekrar söylüyorum, bu halde bile 10 binlerce dosya var şu anda.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Yanlış yapıyorsunuz. Gayet basit biz uygulamıyoruz diyebilirsiniz. Ben de söylüyorum ki bu yanlış.

Figen NAZSIZ:

Dinlemediğinizi de şunun içinde söylüyorum yazılı belgenin aksi ancak yazılı belgeyle kanıtlanır.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Hayır efendim.

Figen NAZSIZ:

Bizim hukuki gerekçemiz bakın hocam saygı duyuyorum fakat şundan dolayı da ısrar ediyorum. Ancak bir makbuzla sizin dediğiniz gibi kiranın ödeme süresi de sadece bir kere ya da 2 kere değil, uzun bir dönem aynı gün olacak. Bir gün 13 ünde bir gün 14 ünde. Bu geriye dönük ödemelerden vazgeçtiğini, Medeni Kanun 2'ye biz zorlarsak o mahkeme Medeni Kanun ikiye aykırılık olur. Bu mahkemedен başka türlü çıkarsa şahsılık doğar. Biz oturmuş Yargıtay içtihatları gereğince zaman aşımını yasa koyucu değiştirmedeği sürece 5 yıl boyunca herkes geriye dönük alacağını alır diye kararlar veriyoruz. Genel mahkeme tabii ki biz icraya da bakıyoruz Sayın Üyem icra ayrı ama genel mahkeme. Tabi tabi şimdi bu itirazı kaldırmadığı da....

Hikmet KANIK:

Kira bedeliyle ilgili miktar değişikliği uzun süreli eksik ödemeye miktar değişmez. Çünkü Figen Hanımın da dediği gibi 5 yıllık zaman aşımı içerisinde kiraya veren diyor ki tamam diyor kiracının ödeme durumu. Evet şimdi kiracının ödeme durumu zayıf kira bedeli 10.000 TL. Bizim kiracı her

ay 8 yatırıyor, şimdi yatırdı yatırdı. Tabi ki kiraya veren de 5 yıllık zaman aşımının olduğunu bildiği için bu paraları çekiyor hesaptan. Dolayısıyla birden fazla dönem içerisinde eksik yatırması kiraya verenin tabii ki kira miktarını düşürdüğü anlamına gelmez. Bunun için ancak yazılı mutabakat tabii ki gerekir. Bir de şu var arkadaşlar, kira alacağı icra takibine konulması veya alacak davası açılması ile kira tespit davasının açılması ve tespit sonucunda karar alınması birbirine karıştırılmasın. Alacak davasında alacak miktarının talebiyle icra takibine konulabilmesi için sözleşmedeki artış oranının belirgin ve muayyen olduğunda her iki taraf artışın ne miktarda olacağını kararlaştırabiliyorlarsa biz kira alacağı belirli diyoruz ve bunu hiç tespit davası açmadan da talep edebilir diyoruz. Dolayısıyla kiracının ödeme durumuna göre eksik miktarda yatırması, kira bedelinin düştüğü anlamına yorumlanmaz. 5 yıl zamanaşımı içerisinde tabi ki kiraya verenimiz eksik yatırılan miktarı isteyebilir. Ama şimdi hâkime hanımla dümdüz görüşmüştük. Oradaki sorun şu idi, bizim kiraya verenimiz kiracının yatırdığı mesela diyelim ki 4 yıl geçmiş, birinci yıl tam yatırmış güya kiraya veren dediğine göre üçüncü yıl tam yatırmış. Dördüncü yıl tam yatırmış diyor ki ikinci yıldan diyor, 20 TL eksik yatırmış. Öyle demiştiniz ha şimdi öyle deyince yani sen dördüncü yılı tam yatırmış, kabul ediyorsan üçüncü yılı tam yatırmış kabul ediyorsan ikinci yılda tam yatırmış, kabul etmeyen Medeni Kanun 2 dediğim bu. Yani sen sonraki yılları tam yatırdı diyorsun ama ikinci yılda ikinci aydan 20 TL eksik yatırdı ya o olmaz yani. Hüküm var.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Yani sürekli borç ilişkilerinde son aldığınız öncekileri de almış sayılırsınız. Yani bunu şey yok yani. Ama tekrar ediyorum, bakınız anlaşılıyor ki burada akademiyle uygulama aynı şeyi düşünmüyor. Ben tekrar şunun altını çiziyorum, kendi görüşümdür. Kusura bakmayın ama sözleşmelerin yorumu diye bir usul vardır. Ben 4 sene boyunca bunu ödemişim, ses çıkarmamış karşıdaki kişi. Şimdi birden coşacak. Hani Hikmet beyin söylediği böyle iyi niyetli bir kiraya veren ne yapayım gariban bu sene ödeyemiyor. Öyle olsun bırakın bunu. Hayal kurmayalım. Kaç tane böyle ye niyetli kiraya veren bulacaksınız boş verin ama ben %15 artar demiş. %20 ben almıyorum. Aslanlar gibi bana aynı kirayı bedelini ödüyor arkadaş. Bu da bir karşılıklı mutabakattır. Sözleşme karşılıklı mutabakatla değişir. Kira sözleşmesini zaten geçerliliği şekle bağlı da değil. Öyle değil mi? Yani biz yıllarca böyle yapmışsak. O zaman sözleşme bu şekilde değişmiştir. Yani efendim yazılı sözleşmede böyle yazıyor, yazabilir. Yazılı sözleşmede ne yazarsa yazsın. Yani bütün kitaplarda yazıyoruz. Sürekli borç ilişkilerindeki yorum taraflar arasındaki uygulamaya bakılarak yapılır diyor.

Katılımcı:

Murat Hocam ben bir 6. Hukuk Dairesi kararı okuyayım isterseniz çok daha çarpıcı bir karar. 10 ay süreyle aylık kira 185.000 ödeme diyor. İhtirazi kayıt ileri sürmek için kabul edilmişse örtülü anlaşmayla sözleşmenin değişikliği anlamına gelir, diyor. Yani bu karar doğrudur.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Son derece doğrudur ya abi yani yani kusura bakmayın uygulama uygulama uygulama diyoruz ama yani bir de hani iyi kötü Borçlar Kanununun temel ilkeleri var ya. 2004-1492 sayılı karar.

Katılımcı:

Hocam belki orada şey olabilir mi? Elden bir makbuz filan imzalanmış olabilir mi? Çünkü Yargıtay'ın bir tek makbuz imzalandığında böyle kararlarını hatırlıyorum.

Hikmet KANIK:

Uygulama bizim o şekilde değil. Yani şu andaki uygulamamız sözleşmede belirgin, muayyen ise 5 yıllık zaman aşımı içerisinde artışla olarak kiracı ödemediyse...

Katılımcı:

Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracıyı koruma düşüncesi pozitif ayrımcılıkla bağdaşmıyor. Sözleşme fiilen değişikliğe uğradığı halde uzun süre ihtirazi kayıt koymadan almak MK 2 ile de hani yorumlanamaz, bayağı sözleşmenin değişmesi anlamına geldiğinden yani yorum fırsatını da niye kiracı aleyhine kullanalım?

Katılımcı:

Burada şu durumda var. Yani kiraya verenin bir şekilde kiracının yatırdığı parayı geri çevirme şansı yok kardeşim bu paraya niye yatırılıyorsun git zamlı yatır deme şansı yok. Değil, ihtirazi kayıt sadece, basit. Evet. Banka hesabına yatırmıyor şimdi orada kredi kartı vermiş, oradan harcıyor. Şimdi ihtirazi kayıt eskisi gibi nasıl olacak?

Katılımcı:

İhtirazi kayıt göndersin mesela? İhtirazi kaydı mutlaka noterden çekmek zorunda.

Katılımcı:

Whatsapp mesajı olabilir başkanım bir telefon mesajı.

Katılımcı:

Çok da pratiğe dönük şeyler de hani düşünmemiz gerekiyor?

Figen NAZSIZ:

Kiracıya ekstra bir yük yükleniğini düşünüyorum ben. Zaten kiraya verenle kiracı o paranın indirilmesini isteyenler yazıyorlar kira sözleşmesinin arkasına yazıyorlar. Bana bu şekilde geliyor.

Katılımcı:

Bazen geliyor, o şekilde SMS çekmiş kabul etmiş kiracı diyor ki ödeme gücüm yok diyor. Bu ne diyor işte bu yıl diyor. Kirayı biraz indirimli ödesin bulunuyor, o da olur diyor.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Ya afedersiniz şimdi bu hani ben bu mahkemelere de hayranım kusura bakmayın. Hepimiz hâkimiz ya biz bidayet mahkemesindeki hâkim Yargıtay'daki de hâkim kusura bakma daha kıdemli olabilir, önemli değil. Siz hukuku uygulayacaksınız. Yargıtay böyle diyorsa diyor. Yani affedersiniz, yer sizin bir şeyiniz yok. Bir hukuk anlayışınız yok. Niye yapmıyorsunuz? Yani onu söylüyorum. Ben hatta avukat olarak da Yargıtay kararı getir. Niye getireyim Yargıtay kararı ya siz hakim değil misiniz? Ben size bunu düşüncemi soruyorum. Yargıtay diyorsa diyor. Ben bunu vallaha dilekçelerimde de yazıyorum. Her ne kadar diyorum adi ortaklıkta zamanaşımı akla zarar bir şekilde tasfiye olmadan olmazmış. Böyle bir şey olur mu? 60 sene sonra 60 sene öncesine geri dönerek adi ortaklığı tasfiye etmeye kalkıyorsunuz. Böyle bir şey nasıl olur ya ben bunu yazıyorum, Yargıtay böyle diyor. Kesinlikle yanlış diye yazıyorum, beğenirsiniz, beğenmezsiniz ayrı mesele ama kusura bakmayın, Yargıtay böyle diyor. Şu ne derse desin biz hâkimiz yani biz hukukçuyuz.

Katılımcı:

Bazı kararlar...

Hikmet KANIK:

O zaman mutlaka arkadaşlar ya Yargıtay'ın varlık sebebi nedir, hukuk uygulamasının tüm Türkiye'de eşit ve aynı şekilde uygulamasını sağlamak. Eğer bizim buradaki tabii ki kararlarımızın hiçbir esası olmayacaksa Yargıtayın varlık sebebi nedir? Vaka denetimi değil yani bu da var. Hani herkes başına buyuruk Yargıtay olmasa da olmaz arkadaşlar Anayasada

yazıyor. Bu Yargıtay'ın varlık sebebi nedir? Adli yargı mahkemelerince verilen kararların tüm ülkede eşit ve genel olarak uygulamasını sağlamak.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Ben aksini söylemiyorum ki ama pekala bunu bidayet mahkemesi hâkimi de “Arkadaş Yargıtay'ın uygulaması yanlıştır.” diyebilmeli. Ben onu söylüyorum. Yani hani?

Figen NAZSIZ:

Sayın Hocam yanlış olduğunu da düşünmüyoruz. Çünkü Yasa koyucu da 5 yıl demise hakim bunu taktiren... 3 yıl geriye dönük isteyebilir. 4 yıl 5 yıl isteyemez. Bu haksızlık, kiracıya yazık gibi...

Katılımcı:

Ben söz istiyorum Hocam. Ortak bir önerim var.

Figen NAZSIZ:

Akademisyenler çok güzel hukuk ilerlesin diye yayınlarınıza yazıyorsunuz. Ama biz o dosyayı birebir çözeniz. Vatandaşla birebir muhatap olan kişiyiz. Vatandaşın yararına olan birşey gibi algılamıyoruz biz.

Katılımcı:

Ortaklaştıracak bir öneride bulunabilir miyim?

Katılımcı:

Tabii ki buyurun her zaman bulunabilirsiniz. Bir de Yargıtay'ın bu şekilde kökleşmiş uygulamasını yeniden tartışma konusu yaptığınız zaman avukatlar yanıhıyor. Vatandaş da hak kaybına uğruyor. Çeşitli mahkemelerden farklı kararlar çıktığı zaman da işte siz de Türkiye yaşıyorsunuz bir sürü şey oluyor. Hâkime ulaştılar, şuna ulaştılar, buna ulaştılar. Biz ortak bir şey oluşturmuşuz zaten çok uzun süredir 5 yıl geriye dönük kira farkları istenir diyor. Bunu zaten kirayla uğraşan avukatlarda biliyor uygulayıcılar da biliyor. İnanın kiracılarda biliyor. Bunun hepsinin farkındalar.

Katılımcı:

Bunu çok üzümlere ifade ediyorum başkanım. Başkanım kusura bakmayın ama ihtirazi kayıt koymadan kiracıyı bir bakıma teşvik eden, hatta

cesaretlendiren, güven oluşturan bu kimsenin davranışı haksız fiil, yani bizim kanaatimiz bu değil. Yani yanlış anlamayın. Hiçbirimiz yasalardan, hukukun genel teorilerinden münezzehtir de değiliz. Yargıtay da değil. Yargıtay bu ülkedeki hukuk birliğini bağlı olduğu kanunlara uygun şekilde yapmak zorunda olan bir kuruluştur. Yani ben hocalarımızı dinledim, sizi dinledim, tarafsız bir göz olarak ifade ediyorum bunu. Size isterseniz sorular sorabilirim.

Figen NAZSIZ:

Ben birebir tartışmak istemiyorum avukat bey. Ama uygulamanızı söylüyorum, şimdi hakim hanım söylediği şeyden hareket edersek kesinleşiyor dosyalar. Buradaki görüşlere uyarak Hakime hanım farklı bir karar verirse yarın Yargıtay'a, farklı BAM daireleri arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi için gidecek ve Yargıtay 3. Hukuk Dairesi diyecek ki görüş değişikliğimiz yok. Geriye doğru 5 yıl ister bu gibi olur.

Katılımcı:

Kıymetli hocam ben sözlerimi bitirememiştim. Çok özür diliyorum.

Figen NAZSIZ:

Size yönelik söylemiyorum. Bütün hazır olanlara hitaben söylüyorum, şahsi kanaatimce hakkaniyete uygun olduğunu düşünüyorum. Kiracı lehine düşünmek, kiracıya acıma hakkını hâkimlere maalesef vermiyor. Biz önümüzdeki yerleşik Yargıtay uygulamaları ve kendi vicdani kanaatimizde yasayı bu şekilde yorumladığımızı ben anlatıyorum. Bunun dışındaki hocalarımızın görüşlerine, kitaplarına, öğrencilerine anlattığına saygı duyuyorum. Ancak uygulama bu şekilde. Hocam 30 yıllık, 40 yıllık avukatım dedi. Dilekçesinde buna yönelik bir dilekçe yazmamışsa kaybeder davayı. Şahsi kanaatim, bunu söylemek istiyorum.

Katılımcı:

Hocam, ben size bir soru sorabilir miyim? Özür diliyorum. Yasayı hazırlayan komisyonda olmanız hasebiyle 347'de ki kıymetli hocalarımdan cevabını aradığım soru şu. Bu 10 yıllık süre acaba makul karşılanıyor mu? Ben buna itiraz ediyorum hocam.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Onu diyor oturuma bırakalım arkadaşım teşekkür ederim şimdi burada bir son cümle bunu kaydetmenize gerek yok. Anlaşıyor ki uygulama ile biz bağdaşmıyoruz. Türkçesi bu gayet açık ve bize göre uygulamanın bunu yapması da açıkça söyleyeyim hukukla bağdaşmaz. Yani ben kendi

inancımı söylüyorum. Bana hiçbir yerde hiçbir şeyi gösteremezler. Bir tane bu kitapta desin ki bu böyledir. Her kitaba baksınlar. Sürekli borç ilişkilerinde uygulamada ilk planda dikkate alınacak olan taraflar arası uygulamadır. Bu kadar. Efendim sözleşmede öyle yazıyormuş, bana ne yazarsa yazsın ya yani bir sözleşmede öyle yazdı diye hiç mi değişiklik yapılmaz. Hatırlatırım, geçerlilik şekline tabi olan sözleşme ifa edildiği zaman geçerlilik geçersizliği ileri sürebiliyor musunuz? Hayır yazıyor.

Katılımcı:

Hocam onun yolları var.

Katılımcı:

Ya bir mutabakat yaparlar, bir icra işin esasına girmez Sayın Hocam.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Ama tekrar siz demin söylediniz ya biz sözleşmeye bakıyoruz. Şu anda baktığınız sözleşme öyle değil. Onu söylemeye çalışıyorum. Sözleşme değişti. Baktığınız sözleşme artık yok. Bunu söylemeye çalışıyorum, o kadar. Ama bu varsa böyle bir şey olmaz.

Katılımcı:

Yazılı sözleşmede değişiklik yapıldı. Oturursunuz bir mutabakat, bir paraf yaparsın, bir şey yaparsın

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Efendim bir dakika bir dakika şimdi bir de tekrar ediyorum, yani burada açık söyleyeyim, bana göre tehlikeli Figen Hanım'dan gelen bir açıklama var. Efendim biz Yargıtay uygulaması tamam devam edin, işletme ruhsatı olmadan ürün kirası olmaz demeye devam edin ve ondan sonra da bana anlatırsınız. İşletme ruhsatı nasıl devredilir hep beraber görelim.

Katılımcı:

Ben madencilikten örnek verebilirim, hocam

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Yok öyle şey yani devredilmesi mümkün değil. Değil ama ürün kirasının şartı olarak bunu söylüyorsunuz. Bir tane devredin de göreyim ya devredilebilen bir şey değil. Halil Akkanat kardeşimin o da burada bugün.

Harika bir makalesi var zannediyorum Özer abiye Armağan da işletme ruhsatının devri diye çok güzel bir makalesi var. Yani çocuk her şeyi yazmış ne anlaşılması gerektiğini de. Ama uygulama ve böyleyse böyle yanlışa devam edelim. Bunu söylüyorum. Yani uygulamanın her yaptığı doğru diye de bir şey yok. O zaman fakülteleri filan da kapatalım, bitsin gitsin yani hiçbir anlamı yok bunun. Üstelik şu anda konuşan adam 40 yıllık bir de avukat. Ben sadece ahkam kesmiyorum kürsüden. Ya kusura bakmasın, katılmıyorum.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şimdi şu tabloyu getirebilir miyiz? Demin bir şeyler vardı ya orada.

Katılımcı:

İsterseniz ikinci maddeye geçelim hocam.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Geçelim, tamam.

Katılımcı:

Hocam bu 10 yıllık süreyi konuşalım. En son Ahmet söylemişti.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Tamam. Şimdi arkadaşlar tamam, bu birinci bölümde son olarak ortaya atılmıştı. 347 nci maddenin o meşhur on uzama yılından sonraki yıl hikayesine görüş açıklamak isteyen arkadaşlarımız varsa buyursunlar özellikle uygulamadan tabii talep ediyoruz. Buyurun efendim.

Figen NAZSIZ:

Biz bu yıl önümüze gelen dosya nedeniyle 347’de davanın, kira sözleşmesinin bitiminden itibaren bir ay içinde açılması gerektiğine karar verdik. Henüz 3. Hukuk Dairesinden karar çıkmadı. Bir tane büyük dosya bulduk temyize gönderebileceğimiz. Muhalefet şerhli çıktı. Çünkü arkadaşlarımızla tartışmak istediler. Arkadaşımız diyor ki, yasada açıkça bir aylık süre kısıtlaması yok. Hakim süreyi kısıtlayamaz diyor. Biz de 347 gereğince 3 ay önceden gönderilen fesih ihbarla sözleşmenin sona erdiğini, bu nedenle Hocamın dediği gibi geri iade, geri teslim

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Geri verme diyelim efendim.

Figen NAZSIZ:

Geri verme, biz tahliye ediyoruz. Bunu bir yıl boyunca elinde bulundurmuşsa kiraya veren, kiracı için böyle kafasında bir tane şeyle her an çıkarabilirim şeklinde kalmasın, bunu bir ayla sınırlandıralım. Bunu da 272 deki gibi hani süre bitince bir ay içinde açılır maddesine dayandırdık. Böyle bir kararımız var ama hocalarımızın görüşünü merak ediyorum. Öncelikle de Sayın Üyemin görüşünü merak ediyorum, dosyamız henüz dönmedi. Görüşülmedi. 3. Hukukta. Yeni gitti.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Arkadaşlarım görüyorsun tipik bir mobbing uygulaması var. Hikmet Bey üzerinde. Buyrun üstadım.

Hikmet KANIK:

Arkadaşlar 347'de ne diyor işte kira süresinin bitiminden itibaren 10 yıllık uzama süresinin tamamlanmasından sonraki yılın sonundan 3 ay öncesinde ihtar çekilir ve yıl sonunda da kira sözleşmesi feshedilmiş oluyor. 347'nin açık bir hükmü. Tabi kanun düzenlemesinde bu dava için ne kadar zamanda açılacak bir süre öngörülmemiş. Şimdi mesela temerrütte de bu süre yok. Hocam bilir. Akde aykırı kullanımda da süre yok ama kiracıdan ve kiralananın kaynaklanan tahliye davalarında süreler var. Birer aylık süreler öngörülmüş. Bizim önümüzde henüz bu şekilde açılıp da süre itirazı olan veya sürenin tartışmalı olduğu bir konuyla ilgili bir dava gelmedi. Ben hatırlamıyorum. Hani onama olduysa diğer heyetlerden ama en azından haberimiz olurdu. Benim haberim olmadı ama. Şimdi burada bir aylık süre ile sınırlı. -Tabi bu şahsi düşüncem Yargıtay'ı ve dairemi bağlamaz. Onu da belirtiyim- Çünkü müzakere sırasında ben bu fikirdeyim diyorum. Bir arkadaş hakikaten güzel bir düşünce açıklıyor, onun düşüncesine katılmamak mümkün değil. Bu sefer düşüncemden vazgeçip ona iltihak edebiliyoruz. Hani düşüncede de ısrar etmenin bir anlamı yok çünkü hani sonuçta 5 kişiyiz, müzakere yapıyoruz. Dolayısıyla burada Figen Başkanının düşüncesine de katılıyorum aslında. Yani kiracının kafasında demoklesin kılıcı gibi bir yıl boyunca veya işte süresiz atıyorum, ikinci yılda da üçüncü yılda da yani bunu böyle süreye bağlamazsak devamlı dava açabilme riski altında yaşamasını da aslında istememek lazım. Bir ay içerisinde açmadı. Bu sefer ne olacak ikinci uzatma yılında 3 ay öncesinde tekrar ihtar çekebilir. Yani kiraya veren tekrar dava açma hakkını zaten kazanabilir. Çünkü bu sefer ikinci de açmadı. Üçüncü de açabilir. Çünkü 10 yıllık süre bittimi zaten kazanılmış hak oluşturdu. Dolayısıyla makul gibi duruyor. Hani kiracıyı koruyacaksa bir aya bağlamamız gerekebilir diye düşünüyorum. Şahsi düşüncem bu.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Teşekkür ederim yani ben de bu uygulamaya katılıyorum. Doğru, yani yasal dayanağı belki biraz eksik ama bana fevkalade uyuyor. Yani benim düşüncemi biliyorsunuz kira sözleşmesi hakkında. Katılıyorum, inşallah böyle olur. Kaldı ki şunu da gayet iyi hatırlıyorum. Önceki dönemde yani önceki 6570 ve Borçlar Kanununun ayırımının olduğu dönemde Yargıtay zaten fesh ediyorsunuz sözleşmeyi. Ama sözleşme zannediyorsam 1 yılı geçtikten sonra artık siz sözleşmeye devam eder diye bir şey yeniden içtihatları vardı. Onu da hatırlıyorum ve bu arada arkadaşlar beni sevindiren tabi banane seni sevindirirse sevindirsın dersiniz üstelik şu anda en fazla çatıştığımız Figen Hanımdan gelen bir fikir. Şöyle bir olay yaşadım ben çok yeni. Avukat olarak değil onu söyleyeyim aman. Sadece bir dosta akıl verdim diye. Şirket başka bir şirkete kiraya veriyor yerini. Ve 2 türlü kira bedeli belirlenmiş asgari kira bir de ciro üzerinden kira. Bir yıl süreyle asgari yani kira bayağı yüksek bir rakam. 40.000 Euro ya filan yakın bir rakam ödenmiş. Fakat ondan sonra nasıl olmuşsa kiraya veren şirket fatura kesiyor ciro üzerinden. Ciro çok daha düşük, onu da söyleyeyim, daha fazla değil. Ve bir yıl süreyle bu şekilde uygulama devam etmiş. Faturayı kesiyorsunuz. Ben faturada ne yazarsa onu ödüyorum kiracı olarak. Ondan sonra bir defa 2018 yılına gelmişiz. 2018 yılında Haziran ayında pat ve 2018 yılında şeye dönmüşüz. Tekrar asgari kiraya. Fatura kesmişiz. Ben gene onları ödemişim. Haziran ayında 31 Mayıs 2018 de bir icra takibi bir ihtarname efendim sen diyor 2017 de eksik ödeme yaptın ben onları isterim diye. Ondan sonra işte itiraz edilmiş, itirazın iptali davası görülüyor şu anda. Şimdi burada zannediyorum Figen Hanım da kabul etti yani herhalde burada artık sözleşme bu şekilde değişmiştir diyebiliriz. Çünkü aranan yazılı şey de var. Faturayı kesen kiraya veren, zorla kestiğine dair bir ibare de yok. En ufak bir şey yok. Ben bu ödemeleri yapmışım, hiçbir ihtirazi kayıt yok ve 2018 de eskiye dönmüşüz, onu da ödemişim yine bir şey yok. Ya o zaman herhalde burada değil mi?

Hikmet KANIK:

Faturada imzası da var ya fatura hükmü gibi. Zaten 104 üncü madde var çok açık. Hocam isterseniz bu şeyi de 347 deki o bir aylık şeyi de buraya yazalım isterseniz.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Bu çok güzel bir öneri hoşuma gitti. Tamam buyur arkadaşım.

Ertuğrul YILMAZ

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimi):

Başkanım hakim Ertuğrul. Başka bir 10 yıllık süreyle ilgili bir şey söylemek istiyorum ama eğer müsaade ederseniz.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Hayır müsaade etmiyorum. Kardeşim böyle bir ihtimal var mı ya?

Ertuğrul YILMAZ:

Genel Kurulun önüne gelen bir davadan bahsetmek istiyorum. Bu dava kira sözleşmesi ilk 1999 yılında yapılıyor. Daha sonra 2005 yılında yenilendi bu sözleşme. Şimdi davacının iddiası ben 1999 yılında sözleşme yapıldı, ona göre 10 yıllık süremiz doldu ve tahliye istiyorum diye davayı açtı. Daha sonra mahkeme bunu kabul etti. 1999 yılından itibaren 10 yılda olduğu için dedi kabul etti. Fakat özel daire dedi ki, bu yenileme sözleşmesi vardır. Yenileme olduğu için de artık her yenileme döneminde yeniden 10 yıllık süre başlar ve ona göre 10 yıllık sürede dolmamıştır dedi. Mahkeme direndi, bu karara ve biz Genel Kurul olarak özel daire gibi düşündük başkanım. Dedik ki, her yenileme döneminde sözleşme yenilenir ve 10 yıllık süre o süreden itibaren başlar. Ama şöyle bir eleştiriler de var, tabii ben dışarıdan duydum sadece işte sözleşme aynı maddeleri kalıyor, tek oranlar değişiyor veya tek kira bedelleri değişiyor. Bu yenileme olur mu? Bu irade yenileme midir? diye eleştiriler var ama ben heyete sunmak istedim başkanım.

Hikmet KANIK:

Şimdi ben tabii olayı hatırlıyorum hocam, orada da bir karışıklık var. Şöyle taraflar, kira sözleşmesinin yapıyorlar. Daha sonra süreli veya süresiz süreli ise de işte bir yıllık süre yenilemeler otomatik olarak devam ederken oturuyorlar. Yeni bir sözleşme yapıyorlar. Tabi ki eğer sözleşme unsurlarıyla bir yeni sözleşme niteliğinde ise 10 yıllık süre artık o öyle yani dairemizin görüşü, o süreden başlar ama taraflar hiçbir sözleşme unsurunu kararlaştırmamışlar, sadece kira bedelini belirleyecek bir mesela yazmışlar işte protokoldür bundan sonra kira bedeli 10.000 TL olarak ödenecektir. Bu yeni sözleşme sayılmaz. Sözleşme dediğimizde unsurlarıyla en azından ana temel unsurlar bulunacak. O şekilde bir yeni sözleşme ise 10 yıllık süre burada artık hani bilgisayarlarda var ya format atma, önceki döneme format atıyorsun, yeni sözleşmeyi başlatıyorsun, aynı genel kurul gibi düşünüyoruz biz de.

Katılımcı:

Kira sözleşmesini almış sadece kiranın başlangıcını ve kira bedelini değiştirmişse bu da aynı değil mi?

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Uzama olur o zaman değil mi? O birinci uzama yılı değil mi.

Hikmet KANIK:

İşte her somut olayın özelliğine göre bakmak lazım.

Figen NAZSIZ:

Çünkü burada uzayan 10 yıl diyor. Şimdi nereden uzayan? Taraflar bir araya geldiler. Bir yeniden kira sözleşmesinin başlangıcını kira bedelini belirlediler. Dolayısıyla biz bunu sadece 347'nin uygulaması anlamında yeni bir sözleşme olarak kabul ediyoruz. Hakim bey sordu, şimdi hatırlayamadım ama kira tespit davası açacaklarsa artık ilk sözleşmenin başlangıcından itibaren 5 yıllık süreye bakıyoruz. Çünkü eski kiracı olup olmadığı ilk sözleşmeden devam edecek. Ama 347'de uzayan 10 yıl dediği için biz artık o sonradan yapılan sözleşmenin bu uzayan 10 yılı yeniden başlattığını düşünüyoruz. ... Tabi ki karşılıklı anlaştıkları bir tarih olabilir ya da ispat edilmiş olabilir. Davacı tarafça biz 1999 yılından beri kiracıyım diyorsa kiracı onun dediğine bakıyoruz. 1999 yılından itibaren hesaplayacaksınız 5 yılı. ... Hayır, hayır o zaman eski kiracı ilk tarafların üzerinde mutabık kaldığı ya da ispat edilen sözleşmenin başlangıç tarihinden de uyguluyoruz biz

Hikmet KANIK:

Yalnız şöyle bir çekincem var, ben burada hani Figen Hanımın dediklerine katılıyorum. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi ve 6. Hukuk Dairesinin bu konuyla ilgili şöyle bir istisnai bir kararı var, onu da belirtmek istiyorum. Şimdi soru sahibi dinlerse daha iyi olur. Şimdi şöyle bir istisnai bir karar var. Orada da belki rastlamışsınızdır. Şöyle der, eğer taraflar oturup bu uzama dönemlerindeki işte 1 + 4 şimdi, daha önce 1+ 3 tü; bu süre tamamlanmadan oturup sözleşme yapmışlarsa belirledikleri yeni kira olağan rayice uygunsu, bakın olağan rayice uygunsu, ilk belirleme gibi düşünmek lazım ama olağan rayice uygun değilse olağan rayicin altında ise Figen Başkanımın dediği gibi önceki tarihe bakmak lazım. Çünkü taraflar oturup yeni bir miktar belirlemişlerdir. Mesela atıyorum endeks döneminde boş olarak kiraya verilecek olan yerin boş kirasını da kararlaştırmış olabilirler. Öyleyse tekrar ertesi yıl atıyorum altıncı yılın başı ise tekrar hak ve nesafet dönemi deyip de rayiç kira belirleyemezler diye kararı da var. Yargıtayın kararları var.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şimdi o zaman şu şey son şeyi de ekleyelim.

Katılımcı:

Hocam öncelikle bir aylık süre konusunu tam bir netleştirmeden geçmeyelim. Bir aylık süre konusunda ben sistemimizin temel kurallarını değiştirmemek ya da o aleyhe yorum yapmamak gerektiği kanaatindeyim. Yani bir aylık süre kanunda öngörülmemiş, dolayısıyla bir aylık süre

zarfında açılmazsa hak kaybına neden olacak tarzda bir yorum kanaatimce doğru olmaz. Tahliye davalarının bozucu, yenilik, doğurucu mahiyeti gereği o bir de tahliye öze sebepler, kiracıyı koruma düşüncesi gibi nedenlerle bir aylık süre kanuna koymuş. Ancak genel hükümlere göre bildirim yoluyla sözleşmenin sona ermesi halinde kiralanan şeyin geri verilmesine dönük davaların istihkak kökenli olma ihtimali de göz önüne alındığında bir aylık süre sınırlamasını doğru bulmuyorum. Ancak yine hâkime bir takdir yetkisi tanınabilir. Bu da bu noktada da Borçlar Kanunu 327 den istifade edilebilir. Yani yoksa o bir aylık süreyi bir hak düşürücü süre gibi, yani mülkiyet hakkına dayalı iade davasını açmamı siz bir aylık süreye tabi tutamazsınız. Yani böyle bir sınırlama olmaz. Kanaatimce o bir aylık süre hatalıdır. Sisteme aykırıdır. Yani bunu demek istiyorum.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

O zaman arkadaşlarım şunu bir yazalım değil mi? 2 tane görüş var. İkisini de yapacağız efendim, şimdi şey diyelim. Borçlar Kanununun 347 nci maddesi kapsamında 10 uzama yılından sonraki yılın bitiminden 3 ay öncesinden yapılan bildirimle sözleşmenin sona ermesi halinde kiralananın geri verilmesine yönelik Borçlar Kanununun 334 üncü maddesi uyarınca açılacak davanın süresi ile ilgili iki farklı görüş ortaya atılmıştır. İlk bu davanın sözleşmenin bitim tarihinden bir ay içinde açılmasının yerinde olacağı, böylece tahliye davaları için getirilmiş sürenin kıyasen geri verme davasında da uygulanabileceği ileri sürülmüştür. İkinci olarak kanunda geri verme davasının açılması için herhangi bir süre ön görülmemesi, ilk görüşün doğru olmadığı çünkü böyle bir görüşün yasada ön görülmemiş bir hak kaybına yol açabileceği gündeme getirilmiştir. Konu tartışmaya değerdir diyelim, topu atalım,

Katılımcı:

Hocam çok özür diliyorum. Bir ekleme yapabilir miyim? Sanki kıyasen uygulama derken İcra İflas Kanunu 272 desek. Çünkü orada sürenin bitiminde diyor. Yani herhangi bir bizim 350'deki bir aylık süreden bahsetmiyoruz.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Çok teşekkür ederim. Teşekkür ederim gayet iyi oldu.

Figen NAZSIZ:

Hocam çünkü konut çatılı iş yeri kiralalarında kiraya verene süre bitimi nedeniyle tahliye hakkı tanınmamış tek madde bu. Dolayısıyla yasanın bütünlüğünde de bir tek 272 de var. Bu süre bitimi nedeniyle tahliye ve bir ay içinde açılacağına dair biz ona kıyasen böyle bir uygulamayı düşündük

ama muhalefetle özellikle çıkardık ki hem Yargıtay da tartışsın hem de saygıdeğer hocalarımız tartışsın diye.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Figen Hanımın birinci işlevi ortalığı birbirine katmak anlaşıyor. Teşekkür ederim. Tam idealimdeki öğrenciymiş ya yani ben çok didişken bir öğrenciydim yani keşke sizin gibi öğrencilerimiz olsa valla çok mutlu olurum. Ve çenemi kapatmamı öğrenememiştim.

Katılımcı:

Bir aylık süre konusu 315-316'larda da uygulanacak mı?

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Herhalde yani buraya gidersen orada da uygulanacak o zaman daha da vahim olacak canım ama hiç olmazsa bu gündeme gelsin, oturulup tartışılır ya yani kabul edilir edilmez.

Katılımcı:

347'nin yanına 315 316 maddeler de yazılabilir mi yani?

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Doğru onu da yazalım. Tamam bir dakika neredeyiz? 347'den sonra parantez açalım.

Figen NAZSIZ:

Hocam müsadenezle 315 temerrüt nedeniyle tahliye zaten istikrarlı bir şekilde sözleşmenin yenilendiği tarihe kadar açılır diyor. Uygulama bu şekilde oturdu. Yoksa yani temerrüt nedeniyle tahliye ihtarını gönderdi. 30 gün geçti. 3 yıl sona dava açamaz yani. Sözleşme yenileninceye kadar açar diyor. Orada bir tereddüdümüz yok.

Katılımcı:

Yok yok, hani kanun zemini de bunlar eş değer problemler ve çözüm yok.

Figen NAZSIZ:

Akde aykırılıkta da sözleşme yenileninceye kadar. O da öyle. Vazgeçti, buna muvafakat etti diye düşünüyoruz. Sözleşme yenilenince kadar açabilir. Bize muhalefet eden arkadaşlar da diyorlar ki bunu da sözleşme yenileninceye kadar açabilir. Biz de 347 de kiraya verene münhasıran bir süre bitimi nedeniyle sözleşmeyi fesih hakkı tanındığı için bu da 272 ye kıyasen bir aylık süreyle sınırlı diye düşünüyoruz. Yoksa temerrüt nedeniyle tahliye ya da akde aykırılık maddelerindeki bir aylık süre değil bu. Tamamen kiraya verenin münhasıran sözleşmenin süre bitimi nedeniyle fesih hakkından alındığı için bunu genel hükümlerdeki fesih hakkına benzetip...

Katılımcı:

315 ve 316'da ki süreler fesih hakkıyla alakalı süreler, iadeyle alakalı değil. Dolayısıyla 347 deki sorunla 315 - 316 daki sorun arasında bir fark yok aslında.

Figen NAZSIZ:

Uygulamada hocalardan ayrıldığımız nokta o. Biz onları sizin dediğiniz gibi feshedildiğini kabul etmiyoruz, mutlaka tahliye davası açılması gerekir, diyoruz. Bakış açılarımız o yüzden farklı. Teşekkür ediyorum açıklamanız için.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Bu cümleyi yanlış anlamadım değil mi, biz onları feshedilmiş kabul etmiyoruz dediler değil mi? Affedersiniz, ben size başka içtihatte göstereyim, 6. Hukuk Dairesinde. Oradaki kiracı/ kişi, davalı kiracı değil fuzuli şağil, sözleşme bitti. Afedersiniz, ama neyse bu konuda daha fazla durmayalım çünkü Borçlar Hukuku resmen yani kusura bakmayın, katledilmiş vaziyettedir. Yani bilmiyorum siz yani hangi hocadan okudunuz ama herhalde Lale Hoca size kalkıp da feshi ancak mahkeme karar verir diye dememiştir diye umuyorum. Evet. Tamam, şimdi arkadaşlarım? Bu bitti tamam, bu bitti arkadaşlar. Şimdi bakınız başka bir konuya giriyoruz. Kira tespit davalarında esas alınacak kriterler ve bu alanda yaşanan sorunlar. Zaten hayatımız sorun. Biraz önce Figen Hanımda gayet net sordu, bunu ortaya koydu. Bilmiyorum ne düşünüyorsunuz?

Hikmet KANIK:

Uygulamadan gelen arkadaşlar şu anda yaşadığı sorunları bize bildirirlerse daha iyi olur başkanım. Kürsü hakimleri hiç konuşmuyor.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Buyurun efendim.

Katılımcı:

Bizim kira bedeli tespit davalarında en büyük sorunumuz keşifler, emsal gezmelerimiz. Özellikle tarafların emsal sunmada zorlanması, kurumların sunduğu emsallerin tutmaması ve gittiğimizde yerlerin açılmaması. Artık insanları taciz eder boyutta keşif yapıyoruz. Çok zorlu keşiflerimiz oluyor. Polis götüren arkadaşlarımız var. Büyük ihtimalle aynı sorunu diğer adliyeler de yaşıyorlar. Bu konuda bir çözüm var mı? Hani emsal konusunda daha bir nasıl söyleyeyim, bilirkişilere mi bırakılmalı yoksa hani bir sınırlama olmalı mı onu bilemiyoruz. Yani ben gittiğimde vatandaşla birebir muhatap oluyorum anlatıyorum tamam diyorlar, geziyoruz ya kira sözleşmesini sunmuyorlar ya sunulan kira sözleşmesindeki miktar düşük. Ya da diyorlar ki ölçtünüz hayır biz vermeyeceğiz deyip resmen bizi kovuyorlar diyebiliriz. Gerçekten emniyeti çağırdığımız durumlarda oluyor. Bizim en büyük sorunumuz şu an bu kira tespitlerde.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Başka bir sorun varsa uygulamadan yine tabi. Topluca evet, evet. Evet. Siz rastlamıyor musunuz böyle bir soruna?

Mayde BARAN

(İstanbul Anadolu 9. İcra Hukuk Mahkemesi Hakimi):

Ben İcra Mahkemesi hakimiyim. Keşiflerle ilgili sıkıntılar bizde yaşıyoruz. İcra memuru sanıyorlar, almıyorlar, bizi de kovuyorlar yani keşiflerde bizimde sıkıntımız var.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şimdi arkadaşlar. Ben sadece bir konuya başlamadan önce bir aydınlatma için soruyorum. Yani sizce hakim, ver bakalım şu kira sözleşmesi desin mi demesin mi elaleme? Ne dersiniz? Yani sorunu anlıyorum ama ne yapılabilir burada? Var mı öyle bir fikri olan? Elbette çok teşekkür ederim.

Selahattin AYDIN

(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 36. Hukuk Dairesi Başkanı):

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 36. Hukuk Dairesi Başkanı Selahattin Aydın. Ben 2007'de ilk kez İstanbul'a geldim ve sulh hukuk mahkemesi ile başladım. Şimdi ben 6 yıl yaptım. 6 yıl boyunca hiçbir zaman kimsenin evine zorla girmedim. Ama ben duruşmada taraflara şimdiki

uygulamam da benim o şekilde. Kesin süre veriyordum. Diyordum ki arkadaş, ben sana keşif gününe kadar veya keşif gününden 3 gün 5 gün öncesine kadar süre veriyorum. Emsal kira sözleşmelerini ibraz et, etmezsen ben bilirkişiyle giderim keşife, artık bilirkişinin tespit ettiği değere de razı olmak zorundasın. Yapacak bir şey yok. Çünkü maalesef avukatlar sanki ispat yükü hâkimin üzerindeymiş gibi bir dilekçe yazıyorlar. Kira sözleşmesini dahi sunmadan, kendi kira sözleşmelerini sunmadan dava açan avukatlar var. Ondan sonra efendim bize vermiyorlar. Siz hâkim olarak alın. Ben hakimlerle de olarak konuştuğumuzda işte bazen belediyeye yazıp bir mahallenin komple kira sözleşmeleri isteyen arkadaşlar olmuş. Hakim hanım çok şey bir şey anlattı, keşfe gittiğinde bir hakim beyin gittiği bir keşif de yanlışlıkla gittikleri yer büyükelçilikte çalışan biriymiş, sonra mit gelmiş, devreye mit girmiş. Böyle bir sorun yaşamış. O yüzden benim, bizim daire olarak yani bu sadece bizim dairenin görüşü ve dairede de çoğunlukla diğer arkadaşlar da bazen farklı elbette bazen farklı düşündüklerimiz de oluyor ama ben hâkim ispat etmek zorunda değil diyorum, davayı taraflar ispat edecek. Hâkim de hâkimlik yapacak ona. Bilirkişinin tespit ettiği değere razı olacak. Avukat çalışmasa ben hakim olarak niye birini zorla evine gireyim? Niye kira sözleşmesini şu kurumdan bu kurumdan celb edeyim? O yüzden bazen istinaf dilekçelerinde de bize yazıyorlar bunu. Bizim uygulamamız bu Başkanım. Yani zorla böyle keşif yapılması taraftarı değiliz. Artık taraflar razı olacaklar, ispat edecekler davalarını diye düşünüyorum ben.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Söylediğiniz gibi tamamen buna katılıyorum. Tabii yalnız hâkimlerin sadece burada değil sorunu. Klasik mesela tazminat davalarında da zarar belirlenemiyorsa top yine sizde. Genelde, ben de olsam aynı şeyi yapardım bilirkişiye bu konuda uzman olan nedir, zararı filan diye ona takdir ettiriyorsunuz ve sonuçta yani hiçbirimiz hukukçu olarak ne bileyim işte bir hortumun metresi şu kadar eder diyecek halimiz yok. Hadi hortuma zarar verildiği iddia ediliyorsa yapacağımız şey bu bilirkişi takdirine gideceğiz değil mi? Ben bir de şunu merak ediyorum, şimdi çıkıntılık yapayım. Çok merak ettiğim için üstatlar da ne düşünür şimdi biz de hala şey var değil mi? O evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün ile 120 gün falan diye bir zırvallıklar hala vardı ya bu var mı? Hakkaten uyguluyor musunuz bunu ya? Yani bunun anlamı var mı? 48 sene önce ölmüş adamın bilmem neresinden DNA tespiti yapıyorsunuz. Ben avukat olarak da yaşadığım için biliyorum. 320 gün mü 180 gün mü yani öyle bir şey olacak işte ya ha bunun anlamı herhalde şudur, değil mi? Yani yanıyorsam Allah aşkına söyleyin. Çünkü avukat olarak bazen saçmalıyor da olabilirim. Bunun anlamı herhalde şu, derste de bunu söylüyorum, arkadaş sen mi iddia ediyorsun Kanundakinin aksini? Bilirkişi ücretini sen yatır demek. Başka bir anlamı yok değil mi. Ben bunu külfeti bana bu. Yoksa ne hakim ne ben tutup da işte 320 gün geçti mi geçmedi mi araştırması yapmıyoruz. Burada da böyle bir sorunumuz var ama bu kanun da hâlâ duruyor değil mi? Duruyor fevkalade. Yani bana göre bu kim iddia ediyor aksini? Ben. O zaman sen parayı yatır diyorlar. Bilirkişi ücretini sen yatır gayet de doğru bir çözüm herhalde değil mi? Evet, şimdi arkadaşlarım yani şeyleri duydunuz. Özellikle hani emsal bedelden söz ettiğimiz zamanki ya 344 üncü maddenin son fıkrasında 5 yıl geçtikten sonra

emsal lafı var. Ha bir de bunun yanında tabii uyarılama dediğimiz o muhteşem davalar var, onu da unutmayalım. Orada da çünkü nereye gideceğiz uyarlamada? Beklenmeyen bir şey oldu. Yani gideceğiz ama orada da ne yapacağız? Gidip emsale gitmeyecek miyiz? Neye göre uyarlanması gerekip gerekmediğini bilmek için yine emsale gideceğiz.

Hikmet KANIK:

Aynen hocam katılıyorum. O zaman keşif ve bilirkişi incelemesinde de sorun var diyelim başkanım.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Özellikle emsal kira bedellerinin dikkate alınması söz konusu olduğunda emsal bedelin belirlenmesi hususunda önemli güçlüklerle karşılaşıldığı belirtilmiştir. Özellikle hâkimlerin keşif sırasında emsal bedellerin öğrenilmesi doğrultusunda üçüncü kişileri zorlayıp onlarla ilgili kira sözleşmelerini temin etme hak ve yetkilerinin olmadığı dikkate alındığında sorun daha da önem kazanmaktadır. Bu konuda hâkime Hukuk Muhakemeleri Kanunu 220 nci maddesi uyarınca taraflara kesin süre vermesi uygun olacağı, bu süre içinde emsal getirilememesi halinde bilirkişi aracılığıyla emsalin tespiti yoluna gidileceği düşünülmüştür. Değil mi?

Selahattin AYDIN:

Şimdi Yargıtay bunu kabul etmiyordu. Mesela ilanlar var. Mesela sahibinden.com'da. veya asılan. Bence en doğru şeyler onlar olabilir. Yani onlar baz alınabilir ama onları baz alınca Yargıtay bunları bir dönem kabul etmiyordu. Gelişen artık çağımızda bunların da bir delil olarak işte ilanları, mesela sahibinden.com'a işte aynı apartmanda ilana konulan taşınmazlar var. Bilirkişi onları tespit ediyordu mesela. Ama maalesef Yargıtay bunları kabul etmiyordu biz de dolayısıyla çünkü şey yapamıyorduk.

Katılımcı:

Sıfır araba 500.000 TL sahibinden.com'da; ikinci el araba 2 yaşında 1.000.000 TL. Yani şimdi ne yapacağız? Evin değeri 300.000 TL ama 1.000.000 TL fiyat veriyor.

Selahattin AYDIN:

Diyoruz ki, 15.000 TL ederimiz 17.000 TL koyalım, 2.000 TL pazarlık var. Yani uyanık bir bilirkişi o pazarlık payını düşüp böyle bir yolda izlenebiliyor. Yoksa gerçekten ilk derecedeki arkadaşlar çok zorluk çekiyorlar. Bunlar bize iletiliyor. Kapıdan kovulanlar oluyor, işte polis çağırmak zorunda kalan oluyor.

Katılımcı:

Onları biz kabul ediyoruz da şimdi sahibinden.com'a yazmış 7.000 TL ama siz orayı kiracı olarak gittiğinizde hadi pazarlık yapıyorsunuz ne yapıyor beşe inip beş bine kiralayabiliyorsunuz. Dolayısıyla bilirkişinin hani en azından o muhittedeki kiralara yükseldiği konusunda bir delil olarak onun da yararlanabilir. Yani biz onları tabii bozma kararlarının içerikleri şu anda hani emsal oluyor ama bizim onama kararlarımız var. Onama kararları içeriği bilinmediği için bunların sanki değerlendirilmemiş gibi. Ama biz bunları değerlendirilmesine uygun görüyoruz. Ama tıpa tıp rakamlar alınmayacak diyecek ki yani pazarlık payı da var atıyorum 7.000 TL denmiş. 5.000 TL. Hani mesela uygun olabilir.

Doç. Dr. Umut YENİOCAK:

Sayın hocam, bu taraftayım hocam. Bir bilgi eklemesi yapmak istiyorum. Şöyle ki Avrupa'da belediyelere bölgelere göre kira endeksi düzenleme gibi bir görev verilmiş. Aslında problemin yapısal çözümü bakımından olması gereken yöntem. Şimdi sahibinden.com'da da var orada. Hani endeks var. Sadece son kira bedeli, güncel kira bedeli de değil, bir yıllık işte yükseliş vesaire gibi istatistiksel. Evet, istatistiksel veriler var aslında. Yani bilmiyorum bu çalışmaya buraya yazmak için uygun mu? Ama hani bir öneri olarak yapısal bir öneri olarak bunun getirilmesi lazım. Yani belediyelerin ya da işte hangi yetkili kurumsa, yerel yönetimlerin, kira endeksi oluşturmaya yönünde bir görev verilmesi gibi.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Asgari emlak vergi bildirimi değeri gibi onun gibi mi yani?

Katılımcı:

Sayın Yeniocak Hocamıza katılıyorum. Şimdi bu aslında sırf hukukun kanunun işi değil. Şimdi bakın gayrimenkul alışverişi yapılırken emsal belirleniyor. Düşük vergi kaçırmaya teşvik edilen bir toplumuz biz yani. O emsallerinden sonra çıkıyor her zaman. Kira gelir beyannamesi vermeyenler, düşük verenler anlatabiliyor muyum, ikinci bir sözleşme yapanlar. Devlet bunu bile bile göz yumuyor. Şimdi belediyelerin emsal verdikleri şeyler yerinde olsa sağlıklı olsa zaten bu sorunların hiçbirisiyle uğraşmayacağız biz ya.

Katılımcı:

Mesela Şişli bölgesi. Kira endeksi sokak ve caddeye göre değişiyor.

Katılımcı:

Vergi borcunu düşük belirleyen belediyeler emsali nasıl yüksek tutacak?

Katılımcı:

Çelişki var zaten onu söylüyoruz. Yani gösterge olamaz zaten hep oradan kaynaklanıyor. Şufa davalarında da aynı sorun çıkıyor ortaya yani.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Afedersiniz ya anlaşılıyor ki, yani demin vallahi ben demedim. Değerli üstadımız söyledi yani. Kanunlar uygar ve namuslu toplum için yapılır. Yani hiç hiç kimse, hiçbir ya iktidar ya da meclis benim vatandaşım üç kağıtçıdır diye kanun yapmaz. Yani onun için yani kanunda sahtekarlıkları engelleme düşüncesiyle hareket etmek mümkün değil.

Katılımcı:

Hocam istihkak davalarında biz üç kağıtçılara uçuyoruz. Bunda bir kalıp yok ama.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Kanun ne yapsın yahu şimdi afedersiniz mal rejimi diye harika insancıl bir rejimi benimsemişiz. Edinilmiş mallara katılma rejimi. İsviçre'de 1984'ten beri var. İsviçre'de açılan dava sayısına bir bakın. O tarihten bu seneye 100 değildir. Doğrudur. 1984 – 2023'e giriyor bizde. Söylüyorum yani şimdi bu biz belki 10 sene sonra buna alışırsınız ama hani pek hoşuma gitmiyor ama bize biraz bol gelmiştir diye düşünüyorum. Zaten boşanma davaları iyimser bir tahminle 10 sene sürüyor. Bir de bunu eklerseniz müebbet hapis gibi bir şey olur. Yani gayet romantik gidiyor ama son derece iyi niyetli bir şeydir, seçimdir. Onu da kabul etmek lazım. Yani onun için burada da bunların dikkate alınıp alınmaması da yine bilirkişinin yapacağı iş. Yani hani bilirkişiye nasılsa sonunda diyeceğiz ki arkadan mesela bilirkişi demeli ki kardeşim sahibinden.com'a baktım bilmem ne, emlakjet mi ne oraya baktım orada bilmem ne, ortalamasını alır. Yani bu olabilir. Onu bilirkişi altına almasın yani ama mahkeme kararında şunu da diyebilir: sen şunlara şunlara da bak ona göre bir çözüm öner diyebilir tabi yani top hakim de.

Katılımcı:

Sözleşmeyi de ibraz etmiyorsa 220 açık orada bakacak. Bu maddeyi de geçelim mi?

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Tamam, geçtim, devam ediyoruz.

Katılımcı:

Çok yerinde bir teklif bence. Mesela şöyle bir orada düzenleme olabilir mi? Akredite edilmiş gayrimenkul değerlendirme firmalarından alınacak bir raporla.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

O akredite edilmiş firmaların da yani ne olduğu, yani kusura bakmayın ama.

Katılımcı:

Şimdi bir yazı gelecek, o yazıya da şöyle cevap ver diyip telefon edip...

Katılımcı:

Yani ama şöyle ona hakim de alabilir, ücretini şeyden almak üzere bilemiyorum başka ama bu hem şeyi...

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şimdi arkadaş afedersiniz yani davalar zaten sürüyor. Bir de böyle bir takım şeyleri devreye sokarsak davalar uzamasını da yol açmayalım. Hani vatandaşın en büyük şikayeti bu değil mi? Gecikmiş adalet, adalet değildir diye böyle gayet nutuklarda atıyoruz. Buyur sayın Sezai hocam.

Prof. Dr. Sezai ÇAPRI:

Hocam uygulamada bilirkişilik yapan çok sayıda değerlendirme uzmanı var. Bu konuda onlar bilirkişi olarak atanırsa bence çok sorun olmaz diye düşünüyorum. Yargıtay'ın bu konuda getirdiği çok güzel kriterler de var. Kira bedelinin belirlenmesinde. Dolayısıyla hocam yapılacak en iyi şey doğru bir bilirkişi atamaktır. Onun aracılığıyla bu yapılsa sorunlar büyük oranda çözülmüş olur diye düşünüyorum hocam

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Valla zaten şimdi bilirkişilik öyle yoldan geçen bende bilirkişiyim diye şey yapılmıyor değil mi?

Prof. Dr. Sezai ÇAPRI:

Hocam değerlendirme uzmanları bu konuda eğitim almış sertifikalı kişilerdir. Dolayısıyla onlar atanırsa, dışarıdan bir emlakçı değil de, onlar atandığı zaman, evet..

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Neyse arkadaşlarım yani burada biz gene topu hâkimlere bırakalım. Hâkim değerlendirmelerin dikkate alınacağını söylesin. Yani gene topu şeye atıyoruz bilirkişiye ama hiç olmazsa siz de bilirkişiyi de sınırlamış, denetlemiş oluyorsunuz diye düşünüyorum. Evet, diğer maddeye geçelim. Başka bir şey yok değil mi arkadaşlar? Kira uyumsuzlukların çözümünde alternatif...

Katılımcı:

Biz buraya girmeden önce Sayın Hocamız 135/2 sormuştu herhalde İcra-İflas Kanunu?

Katılımcı:

İcradan ihaleyle satılan taşınmazda kiracı varsa 135/2 diyor ki orada kiracı olduğunu resmi bir belge ile belgelemez ise 15 gün içinde çıkar. Yani çıksın. Anlamı bu. Şimdi tabii yeni bir hüküm değil bu. Fakat Borçlar Kanunu yenilendikten sonra 6570 Borçlar Kanununa dahil edilip bir sistematik kurulduktan sonar, adeta o sistemi delen bir ve İcra İflas Kanunu gibi şekli bir mevzuatın içinde yer alan bir hüküm. Yani maddi hukuktaki kira sistemini alt üst eden bir hüküm olarak görüyorum. Ve çelişki var. Yargıtay da şöyle bir uygulama yapıyor, buradaki resmi belge ifadesini tam lafzına göre uygulayıp eğer kiracı noterde sözleşme yapmamışsa, imzası noterde onaylı bir sözleşme yoksa...

Katılımcı:

Hacizden önceki bir tarihte, hacizden önce noterden yapılmış bir belge veya kira sözleşmesi...

Katılımcı:

Evet yani kira sözleşmesi şekle bağlı değildir diyoruz ama eğer elinizde noterde yapılmış bir sözleşme yoksa ve oturduğunuz ev ya da iş yeri icradan ihaleyle satılmazsa 15 gün içinde kapı dışarısın. Ben 10 yıl boyunca ödediğim banka dekontlarını sunuyorum. İşte abonelik sözleşmelerini sunuyorum. Bunlar resmi belge değildir denilip kabul edilmiyor. Yani bu şey, İcra İflas Kanunundaki bu hükmün en azından kaldırılamıyorsa

uygulamasının yumuşatılması gerekir. Yani orada kiracı olduğunu ispat etmesine imkan vermek gerekir.

Katılımcı:

Ben size anlıyorum. Bizim uygulamalarda hacizden önce noterden yapılmış bir kira sözleşmesi ve ipotek olması gerekiyor veyahutta yine hacizden önce tapuya şerh edilmiş olma şartını arıyoruz kira sözleşmesinde. Hani onu biz değerlendiririz, yani tartışırız burada dedikten sonra şimdi uygulamamız o yönde hocam bizim.

Katılımcı:

Yani kiracılık sıfatını hacizden önce de orada kiracı olduğunu ispat etmesine izin vermek gerekir. İşte banka ödemeleriyle, abonelik sözleşmeleriyle. Eğer buna izin vermezsek tamamen Borçlar Kanunundaki sisteme aykırı bir gedik açmış oluyoruz. Hatta bir de kanun koyucu onu perçinleştirdi. O ilk ihaleden alan başkasına satarsa o da aynı imkandan yararlanır diye bir değişiklik yaptı. Bana göre en azından yargı uygulaması buradaki kiracılık ispatı konusunda daha yumuşak davranmalı.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Bir şey soracağım. Şimdi Umut bunu nereye koyalım?

Katılımcı:

4. bölüm yok diye ben konuyu açtım. Beni sırayla sonu gelmiş gibi anladım ben yani alternatif bunlar oraya yazarız sayın başkan şimdi değerlendiresek daha iyi olur.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Ben emsalle ilgili bir gündem daha eklemek istiyorum başkanım izin verirsiniz. Bu 5 yıllık, 5 yıldan uzun süreli kira sözleşmeleri, örneğin 6-7-8 yıllık kira sözleşmelerinde beşinci yılı takiben emsal tespit davalı emsale göre kira bedelinin tespiti davasıyla ilgili tartışma halen sürüyor yanılmıyorsa. Bu konuda kanun yani böyle mi kalmalı ya da ne bileyim değişiklik gerekli mi veya bir içtihat değişikliği gerekli mi? Bunun ele alınmasını doğru buluyorum. Kişisel kanaatimi izninizle açıklamak istiyorum. 7 yıllık kira sözleşmesinde kira bedeli saptanmışsa artış oranlarıyla beraber ona itibar edilir. Ayrıca işte emsale göre bir tespit davası beşinci yılın sonunda açılması sözleşmeyle bağlılık ilkesinin tam bir ihlali niteliğindedir. 138 inci maddenin varlığını da anlamsızlaştırılır. Katı surette böyle bir dava açılmamalıdır kanaatindeyim. Hani arz ediyorum bu sayın başkanım.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şunu mu anlıyoruz Faruk? Yani sen emsal 5 yıl geçse de dikkate alınmasın.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Kaç yıl olursa olsun hocam 7 yıllık bir kira kontratı yaptık, sözleşmesi yaptık. Beşinci yılın sonu itibariyle kanunda bir yıllık ve daha uzun süreli sözleşmelerde emsal davası açılabilir gibi bir lafız var. Oradan yola çıkarak 7 yıllık kira kontratımızın sözleşme devam ederken beşinci yıldan sonra normal bildiğimiz emsale göre kira tespit davası açıyor. Ortada bir sözleşme var.

Hikmet KANIK:

Ben anladığımı anlatayım. Faruk Hocam şöyle bir durum var, şimdi ben sunumun ilk başında demiştim. Daha önce Yargıtay kanuni düzenleme olmadığı için 3 yıl sonrasındaki daha uzun süreli kiralarda kira tespitini uyarlama kapsamında değerlendiriyordu. 138 evet o zaman 138 yoktu, kanun yoktu. Bakın şimdi önceki uygulama sizin dediğiniz gibiydi ama yeni 344 teki uygulama artık bir yıl ve uzun süreli kiralarda da bu 344 geçerli olduğu için. Yani bizim şu andaki uygulamamız kira sözleşmesi 7 yıl da olsa 8 yıl da olsa 9 yıl da olsa artık diyoruz ki 344/1-2-3 fıkraları bu sözleşmeler için de geçerlidir artı kira sözleşmesinde kira artışı yapılmayacaktır dense bile diyoruz mesela, eğer bir yıllık sözleşme yenileme döneminde bu diyoruz tarafları bir dönem için bağlar diye içtihatlarımız var. Dolayısıyla sizin şu andaki görüşünüz daha önceki TBK öncesindeki Yargıtay'ın uygulamasına yönelik. Yani onun gibi düşünüyorsunuz ama kanun çok açık. Yani şu andaki mevcut Yargıtay uygulaması da biz diyoruz ki, belirli süreli de olsa uzun süreli de olsa artık bir yıldan sonraki o zaman yıllarında 344 uygulanır diye uygulamamız devam ediyor.

Figen NAZSIZ:

Hocam siz yasa mı hatalı diyorsunuz?

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Hayır, yasa hatalı değil, yasa doğruyu söylüyor. Fakat yanlış yorumlanıyor. Bu konuda yasa aslında şunu demek istiyorum, 5 yıllık süre yani birer yıllık sözleşme modeline göre tasarlanmış bir kanun var. Peki sözleşme 3 yıl 5 yıl 7 yıl da yapılabilir. Böylesi hallerde beşinci yıl kaçırılsa emsali açabilmek için 10. yılı beklememiz gerekir mi şüphesini gidermek için. Hayır, kanunundaki hükmü söylüyorum, o şüpheyi gidermek için 6 yıllık kira kontratı var. O halde beşi kaçırdınız onu bekler miyiz tereddüdünü gidermek için bir yıldan fazla süreli kira sözleşmelerin dahi bu

uygulanır deme ihtiyacı hissetmiş. Yoksa 8 yıllık, 9 yıllık, 7 yıllık bir sözleşme ve bağlayıcılığı varken taraflar da rakamı belirlenmişken ona müdahale edin olağanüstü bir durum olmadığı halde tarzında bir hükmü asla söylemiş değildir. Orada maksat bellidir. 7 yıllık kira kontratı varsa beşinci yılı kaçırdık emsal açmak için onu mu bekleyeceğiz? Hayır, yedinin sonunda açabilirsiniz demek istiyor. O tereddüdü ben yanlış hatırlamıyorsam Haluk hocam da dahil Cevdet Yavuz dahil benzer bir toplantıda bu tereddüdü gidermek için yanlış hatırlıyor olabilirim hocam ama olay tam seyri değişti. Yani kanuna konuluş sebebi besbelliyken şimdi 7 yıllık kira kontratı yapıyoruz. Rakamlar belli, taahhütlerimiz belli, ona göre edim dengesini oluşturmuşsunuz. Beşinci yılın sonunda tespit davası açıyor. Anlaştık biz zaten. O fıkra 1-2'deki denetimler devam ediyor. 7 yıllık olması bir şey değiştirmez, devam ediyor ama emsal isteme gibi bir durum ortada hiçbir neden yokken açılması kanun hem sistematigi ile de bağdaşmıyor. Sözleşmeyle bağlılık ilkesini de alt üst ediyor.

Katılımcı:

Ben de söz alabilir miyim bununla ilgili hocam?

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Çok affedersiniz Faruk arkadaşımın söylediği tamam da yalnız kanunun adresine bakıyoruz. Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıldığı, yapılmadığına bakılmaksızın uzun süreli yani 6 yıl, 7 yıl, 8 yıl. Ben okuduğum zaman 6 - 7 yıllık sözleşme yapmışsak 5 yıldan sonra da buradan benim anladığım hoşuma gitsin, gitmesin. Altıncı yılda adam emsal çağırabilir diye ben öyle anlıyorum.

Prof. Dr. Faruk ACAR:

Bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmaksızın bu konu fıkra 1-2 deki artış oranlarına dair hüküm. Onunla ilgili bir hüküm yoksa emsalin tespitiyle bağlantılı olarak...

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Bir dakika, bir dakika dikkat edelim yapılsa da bunu yapıyorsunuz. Yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın yapılırsa da bu, yapılmassa da bu. İkisi de var. Yani onun için hani bu görüş bana göre kanunun metniyle kolay kolay bağdaştıramıyorum Faruk kusura bakma, evet, çünkü burada yapılırsa da yapılmassa da 5 yıldan uzun süre için 6 yada 7 de bu emsale başvurabiliyor ya emsale başvurmam için bunları bitimini beklememede gerek yok. Tamam, yani ben öyle anlıyorum ya yapılırsa yapılmassa da. Faruk kardeşim bir kere bırak da Yargıtay'la aynı şeyi söyleyeyim ya bırak. 40 yılda bir aynı şey gelmiş onu da baltalama yani değil mi!

Katılımcı:

Ben bu bu konuda konuşabilir miyim Sayın Hocam? Ben şimdi bu konuda yakın zamanda yazmış, araştırmış biri olarak Faruk Hoca yalnızdı ona bir ben katıldım. Yani aynı düşünüyorum. Şöyle ki, şimdi bir kere lafzını 344 teki bu üçüncü fıkranın lafzını dikkatle okuduğumuzda bile lafzından dahi bu sonucu ortaya çıkarmak mümkün. Nasıl? Şöyle kısaca ifade edeyim, şimdi biz diyoruz ki taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın evet 5 yıldan uzun süreli işte 5 yıldan uzun süreli diyor ya deyip burada kesiyoruz. Halbuki bunu kesmemiz lazım çünkü “veya” ile başka ihtimallerden bahsedildikten sonra bakın virgülden sonra yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli ifadesiyle devam ediyor. Yani aslında bizim şöyle okumamız lazım bunu. 5 yıldan uzun süreli sözleşmelerde yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli şöyle belirlenir. Burada yeni kira yılından da 7 yıldan sonra süre bittikten sonra yenilenen kira yılı kastediliyor. Zaten hem sistematik bunu destekliyor hem de şöyle bir örnek düşünelim. 10 yıllık bir iş yeri kirası sözleşmesi yaptık. Bir AVM 'de. Hesap yapıyoruz. Kiraımız bu kadar sözleşmeye göre artış oranlarımız şu kadar 10 yıl boyunca ben bir maliyet hesabı çıkardım. Ona göre oraya bir yatırım yaptım. 5 yıl geçti. Hop kira bedelleri 2 katına çıktığı için hâkim geliyor o sözleşmeye müdahale ediyor. Halbuki kiraya veren söz vermiş, 10 yıl boyunca ben bu kadar artıracam diye. Aynen dediği gibi Hocamın eğer varsa olağanüstü bir durum 138 e göre uyarlamayla ancak müdahale edebilmeli. Yoksa sözleşme süresinin içine hâkimin müdahalesi sistemi bozan bir şey. Buradan lafzından dahi aksi çıkarılabilir düşüncesindeyim.

Katılımcı:

Hocam ben de görüşme açıklayayım. Ben de sizin gibi düşünüyorum. Burada aslında hem süre açısından 5 yılı aştıktan sonra ona bakılmaksızın artış oranı öngörmüş olsa bile emsal kiranın tespitinin rayiç kiranın tespitinin istenebileceği kanaatindeyim. Uygulamada da sorun görünmüyor, büyük çoğunlukta.

Av. Doç. Dr. Ahmet AYAR:

Şimdi tam bir saatimiz varmış. Yani bizim saat 15:00' da bu oturumu tamamlamamız gerekiyormuş.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Bekliyordum Hikmet Beyi yani. Neyse Hikmet Bey sonradan katılır. Şimdi uyuşmazlıkların çözümünde alternatif çözüm yolları buyurun. Söz almak isteyen arkadaşım var mı? Yani alternatif çözüm yolu da arabuluculuktan filan bahsediyoruz değil mi? Evet, Ahmet buyur canım.

Av. Doç. Dr. Ahmet AYAR:

Hocam evet. Eee, tabii burada çok kıymetli başkanlarımız da var. Uygulamanın çok kıymetli temsilcileri var. Hiç şüphe yok ki kira uyuşmazlıklarından doğan davalar gerçekten sizlerin çok büyük bir iş yükünü kapsıyordur eminim. Bu tabii biraz da biraz önce aslında ilk oturumda bahsettiğim gibi Türkiye'nin aslında sosyolojik ve demografik yapısıyla da alakalı. Tabii kira uyuşmazlıklarının çözümünde alternatif çözüm yolları dendiğinde işte yaklaşık bir hafta önce Adalet Bakanlığı tarafından açıklanan yedinci yargı paketinde arabuluculuğa bunun konu olabileceğine dair bir ibare ile karşılaştık. İşte kat mülkiyeti hukukundan doğan uyuşmazlıklar, kira hukukundan doğan uyuşmazlıklar, prensip olarak evet, yani bu olabilir. Çünkü çok hızlı aslında aynı zamanda sonuçlanması gereken davalar bunlar. Tabii bütün davaların en kısa sürede sonuçlanması lazım ama bilhassa işte kira kat mülkiyeti bunların biraz daha hızlı sonuçlanması gerekiyor. O anlamda çok olumlu olduğunu söyleyebiliriz ama tabii herkes bir şekilde bu sistemin içerisinde. Bence bu tespiti sizler de yapmışsınızdır. Bazı alanlar tabii belki de disiplinler arası çalışmayı gerektiriyor. Örneğin kent tarihçilerinin bu şehir yaşamıyla alakalı çok enteresan tespitleri var. Mesela diyorlar ki nüfusu 6 milyonu geçen diyorlar bir şehirde sizin yol kontrolü sağlamanız çok mümkün değil. Yani insanlar arasında uyuşmazlık çıktığı zaman bunu çok kısa sürede çözmeniz mahkemeler aracılığıyla çok kolay değil, işte oradaki tarihi dokuyu koruyamazsınız, insanlar arasındaki o toplumsal barışı sağlayamazsınız. Şimdi tabii kayıda da geçiyor. Francis Bacon'un 17. Yüzyılda tabii çok önemli bilimsel devrimler gerçekleşmiş. Orada çok güzel bir söz var diyor ki, "Nedeninin bilinmemesi sonucu olumsuz yönde etkiler". Biz tabii genelde Türkiye'de sonuçlara dair konuşuyoruz ama nedenleri tespit etmekte burada çok önemli. Bu tabii benim şahsi görüşüm şu an bilmiyorum hocalarım ve çok değerli uygulamadan meslektaşlarımız katılır mı? Bir kere bilhassa İstanbul, Ankara gibi büyükşehirlerde bu nüfusun planlamasını biz kontrol edemediğimiz müddetçe o istediğimiz ideal yargılamalara kavuşmamız da çok mümkün gözükmüyor. Yani bu anlamda da bir vurgu yapmak zorundayız. Yani bu sadece hukukçuların bir çalıştayda çözebileceklerini bir sorun değil açıkçası. O yüzden bunu da ifade etmek istedim. Tabii işte arabuluculuğa uygun olur mu, olmaz mı? Bu ayrı bir tartışma konusu ama bir şekilde meselenin hızlı çözümlemesi adına ben tabii aynı zamanda hem Kadir Has Üniversitesi'nin hem de İstanbul Barosunun temsilcisi olarak buradayım. İstanbul Barosundaki meslektaşlarımla konuştuğumda kira hukukuna ilişkin böyle bir çalışmaya gidiyorum işte iletmemi istediğiniz bir şey var mı dediğimde ilk söylenen şey "çok uzun sürüyor." Dolayısıyla bunu hızlandıracak biz bir mekanizma oluşturmak zorundayız. Ben tabii cevaben şu an söylediklerimi de onlara söyledim. Yani şu an İstanbul'da 20 milyon insan yaşıyor işte gidip Trabzon'da ya da ülkenin başka bir şehrinde belli sorunlarla insanlar karşılaştıklarında daha kısa sürede çözebiliyorlar. İstanbul'da her şey çok fazla, dosya sayısı da buna bağlı olarak çok fazla. O yüzden bu nedenleri de kayda geçmek adına söz almak istedim. Çok teşekkür ediyorum hocam.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Prensip olarak sen yani arabuluculuğa taraftar mısın?

Av. Doç. Dr. Ahmet AYAR:

Kısa vadede evet hocam.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Yani arabuluculuğun kısa vadede çözüm getireceğine de inanıyorsun. Niye inanıyorsun diye sormuyorum. Aman yanlış anlamayın.

Av. Doç. Dr. Ahmet AYAR:

İnanmak değil. Ben şimdi bilim insanıyım, inanmaktan çok bahsetmem ama yani kısa vadede çözüm olabilir en azından.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Sen avukatsın aynı zamanda şimdi burada biz avukat olarak bulunuyoruz. Bırak şimdi bana hikayeyi, felsefeyi bir kenara bırak. Yapalım mı yapmayalım onu söyle.

Av. Doç. Dr. Ahmet AYAR:

Yani hocam tabii sistemi bir şekilde işletmeden ne kadar verimli olur, ne kadar verimli olmaz. Ben de tam anlamıyla burada muhakkak kesin çözüm budur ve çok işe yarar demiyorum. Ama Türkiye şartları sonuçta.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Yarayabilir diyor musun?

Av. Doç. Dr. Ahmet AYAR:

Yarayabilir diyorum.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Evet Allah aşkına ya neyse Ahmet'in görüşünü anladık. Tabii arkadaşımız filozof olduğu için böyle. Ben hiçbir zaman öyle filozof olduğunu bile iddia etmedim. Ben daha avukatım Ahmet'ten yani. Ben hep ayakları yere basan bir adamım. Ve ben tabii Tekinay'ım. Hoca hep avukattı,

hep avukattı Tekinay. Biz orada öğrendik. Biz dersi açarken “Burası Tekinay kürsüsü burada tıraş yok” diye başlıyorduk. Ben hep öyle açtım dersleri öğrencilerin bilir teşekkür ederim. Bu konuda buyurun.

Prof. Dr. Murat DOĞAN:

Teşekkür ederim. Hocam zaten Ahmet hocam da söyledi, siyasi irade de bu konudaki kararlılığını gösterdi. Arabuluculuk gelecek kira uyuşmazlıklarında. Belki çerçevesi ne olmalı onun üzerinde konuşmalıyız. Şimdi mesela şu anda konutlarda %25 ten fazla artış mümkün değil. Sınırladık. Önceki düzenlemede yani 1 Temmuz’da sona erecek Tüfeyi geçemez diyor. 5 yıla kadar en azından. Şimdi bu mesela arabuluculuğa gittiğinde tamamen tarafların anlaşmalarına serbest mi bırakacağız, yoksa bunlar emredici hükümdür, bunu geçmemek kaydıyla ne şekilde anlaşacaklarsa onu belirlemeleri mi diyeceğiz? Sonra bizim Kanunumuzda yine hocam tahliye sebeplerini yeni tahliye sebepleri öngörülemez. Yani diyelim ki ihtiyaç sebebiyle tahliye dolayısıyla bir uyuşmazlık var. Burada taraflar arabuluculukta bir araya geldiklerinde sadece bunun üzerinde değerlendirme yapmalılar. Bunun dışındaki bir sebeple tahliye veya işte fesih üzerinde durulmaması gerekir diye düşünüyorum ben. Aksi halde kanun yani arabuluculukta çözüm kiracının aleyhine dönebilir, İş Hukukunda benzer durumları yaşıyoruz, İş Hukukunda kıdem tazminatında vs tamamen serbest iradeyle karar vereceksiniz diyoruz ama bir takım danışıklı arabulucuk anlaşmalarının yapıldığını da -herkesin malumu- biliyoruz. Hatta dün burada Bakan Bey de bunları söyledi, ileride bunlar ya bir çok davanın, yeni davaların konusu olacak gibi görünüyor. Ben bu çerçevede içerisinde kalırsa yani emredici hükümleri aşmamak kaydıyla kalması halinde arabuluculuğun en azından kısa vadede çözüm olacağını düşünüyorum.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şimdi arkadaşlarım bir dakika bir şey daha söyleyeyim yani şimdi ben Murat’ın söylediğinden şunu anladım, yani sadece kira parasının belirlenmesi konusu değil. Kira sözleşmelerinin sona ermesi veya tahliye davaları için de arabulucuya gidilecek değil mi? Yanlış anlamadım. Yani ona zaten katılmamak mümkün değil yani. Ya kanunun ruhuna da aykırı olmamalıyız. Yani biz kiracıyı kollama niyetindeyiz. Yani bizim kira uyuşmazlıklarına çabuk çözüm getirilmesini gerekli görmemiz, vur kiracıya anlamına yorumlanmamalıdır. Tamamen katılıyorum. Yani burada sorun yani genel teamül şu mu? Sadece kira tespiti bakımından değil, kira tespitine herhalde şeye de sokacağız değil mi? Emsalleri belki 138/1 e sokacağız, öyle değil mi? Bir de o devreye girebilir. Çünkü 138 in en yoğun uygulandığı alanlardan biri de kira bedeli artı kira sözleşmesini sonlandıran işlemlerde de yine arabulucuya gidebileceğiniz öyle mi? Genel temayül bu yönde mi arkadaşlar? Ben sadece merak ettiğim için tamam. O zaman bunu yazabilir miyiz yasalım değil mi?

Katılımcı:

Emredici hükümlerin sınırlarının belirlenmek kaydıyla gibi bir belki açıklama yapılması gerekebilir yani ancak o şekilde olabilecek bir arabuluculuk.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Bir dakika, şimdi onu söylüyorum ama ben önce genel temayül bu mu derken böyle bir tepki ben de sizden yanayım da ondan. Yani evet yani ben de kira tespiti anlarım ama tahliye sanki bana biraz şey gibi geliyor. Neyse biz o zaman şunları yazdıralım. Diyelim ki bu konuda genel görüş kira ilişkisi uyumsuzluklarının en azından kira bedelinin belirlenmesi ile ilgili olanları için zorunlu arabuluculuğa başvurulacağı yönünde olmuştur. Çoğunluk sadece kira bedelinin belirlenmesi konusunda değil, kira ilişkisinin sona ermesi (bildirim veya tahliye davası) bakımından da arabuluculuğa başvurulabileceğini düşünmüştür. Buna karşılık çalıştay grubunun içerisinde arabuluculuk uygulamasının yalnızca kira bedelinin belirlenmesi ile sınırlandırılması görüşü de gündeme getirilmiştir. Ancak hangi görüş benimsenirse benimsensin temel hedef olan kiracı lehine yorum anlayışı dolayısıyla da kiracıyı kollayıcı emredici hükümler kesinlikle aşılmamalıdır. Uydu mu? Tamam mı Ahmet? Ya böyle bakıyorsun sen yaz sonunda kabak benim başıma patlayacak ya. Ben masumum.

Av. Doç. Dr. Ahmet AYAR:

Çok pardon şimdi şu tabii yani arabuluculuk dendiği zaman da bunun içeriğini burada zaten konuşup belki tartışmak lazım. Yoksa böyle ben de prensip olarak arabuluculuğa evet ya da hayır demiyorum ya böyle bir şey var şu an gündemde bunun içeriği ne olmalı onu konuşalım.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Bir dakika şimdi tamam da yani biz burada hani kanun metni filan yazmaya kalkmıyoruz. Benim düşündüğüm kadarıyla zaten yani 11 sene gibi zaman lazım, Borçlar Kanunu 11 senede oldu çünkü. Yani öyle bir şey yapmayacağız herhalde. Ama hiç olmazsa biz bu sorunu gündeme getirmiş oluyoruz. Başkaca ekleyeceğiniz başka ilkeler var mı? Sadece ilke bazında konuşuyorum. Yani benim gördüğüm kadarıyla biz galiba ben ve bu taraf şey tahliyede olmasın deniyor ha burada bir hatırlatmada bulunayım. Yanlış aklımda kalmadıysa Baki Kuru, Yargıtay'ın uygulaması zaten tahliye davalarında tahkime gidilmesin şeklindeydi. Fakat Baki Kuru hocanın o meşhur usul kitabında tahkim ile ilgili bölümünde niye gidilmesin? Pekala gidilebilir diye bir görüş vardı. Onu da bir hatırlatayım dedim. Yanlış aklımda kalmadıysa öyle değil mi? Baki Kuru hocanın kitabında da bu vardı, bilmiyorum başka bir şey eklemeye gerek var mı.

Figen NAZSIZ:

Hocam, Hukuk İşleri Genel Müdürüne biz çekincelerimizi bildirdik, ortaklığın giderilmesini de bizim daire baktığı için o da torba yasada. Sanırım arabuluculuğa tabi tutulan konulardan. Çok katı bir şekilde arabuluculuğa tabi olması gerektiği bütün çekincelerimize karşılayacak bir yasa hazırlıkları konusunda Hukuk İşleri Genel Müdürümüz Bakan Bey'in de desteklediği bir tasarı hazırladıklarını söylediler. Biz davet edilmediğimiz için içeriğini bilmiyorum, görüş alınmadı ama kesinlikle tahliyenin olmaması gerektiğini düşünüyoruz biz bunun uygulayıcıları olarak fakat bunun karşılığı bazı hâkim arkadaşlarımız diyorlar ki taraflar anlaşıp sözleşmeyi sona erdirip evi boşaltabildiklerine göre neden arabuluculuğun huzurunda olmasın? Olabilir diyorlar fakat şu andaki ana sorun kiraların bu kadar fahiş arttığı bir yerde kiracı ne kadar özgür iradesiyle anlaşır kısmında bir tereddüt var ama Hukuk İşleri Genel Müdürümüz bunlara engel olacak çözümler içeren bir yasadan bahsediyor ama şey yok, bizde metin yok, teklif yok elimizde.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Biz şey yazmışız, görüşü de ileri sürülmüştür demiş azınlık ama başta çoğunluk dedik değil mi? Çoğunluk dedik.

Katılımcı:

Tahliyeyi arabuluculuğu da dahil edelim diyen var mı? Dahil olabilir mi hocam?

Katılımcı:

Hocam tahliye davalarına bakarken çok fazla anlaşıp gerçekten dava konusuz kaldığını ben gördüm. Yargılama aşamasında çok anlaşıp tahliye edilebiliyor. O anlamda bence arabuluculuğa konu edilebilir yani çünkü gerçekten çok sayıda dosyada taraflar anlaşıp taşınmazı yargılama devam ederken tahliye etmiş oluyorlar. Konusu kalmadığından karar verilmesine yer olmadığına karar veriyoruz. Yani anlaşma zemini var yani demek ki anlayabiliyorlar tahliye konusunda.

Katılımcı:

Hocam orada şöyle bir belki ayırım yapmak lazım. Yani tahliyenin kendisiyle tarafların anlaşarak yeni tahliye sebebi yaratmaları meselesini bir ayıralım. Bu mümkün değil. Yani tarafların anlaşarak yeni tahliye sebebi yaratamayacakları açık emredicilik orada var ama fiilen tahliye noktasına gelmiş olan taraflar bakımından zaten 325 inci madde yanlış hatırlamıyorsam şimdi önümde açık değil. Anahtarı bırakıp gitmeyi tanıyor kiracıya.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

O kadar kolay kabul edilmiyor. Yani Allah korusun yani teslim edildi mi, edilmedi mi? O da bir macera.

Katılımcı:

Boşaltma konusunda fiili durum bakımından bir anlaşma gerçekleştiğinde bunu kısıtlamanın bir anlamı yok. Yani buradaki emredicilik aslında sözleşmeyi akdederken oturup baştan buraya tahliye sebepleri yaratamayacakları hususunda bu net. Ama zaten birbiriyle artık iyice papaz olmuş tarafların “tamam boş şeyi ver, taşınma masrafını öde sen, bunu yap şunu, hadi el sıkıştık boşaltıp gidiyorum” demesi aşamasında fiili durumu zaten engelleyemiyoruz ki arabuluculukla tamamen önünü kapatalım.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Yani siz tahliye arabuluculuğa gitsin mi diyorsunuz? Türkçesi sona ermedir.

Katılımcı:

Yani evet, evet sona ermedir demek belki daha doğru tahliye deyince sanki tahliye sebebi yaratılabilmiş gibi bir algı oluşuyor. Bu doğru değil, buna katılmıyorum. Burada bunu yapamazlar ama o aşamaya gelmiş olan tarafların irade özgürlüğü bence korunmalı.

Katılımcı:

Arabuluculuğun dava şartı olmasındaki sonuç şu, arabulucuya sonucunda anlaşmazlıkla neticelenir ise zaten bunu alacaksınız, dava açacaksınız. Açtığınız dava tahliye davası ve kanundaki sebeplerden birine dayanmak zorunda. Eğer dayanmayan bir sebeple dava şartı arabuluculuğa başvurmazsanız anlamı yok. Zaten davanız dinlenmeyecek.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şimdi arkadaşlarım bir dakika...

Katılımcı:

Yani ama bu böyle. Bence burada bir teknik hata yok yani. Tamam, tamam, bu böyle kalabilir. Yani zaten ucu açık ve muğlak yazdığımız için problem değil. Burada yazılan da hiç kimsenin görüşüyle birebir çelişen bir

ifade yok burada bence. Bence harika olmuş, biraz da romantizm kalsaydık daha güzel olacaktı.

Katılımcı:

Olsun diyoruz, biz tahliye olsun diyoruz.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Olamaz yani çözüm soru, bu arkadaşlar sona erme tahliye filan dahil hepsi arabuluculuğa gitsin mi gitmesin mi? Gitsin diyenler? Gitmesin diyenler? Çoğunluk o yönde demiş biz yani biz kahir ekseriyet deniyor değil mi? Çok güzel çok fena madara olduk. Ahmet'in yüzünden hep bunları sen yarattın. Tespite gidiyoruz onda otomatik zaten kimsenin ağzını açtığı yok. Ya şu anlaştıktan sonra diyoruz ama bu lafa da bayılırım. Ben anlaşıyorsam niye arabulucuya gideyim ya gerçi gerçi tabi hayır. Figen Hanımın söylediği gibi zımni anlaşma da olmayacağına göre öyle demedim ki yani yani 150 yılda olsa tekrar şeye döneceksiniz, sözleşmeye falan gibi yani orada da tereddüdüm var yani.

Katılımcı:

Hocam taraflar arabulucu aşamasında geldiğin zaman işin ciddiyetini görüp fikrini değiştirebilir.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Benim bir de tereddüdüm burada; zorunlu olan arabuluculuk mu yoksa ihtiyari mi?

Katılımcı:

Zorunlu, dava şartı olan.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şu olanları için zorunlu yazalım, şöyle bir lafa koyabilir miyiz? İlgili olanlar için zorunlu arabuluculuğa diyelim. Arabuluculukla değil, zorunlu lafını yazalım. Arabuluculuğa başvurulabileceği, başvurulacağı değil artık başvurulabileceği yok. Şu anda tabi düzenleme yok. Başvurulacağı yönü bizim görüşümüz olur, öyleymiş görüş olmuştur. Tamam, tamam şimdi oldu. Tamam, yani zorunlu olacaktı. Afiyet olsun.

Figen NAZSIZ:

Hangi aşamada ne formatta olacağı başka bir çalıştayın konusu olmalı. Çok etraflı yani arabuluculuğun ayrıca çalışılacağı bir şeye ihtiyaç var. Bu konsept mümkün değil.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Yani 20 yılı bitiren avukatların hepsi otomatikman arabulucu filan oluyormuş değil mi? Ben olmayacağım garanti vereyim yani benim hiç hiç öyle bir niyetim yok olanlara afiyet olsun ben öyle şeyim yok. Ben avukatım öyle arabuluculuk falan beni aşıyor, karşı falan değilim, yanlış anlaşılmasını ama. Haluk Burcuoğlu olmayacaktır, isterse özel kanun Haluk Burcuoğlu mutlaka ara bulucudur deseniz de istemiyorum yok yani gelmiyor neyse evet, başka bir görüşümüz var mı? Burada arkadaşlar tek alternatif çözümlerdeyiz dikkat edin.

Katılımcı:

Tahkim olabilir Hocam.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Arabuluculuk varsa tahkim koşar koşar olur. Devam edelim harika. Evet, evet. Baki Kuru da karşı çıkıyordu zaten. Şimdi onunla devam edelim.

Katılımcı:

Tahkimle ilgili ben şunu söyleyebilirim, bu tahkime iş yeri kiralari için sınırlanabilir Hocam. Konutun koyulması biraz o konuda kiracının işini zorlaştırır. Çünkü kiraya veren sözleşmeyi mutlaka tahkim şartı koyar. Orada konut kiralalarında kiracının eli zayıf olur ama iş yeri kirasında...

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Yani tahkim şartı koyar, hakemi de ayarlar mı demek istiyorsun?

Katılımcı:

O anlamda söylemiyorum.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Ne anlamda söylüyorsun? Ben öyle anladım da

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Hocam takım demek, yargılama masraflarının yüksek olması demek hocam. Yani bunun kiracı bakımından başka sonuçlar da var. Ben konut kiralari bakımından tahkime karşıyım.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Çok güzel bir görüş. Buyurun arkadaşım. Buyurun arkadaşım. Hoş geldin bir defa.

Katılımcı:

Hoş bulduk, kendi adıma ait olmayan bir yerde kaçak korsan olarak oturuyorum. Özür dilerim, sahibi geldiği zaman da kalkarım. Çünkü çok geç başvuruda bulunabilirim. Onun için de herhalde yer ayarlanmadı. Herkesi saygıyla selamlıyorum. Şimdi çok kısa tahkim, doğru, daha pahalı ama aslında biraz abartılı konuşacağım. Devlet yargısı çok çeşitli nedenlerden dolayı çok geç çalıştığı için ucuz olsa ne olur? O kadar uzun süren dönemde bekleyen insanların o hukuki belirsizlik içerisinde kalması o kadar kötü bir şey ki hangi konuda olursa olsun sonunda hadi özel hastaneye gidelim denirdi hatırlarsınız işte bilmem ne kaç gün ay sonra bilmem ameliyat olacağımıza kaç paraysa toplayalım, gidip özelde neşter parası bilmem ne verelim olurdu. Bir süre sonra devlet yargısının uzunluğundan dolayı tahkim -bunu iyi bir şey diye söylemiyorum tabii ki - aman tahkim olsun da denebilir. Bir ikincisi arabuluculukta da biraz aynı şey geçerli. Yani bu davayı açtığımızda bilmem kaç sene sonra belki şu kadar kazanırız ama şimdi şu kadar parayı alalım bu iş bitsin. Özellikle iş hukukunda bunu çok görüyoruz. Bu eğilim var. Şimdi bir de bu sizin tabii kinayeli ve yarı şaka söylediğiniz yani “tahkim olursa hakemi ayarlarlar mı” konusu. Ayarlanaması lazım tabii hiçbir hakemin ama...

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Ama öyle bir koydu.

Katılımcı:

Türkiye'de hep böyle ayarlama üzerine kurulu bir -üzgünüm ama- ayarlama üzerine kurulu bir altyapımız, kültürel alt yapımız olduğu için o korku en azından olacaktır. Hatta uluslararası tahkimde bile benim zaman zaman içinde yer aldığım taraflar kendi seçtikleri hakemi, kendi tırnak içinde kendi hakemleri gibi görürler. Yani bizim hakemimiz, o da karşı tarafın hakemi, işte baş hakem de ortadaki hakem gibi düşünülür. Halbuki öyle değildir. Beni kim seçerse seçsin ben bu tarafına hakemi değilim. Her iki tarafın da hakemiyim ama algı öyle. Uluslararası ticarete bile algı, Türkiye'deki uluslararası ticarete algı öyle olursa siz düşünün.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Yani şimdi şimdi afedersiniz bunu hepimiz yaşıyoruz. Yani hakem olarak da yaşadık. Tahkim duruşmasına avukat olarak katılmakta da yaşadık. Hakemler pekala maalesef ben bizimkilere söylerim gibi gayet romantik bir yaklaşımda bulunabiliyorlar. Bizimkiler sizinkiler olmaması gerekir. Elbette ki oluyor mu oluyor ama bunu genelleştirme demek lazım. Biz yine şimdi şeye dönüyor. Yani burada tahkime eğer arabulucuya gideceksek taraflar müştereken 2 tane hakem, onlar da aralarında nasıl üçüncü hakemi seçsinler? Bunu yapalım mı, yapmayalım mı? Soru gayet net arkadaşım dedi ki: Konut kiralığında olmasın ama iş yeri kiralığında tahkim olsun dedi. Çünkü konut kiralığında tahkim kiracıya fazla yük getirir.

Katılımcı:

Tabii sadece kiracıya değil kiraya hazırladığı için sözleşme otomatikman tahkim şartını zaten koyacaktır. Kiracının olduğu gibi kabul etmek zorunda kalacak.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Kira affedersiniz, tahkim şartını kabul etmesi tahkimin uygulanacak olması ille de kiracı aleyhine karar çıkacak anlamına da gelmemeli. Yani burada sözleşmeyi nasıl yorumlayacaksak yorumlayacağız ama yani ne olursa olsun tahkim mümkün diye sözleşmeyi ille de tahkime başvuran taraf lehine yorumlanır diye bir şey yok. Ama zorunlu tahkimse bir de şu açıdan bakın ne olur ben ne yapacağım şimdi yani mesela kira bedelinin tespitiyle ilgili veya şeyle zorunlu tahkime başvurma sürem kira bedelinin tespitiyle ilgili sürelerde herhangi bir değişiklik olacak mı, olmayacak mı? Mesela onu merak ediyorum.

Katılımcı:

Burası kamu düzeniyle ilgili. Mesela Yargıtay önüne geldiğinde diyeceğiz ki şekli unsurları taşıyor. Tahkimin kararını iptal edeceğiz. Çünkü ne diyor “yargıtay tahkimden verilen kararın iptali talep edildiğinde kamu düzenine bakar” Şekli düzenleme kamu düzeni mi? Kamu düzeni.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Kamu düzeni. Doğru. Yani o zaman tahkime de gene biz sürenin bitiminden itibaren bir ay içinde eğer sözleşmede özel bir şey varsa değil mi onu o sezonu o yeni yılın sonuna kadar açacağız değil mi? En azından bu lazım diye düşünüyorum.

Katılımcı:

Kamu düzeni de bunu gerektiriyor. Yoksa böyle ucu açık cümlelerle biz oynamaya kalkarsak kirada bunun önünü alamayız diye düşünüyorum. Hocamın dediği doğru aslında her konut kirasına belki böyle bir şey gelirdi istisna ama işlem ticari iş veya dava niteliğindeyse tahkim yapılabilir diye düşünüyorum. Tamam, kriter olarak o konulabilir. Ticari iş, ticari dava. 2 şirket arasında ise ticari dava zaten. Birisi şirket birisi şeyse esnafsa falan mesela ticari iş. Belki yapılabilir yani böyle bir kriter düşünülebilir.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

İki tane önemli görüş var. Evet.

Katılımcı:

Ben de Sezer hocamı desteklemek amacıyla sözü almak istiyorum. Yani eğer başlangıçtan özellikle konut kiracıları bakımından bir tahkim şartını kiraya verenlerin dayatması muhtemeldir ve dava kiracı tarafından adliye mahkemelerinde dava açılacak olduğunda tahkimi bir defa olarak ileri sürecek. Bu da yani korumaya çalıştığımız kiracıyı bence mağdur edecek. Ben dolayısıyla Sezer Hocama şöyle ben destek olabiliriz. Belki yasal düzenlemede Hocanın işaret ettiği tehlikeyi bertaraf edecek bir. hüküm sevk edilebilir. Bir de bazen duyuyorum bir kere bir toplantıda dile getirildi *“Sigorta tahkim komisyonu çok iyi işler yapıyor işte birçok sigorta uyuşmazlığı böylelikle adliyelerin önüne gelmekten kurtuldu.”* Benzer bir şey kira sözleşmesi için de olabilir. Alternatif çözüm yollarında çünkü o tür merkezlerin yani adliye dışında merkezlerde bu uyuşmazlıkların çözülmesi de gündeme gelebiliyor. Tüketici hakem heyeti komisyonları olduğu gibi. Kira kesinlikle öyle bir alan olmamalı. Yani benim fikrim bu. Alternatif çözüm yollarıyla ilgili en azından arabuluculukla sınırlanması gerekiyor.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Sen hakeme gitmeyelim diyorsun.

Katılımcı:

Ben tahkime hocam kesinlikle konut kiralari bakımından kabul görmesini istiyorum. Yani şeye evet Sezer Hoca'ya katılıyorum. Sosyal bir gerekçeyle ama yani.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Peki başka görüş bildirecek olan var mı, yoksa gene toparlayacağız.

Katılımcı:

Gerekçeden kastınız mali açıdan kiracıya yük olması mı? Ki herhalde o ama yani ben fikrinize karşı olduğum için söylemiyorum. Sadece sosyalin anlamını anlamaya çalışıyorum. Yani kiracı için pahalı bir yargılama yolu olduğu için mi yoksa “zaten hakemler mal sahibini tutar” gibi bir korkudan dolayı mı yoksa bunun dışında bir şey mi onu açma imkanımız var mı bir iki cümleyle?

Katılımcı:

Sosyal gerekçeden kastım şudur, bir tahkim. -yani ben de tahkim yargılamalarında katılan bir avukat olarak söylüyorum- pahalı bir usul. İki yabancı bir usul yani. Adil yargılanma hakkı kavram olarak şunu içermesi gerekir. İnsanların bildiği bilebildiği adalet yollarını kolaylaştırmamız gerekiyor. Türkiye'nin sosyal gerçekleri asgari ücretle kirada oturan geniş toplum kesimlerinin, uzaydan bir varlık gelse de herhalde tahkim kadar yadırgar diye düşünüyorum. Sosyal gerçeklik olarak işaretlediğim şey bu. Yani biz uluslararası ekonomik tahkim ya da yatırım tahkimi üzerinden bahsetmiyoruz. Geniş halk kitleleri hocamın da ifade ettiği gibi kiracı hatta kıymetli katılımcılardan biri ifade etti, Sayın Üyemiz, yani A sınıf gömlekli çalışanlar bile periferi dediğimiz gecekondu bölgelerinde kiralık dairelerde oturabiliyor. Dolayısıyla bu sosyal gerçek söylediğim bu. Geniş. Yani bir de korkutur yani açık söylemek gerekirse. Kira da çok yaşanan bir şey bence arabuluculuk kafi tahkim de olursa Sezer Hoca'nın düşüncelerine bu yüzden katılıyorum.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şimdi bu üçüncü bir görüş. Alternatifleri bir kere daha sıralayalım. Bir; arabuluculuk da tahkim de sınırsız uygulansın. İki; arabuluculuk uygulansın ama tahliye için uygulansın ya da uygulanmasın ayrımını yapıyoruz. Üç; tahkim uygulanacaksa sadece iş yerleri için uygulansın, iş yeri kiralari için. Konut ve çatılı konutlar için uygulanmasın diyoruz. Başka bir görüş var mı? Ortaya atılan yok değil mi? Bunları yazdırabilir miyiz? Öyle tabi uygun görüşleri uygulanabilir deniyor. Yani doğru bilsin demek daha doğru yazıyor mu arkadaşım ne dedik? Biz sana şimdi şey diyelim. Kira ilişkisinden doğan tahkim yoluyla çözülmesi konusunda şu görüşler gündeme getirilmiştir. İki nokta koyalım. Bir ya da a diyelim a. Ünlü kapatalım. Her türlü uyuşmazlık tahkim de çözülebilir. Tahkim ile çözülebilir, o da olur. Tamam 2 ya da b. Tahkim yalnızca iş yeri kiralari açısından iş yeri kiralari için uygulansın. Konut kiralari için uygulanmasın. C diyelim. Başka bir şey var mıydı? C. Ne demiştik biz, şey tahkim hiç uygulanmasın. Bu da bir görüş tahkim hiç uygulanmasın. Tamam. Yani ortaya atılabilecek olan görüşler bu. Ben biraz c ye katıldığım için hani yani çok da bağıra bağıra da söylemek istemiyorum ama. Yani kimse yani bir sürü tahkim hâlâ şu anda birebir tahkimde başkanım. Bir tanesinde üyeyim. Ben tahkimi bir türlü içime sindiremedim yani. Ya yani hani eleştiriyoruz? Mahkemeler şöyledir, böyledir. Yani yargı başka bir şey olmalı ya ben öyle

inanıyorum. Yani hakikaten ne kadar beğenmezsem, beğenmeyelim tırnak içerisinde lütfen. Karşımıza yargı yetkisine sahip olan biri olsun ya? Değil mi? Kötü karar versin ama hakim versin. Yargıç ve ben hep bunu düşünüyorum ama bu yani laf olsun diye koyduk. C'yi isterseniz kaldırabiliriz ama yani benim hakikaten şeyim yani bana hiç öyle sempatik gelmiyor. Hele ki böyle kira gibi ilişkide insanların birebir içinde olduğu ilişkide şeyim yani bayağı tereddütler var kafamda. Ben istiyorum hakim yanlış karar versen ama kararı Figen Hanım versin. Bu konuda yetkili olan kişi versin. Ben onu istiyorum. Yani neyse bu. Yani bu laf olsun diye söylenmiş bir şey fazla kızmayın lütfen. Başka bir şey var mıydı? Buraya ekleyebileceğiniz? Tamam. Ne güzel hallediyoruz. Ben hiç şaşırıyorum vallahi. Hayır, herkes kötü bakmaya başladı. Sonunda dayak yiyeceğim hocam. Vallahi ben bunu giderek inanmaya başladım. Ahmet'in yüzünden Ahmet sevgili kardeşim yüzünden yapıldı. Bunlar neyse şimdi başka bir şeyimiz var mı? Mevzuat ve uygulamadan kaynaklanan diğer sorunlara geçiyoruz. Eğer başka bir şey yoksa bu alternatif çözümlerde. He tamam o zaman bu maddeyle ilgili hemen aklıma gelen bir şey var yani. Maalesef uygulamada çok sık hani bir ara tacirlerimizin olağanüstü baskısıyla 8 yıl uygulanması ertelenen var ya bizim o meşhur 346 maddemiz şimdi de uygulanıyor değil mi? Prensip olarak inşallah uygulanıyor. Şimdi orada bir ikili ayırım var. Yani bu maddenin oluşumu da ben de vardım. Yani ayıpsa benim de ayıbım, onu da söyleyeyim. Bir taraftan ceza koşulu var, bir taraftan da muacceliyet var. Bizim değerli hukukçu kardeşlerim, gençler kira bedelinin tamamı muaccel olur dersem aslında bu ne sizce? Ben hayır, bırak taksitle satıp ne ne bu sizce? Ceza koşulu değil mi? Yani adına ne dersiniz deyin ya. Muacceliyet bilmem ne yani? Aslında bu ayırım da bana göre füzuli ama belki hani ne denir? O da netlik açısından bir önemi vardır. Hani kira sözleşme ceza koşulu yazarsanız bir de muacceliyet bi ayrı bir şey aslında bana sorarsanız muacceliyet koşulu da aslanlar gibi bir cezadır, başka bir şey değildir değil mi? Yani ben bunu başka türlü anlamıyorum. Yani şimdi burada bu maddenin %100 muhafaza edilmesinden yanayım. Arkadaşlar ne düşünüyor? Çünkü çok. 346 maddedeyim. Kiracı adayına düzenli kiraladı. Düzenleme yasağı gayet romantik de bir başlığı var. Sıkıntı yok değil mi? Ben de aman olmasın zaten. Bir şey demiyorum yani. Ama affedersiniz, bu memlekette tacirler şaka kalkmadı mı? Hatta tıpkı “karıdan izin mi alınır mı”, ne demek ki kefil ben olamayacak mıyım diye hava atmadık mı?” Biz kendi kendimize kaşınmadık mı? Affedersiniz ya biz bunu, ben burada yaşadım.

Katılımcı:

Hocam yeni verdiğimiz içtihatlarda diğer kiralarda muaccel hale gelir hükmünü biz kabul ettik.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Harikasınız ya işte bu yani o zaman, tamam

Katılımcı:

2020'den itibaren erteleme hükümleri de kalktı. Herkes uyguluyor zaten.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Siz rahatsız olmuyorsunuz değil mi? Beni hiç rahatsız olmuyorum. Tamam harikasınız yani, ara sırada böyle yargıyla aynı düşünüyoruz. Ne güzel ya tamam bak ben varım. Tamam o zaman bu sorun değil yani. Evet başka ne var?

Katılımcı:

Burada cezai şart şimdi doktorinde 2 görüş var. Bir görüş diyor ki bu sadece kira parasının ödenmemesi, geç ödenmesi nedeniyle oluşacak zararlara yönelik ceza şartlar geçersizdir. Yoksa atıyorum mesela AVM kiralarnı gördüyseniz. Kiracı geç açarsa şu kadar ceza şart, dükkanı açmazsa bu kadar ceza şart, şu uygulamayı yapmazsa kaç ceza şart, guk cezai şart. Her şey ceza şart AVM kiralarnında. Acaba bu ceza şartlara da sirayet edecek mi bu yasaklar? Farklı görüşte olanlar var doktrinde hocam o yüzden?

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Kusura bakma yani asıl o, asıl onu düşünür.

Katılımcı:

Mesela kiralananın geri verilmesinde gecikirse ceza şart?

Katılımcı:

Aynen bu hüküm kapsamında fikrimce mı?

Katılımcı:

Tabii iş yeri kiralarnı bakımından hani cezai şart özellikle tacir ise o kadar rahatlıkla geçersiz diyemiyoruz. Yani orada o boyutu da var. Hani konut kirası bakımından...

Katılımcı:

Yazılı tahliye diyelim ki şu tarihte taahhüt tahliye edeceğim demiş ama o tarih geldiği halde etmezse şu kadar cezai şart ödeyecektir demiş. Bunda bir sakınca yok diye düşünüyorum ben.

Katılımcı:

Söz almadan cevapladım biz zaten uygulamada da kabul ediyoruz. O tahliyei sağlamak için diyoruz ve bu 346'ya sokmuyoruz.

Katılımcı:

“6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun kiracı aleyhine düzenleme yasağı başlıklı 346. maddesinde kiracıya kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemeyeceği, özellikle kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmaların geçersiz olduğu”. Yani bu ikinci maddeye atıf yapmışız uygulama maddesini. Bu şekilde bir kararımız vardı.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Peki teşekkür ederim. Bakın zaman zaman buluşuyoruz yani o kadar da kötü değiliz yani değil mi?

Katılımcı:

Hocam zaten toplantının amacı o. Şimdi Yargıtay olarak biz dediğimiz illa doğru değil. Zaten sayın başkanımızın da görüşü o doğrultuda. Eleştiriye açtınız. Yani bilim adamlarımızın, hocalarımızın görüşlerini değerlendireceğiz diye bizleri buralara gönderiyorlar. Yani değerli hakimlerimiz de orada. Şimdi bu bir şans ülkemiz için, milletimiz için. Yani tabi, yani burada benim kararım illa doğru demek megolamanlığına girmeye gerek yok.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şöyle bir şey söyleyeyim, biz bunu hepimiz yaşadık. Biz hoca tarifesini olarak yargıdakiler anlamaz. Yargıtay da bunlar ayda yaşıyor demeye başlıyor. Gayet güzel. Biz bir türlü bir araya gelemiyoruz onun için. Yani bizim daha sık bir araya gelmemiz lazım.

Katılımcı:

Hocam şimdi Yeniocak hocamızın dediğini netleştiremedik. Araya çok reklam aldık. Haklı bir şey söyledi mesela ama şimdi her dosyayı kendi içinde dayandırmak lazım. İzin verirsiniz kısaca bir değinmek istiyorum. Yarım kaldı o. Şimdi ihale ile satılan gayrimenkullerde kiracı var ise bunların ne şekilde tahliye edileceği 134-135 inci maddelerde yazılmış. Şimdi içinde bir kiracı varsa biz demişiz ki “Haciz tarihinden önce ipotek olunmuş veya kira sözleşmesi noterce tasdik edilmiş olmak şartıyla” onun biz tahliyesini

kabul ediyoruz. Kiracının şeyini. Neden hocamız dedi ki, hani dekont filan var mı? Tabi her dosyayı kendi içinde değerlendirmek lazım. Şimdi malumunuz hep konuşuyoruz, ahlaklı erdemli olmaktan. Şimdi ipotek veren borçlu kişi, mal sahibi çok kolay bir şekilde noter dışında harici bir kira sözleşmesi ile kiracıyı -tabi canım her zaman düzenleyebilir. Yani satıştan sonra da verebileceği için şimdi icrada da dengeyi kurmamız lazım. Bunu ispat, şimdi kötü niyetli borçluyu da korumamak lazım. Malının satılmaması için birini kiracı gösterir, tahliyesini engeller, alacaklıyı mağdur edersiniz. Yani ben bunu açıklamak istemiştim ama ben yine de şimdi Hocamızın o sorusu. Hani dekont kısmı. Şimdi hepimiz malum hukukçuyuz. Her dosya kendi içinde değerlendirilecek. Böyle bir şey var mı yok mu? Şüphesiz değerlendirilir, o ispat çünkü.

Katılımcı:

İşte itiraz etmez, kabul eder, geçerli sayarsın. İkrar nedir, delildir. İtiraz edilmediği sürece geçerlidir ama itiraz edilse kanıtlayacaksın. Somut olayın özelliği diyoruz ya.

Katılımcı:

Çünkü yargıda böyle bir makine yok ki kazuistik yöntemle eyleme uyan elbise. Terzi bile 50 defa prova yapıyor sana yani. Olmaz yani. Ama ben ilk dosyada, dosyaya iyice bakacağım ve tartışmayı yine açacağım. Böyle bir şey var mı? Bizde hakikaten diyeceğim yani başka bir şekilde ispatı yok mu? Bu faydası da var yani. Uygulama o yönde bizde yani neticede her türlü üç kağıdı açık olduğu için bir takım şeyler.

Katılımcı:

Şimdi 346 madde tam önümüzde açıkken oradaki farklı bir şeye ben tek bir işaret edeyim. Orada bir kavram geçiyor, içine girersek çıkamayacağımız için hiç o konuyu açmadım ben. Kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü. Bizim bir de o zaman yan giderin ne olduğuyla ilgili problemimiz var.

Katılımcı:

Ona ilişkin kararlarımız da var.

Katılımcı:

Yani aslında bir de böyle her şeyimiz var.

Katılımcı:

Şimdi kiralayan yan gider olarak çevre vergisini vermiyor. Bu yan gider değil ki. Biz içtihatlarımızın hepsi ile belirledik bunları.

Katılımcı:

Zaten içtihat hukuku bu noktada doktrin dekinden daha isabetli yaklaşımlar sergilemiş durumda.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Yani evet, evet, şimdi bakın. Şimdi bakın biz şunu düşündük, hep bu borçlar kanunu yapılırken maalesef benim yani o komisyona katılan yani yargıçlara da bir sitemim mi oldu? Biz daha etkin katılmalarını beklerdik yani. Çünkü biz 10 defa görüyorsak sizler 100 defa 1.000 defa görüyorsunuz o şeyi ama benim beklediğim yoğunlukta katılım olmadı ama bunu ben hep bekledim ve biz şunu düşündük hep yani gerçekten belki fazla akademisyencilik mi yaptık bilmiyorum onu da. Biz dedik ya bize mesela Yargıtay üyeleri dedik ya hocam burada hakim ne uygulayacağını kolay kolay anlamaz, anlamazsın, anlamazsın dedik ya siz yapacaksınız yani biz topu yargıya attığımız zaman karşılığı hep aman daha netleştirelim. Aman daha keskin, keskin değiştirelim şeyi geldi bize cevabı geldi, biz de hep şey dedik yani yargıç bunu kendisi yargı çözsün yani. Yani biz bunu söyledik ama hakikaten Yargıtay üyelerinden ve mesela Mustafa Oskay da vardı. İcra iflas değil mi? Çok önemli de bir isim. ona da mesela böyle şeyler gelmişti yani ama biz mümkün olduğu kadar yargıç dedik ya takdir etsin. Ha bir de şu lafı söyleyeyim. Nedense bana bozuldular hakim hakim diyoruz ya niye yargıç demiyoruz dedim. Vallahi bir dayak yemediğim kaldı. Hiç unutmuyorum. Talay abi Talay Şenol Allah rahmet eylesin vefat etti o da galiba geçen sene. Talha abi beni dışarı götürdü. Oğlum sen ne yaptığının farkında mısın? ne yaptım yahu dedim. Hakim. Yargıç. Aradaki farka bak dedi. Hakim. Ben yargıç diye değilim derken vallahi billahi be yani hâkimleri küçümseyelim anlamına katiyen demedim ya. Ama oradaki arkadaşlar alınmış öğrendim. Değil mi? Hakikaten öğrendim yani o laf bile rahatsız etmiş, bir daha tövbe ağzımızı açmadık ya oturduk oturduğumuz yerde. Ama şimdi bu bizim hakikaten borçlar kanununda mümkün olduğu kadar yargıcın devreye girmesini istedik. Canı yürekten, Hatta biz komisyonda da Yargıtay'ın yani hakimlerin daha fazla katkıda olmasını istedik. Genelde biz bu yani en azından ben kendi adıma konuşayım. Ben yeteri kadar katkı görmedim. Ya top hep bize atıldı ama tam tersine ya. Diyorum ben avukatım 10 defa görmüş isem Selahattin Bey belki 10.000 defa o işle karşılaşılıyor. Benden tabii ki daha fazla şey söyleyecektir. Ama biz bunu göremedik. Neyse arkadaşlarım şimdi görüş ve öneriler kısmında ...

Katılımcı:

Bir kaç hususta hemen görüşlerimi söyleyebilir miyim Yargıtay'ın uygulamasıyla ilgili? 355 inci maddede yeniden kiralama yasağı var. Bu maddenin uygulanmasında Yargıtay şöyle bir kıstas getiriyor. Yani ihtiyaç sebebiyle tahliye talep ettik. Kiracı kendiliğinden tahliye etmiş, kiraya veren, sonra gidip kendisi oturmak yerine başkasına kiraya vermişse burada tazminat isteyemezsin. Ama diyor “dava açılmış, icra yoluyla tahliye sağlanmışsa” ancak bu halde başkasına kiraya vermesi halinde tazminat istersin diyor. Ben bunu çok hakkaniyete uygun olmadığını düşünüyorum. Yani kiracı kendiliğinden ihtara riayet ediyor. Madem ihtiyacım var buyur ben de boşaltıyorum diyorsa ama buna rağmen kiraya veren götürüp başkasına 3 yıllık süre geçmeden ve haklı sebep olmadan kiraya veriyorsa niye biz onun tazminat istemesine engel olalım? Şimdi bu gözden geçirilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Prof.Dr. Haluk BURCUOĞLU:

Bakın bu herhalde önceki uygulamalardan kalan bir şey. Çünkü önceki uygulamalarda bir ceza yaptırımı vardı. Zaten özel hukukta ceza olmaz. Arkadaşlarım ayıptır yani. Bizde suç ve ceza olmaz. Bizde kusur ve tazminat olur. Başka bir şey olmaz. Hatta ne bir aile okulundaki aptal ceza koşulları: 3 ay evlenememe. Bunların hepsi saçma sapan şeylerdir. Yani bu açık ama yani oradan gelen bir anlayış herhalde bu. Yani orada da Yargıtay her şeyi yapıyordu ceza uygulanmasın diye. Evet, evet efendim içeride bir sandalye bırakmıştı. Artık tahliye etmiş sayılır mı, sayılmaz mı? Bir sürü karar vardı ve ben hayatımda bir tek defa meraklı bir kiracının bu yola başvurduğunu gördüm. Bir defa. Hiç görmedim. onun dışında. Adam ajan gibi takip etmiş. 3 yıl içinde yani kim uğraşacak ya bir de onu düşünün. Siz oradan çıkartmış adam belki döve döve çıkarmış önemli değil. Bir de siz adamı ajan tutup takip edeceksiniz.

Katılımcı:

Yargıtay içtihatını gözden geçirmeli diye düşünüyorum. Yargıtay'ın uygulamasıyla ilgili bir husus daha söyleyip bitireceğim ben eğer müsaade ederseniz. Yazılı tahliye taahhüdünde belli bir tarih gösterilmişse diyor. Şimdi yine eski uygulamasında Yargıtay'ın açığa imza varsa ya anlaşılmaya aykırı doldurulduğu ispat edilmedikçe bunu kiraya veren, kendisi doldurup tarihi kendisi atıp tahliyeyi sağlayabilirdi. Ama şimdi kanun açıkça belli tarihte tahliye edileceği taahhüt edilmişse diyor. Yani açığa imzanın artık kabul edilmemesi lazım. Ya da biz kiracıyı burada koruyamıyoruz. Bu baskıyı hani içtihatlarıyla Yargıtay baskı vardır, aynı tarihli ise vesaire dedi. Siz daha da öteye götürdünüz çok doğru bir şekilde teslimden sonra verilmesi gerekir dediniz ama uygulamada yine de istismar var. Ya bunu yani şeye çevirmeliyiz resmi şekle dönüşmeli bu tahliye taahhütleri ya da Yargıtay yani bu açığa imza halini artık kabul etmemeli diye düşünüyorum. Tarih baştan belli olmalı, hukuk güvenliği açısından da kiracı da bilmeli. Eğer ona uyumadıysan o zaman tahliye etmeli.

Prof.Dr. Haluk BURCUOĞLU:

Şimdi bakın burada da başka bir şey var. Sizin bu söylediğiniz genel olarak sadece kirayla ilgili değil. Yazılı tahliye, açığa atılan imzanı macerası bu yani. Milyonlarca da borç altına girebilirsiniz. Şimdi Yargıtay da ne yapabilir ki? Dünyanın hiçbir başka bir hukuk sisteminde de böyle bir şey yok zaten. Hani ben kağıdı imzalamışsam üstü “benim irademe uygun doldurulmuştur” diye kabul ediliyor. Yani isviçre’de böyle kabul ediyor. Bütün dünyada. Başka türlü olmaz. Ama yani hakikaten siz bunu nasıl ispatlarsınız bilmiyorum. Hani şimdi mesela bu kayıt sistemleri var benim hiç anlamadığım. Mesela onu yazarken tarihli marihli böyle şeyler var ya.

Katılımcı:

En iyisi vermeyeceksiniz Hocam.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Bir başka bir başka bir başka yolu daha söyleyelim arkadaşlar. Diyelim ki verdiniz diyelim ki böyle sizden zorlama baskıyla küsküyle bir tahliye taahhüdü aldılar. Altına da ne bileyim kira 1 ocakta başlayıp 3 Şubat diye bir tarih var. Sizin elinizde yine bir silah var. Kiracı olarak. Neyiniz var? Irade bozukluğu dediğimiz bir kavram var bizde.

Katılımcı:

Haluk hocam bu arada bu arada hocam süremiz bitmiş bir sonraki oturuma yetişmek için şunu da yazdıralım isterseniz.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Hım, evet, ne yapalım şimdi yazdıralım mı? Ne önerimiz varsa yazdıralım diyor. Ama yani biz gayet memnunuz. Anlaşıldığı kadarıyla çok iyi kanun yapmışız arkadaşlar görüyorsunuz. Herkes fevkalade memnun. Uygulamada ara sıra böyle elbette ki dideşeceğiz ya başka türlü keyfi çıkmaz zaten. Yani hep aynı şeyi söyledik. Bize kimse gelmez avukat olarak ya biz bununla para kazanıyoruz söyleyeyim, uyuşmazlıklar bitirirsek siz avukatlar ne yapacak diye olacağım.

Katılımcı:

Şimdi Hocamın bir, iki şeyi oldu. Hani Yargıtay'a sataşma demeyeyim de! Müzakere yapıyoruz zaten. Hani en azından savunma hakkımı kullanayım. Hani o bakımdan dedim. Tabii ki eleştiriler güzel şey çünkü önümüze gelmeyen bir sürü konu oluyor. Burada en azından gündeme geliyor veya doktrin, öğreti bu konuda ne düşünüyor onları da bilmiş

oluyoruz. Şu anda konuştuğumuz konuların yani üçte biri henüz bizim önümüze gelmiş değil. Özellikle bu 1.7.2020 sonrası ticarethaneler ile ilgili hiçbir uygulamamız olmadı. Onlar önümüze geldiğinde en azından buradaki fikirlerden de tabii ki istifade edeceğiz. Şimdi bu 355 tabi daha önce dediğiniz gibi hürriyeti bağlayıcı cezaydı. Yargıtay'ın uygulaması katıydı ama kanun maddesi de sanki bizim şu andaki Yargıtay'ın yorumunu el veriyor. Boşaltmasını sağladığında, boşaltmasını sağladığında yani rızaen tahliye edildiğinde gibi bir işi anlam çıkmıyor gibi. Sanki zorlama var. Hani birisi kanalıyla boşaltmasını sağlıyorsun. Kendisi boşalttığında demiyor. Yani boşaltmasını sağladığında dolaylı bir anlatım var gibi. Biz biraz da ondan kaynaklı olarak burada hani mahkeme kararı olacak, icra marifetiyle boşaltılacak anlamını çıkarıyoruz. Biraz da Türkçedeki o anlatım. Yani boşaltmasını sağladığını derken başkasını aracı kılıyorsun gibi düşünülüyor. Şu andaki uygulama böyle. Biz buradan onu çıkarıyoruz. Diğeri yazılı tahliye taahhüdü zaten hocam da söyledi, açığa imza atıyorsan üzerinde nasıl dolduruyorsa onu katlanırsın. Yani, bunu şimdi kiralarda da bu olmaz? Bu sefer ne diyecek? Ticari hayatta verdi efendim ben onu yazılı tahliye taahhüdü diye vermiştim. Gitmiş aleyhime senet düzenlemiş yani hakikaten böyle savunmalara da karşılaşacağız veya benim verdiğim boşa imza kira hukuku ile ilgiliydi. Bu ticarethane ilgili değildi gibi. Yani bütün kuramlar birbiri içine girer gibi geliyor. En güzeli işte Borçlar Kanunu 39 maddeye göre bir yıl içerisinde sen “kiracı olduğunda ben boş tahhüt vermiştim. Bu şekilde zorlama oldu. Bundan dolayı verdim iptalini istiyorum” diye dava açsın. Yani kiracının elini tutan da yok. Dolayısıyla hani yargı yolu da açık. Yani bu konuda da fikrimi beyan etmek istemiştim ama güzel bir toplantı oldu.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Çok teşekkür ederim. Murat kardeşime bir tek ilave yapacağım. Şimdi Murat 355 inci maddenin uygulanıp uygulanmaması, dikkat et, kiracıya tazminat yükümlülüğü getiriyorsunuz. Pardon kiraya verene getiriyorsunuz. Şimdi adam şunu söylemeye çalışıyor, yani birisi aracılığıyla çıkartırsa, siz çıktınız tamam, yani o zaman hakikaten siz mücadele etmediniz. Sizi ihtar yoluyla da çıkartsa, siz çıktınız, bir itirazım yok. Yani hoca onu demek istiyor. Üstadımız onu demek istiyor. Ama siz beni zorlamışsanız çıkmaya, o zaman ben sizin zorunuzla bu şekilde çıkmışsam o zaman beni atıp orayı başkasına kiraya verirsiniz diyor, o zaman pekala kiraya veren tazminat ödemek zorunda kalır diyor yani. Sizin görüşünüz bana daha yatkın ama bunu da kesinlikle reddedemiyorum. Buyurun.

Figen NAZSIZ:

Bu konuda bizim heyetimiz cebri icraya gerek olmadığı kanaatinde. Ancak istisnasız uzun süredir uygulanan Yargıtay kararı olduğu için dönemiyoruz. Bekliyoruz bir tane temyiz sınırının üzerinde dosya gelirse bu şekilde karar verip Yargıtay'da tartışılın istiyoruz hem de muhalefetli vermek istiyoruz. İlk gündemimizde bizim daire yönünden ama henüz yıllık kirası şeye gelmedi. Evet. Eee yani ya hayır yıllık kira bedeli tazminat ödenir

diyor. Yani oradan bulacağız. 3 aylık kira bulacağız. Temiz sınırını aşan bir şey bulamadığımız için bekletiyoruz ama bizim dairemizde bu cebri icra olmasa diye düşünce var. Fakat çok oturmuş bir içtihat var yani aksini yazamıyoruz.

Katılımcı:

Şöyle bir durum var gibi de biraz bana hissediyorum. Daha önceki uygulamada 6570 te ki bu hapis ile tazyike ilişkin hüküm bakın, onun karşılığında da icrayı meşgul etmek. Yani sadece vatandaşla vatandaş arasında bir ilişki değil, aynı zamanda devleti de işin içine kattığınız, icra mercilerini de meşgul ettiğiniz bir samimiyetsizliğin karşılığıydı o hapis cezası gibi geliyor bana. Sadece özel hukuk ilişkisi değil. Yani devlete de gidiyorsunuz, ihtiyaç varmış gibi bir samimiyetsiz yaklaşımla kiracınızı bir yerde def ediyorsunuz, işin içine devleti de karıştırıyorsunuz. Bunun yaptırımını 6570 size aynı zamanda bir kira suçu, biraz evvel Hocamı da söylediği gibi düzenliyordu. Şimdi bu yaklaşım değişti. Yani bu kira suçu olmaktan çıkıp bir özel hukuk tazminatı ama cezalandırıcı tazminattır ama götüre tazminattır. Bunun doktrin bakımından işte teorik tartışması ayrıca yapılabilir ama bunun vasfı değişmiş olunca fikrimce bunun uygulanması koşulunun da bir kere daha içtihat hukuku bakımından gözden geçirilmesinde fayda var diye düşünüyorum. Ben de Murat hocama katılıyorum.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Şimdi arkadaşlarım galiba bitirmek zorundayız. Ben herkese çok teşekkür ediyorum ve kendi adıma da özür özür diliyorum. Çok fazla öttüm galiba ama yani kusura bakmayın ama çok fazla uğraştığım da bir alan bu. Hani profesörlük takdim tezimde zaten kira. Yani aşağı yukarı 6 sene falan kirayla yattım kalktım. Aşağı yukarı 40 senedir de zilyetlik ile yatıp kalkıyorum. Bu iki konu beni manyak ediyor maalesef. Yani hatta bir de zilyetlik de bir ukalalığım var ki “zilyetlik benim” diyorum. Sadece Türkiye’de değil, dünyada. Varsa itiraz eden buradayım. Benden başka hiçbir deli uğraşmamıştır da ondan. Çok teşekkür ediyorum arkadaşlarım hepinize. Yani sayenizde baya aydınlandık. Ben kendi adıma konuşuyorum. Özellikle uygulamayla böyle tatlı dişlerimiz oldu. Zaten amacımız da buydu. Ama uygulama da artık gördü ki biz burada sadece hoca değiliz. Ahmet de öyle ben de öyleyim. Biz avukatız aynı zamanda. Biz uygulamanın ta kendisiyiz. Hani biz o fildişi kuleden aşağı bakan tipler -en azından biz öyle- değiliz. Çok teşekkür ederim.

III. GRUP SONUÇ BİLDİRGESİ

KİRA SÖZLEŞMESİ

1.Kira sözleşmesinin yenilenmesi veya sona ermesinden doğan uyuşmazlıklar

-Bildirim yoluyla sona ermeden sonra açılacak dava TBK 334'e dayanan kiralamanın geri verilmesi davasıdır. Sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik tahliye davası ise sadece yasada ön görülen hallerde söz konusu olur.

-Sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmenin yorumunda ilk planda göz önüne alınacak olan taraflar arasındaki uzun süreli uygulamadır. Uzun süreli uygulama sözleşme içeriğinde değişiklik de yapmış olabilir. Nitekim Yargıtay'ın kira bedelinin ödeme tarihiyle ilgili sözleşmeden farklı tarihlerde ödemeler yapılmış ise artık sözleşmedeki kira bedelinin ödeme tarihi değiştirilmiş sayıldığını kabul etmektedir. Yargıtay bu içtihadını şöyle geliştirmiştir. Kiraya veren tek yanlı bildirimiyle yeniden sözleşmedeki usule dönebilir. (TMK 2'ye göre)

-Borçlar Kanununun 347 nci maddesi kapsamında on uzama yılından sonraki yılın bitiminden 3 ay öncesinden yapılan bildirimle sözleşmenin sona ermesi halinde kiralananın geri verilmesine yönelik Borçlar Kanununun 334 üncü maddesi uyarınca açılacak davanın süresi ile ilgili iki farklı görüş ortaya atılmıştır. İlk bu davanın sözleşmenin bitim tarihinden bir ay içinde açılmasının yerinde olacağı, böylece tahliye davaları için getirilmiş sürenin (İİK'nun 272 nci maddesinde ön görülen sürenin) kıyasen geri verme davasında da uygulanabileceği ileri sürülmüştür. İkinci olarak kanunda geri verme davasının açılması için herhangi bir süre ön görülmemesi, ilk görüşün doğru olmadığı, çünkü böyle bir görüşün yasada ön görülmemiş bir hak kaybına yol açabileceği gündeme getirilmiştir. Konu tartışmaya değerdir.

2.Kira tespit davalarında esas alınacak kriterler ve bu alanda yaşanan sorunlar

-Özellikle emsal kira bedellerinin dikkate alınması söz konusu olduğunda emsal bedelin belirlenmesi hususunda önemli güçlüklerle karşılaşıldığı belirtilmiştir. Özellikle hakimlerin keşif sırasında emsal bedellerin öğrenilmesi doğrultusunda üçüncü kişileri zorlayıp onlarla ilgili kira sözleşmelerini temin etme hak ve yetkilerinin olmadığı dikkate alındığında sorun daha da önem kazanmaktadır. Bu konuda hakime HMK 220. Maddesi uyarınca taraflara kesin süre vermesi uygun olacağı, bu süre içinde emsal getirilememesi bilirkişi aracılığıyla emsalin tespiti yoluna gidileceği düşünülmüştür.

3.Kira uyuşmazlıklarının çözümünde alternatif çözüm yolları

-Bu konuda genel görüş kira ilişkisi uyuşmazlıklarının en azından kira bedelinin belirlenmesi ile ilgili olanları için zorunlu arabuluculuğa başvurulacağı yönünde olmuştur. Çoğunluk sadece kira bedelinin belirlenmesi konusunda değil, kira ilişkisinin sona ermesi (bildirim veya tahliye davası) bakımından da arabuluculuğa başvurulabileceğini düşünmüştür. Buna karşılık alıştay grubunun içerisinde arabuluculuk uygulamasının yalnızca kira bedelinin belirlenmesi ile sınırlandırılması görüşü de gündeme getirilmiştir. Ancak hangi görüş benimsenirse benimsensin temel hedef olan kiracı lehine yorum anlayışı dolayısıyla da kiracıyı kollayıcı emredici hükümler kesinlikle aşılmamalıdır.

-Kira ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla özölmesi konusunda şu görüşler gündeme getirilmiştir:

- a) Her türlü uyuşmazlık tahkim ile çözülebilir.
- b) Tahkim yalnızca işyeri kiralarında uygulansın, konut kiralarında uygulanmasın.
- c) Tahkim hiç uygulanmasın.

IV. GRUP GÖRÜŞMELERİ

TARTIŞMA KONULARI

Özel Hukuk Sözleşmeleri ve Vekâletsiz İş Görme

Hizmet sözleşmesinin sona ermesinden kaynaklanan sorunlar (İbraname-arabuluculuk son tutanağı) (TBK m.420),

Kelepçeleme (Rekabet Yasağı) Sözleşmesinin uygulanmasında yaşanan sorunlar (TBK m.444-447),

Vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar,

Kefalet sözleşmelerinden kaynaklanan anlaşmazlıklar,

Blok zincir (blockchain) teknolojisinin hayatımızdaki yeri ve dijital varlığın ödeme aracı olarak kullanılıp kullanılmayacağı,

Mevzuat ve uygulamadan kaynaklanan diğer sorunlar.

4.GRUP ÇALIŞMASI:

Prof. Dr. Hasan AYRANCI (Oturma Başkanı):

Yavaş yavaş ısınıyoruz başlıyoruz. Tekrar hoş geldiniz, sefa geldiniz. Efendim Adalet Bakanlığımıza Borçlar Kanununun Türk Borçlar Kanununun onuncu yılında böyle bir çalışmayı düşündüğü, tertip ettiği ve bu kadar büyük bir katılımı sağladığı için teşekkürümüzü arz ediyoruz. Gerçekten bir motivasyon oldu bizim için, bütün arkadaşlar için. Çünkü insanlar bir araya geldiği zaman, fikirler bir araya geldiği zaman, daha bir canlanıyor, alevleniyor. Daha fazla üzerinde düşünme ve konuşma ihtiyacı ortaya çıkıyor. O bakımdan önemli bir fırsat olduğunu düşünüyorum. Burada hem hocalarımız hem uygulamacı Yargıtay, İstinaf ve ilk derece mahkemelerine kadar uzanan uygulamacı hâkim, şahıslar var ve avukatlarımız da var. Tabii Burası tamamıyla bir hukuk uygulamasının bütün unsurlarının neredeyse bir araya geldiği bir atmosfer oluşturuyor. O bakımdan da bizim için bir şans olduğunu düşünüyorum, yani meselelere prizma gibi her açıdan bakma imkânı bize verecek. Tabii bazı aksamalar oluyor. Bu grubun konularının biraz daha farklı olması gerekiyordu, son şeyde bazıları başka bölümlere kaydı. Ama olanlar da yeterli. Şimdi ben bildiğiniz gibi gruba dün bir WhatsApp mesajı atarak bugünkü zihinsel altlığımızı oluşturmak üzere, öncelikle konuşulması gereken konular var mı klımızda diye serbest çağrışım metodu kullandığımız için. Yani Bakanlık tarafından bize bildirilen bir konu yok. Biz kendimiz konuşuyoruz. Dolayısıyla sağ olun, bazı görüş ve öneriler geldi bu konularda konuşalım diye. O konuları konuşacağız. O konulardaki sorunları en çok o konuları grubumuza yazan arkadaşlarımız bildiği için onlardan kısa belki bir açıklama isteyeceğiz. Sorun nerede, nasıl ilerlemek gerekir? Ondan sonra biz de katkılarımızı vermeye çalışacağız. Bunun dışında bu konular sınırlı değil. Şimdi bir araya geldik, daha önce bir WhatsApp ortamında sormuştuk. Bu,

bugün bu toplantıda ve bundan sonraki toplantıda da şeylerinizi yeni önerilerinizi İleri sürebilirsiniz. Çünkü aslında en büyük grubun bu olması gerekiyor konuları açısından. Çünkü diğer konular, diğer grupların konuları daha belirgin, spesifik, ne olduğu belli. Yani tabiri caizse kadim konular, bilinegelen konular. Biz burada daha açılımcı, Borçlar Kanunu ve hukuk uygulaması bakımından daha açılımcı olabiliriz. Daha serbest çağrışıma açık olabiliriz. Eğer hasbelkader sizin de yazdığınız veya verdiğiniz kararlarda, yazdığınız eserlerde veya serbest olarak bulduğunuz, tespit ettiğiniz hususlar varsa Borçlar Kanunu bakımından değerlendirilmesi gereken, onları da burada ifade edebilirsiniz. Dediğim gibi serbest çağrışım metoduyla ve esnek bir usulle ilerleyeceğiz. Buna göre de belirli bazı sonuçları varmaya çalışacağız.

Başlamadan önce görüş ve önerisi olan kimse varsa onlara da bir söz vermek isterim. Buyurunuz. Evet, tamam yok. O zaman buradan başlayalım devam edelim. Dilşat Hocam senin şeyin listeye yansımış mı, önerin vardı ya.

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Konu Hocam tedbir vekâleti. Evet yani.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Var değil mi şeyde?

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Ben yazmıştım WhatsApp'a da.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Şeyde var mı? Tutanak da var mı bak, bu hazırlanan şeyde. Bir bak bakayım. Ben göremedim de. Bak şu şu. Sahnede, Yansıda. Bir tane konu eksik kalmış önerilerden Dilşad Hoca'nın. Değil mi?

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Yok yok, Hocam.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Neydi bir daha tekrar eder misin, yazmak gerekir. Tedbir vekâleti başlığı.

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Vekâlet sözleşmesinin şarta bağlanması diye de bağlantıyı kurabiliriz.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Vekâlet sözleşmesinin şarta bağlanması ve tedbir vekâleti. Elektronik sözleşmeler vardı galiba o var mı? Değil mi? Evet elektronik sözleşmeler vardı. Onu da altına ilave edelim. Ben de şuradan teyit edeyim. Kefalet sözleşmesi Ömer Hocam var değil mi senin. Genel olarak kaynaklanan anlaşmazlıklar demiş. Levent Hocam senin konular var mı yansıda? Ha var en başta birinci sırada seninki. İyi o zaman başa gelelim şimdi. Hizmet sözleşmesinin sona ermesinden kaynaklanan sorunlar diye başlık atılmış ama Levent Hoca ilk olarak yazmıştı teşekkür ederiz kendisine. Hizmet sözleşmesinin kurulması, ibra, fesih, pazarlamacılık sözleşmeleri. Bir de sonradan bir şey daha ilave etmişsiniz Hocam. Evde hizmet sözleşmesi, değil mi? Evet Hocam buyurunuz o zaman burada neler var, hangi sorunlarla karşılaşıyoruz ve en sonunda da ne teklif ediyoruz, buna yavaş yavaş gelelim.

Prof. Dr. Levent AKIN:

Prof. Dr. Levent Akın, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Çok teşekkür ederim Sayın Başkan.

Ee, şimdi ben hızla ilerleyelim diye düşünüyorum. O nedenle zaten son derece konuya vakıf bir kitle var. Hiç uzatmaya gerek yok. Ben tespit ettiğim sorunları hemen dile getireyim, kayda girsin. Sonra arzu edilirse konuşuruz. Çok da süre almak istemem. Şimdi Borçlar Kanununun 394 üncü maddesinde bu hizmet sözleşmesinin kurulması ile ilgili düzenleme var. Bu düzenlemede özellikle bizim iş hukukunu ilgilendiren sözleşmenin geçersizliğine ilişkin bir ifade var son fıkrada. Bu tabii bizim çok sorun yaşadığımız yer. Yargı kararlarına konu olan bir mesele. Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmelerinin geçersizliği ile ilgili. Biz de malum...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Hocam şey yapalım mı yansıya ilgili kanunu yansıtalım mı yoksa böyle mi devam edelim?

Prof. Dr. Levent AKIN:

Yansıtabilirlerse sevinirim. Borçlar Kanunu var mı sizde? Herkeste vardır yani veya ekrana yansıtabilir, birisi de yardımcı olursa sevinirim. Ben onu hazırlamadım slayt ihtimali olacak diye. Bilsem hazırlardım ama.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Siz maddeyi söylerseniz onlar hazırlar. 394 üncü madde. Siz de devam edebilirsiniz Hocam.

Prof. Dr. Levent AKIN:

394'e gelelim. 394'ün üçüncü fıkrasında geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmelerinin ancak geçmişe yürüme meselesi ile ilgili değerlendireceği söyleniyor. O tabii biz de iş sözleşmelerini geçmişe yürütmesi ihtimali kabul edilmiyor işçinin mağduriyetine yol açacağı için. Fakat geçersizliği sonradan anlaşılan kriteri son derece problemli. Çünkü işçiler zaten işe girerken sözleşmenin geçersizliğini bilebilecek durumdalar. Küçük yaşta çalışan ya da cinsiyetse bile çalışmaması gereken yerde çalışanlar için söylüyorum. O nedenle geçersizliği sonradan anlaşılan ifadesi aslında son derece büyük problem yaratıyor. Bunun mehzazına baktığınız zaman aslında bir ifade daha var, onu almamışlar Yasaya. Geçersizliği sonradan anlaşılsa bile diyor iyi niyetli icra edildiyse bu bile sözleşmenin geçerliliği için yeterli olur diyor. O nedenle bu 394 üncü maddenin orijinal halindeki ifadeyi tam alırsak sorun çözülecek bence. O da geçersizliği sonradan anlaşılan bir sözleşme kapsamında ifadesinden sonra işini işveren için iyi niyetle yapması durumundaki mehzadaki ifade o zaten, bu durumda sözleşme geçerliliği mümkün hale gelecek diye o hükmü oraya eklemek lazım. Yoksa geçersizliği sonradan anlaşıma kriteri son derece problem yaratıyor. Birincisi bu 394. Hızlı ilerleyeyim. 420 nci maddeye gelelim. 420 nci madde aslında herkesin çok iyi bildiği, sorunların da gayet iyi bildiği bir mevzu. Ben iş hukuku bağlamında o konudaki tespitimi söylemek isterim. Şimdi 420 nci maddenin ibra kısmı bizim için önemli. Malum ibra ilk defa nameleşti burada, ibraname haline geldi. Fakat çok da gelemeydi. Çünkü 420 nci maddede, biz tabi Borçlar Kanunu Komisyonu Ankara Hukuk'a geldiğinde biz bunu söyleyecektik. Fakat gittiler sorularımızı almadan. Orada söyleyecektik. İbra burada ifa ile karışmış. Yani son derece yanlış bir düzenleme 420 nci madde. Çünkü alacağın eksiksiz ödenmesi diyor. Alacağın eksiksiz ödenmesi halinde ibra olmaz, ifa olur o zaten. Dolayısıyla 420 nci madde kesinlikle baştan yazılması gereken bir madde. Burada özellikle alacağın fahiş fark yaratması gibi bazı kriterlerle desteklenebilir bir yasa tasarısı metni hazırladım ben. Yine hazırına sunarım. Çok zaman almamak için söylüyorum. Sadece probleme dikkatinizi çekmek istiyorum. Burada özellikle bizde ibraların geçerliliği için açık bir rakam belirtilmesi gerektiği konusunda bir ifade var. Tabii bu imkânsız iş hukukunda. Çünkü ücretlerin net tespitini beis alacak davasını büyük sorun olduğu için. Biliyorsunuz ibraya aktarabilmesi ihtimali yok. Oysa ibra bir ihtiyaç. Bu işletmelerin ihtiyaç duyduğu bir şey ve gerçekten işe yaraması için ibra niteliği taşıması ve bazı alacakları ifadan daha küçük rakamları çözebilmesi beklenir. O nedenle burada daha küçük rakamların bile geçerli olabildiği bir ibra evrakı, mahkemeleri rahatlatır diye düşünüyorum. Ha burada işçi istismarını engellemek için belki olsa olsa gerçek alacakta fahiş bir fark yaratan kısmını ekleyebiliriz Yasaya. O zaman bu ibra sözleşmelerin geçersizliği ancak o hallerde belki ileri sürebilir. Onun dışında bunu harekete

geçirmek lazım, yoksa şu anda hiçbir işe yaramıyor çünkü. Kaldı ki bu ifadeyi kullandığımız zaman aşağıdaki makbuz hükmünün de anlamı kalmayacak. Çünkü Yasa öyle tuhaf hazırlanmış ki tam ödersen ibra, eksik ödersen makbuz diyor. Hâlbuki eksik ödersen ibra olur. Yani madde tamamen yanlış. 420 nci maddeyi kesinlikle yeniden kaleme almak lazım, onu söyleyeyim. 429 uncu maddede küçük tespitim var. Yine hızlı ilerleyeyim, çok kişiyiz çünkü. 429 uncu madde aslında sözleşme devri. Bu bizim için çok önemli bir düzenleme. İş sözleşmesinin devri bizde yaşanıyor, iş yeri devrinden daha küçük ebatlı yaşanıyor. Burada özellikle işçinin yazılı rızasının alınması gerektiğine dair bir kayıt var. Bizde işçinin yazılı rızasının alınması tereddüt yaratan bir şeydir. Çünkü genellikle sözleşmelerin başında alındığında geçerli sayılmama eğilimi vardır iş hukukunda. E burada bu konuda bir açıklık yok bizim iş düzenlemelerimizde özellikle işleri şartların değişiklikleri ile ilgili değişiklik anında beyan alın der zaten iş yasası. Burada yok ve biz bu maddeyi kullanıyoruz. Burada işçinin yazılı rızasını alınması konusundaki ifadenin hemen başına ya da ortasına devir tarihinde bu rızanın alınması gerektiğine dair bir kayıt konulursa hem borçlar hukukundaki bu konuyu kullananların işi kolaylaşır, hem de iş hukuku için problem ortadan kalkar diye düşünüyorum. 431 inci maddeye gelelim. 431 inci maddede bu genel olarak fesih hakkını düzenliyor. Biz tabi bu 431 inci maddenin çok ayrıntılı iş yasasında düzenleniyor. Burada bir ifade bozukluğu var sadece. Fesih sürelerine uyarak feshetme hakkı diyor. Bir özensiz hazırlamışlar bunu. Fesih süreleri diye bir şey yok fesih bildirim süreleri diye bir şey var. Zaten 432'de de o ifadeyi kullanıyor farkındaysanız. Oradaki o fesih süreleri ifadesini düzeltmek lazım. Fesih bildirim süreleri demek lazım ona. Onu da söyleyelim. 432 inci maddede başka bir problemimiz var. O da fesih bildirim süreleri ile ilgili olarak yaşadığımız problem şu. Bizim iş yasamızda da malum 17 nci maddede bildirim süreleri var. Bu bildirim sürelerinin arttırılabileceğine dair bir kayıt da var. Fakat bu arttırılabilmesine dair kayıt iş yargısında büyük sorun yaratıyor. Neden? Çünkü iki taraf içinde mi arttırılacak, bir taraf için arttırılırsa olur mu? Bir taraf için arttırıldı çok arttırıldı diye sabit kaldı. Ne olacak? Yargı bunun içinden çıkamadı, şöyle bir şey yaptı.

Ya iki taraf için arttırırsanız bir şey yok. İki taraf için arttırdığımızda bile işçi o artışı ihlal eder ve yasayı uygularsa onu da geçerli sayıyor. Ama tek taraf için arttırıldıysa hükmü yok bunun diyor. Yani aslında Yasada olması gereken şey Yargıtay yaratmış durumda, çözmeye çalışıyor. Bu 432 nci maddeyi kesinlikle yeniden revize etmek lazım. Orada da özellikle bu artışların yani bildirim sürelerindeki değişikliklerin her iki taraf için birlikte yapılması kaydını koymamız lazım ki böyle olmaması halindeki yaptırım ortaya çıksın. Yine her halükarda şöyle bir ifade daha koymak gerekiyor bence sonuna. Bu halde sadece sözleşme fesih bildirim tarihinde sona erer. Burada da önemli nokta şu. Bizde fesih bildirim sürelerine dair ücret peşin verildiği zaman bildirim süresi sonunda mı yoksa peşin ödendiği zaman mı sözleşme biteceği sorun oluşturuyor. Bu da çok önemli sorun. Çünkü özellikle toplu sözleşme imzalamalarında peşin ödenerek toplu sözleşmenin yürürlüğe girdiği dönem işçinin mağduriyetine yol açsın isteniyor. Bu da yargı tarafından tartışma konusu oluyor ve maalesef de yargı bildirim süresi peşin ödendiğinde süreyi kıdeme dâhil etmiyor yanlış olarak. O nedenle

bunu açıklamak lazım. Çünkü bu görüş farklılığına sebep olmaması gerekecek kadar önemli bir mağduriyet noktası. Bunu yazmak lazım. Bu durumda yani peşin ödendiğinde bile bu sürelerin kıdeme eklendiği söylenirse sözleşme ne zaman bitince de açıklığa kavuşmuş olur diye düşünüyorum. Teşekkür ediyorum başkanım.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet Levent Hocamız çok pratik ve net bir şekilde meseleyi ortaya koydu. Bu minvalde ayrıca söz almak isteyen var mı aramızda? Buyurunuz Hocam.

Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU:

Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu. 419 uncu maddenin sonundaki kullanılabilir ifadesi hali hazırda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kabul edildikten sonraki ihtiyacı karşılamaz hale geldi. Kullanmak işleme faaliyetinin sadece bir parçasıdır. Orada kişisel verileri kullanabilir ifadesi yerine işleyebilir ifadesinin gelmesi hem mehzaz kanuna daha uyumlu hale getirir, hem de iş kanunu içerisinde işverenin kişisel verileri kullanımına ilişkin özel bir hüküm olmadığı için biz sadece bu hükme dayanarak yol alıyoruz. Hem iş hukuku bağlamında hem de kanundaki çeviri hatası bağlamında olumlu olur diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim katkınız için. Başka sözü olan, yok. Levent Hocam bir de şey mi diyorsun evde çalışma mı demiştin?

Prof. Dr. Levent AKIN:

Oraya gelecektim. Onu da izin verirsiniz söyleyim. Şimdi bizde evde hizmet sözleşme ile ilgili problem şu. Borçlar Kanunu malum bundan önceki yapıda tek bir hizmet sözleşmesi türü vardı. İki tane daha eklediler, pazarlamacılık ve evde hizmet sözleşmesi diye. Pazarlamacılık sözleşmesi ile ilgili ben hep öğrenci arkadaşlarımıza da söylüyorum. Anlamsız bir sözleşme türü. Çünkü hiç kimse pazarlamacılık sözleşmesi diye bir sözleşme yapmıyor. Niye? Çünkü pazarlamacılık sözleşmesindeki kudret, sıradan hizmet sözleşmesi işçiye verilebilir, daha da az riskli olur kaldı ki. Çünkü pazarlamacılık sözleşmesi gereksiz bir sürü angarya getirmiş durumda. İşçinin de hoşlandığı bir yapı değil. O nedenle pazarlamacılık sözleşmesi bence kesin kaldırılması gereken bir şey Yasada. Hiçbir işlevi yok. Evde hizmet sözleşmesine gelelim. Evde hizmet sözleşmesi, ev hizmeti sözleşmesiyle karıştırılan bir yapı. İsmi maalesef öyle. Fakat evde hizmet sözleşmesi aslında son derece önemli bir sözleşme türüne evrildi. Neden? Özellikle bizim uzaktan çalışma yönetimimiz çıktıktan sonra aslında evden hizmet sözleşmesinin önemi algılandı. Ancak evde hizmet sözleşmesi, bizim

uzaktan hizmet sözleşmelerindeki yapımızın uzağında. Yani ilkel bir model. O nedenle evde hizmet sözleşmesi, Borçlar Kanunundaki evde hizmet sözleşmesinin uzaktan çalışma hizmeti verebilecek türde bir yapılandırmaya kavuşturulması gerekiyor. Bunun da en önemli unsurlardan iş sağlığı güvenliği meselesi zaten ki uzaktan çalışma yönetmeliğinde bu konuda hüküm getirildi. Yani çok genel bir ifade olsa bile yani onu kıvırabiliyoruz biraz ama burada o hüküm de yok. O nedenle evde hizmet sözleşmesi aslında çağdaş bir hizmet sözleşmesi modeli olarak yapılandırılmamış. O sebeple orada çok şey söylenebilir. O yapıyı uzaktan çalışma hizmeti verilebilecek bir ev hizmeti sözleşmesine dönüştürecek bazı unsurlar eklenmesi lazım. Onun için zaman almak istemem. Uzun anlatmam gerekiyor çünkü onu. Ama şunu özetle söyleyelim. Evde hizmet sözleşmesi şu anda işlev gören evde hizmeti karşılayabilecek donanımına sahip değil. Revize edilmesi lazım. Özellikle uzaktan çalışma yapanlara katkı sunacak bir yasal temele sebebiyet vermesi lazım. Çünkü bizde şu anda uzaktan çalışmanın temel yasal modülü İş Kanununda küçük bir ifade. O nedenle bunu biraz daha geliştirmekte yarar olduğunu düşünüyorum. Bu kadarla yetineyim Hocam. Soru sorulursa zaten ayrıntı veririm. Çünkü çok kalabalık. Ben söz almak istemiyorum çok fazla hak yememek için. Kısa kısa söyleyeyim, bu.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Bence uzun konuşabilirsin ya. Gün boyu süre. Buyurunuz Hocam.

Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU:

Hocam yine hazır hizmet sözleşmesinde iken Levent Hocam başta söyledi çok vakit almak istemiyoruz. Ben de Hocama uyup hızlı ilerlemek istiyorum ama. En temel problemlerimizden bir tanesi bana göre, genel gerekçede İş Kanunu kapsamındaki işçilere aslında hizmet sözleşmesi hükümlerini uygulanmayacağına dair bir ifade var. Ama biz mecburuz uygulamak zorundayız. Zira İş Kanununda olmayan çokça düzenleme Borçlar Kanunu hizmet sözleşmesi kısmının içerisinde. Bunun temel sebebi de İsviçre'nin bir İş Kanunu yok. İsviçre'den çeviri ile aldığımız bir kanun var. Ama aslında bizim çok da gelişmiş bir İş Kanunumuz var. Şimdi pek çok hükümde, hocam kısmen böyle en önemlilerin üzerinden geçti ben de çok derine girmek istemiyorum, ama hizmet sözleşmesi kısmının aslında bana göre baştan sona çok daha detaylı çalışılması gerekiyor. Mesela bir ölüm tazminatı meselemiz var. Eğer TBK kapsamında ise mi sadece yararlanacak, İş Kanunu kapsamındaysa mı yararlanacak. Ve buna sürekli yargı kararlarıyla çözüm bulmaya çalışıyoruz. Öğretide tartışmalar oluyor. Burada TBK'nın hangi hükümlerinin İş Kanunu kapsamındaki işçilere uygulanacağını, hangilerinin uygulanmayacağını aslında netleştirilmesi, bana göre bizim elimizi biraz daha rahatlatacaktır. Hocamın söylediği evde hizmet meselesi var. Orada da mesela İş Kanunda hiçbir düzenleme yok. Yani çok ufak bir düzenleme var. İsviçre'den gelen yine bir evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm var ama o da çağın gereklerini karşılamaz. Yeni bir yönetmeliğimiz var. Yönetmelik TBK ile uyumlu değil. Yani bu

paralelliği sağlamak adına başka bir hamle yapmak lazım, sanki daha kapsamlı bir şeye ihtiyacımız var diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Levent AKIN:

Tabi katılıyorum, aynen katılıyorum Hocam size.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Bayağı iş varmış ya. Yani böyle tozunu almak gibi falan değil sizinkiler, yani baştan aşağı bir Kanun değişikliği.

Prof. Dr. Levent AKIN:

Biz zaten Cumhurbaşkanlığı Hukuk Politikaları Kurulunda bir iş kolu çalışması başlatıldı bulunduğumuz içinde. Ama ne kadar ne zaman biter, biter mi bitmez mi bilmiyorum ama dört yasayı bir arada kılan, özel ve genel hükümleri barındıran, yaptırımlar içeren, tazminatları koyan öyle bir çalışma var ama ne kadar sürer, biter mi biz görür müyüz bilmiyorum da, öyle bir şeyin içindeyiz ama bu ihtiyaçlar son derece isabetli söylediniz. Çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet anlaşıldı. Levent Hocam bitti mi sizin başlıkların tamamı?

Prof. Dr. Levent AKIN:

Bitti. Bir daha söz almayacağım. Söz.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Tamam. Bir şey geçmedik daha.

Av. Oya ŞAHİN MC CARTHY

(İstanbul 1 Nolu Baro):

Şu ibra meselesinde o bir aylık süre var ya, o bir aylık süre tamamen imkânsız kılıyor geçerli bir ibra sözleşmesi yapmayı. Çünkü işçi ile ilişkiniz bitiyor, yani siz ödemenizi yapıyorsunuz. İlişkiniz tamamen sona eriyor, bir ay sonra onu çağırıp gel bu ibra sözleşmesini imzalı falan deme şansı yok. Hepsini yani şu uygulamadaki ibraların hepsi makbuz hükmünde. Ona da bir çare bulmak lazım. Çünkü işverenler bakımından da o hani böyle sürekli başlarında bir demokrasi kılıcı gibi yani. Daha adil bir şekilde düzenlenmesi gerekiyor ibranın. O bir aylık sürede şeye hiç uymuyor.

Prof. Dr. Levent AKIN:

Şimdi benim, Hocam izin verir misin iki dakika bir şey daha söyleyeyim. Sözümü geri aldım söyleyeceğim konuşacağız yine anlaşılan. Şimdi siz söylediğiniz yerden göğre haklı. Benim hasbelkader yasa komisyonlarında çalışmalarda şöyle küçük bir tecrübem oldu. Böyle ince ayrıntıları söylemiyorum, oraya odaklanıyorlar, esas kaçırıyoruz biz. Çok haklısınız, kesinlikle haklısınız. Herkes, hâkime hanım da söylüyor. İleriye dönük tarihli alıyor zaten. Hüküm ne yaparsınız yapın ihlal edilir. Orada bizim maalesef sorunumuzu gideremiyoruz. Onu kaldırsanız da o tarihi bir ay sonra koysanız da bizim millet onu bir çare buluyor. Sorun ibranın İbra gibi işe yaraması, bence kilit nokta orası. Bir evrak olsun da borç ilişkisini sona erdirmiş asıl mesele o. Yoksa o tarih her halükarda ihlal edilecek, ne yazarsanız ihlal edecekler. Ama evrak maksat işe yarasın. Şu an işe yaramıyor yani yok anlamsız yani. İbra var ifa. İbra da makbuz sayıyor. Böyle olacak iş değil madde yani.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet anlaşıldı. Başka. Evet, buyurun Başkanım.

Ahmet TUNCAY

(Yargıtay 11. Hukuk Daire Üyesi):

Teşekkürler Başkanım. Günaydın arkadaşlar. İyi bir çalışma olmasını diliyorum. Ben Yargıtay 11. Hukuk Daire Üyesi Ahmet Tuncay. Ben de bizim dairenin bakmış olduğu konular açısından uygulamada karşılaşılan sorunlardan bahsetmek istiyorum. Ee şimdi biliyorsunuz Borçlar Kanundaki rekabet yasağı 444 ve 445. Önceki 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümlerinden farklı bir düzenleme içeriyor. İlk başta bizim bir kararımız Hukuk Genel Kurulu kararı vardı. Hangi Borçlar Kanunu uygulanacak uyuşmazlıkta diye. İş sözleşmesi 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde düzenlenmiş. Ancak işten çıkma ve rekabet yasağına aykırı olarak başka bir iş faaliyetinde bulunan işçinin, yani haksız rekabet oluşacak eylemi ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde gerçekleşmiş. Bizim dairenin vermiş olduğu kararda, her ne kadar sözleşme 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde düzenlenmiş ise de rekabet yasağına aykırı davranışları fiillerin gerçekleştiği tarih 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde olup, bu nedenle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun rekabet yasağına ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir diye karar verilmiş. Ben karar örneğini de getirdim. Yerel mahkeme bu konuda direnme kararı vermiş. Hukuk Genel Kurulu ise bu durumda işte Borçlar Kanununun yürürlüğüne ilişkin hepimizin bildiği ek 7 nci maddesi uyarınca sözleşmenin düzenlendiği tarihte 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlükte olduğu için artık bu uyuşmazlıklara 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği konusundaki yerel mahkeme kararını onamış. Bizim 19 Hukukla birleşti 11 Hukuk. Biz de 11 Hukuk Dairesinde genelde bu kefaletlerle ilgili ve ipotek akit tablolarla ilgili sözleşmelerde işte kefaletteki şekil şartlarına ilişkin sözleşmelerde, kefaletin düzenlendiği tarihe, sözleşmenin düzenlendiği tarihe bakıyorduk.

Hangi yasal uygulanması gerektiğine. Kanaatimce Hukuk Genel Kurul Kararı daha yerinde olur. Buraya da bir başlık bilmiyorum açabilir miyiz artık? Eylemin gerçekleştiği tarihteki Borçlar Kanunu mu yoksa sözleşmenin yapıldığı tarihteki Borçlar Kanunu mu uygulanacak uyuşmazlıklarda diye Hocam. Çünkü çok değişiyor.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Yasa değişikliği gibi mi düşünüyoruz onu?

Ahmet TUNCAY:

Yasa değişikliği değil de Hocam yani bu uygulama olarak yani uygulanması gerekli. Uygulamayla ilgili bir açık hüküm yok. Bu da yorumla geliyor ha yani. Her ne kadar sözleşme eski Borçlar Kanunu döneminde yapılmış ise de haksız eylem, haksız rekabet eylemi, yeni Borçlar Kanunu döneminde gerçekleşmişse işte şu kanun hükümleri uygulanır gibi bir hüküm olması diye. Bu da tartışmaları şey yapar diye düşünüyorum. Gerçi o 7 nci madde yorumuyla gidilmiş ama uyuşmazlık da çıktı bu konuda, Daire ile Genel Kurul arasında. Bir de Hocam 603 üncü madde biliyorsunuz, o çok tartışılan bir madde. Gerek doktrinde gerek de yargı kararları arasında. Hepimizin bildiği gibi bu konuda avale ile ilgili kambyo senetlerinde eşin rızası aranır mı? İşte aval veren bugün kefalet sözleşmesi niteliğinde kabul edilip de kambyo senetlerinde eş rızasına gerek var mı diye bir içtihadı birleştirmeye gidildi. Burada artık kambyo senetlerinin tedavül yükümlülüğü, işte kıymetli evrak oluşması nedeniyle eş rızasının aranmasının gerekmeyeceği konusunda karar verildi. Ancak buradaki bir 603 üncü maddedeki sınırlı sayıda değil bu eş rızası hükümleri. Şimdi burada buna benzer diğer sözleşmeler gibi bir tabir var hocam. Şimdi burada özellikle belli başlı sözleşmelerin bence sayılması gerekirdi. Yani mesela şu anda kambyo senetleri. Çünkü kambyo senetleri uygulamada çok fazla. Şimdi yasa koyucu burada kefaleti kefil eşin rızasına ilişkin gerçekte kişisel güvence vermesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan. Şimdi başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler. Bu çok yoruma açık değil. Yani başka ad altındaki değil mi? Bence biraz açılması gerekiyor Hocam. Çok belirsizlik. 603 üncü madde. Kefaletle uygulama alanıyla ilgili. Şimdi mesela burada ne karışıyor? Aile konutlarıyla ilgili işte şerhlerde eş rızası aranır diyoruz. Ama aile konutu olmayan, yani tapu sicilinde aile konutu olarak şerh verilmemiş bir konutta eş ipotek verdiğinde, üçüncü kişinin bir borcu için ipotek verdiğinde taşınması. Burada eş rızası gerekir mi gerekmez mi? Mesela bu çok uygulamada problem taşıyor. Bizim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi olarak görüşümüz, eğer orası fiilen aile konut olarak oturulmuyorsa veya şerh yoksa artık burada ipotekte eşin rızası aranmaz şeklinde. Yani bu kelime çok muallak olduğu için Hocam ve uygulamada da çok fazla karışmaya çıkıyor. Çünkü burada biliyorsunuz ipotek krediler alınması, ipotek verilmesine veya üçüncü bir kişinin borcu için kefalette sürekli ipotek veriyor ve bu ipotekte tek konut varsa bu aile konutu mu değil mi, eş rızası aranır mı aranmaz mı? Bizdeki bir uyuşmazlıkta da somut olayda şöyle bir şey gerçekleşti uygulamada. Şimdi biliyorsunuz banka bir konut satışında

satıcı ile alıcıyı karşı karşıya getiriyor. İşte satıcı satıma müsaade ettiğini şu kadar bedelle satışını kabul ettiğini belirtiyor. Alıcı da buna ilişkin olarak konut kredisi çekmek istiyor. Bankaya başvuruyor. Tüm belgeler çıkartılıyor. Konut kredisi hazır hale getiriyor ve onu güvence hesabı dediğimiz bir hesapta tutuyor. Yani boşlukta o hesap. Parayı veriyor. Kredi çekiliyor. Boşlukta duruyor para. Ne zaman onu alıcıya geçecek? Tapudaki taşınmazın satış devrine ilişkin sözleşme yapıldığında geçecek. Şimdi bizdeki somut olayda bu tek taşınmaz ailenin ve eş, evliler zaten. Aile tek konut alıyor. Bu arada banka çalışanı beraber tapu idaresine gidiyorlar. Tapunun devir tescil işlemleri yapılıyor. Ancak eş rızasına ilişkin herhangi bir beyan alınmıyor satış sırasında. Daha sonra eş dava açıyor. Alıcı dava açıyor. Diyor ki bu ipotek geçersizdir. Yani pardon dava açmıyor. Banka bu sefer kredi vermekten vazgeçiyor. Diyor ki ipotek geçersizdir. Sen eş rızasını sağlamadığın için ben sana krediyi vermiyorum. Şimdi satıcı taşınmazı devretti. Çünkü banka güvence hesabına aldığı için krediyi, satıcı bankadan alacaktı parayı. Alıcı taşınmazı aldı. Satıcı parayı alamadı. Banka eş rızası yoktur diye krediyi vermiyor. Ortada bir de ipotek var. Şimdi bu ipotek geçerli mi değil mi? Biraz uzattım ama Hocam somut olay açısından. Ondan sonra biz bir tartışmalar sonunda dedik ya artık burada bankanın kendi çalışanı gelmiştir tapu siciline. Artı bunun aile konutu olduğuna dair bir şey yoktur. Henüz bu taşınmaz zaten yeni satın alınıyor. Bunun bir aile konutu olması da mümkün değil Medeni Kanun 194'e göre. Her ne kadar tek konut olsa dahi. O nedenle artık ipotek geçersizdir. Bu şekilde krediyi vermiyorum satıcıya, banka taşınmazın bedeli ödemiyorum diyemez. Burada banka sorumludur denildi ve satıcıya bankanın satış bedelini ödemesi konusunda karar verildi. Burada da Hocam yine işte sair sözleşmelerde burada eş rızasına ilişkin problemler çıkıyor. Buna ilişkin somut örnek olarak belirttim. Başka şeyler olursa da... Ha bir de şey vardı görev uyuşmazlığı vardı. Bu konuda herhalde, Havva Hanım da biliyor içtihadı birleştirmeye gidilecek galiba. İşçi işten ayrıldıktan sonra iş mahkemesi mi görevli ticaret mahkemesi mi görevli diye bir uyuşmazlığımız var arkadaşlar. Bizim daire diyor ki işten ayrılrsa dahi bu TTK 444 ve 427, yine Türk Ticaret Kanununun 4 üncü maddesindeki mutlak ticari davalardır, rekabet yasağı hükümleri ticari davadır. Bu nedenle ticaret mahkemesi görevlidir deniyor. İş daireleri de tabii İş Kanunu değişikliği uyarınca burada artık iş mahkemesi görevlidir, ticaret mahkemesi görevli değildir diyor. Her iki daire arasında bir uyuşmazlık var, iş dairesi ile bizim daire arasında. Bu da bir içtihadı birleştirme konusu oldu. Belki buna da bir parantez açabiliriz hocam, ışık tutabiliriz doktrinde. Teşekkür ederim Başkanım.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet teşekkür ederim Ahmet Başkanım. Tabii Havva Hanım bir katkı yapacak şimdi. Böyle bir konu dalgalandı Ahmet Başkanım siz konuştuğuktan sonra. Herhalde herkese hitap ettiniz, ortalık bir canlandı yani, güzel.

Havva AYDINLI

(Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi):

Evet, herkese günaydınlar diyorum. İyi bir çalışma günü olur inşallah. Ahmet Bey'in söylediği gibi biz başlangıç itibarıyla zaten işçinin iş sözleşmesi devam ederkenki rekabet yasağı yükümlülüğü, sadakat ve özen borcunun bir gereği olduğu için ayrı bir sözleşme düzenlenmediği sürece ve iş akdi devam ettiği sürece zaten bunda bir sıkıntı yoktu. Ama ayrı bir sözleşme yapıldı, iş akdi de sona erdi. Önceki içtihatlarımızda biz ticari dava olabilir diye düşünmüştük ve o noktada görevsizlik veriyorduk. Fakat sonra düşündüğümüzde, tekrar değerlendirildi heyet tarafından ve dedik ki bu temel ilişki hizmet akdinden kaynaklanıyor. Dolayısıyla ticari davaların yargılama biçimi çok farklı, iş yargılaması bilindiği üzere çok farklı. Bunda daha adil sonuçlara varılabileceği kanaatiyle, biz bir yerde 11 Hukukun elinden bu rekabet yasağına ilişkin iş akdinin sona erdikten sonra ceza şart alacakları yönünden de davaya bakmaya devam ediyoruz. Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim Havva Hanım.

Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU:

Başkanım bu konuda bir söz alabilir miyim?

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Buyurunuz lütfen.

Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU:

447 nci maddede rekabet yasağına ilişkin hükmün sonunda sözleşme haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse rekabet yasağı sona erer hükmü var. Buradaki hüküm çerçevesinde değerlendirildiğinde, taraflar arasındaki feshin haklı yahut haksız olduğunun değerlendirilmesi de aslında bana göre iş mahkemesi tarafından değerlendirilmeli. Ticaret mahkemeleri tarafından değerlendirildiğinde de bekletici mesele haline getiriliyordu. Eğer öyle bir içtihat çıkacaksa da hükmün bu kısmının dikkate alınması gerekiyor diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet. Teşekkür ederiz. Buyurunuz lütfen.

Arif TIRIL

(İstanbul BAM 46. Hukuk Dairesi Başkanı):

Benim söylemek istediğim bu hizmet sözleşmesinde fesih haline ilişkin kötü niyet tazminatı, sanıyorum 434 üncü madde. Haklı nedenle feshe ilişkin 437 ve haksız fesihe ilişkin 438 inci maddenin biraz muğlak düzenlendiğini düşünüyorum. Yani daha somutlaştırılması veya işi hukukuna daha paralel düzenleme içermesinin doğru olduğunu düşünüyorum. Çünkü onları 434, 437 ve 438 inci maddelerde. Onları ben uygulamakta bir hâkim olarak zorlanıyorum yani. Evet, biz de oradan gidiyoruz.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet siz daha açık bir düzenlemeye sahip olsaydı...

Arif TIRIL:

Her üç maddenin de daha açık, daha somutlaşmış, daha iş hukukuyla paralel bir düzenleme olmasını. Çünkü cidden muğlak yani anlatımları üç maddenin de. Biz çok zorlanıyoruz müzakerelerde.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Anladım. Efendim bu maddelerin çok muğlak olduğunu, uygulamacı olarak zorluk çektiklerini ve bunun daha açık bir düzenlemeye kavuşturulmasının daha isabetli olacağını söylüyor Sayın Başkan. Teşekkür ederiz. Tabii buyurun buyurunuz.

Nevzat BOZTAŞ

(İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi Başkanı):

İşçinin rekabet yasağı ile ilgili. Görev konusuna değinmeyeceğim çünkü o konuda Biz bir uyuşmazlık çıkarmıştık. Yüce daire, ticaret mahkemesi bakar çünkü 5 inci maddeye göre ticari davadır dedi ama 9. Hukuk Dairesi farklı gerekçelerle, bence tutarlı argümanlar var. Bence onu Yargıtayda bir içtihadı birleştirme kararı ile çözmek lazım. Çünkü iki daire arasında güçlü gerekçeler olan iki karar var, farklı karar. Kanaatimce kanuni düzenlemeden çok içtihadı birleştirme ile aşılabılır diye düşünüyorum. Bu rekabet yasağı konusunda, 420 nci maddede işçi aleyhine tek taraflı rekabet yasağı ceza koşulu konulamayacağını söylüyor, bu rekabet yasağından bağımsız olarak. İşçi aleyhine tek taraflı ceza koşulu öngörülemediğini söylüyor. Şöyle diyor, hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir diyor. Kanun bu konuda hiçbir ayırım yapmıyor. Yani sözleşmenin devamı sırasında sona erdikten sonra, başlamadan önce gibi bir ayırım yapmıyor. Şimdi rekabet yasağını düzenleyen maddede işçinin belli koşullarla rekabet yasağı anlaşması yapabileceğini söylüyor. Bu rekabet yasağı anlaşması ihlal edilirse işçinin bir ceza koşulu ödemesi karara bağlanmışsa ve bu tek taraflıysa acaba geçerli mi? Biz bunun da bu durumda da işverenin bunun karşılığında bir edim üstlenmesi gerektiğini. Çünkü İş

Kanunu ve Borçlar Kanunu hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin Sosyal hukuk anlayışının bir ürünü olduğu, işçiyi koruma amaçlı düzenlemeleri içerdiği, liberal anlayıştan ayrıldığı gerekçesiyle, eğer işveren rekabet yasağı karşılığında kendisi bir edin üstlenmemişse bunun da geçersiz olacağına hükmettik daire olarak. Yüce 11. Hukuk Dairesi bozdu kararımızı. Dedi ki burada hizmet sözleşmesi bittikten sonraki bir döneme dâhil bir rekabet yasağı anlaşması var. O halde burada tek taraflı bir ceza koşulu anlaşmasının geçerli olacağına hükmetti. Biz bir direnme karar verdik. Hukuk Genel Kurulu gündeminde herhalde, yakında karara bağlanacaktır. Şimdi oradan ne karar çıkacağını bilmiyorum ama 11. Hukuk Dairesinin müstakâr içtihadı, hizmet sözleşmesinin sona erdiği dönem için kararlaştırılan ceza koşulunda tek taraflı bile olsa geçerli olduğuna hükmediyor. Kanun koyucunun amacı bu olamaz. Bize bir ipucu daha veriyor Kanun. Ticaret Kanununda acentelik sözleşmesi ile ilgili hükümde; acentelik sözleşmesi sona erdikten sonra acenteye bir rekabet yasağı getiriliyorsa bu tek taraflı olamaz. Yani vekâlet verelim de bir elim üstlenmesi lazım bunun karşılığında diyor. Bakın acente tacir, acentelik veren tacir orada bile kanun koyucu bir karşılıklılık arıyor. Kanun koyucunun bunu hizmet sözleşmelerinde aramadığını düşünmek kanaatince mümkün değil. Ama uygulamada böyle bir sorun var. Kanaatimce bu 420 nci maddeye bu yasağın hizmet sözleşmesinin sona erdiği dönem için de öngörülecek ceza koşullarını kapsayacağına dair açıklama yazmamız uygun olur diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederiz Başkanım. Sağ olun. Akın Bey siz mi bir şey diyecektiniz?

Doç. Dr. Akın ÜNAL:

Başkan beyin de söylediği anlamda, özellikle de bu uyuşmazlığı görevli mahkemesi ile beraber bu tartışma daha da anlamlı hale gelecektir. Şimdiye kadar ticaret mahkemeleri ya da sözleşme sonrası olarak gördükleri için iş mahkemelerinde görülmeyen bir dava eğer iş mahkemelerinde görülmeye başladığı andan itibaren 420 nci maddedeki tek taraflı meselesi daha da anlamlı hale gelecek. Artık tam manasıyla bir işçi işveren davası olarak görüldüğünde 420 nin de uygulama zorunluluğun ortaya çıkacak. Bir de bununla beraber hani buna eklenebilir konu değişiyor ama. Mesela adi ortaklıkları rekabet yasağı var. Orada da konu rekabet yasağı olduğu için söylüyorum. Orada mesela yaptırım yoktur Kanunda hiçbir şekilde. 5-6 tane görüş ortaya çıkıyor. Kolektif şirketler adi ortaklık olsun, ortaklıktan mı faydalanacağız. Kolektif de buna benzer hükümler var oradan mı olacak? Yoksa ticaret temsili ticari vekil ile ilgili bir hüküm var oradan mı olacak. Orada ciddi anlamda rekabet yasağı ile ilgili bir yaptırım belirsizliği var. Muhtevası ve zamanasını açısından sorun yaratıyor. Mesela kolektife gidince 3 aylık süre başlıyor. Öbürüne gittiğin zaman, genel zaman aşımına gittiğin zaman 5-10 yıllık süreler konuşulabilen, ayrıksı durumlar doğuyor. Bu rekabet yasağı ile ilgili belki uygulamada kararlarda şöyle bir şey de çıkıyor, bu belirsizlikten belki yine. Şimdi cezai şart yüksek görüldüğünde,

fahiş görüldüğünde Borçlar Kanunu ile ilgili cezai şart hükümleri çerçevesine indirileceği mi yoksa tümünden geçersiz sayılacağı mı sorunu ki mahkemelerin yerel mahkemelerde özellikle de yani bence Yargıtayda bu yönde şey yok. İndirme olarak görüyor ama yerel mahkeme de geçersiz olarak külliye bir geçersizlik olarak görüyor. Mesela 3 yıllık yapılmış bir rekabet yasağı sözleşmesi varsa 2 yıla mı indirecek, 3 yıl yapıldı geçersiz deyip bütün buna bağlı hükümleri de mi geçersiz kılacak? Bu anlamda bir uygulama sorunu ciddi anlamda var. Yer, konu, zaman şeklinde aslında olması gerekiyor Bu tasdik bakımından da. Yer konusu ya da herhangi birinden bir geçersizlik, bu rekabet yasağı sözleşmesini bir külli olarak geçersizliğe dönüştürüp dönüştürmediği problemini beraberinde getiriyor. Mesela tüm Türkiye demiş rekabet yasağı sözleşmesi bakımından. Biz bunu sınırlamak istediğimizde ne ile sınırlayacağız. Adam İstanbul'da çalışıyor. Tüm Türkiye'de dediğin zaman korunması anlamlı mı? Olması gereken aslında şimdi bu teoride butlan türleri yetmiyor. Değiştirilmiş kısmi butlan tabiri kullanılıyor. Aslında hâkimin sözleşmeye uyarlama şekli bir müdahalesi söz konusu. İşte aslında klasik ceza şartı hükümlerinde var. Hâkim sözleşmeyi fahiş olan indirir diyor. Şimdi bazı yerlerde kanuna açık hüküm getirdiği için yasal hadde indirim diyoruz biz buna. Ama böyle cezai şartta böyle şeyimiz de yok, getirebileceği indirebileceği yasal had de yok. Hâkim somut olayın özellikleri, edim, karşı edim dengesine bağlı olarak 100 bin TL belirlenmiş bir cezai şartı 50 bine indirecek, 60 bine indirecek. Aynı olayda işçi bakımından sözleşme şeyleri farklıysa başka bir hüküm uygulayacak. Ama tümünden geçersiz saymayacak. Dolayısıyla bu noktada bir uygulama, özellikle yerel mahkeme bağlamında bir uygulama probleminin olduğunu düşünüyorum. Konu bakımından da yine aynı şey geçerli. Bu sınır ahlaka aykırılık, MK ya da Medeni Kanunun 23/2 kapsamında işçinin hak ve fiiliyetinin, kişiliklerinin özgürlüğün korunması bağlamında düşünülüyor zaten, ayrıca çizen başka hükümler de yok. Bu anlamda uygulama bakımından bu tür sorunları da beraberinde getiriyor ve işçilerin genelde de sözleşmelerinde nasıl olsa ilk sözleşme imzaladığı tarihte işe alınma aynı saikiyle, kaygısıyla konan hükümlerde çok yargılama şansı da olmuyor. Orada da yine bir, hocam daha iyi belki söyleyecektir, genel işlem şartları tartışması açılıyor. Çünkü bütün işçilerle ilgili tek tip sözleşme uygulanıyor. Burada bir genel işlem şartları ama şu ana kadar Yargıtay uygulamalarında da burada ilk genel işlem şartlarının uygulanamayacağı noktasında, yanlış biliyorsam düzeltsin başkanlarım, bir şey devam ediyor. Ama o tartışma da kendini sonuçta korumaya devam ediyor. Ciddi anlamda uygulama sorunu yaratan bir madde olduğunu ve ayrıca böyle birkaç noktasına, ya tabii şöyle bir çözüm öngördüğünüzde öngöremediğiniz başka sorunlar da beraberinde geliyor yani uygulama açısından da. İşte görevli mahkeme ile ilgili bir müdahale başka tartışmaların önünü açacak gibi gözüküyor. Yaklaşım farkının pratik öngörülemeyen başka sonuçları da doğacak gibi de gözüküyor. Biraz tartışılabilir bir konu olduğunda, hani bu ortamda biraz daha fikirler olgunlaşabilir ya da ön göremediğimiz, bilmediğimiz şeyin uygulamacı hâkimlerimizin katkılarda anlamlı olabilir diye düşünüyorum Hocam. Teşekkür ediyorum Hocam.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Buyurun Havva Hanım.

Havva AYDINLI:

Ben bu rekabet yasağının yer ve zaman sınırlaması ile ilgili somut bir kararımızı paylaşmak istiyorum. 2020 tarihinde çıkan bir kararda davacımız yabancı uyruklu ve sözleşmesinde ülke sınırları ile sınırlamış rekabet yasağını. Hüküm böyle. Biz kararımızda şunu vurgulamışız. Yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından, rekabet yasağının ülke sınırları ile belirlenmesi mümkün olabilecektir demişiz ve uzunca bir süre öngörülmüş, 10 yıl kadar. Somut olayda 2 yılı aşkın bir süreydi. Biliyorsunuz 2 yıla yakın olanları bu yasakları biz uygun görüyoruz. Ama çalışan işçinin durumu ve yapılan işi niteliği itibarıyla da Türk işçileri açısından bir ülke sınırlaması yapmıyoruz. Ama yabancı uyruklu birinin ülke sınırlamasına ilişkin bir sözleşmeye geçerlilik tanımışız. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet teşekkür ederim ben de. Evet devam ediyoruz. Bu konuya geçiyor muyuz, var mı ek bir görüş?

Katılımcı:

Hocam belki kayıtlarda yok, bu adi ortaklıkla ilgili şey de belki not alınabilirse diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Ne yazalım?

Katılımcı:

Adi ortaklıklarda rekabet yasağı yaptırım hususunun düzenlenmesi. Ya bir madde konması gerekiyor. Yaptırım durumu düzenlenmiyor. Hem muhtevası olarak yani yaptırım durumunda rekabet yasağı ihlalinde neler talep edebileceği ve bunun zamanaşımının yani açık açık düzenlenmesi gerekiyor. Yani Borçlar Kanununa gönderme yapıyorsa Borçlar Kanunundaki genel hükümlere gönderme yapması. Ticari vekil meselesine gönderme yapıyorsa ona gönderme yapması. Yani bir şekilde bir çözüm öngörmesi.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet teşekkür ederim. Şimdi, bakalım yukarıda. Biz hizmete birinci konuyu genel hatlarıyla konuştuk. Kelepçelemeyi konuştuk. Vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar. Dilşad senin şeyi buraya mı baksak acaba? Vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan uyuşmazlıkları kim acaba şey yapmıştı? Açıklama yapmak ister mi? Evet onu geçelim. Aklına gelen olursa söyler. Evet, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan anlaşmazlıklar. Yani şimdi aslında her girdiğimiz konuyu sonlandırsak iyi olur. Şimdi bu tabii genel olarak söyleyip... Evet evet öyle yapalım. Çünkü hani genel bir şeyini alalım, ondan sonra dönelim. Bir sessizlik oluyor genellikle. Yani konuşulacak konuları bence başlık başlık değerlendirelim derim ben yani. Yani önce bir gidip sonra bir daha dönerim şeyini, hem başa dönemeyebiliriz, hem heyecanı kaybolabilir konunun. Kefaleti siz mi yazmıştınız? O zaman bir de hoca da şey yapsın da. Ne yapalım Hocam? Buyur Ömer Hocam.

Prof. Dr. Ömer ÇINAR:

Ömer Çınar. Şimdi kefalet sözleşmesi konusunda aslında çok konuşulacak husus var. Ama ben öncelikle Kanunun genel mantığına ilişkin kefaletle ilişkin birkaç hususa değinmek istiyorum. Şimdi kefalet sözleşmesini kanun koyucu aslında borçlar hukukundaki genel hükümler ve sözleşmelere ilişkin sair hükümlerin bir özeti gibi kaleme almış. Yani kefalet sözleşmesi dediğimiz zaman kefalet sözleşmesinin kurulması, geçerliliği, türleri, ondan sonra kefilin sürebileceği defiler, sona erme vesaire baktığınız zaman borçlar hukukunun bir özeti. Bu özet bazı noktalarda borçlar hukukunun genel prensipleri ile uyumlu halde işliyor, bazı hallerde de çok farklı sonuçlar doğuruyor. Yani benim en başta bu kefalet sözleşmesi konusunda bunun bir sözleşme olduğu, bu sözleşmenin tamam kefilin korunması gerektiği ama uygulamada bir işlev gördüğü, sonuçta bu kefaleti alan alacaklının da bunun karşılığında bir kredi kullandırdığı veya bir para kullandırdığı veya bir edim üstlendiği ve bu noktada aşırı bir koruyuculuk içerisinde olmamamız gerektiği kanaatindeyim ve kanun bu şekilde en başta, artık gelişen günümüzdeki çağda bir takım, yani bu kefaletle ilişkin hükümler önceki kefaletle ilişkin hükümlerin aynısını biraz daha geliştirilmiş hali. Yani öncekiler var artıları var. Yani eksisi yok fazlası var. Yani bu kadar acaba katı olmak zorunda mıyız? Yani yine bilmiyorum başka bir tartışma konusu günümüz tartışma konusu değil ama kirada da benzer durumlar var. Halen bu kadar işte kiracıyı bu şekilde korumak zorunda mıyız? Bunun sonucunda demin kelepçeleme sözleşmelerinde gündeme geldi. Cezai şart, işte kefalette de cezai şart geçersiz. Kefilden sözleşmeden dönme halinde cezai şart ve menfiza talep edilemez diyor. Bu noktada işte borçlar hukukunun genel prensiplerine ayrılmış, özellikle 593 üncü madde. Mesela kefil ifayı teklif etti, alacaklı kabul etmedi, borçtan kurtuluyor. Oysaki biz alacaklının temerrüt hükümlerine göre bunu tevdi etmemiz gerekirdi. Niye kefalette böyle hükme gidiyoruz? Bu paradır gitsin mahkemeye tevdi etsin. Yani bu tip hükümlerle biz kefilin korunurken, genel prensiplerden ayrılırken benim şahsi kanaatim işi biraz daha karmaşık ve işin içinden çıkılmaz hale getiriyoruz ve bu da uygulamada hep sorunlar üretiyor. Bu sorunlar kime

yansıyor? Uygulamacı burada, Sayın Yargıtay, İstinaf ve yerel mahkeme hâkimlerimiz var. Onlara yansıyor ve bir sürü aslında olmaması gereken uyuşmazlıklarla boğuşuyorlar ve iş yükü artıyor. Bu anlamda, Başkanım uzatıyor muyum bilmiyorum, yani kefaletle ilişkin sorunlara geçmeden önce ben genel olarak kefaletle ilişkin hükümlerin genel hükümlerle ortak olan kısmının, genel hükümlere bırakılması gerektiği, birçok konunun da kefalet bahsinden çıkarılması gerektiğini düşünüyorum. Bunun dışında kanun koyucu bir taraftan kefil korurken bir taraftan kefil cezalandırıyor. Mesela zamanaşımına uğramış veya ehliyetsiz bir borca kefil olma durumunda kefaletle ilişkin hükümler uyarınca sorumluluk getiriyor. Yani biz buna kefaletle özgü garanti sorumluluğu diyoruz. Oysaki yani ehliyetsiz bir kimsenin borcu geçersizse buna ilişkin kefalet de geçersizdir. Bilse de bilmese de bunu fark etmemesi gerekir diyebiliriz biz bunu. Niye buradaki ayrılıyoruz mesela veya bunu garanti sözleşmesine bırakmıyoruz. Bunu kefaletle ilişkin genel prensiplerimizden fer'ilik ilkesinden taviz veriyoruz. Mesela önceki kanunda vardı, onun için veriyoruz diyebiliriz bilmiyorum. Yine kefaletin işte sona ermesi bahsinde kanun koyucu özellikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu gerçekten devrim niteliğinde hükümler getirdi. Bu hükümler özellikle gerçek kişilerin kefaletinde 10 yıllık sürenin sona ermesi halinde kefaletin de sona ereceği, süreye bağlı bir kefalet türü geliştirdi bir nevi. Onun dışında 10 yıllık sürenin ne zaman uzayabileceği, hangi şekilde bunun aşılabacağı noktasında hükümler getirdi. Burada da tabii birçok konuyu belirsiz bıraktı. Mesela yeni bir kefalet vermek için 10 yıllık sürenin bitmesi beklenmiyor, herhangi bir zamanda verebiliyor. Ama kefaleti uzatmak için son yılı beklemek gerekiyor. Yani uzatırken son yılı bekliyorsunuz, yeni bir kefalette beklemiyorsunuz. Hani bunun bir mantığı var mı ayrımcılık yapmak için. Koruyacaksak burada da koruyalım diyebiliriz. Korumayacaksak 10 yılın 9. yılını beklemenin de bir anlamı yok, korumayalım deriz. Sonuçta biz ne kadar bu konuda sık hüküm getirirsek bunun aşılması için de bir takım şeyler çalışıyor bu mekanizmadan yararlananlar ve sonuçta işi dediğim gibi daha da karmaşık hale getiriyor.

Yine bu 10 yıllık süre mesela İsviçre'de mehz kanunda 20 yıldır, biz de 10 yıla indirilmiş. Hadi işleme almışız. Orada mesela dönemsel edim ve bu cari hesap şeklinde işleyen işte kredi sözleşmeleri, dönemsel edimler dediğimiz işte kira ve sair şeylerde kefaletlerde, buna ilişkin sürenin uygulanmayacağına dair de istisnai hükümler öngörülmüş. Fakat biz bu istisnai hükümleri de almamışız. Aslında kanunu alırken bütünü almamışız, belirli noktalarını almışız. Almadığımız hususlar da uygulamada sorun çıkarıyor. Şimdi kira sözleşmeleri devam ediyor, devamlı işte yenileniyor veya uzuyor. O da tartışma konusu ve sonuçta bu kefaletler ne oluyor? Ondan sonra bankalar diyor ki biz 10 yıllık işte bizim şirkette cari hesap şeklinde işleyen kredi sözleşmelerimiz var. Devamlı teminat mektubu kullanıyoruz, kredi kullanıyoruz, kefil alıyoruz. Ondan sonra bakıyoruz daha borç muaccel olmadan kefalet süresi bitiyor. Bu sefer ne yapmamız lazım? Ya krediyi kat edip kefil temerrüde düşürmemiz lazım. Yani olmayan bir aslında ihtiyacı yok hani bir temerrüt yokken temerrüt meydana getirmek zorunda kalıyorlar ve kefil 10 yıl bitmeden takip edelim peşine düşüyorlar. Yani kanun kefil koruyacağım derken bu sefer başka uyuşmazlıklar çıkıyor veya işte bankalar demin bahis konusu oldu, kredi kullanırmak istemiyor gibi. Kredi bulunmayınca ne olacak, bu mekanizma

ne işe yarayacak? Bu tip bu süre mesela bu şekliyle uygulamada birçok sorun oluşturuyor. Ya bunu uzatmak gerekir ya istisnalar tanımak gerekir. Veya işte başka bir çözüm önerisi de olabilir sayın hocaların veya değerli katılımcıların. Bunun dışında kefaletle ilişkin benim yine kısaca başkanım bir hususa değinip bitireceğim. Özellikle 11. Hukuk Dairesi Başkanımız da burada. Temerrüt durumunda yani kaç ihtar gerekir? Şimdi bankalar mesela krediyi kat ediyor, borçluya ve kefile ihtar gönderiyor. Daha sonra bu ihtar aynı zamanda müteselsil kefalette 6098'in yeni bir yeniliği. Kefile gitmeden önce borçluya borcunu öde ihtarını da gerekiyor. Bu bir temerrüt ihtarını da sayılır veya sayılmaz, tartışmalı. Acaba bu ihtarını gönderdikten sonra borcu muaccel kıldıktan temerrüde düşürdükten sonra tekrar bir ihtar kefile gitmesi mi gerekir 590'a göre. Yani burada 11. Hukuk Dairemiz diyor ki tek ihtar yeterlidir ama hep oy çokluğuyla çıkıyor kararlar. 3 2'yle çıkıyor. Belki ileride değişebilir bilmiyorum. Bu tip tartışmalı hususlar da var. Hani belki bunlara bu temerrüt kefaletteki temerrüdün nasıl oluşabileceği, kefilin nasıl takip edileceği hususunun biraz daha kanunda açıklayıcı hale gelmesinde fayda olabilir diye düşünüyorum. Teşekkür ediyorum Başkanım.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim Ömer Hocam. Yani çok kapsamlı ve sistemin geneline yönelik bir şey ile başladınız. Yani bunu herhalde çok derinlemesine konuşmak lazım.

Prof. Dr. Ömer ÇINAR:

Ben de konuşalım diye söylüyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet.

Ahmet TUNCAY:

Kefalet bitmeden ben de bir iki noktaya değineyim, kapatalım kefalet konusunu Hocam. Şimdi burada müteselsil kefalet, 586 ncı maddesinde ikinci fıkrada diyor ki; alacak teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa rehni paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Birinci fıkrada ise; kefil müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kefil takip edebilir. Şimdi birinci ile ikinci fıkrayı birlikte değerlendirdiğimizde, taşınır rehni veya bir alacak rehni varsa direkt müteselsil kefil hakkında takip yapılamıyor. Ama taşınmaz rehnine geldiğinde birinci fıkra çok ağır bir şey yüklemiş kefile. Burada diyor borçlu bakın asıl borçluya dahi başvurmadan diyor bakın asıl borçluya dahi başvurmadan taşınmazın rehnini paraya çevirmeden önce kefil takip

edebilir hükmü var. Bence birinci fıkradaki bu hüküm çok ağır Hocam. Burada artık borçluyu adi kefalet gibi artık borçluya öncelikle bir ihtar çekilecek en azından. Ödememe, temerrütle düşmüş ise aynı Türk Ticaret Kanununun 7 nci maddesindeki işte müteselsil borçlar kısmında olduğu gibi kefile temerrüt ihtarı yapılmamışsa temerrüt faizi istenemez hükmü gibi, burada asıl borçluya temelde düşülmemişse doğrudan müteselsil kefile de takip yapılamaması gerektiği kanaatindeyim. Çünkü belki borçluya asıl borçluya bir ihtar gönderilse temerrüde düşürülse asıl borçlu şeyini ödeyecektir borcunu veya kefil bir şekilde buna bir çözüm bulacaktır. Ama hiçbir şeyden haberi olmayan kefil asıl borçluya bile ödeme temerrüdünü düşürülmeden doğrudan takip yapılabilir. Bu hukuki açıdan çok sakıncalı bir durum diye düşünüyorum. Ayrıca ikinci fıkraya bence taşınır rehnini de dâhil etmemiz lazım. Şimdi burada zaten bankalara kredi verirken asıl buradaki teminat unsuru rehindir. Yani siz artık taşınır rehnini paraya çevirmeden rehin açığı belgesi almadan adi kefalet gibi bence de müteselsil kefalette de doğrudan kefile gidilmemesi gerekir kanaatindeyim Hocam. Bence 586'nın yeniden yazılması gerektiği konusunda... Çünkü özellikle banka kredisi sözleşmeleri bize geliyor. Banka kredi sözleşmelerinde doğrudan müteselsil kefillere takip yapılabilir ve burada çok muvazaalı ilişkiler ortaya çıkıyor. Asıl borçlunun borcu ödeme gücü olmasına rağmen ipotek alınmış, kefil var, borcu kendisi ödemiyor. Üçüncü bir kişiye borcu ödetiyor. Üçüncü kişi bankadan alacağın temlik yoluyla icra dosyasındaki tüm alacağı temlik alıyor. Ne oluyor temlik aldıktan sonra? İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe devam ediyor veya müteselsil kefiller hakkındaki takibe devam ediyor. Ne oluyor? Asıl borcu parayı ödemediği halde üçüncü kişi aracılıyla o parayı müteselsil kefillerden ve taşınmaz rehni veren üçüncü kişilerden tahsil yoluna gidiyor. Eğer benim şahsi kanaatim gereğince bu hüküm getirilirse böyle bir uygulamada bankalarla asıl borçlu ve üçüncü kişiler arasındaki muvazaalı alacağın temlik sözleşmelerinin de önüne geçilmiş olur ve müteselsil kefillerin de alacaklar karşısında korunması yolu açılır diye düşünüyorum. Burada önemli olan zaten alacaklının alacağını tahsil edebilme kabiliyetidir. Sizin bir taşınmaz rehniniz varsa ki buradan mutlaka bir bedel gelecektir. Siz onu sattıracaksınız. Ancak taşınmazın değeri borcu ödemeye yetmezse kefile başvuracaksınız. Ama yok ben taşınmaz rehni takip etmiyorum, ben de oradan kefil zengin, onun cebinden paramı alayım ondan sonra ne yaparsa yapsın diye yasa koyucu buna imkân vermemesi gerektiği kanaatindeyim Hocam. Şimdi biraz temerrüt ihtarıyla ilgili Hocama cevap vermek istiyorum. Biz birden fazlaya gerek yok yani borçluya bir ihtar çekilmesi temerrütte yeterli diyoruz. Yine müteselsil kefalette öncelikle adi kefalette alacaklıyı ihtar çekilmeden kefile gidilemez hükmünde de oradaki ihtaratta alacaklıya ihtar çekilmesini yeterli görüyoruz. Yani borçlunun borç acizliği falan konusunda aramıyoruz. Daha sonra da kefile gidebilir. Yani asıl borçlunun temerrüde düşmesinin borcu ödemeyeceğinin anlaşılmasını yeterli görüyoruz Hocam. Başka da kefaletle ilgili Hocam... Dediğim gibi bu rücularda çok problem çıkıyor. Buna bir düzenleme getirmek gerekiyor. Evet. Çünkü bu üçüncü kişilerle ilgili gerçekten alacağın temlik hükümleri uygulanmak suretiyle kefillerin hakkında takibe geçirebilip onları mağdur edilmesine yol açılıyor. Bir de bu 603, daha başlangıçta da söyledim, kişisel güvence vermesine ilişkili olarak başka ad altında diye yapılan sözleşmeler diye sunulmuş. Borçlar

Kanununda zaten tüm sözleşme türleri hemen hemen belirlenmiş aslında. Oraya belli başlı sözleşme türlerini yazıp da veya buna benzer dersek aslında bu madde çok daha açıklayıcı olur. Mesela burada aval diyebilirdik yani Ticaret Kanununda mesela içtihadı birleştirme çıktı. Onu aşmak için ne diyebiliriz? Birçok hocamız karşı çıkıyor mesela, eşin rızası aranması gerekir deniyor. Şimdi aval de bir sözleşmedir, kefalet sözleşmesidir diyor... Ama şimdi içtihadı birleştirme çıkınca bu maddeyi uygulayamayız artık, avale uygulayamıyoruz. Uygulayabilmemiz için yasa değişikliği şart. Ama içtihadı birleştirme bağlayıcı olduğu için yasa hükmünde ancak yasayla aşabiliriz bunu tabii. Bunu artık yasa değişikliği gerektirir. Yani belli başlı bence sözleşme türlerini buraya yazıp ve buna benzer kişisel güvence verilmesine ilişkin diye. Mesela uygulamada çok sık karşılaştığımız sözleşme türleri garanti sözleşmesi, avaldır, onları yazabiliriz gibime geliyor.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

O Ahmet Başkanım önemli bir konu. Onu şey zamanımız geçiyor ara zamanımız. Onu yapalım buradan devam edelim. Buraya bir parantez açalım.

Ahmet TUNCAY:

Tamam Başkanım, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Sağ olun teşekkür ederiz. Bir 15 dakikalık aramız var arkadaşlar. Genel akışı kaçırmayalım.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet, başlıyoruz. Sağ olun, teşekkür ederiz. Şimdi Ahmet Başkanım, sizin heyecanlı bir yerinizde kesmiştik konuyu galiba, devam edecek misiniz oradan? Avası ilgili, yoksa. Geçiş tamam. Kefalet tamam. Diğer bir konuya bakalım. Vekalet sözleşmesinin şartla bağlanması ve tedbir vekaleti. Dilşad Hocam buyurunuz.

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Ben şimdi borçlar hukukunun kendi problemleri yetmiyormuş gibi Medeni Kanundan Borçlar Kanununa problem ithal edeceğim izninizle. Şöyle bir sorundan bahsetmek istiyorum. Şöyle bir sorunu dikkatlerinize sunmak istiyorum. Bu medeni hukukta aslında ehliyetler bağlamında ortaya çıkan bir sorun. Ayırt etme gücünün kaybı halinde işte bizim başvurduğumuz yöntem kişinin kısıtlanması, kişiye bir vasi atanması. Burada vasiin seçimi noktasında kısıtlanan kişiye bir söz hakkı verilmesi

söz konusu değil. Zaten ayırt etme gücünün kaybı da gündemde ise hiç mümkün değil bu. Bir istisnai hükümler var işte. Eşine öncelik verilmesi, yakınlarına öncelik verilmesi gibi ve eğer ayırt etme gücüne sahipse yine kişinin kendisine de öncelik verilmesi gibi. Ama bunlar yeterli değil. Dediğin gibi birinci ihtimalde ayırt etme gücü yok zaten. Dolayısıyla vasinin seçiminde belirlenmesinde söz hakkı alması hiç absürt oluyor gündeme gelmiyor. İkincisi eşine ve yakınlarına öncelik verdiğimizde de eğer kısıtlananın mal varlığı ile ilgili özellikli bir durum varsa orada menfaat çatışması gündeme geliyor, yine sorun doğuyor. Bu neden önemli? Bu şundan önemli. Her ne kadar bu zamana kadar biz kısıtlanan kişiyi vesayet altına aldık ona da bir vasi atadık ve böylece kişinin kaderini bir anlamda vasinin ellerine bıraktık. Burada da bir sorun görmediyse de bu son zamanlarda artık kişinin kendi kaderini tayin hakkı diye Türkçe'ye çevrildi ama bizzat karar verme hakkına sahip oldu ve bu bizzat karar verme hakkının da bir kişilik değeri niteliği taşıdığı, dolayısıyla bu kısıtlanma durumunda ortaya çıkan vaziyetin kişilik hakkı ihlali teşkil ettiği kabul edilmeye başlandı ve İsviçre'de aslında 2008 tarihli bir seri değişiklikle mümkün olduğunca kişileri ayırt etme gücünün kaybı durumunda bile kendi kaderlerini tayin imkân tanınmasına yönelik düzenlemeler yapıldı. Bunlardan bir tanesi hasta tasarrufu bir tanesi de tedbir vekâleti. Bu değişiklikler İsviçre'de yapıldı. Biz de yok. Peki biz ne yapabiliriz? Biz mevcut düzenlemeyi değiştirip, kökten biz de değiştiririz İsviçre'deki uygulamayı alabiliriz. Kanun değişikliği yoluyla veya tedbir vekâleti diyoruz. Ama bu bir vekâlet değil, teknik anlamda bir vekâlet sözleşmesi değil burada söz konusu olan şey. Buna rağmen, tabii vekâlet ismini verilmesi de tesadüf değil, buna rağmen biz Borçlar Kanunundaki vekâlete ilişkin hükümlerden yararlanarak bu sorunları kısmen de olsa ortadan kaldıracabiliriz belki diye düşüncemi paylaşmak istedim. Bu konuyu bir hazirunun dikkatlerine sunmak istedim. İsterseniz bilgi verebilirim İsviçre'deki değişikliklerle ilgili. Şimdi İsviçre'de vesayet hukuku kökten değişti. Bizim bildiğimiz kavramların hepsi artık yok. Bunların yerine yeni kavramlar geldi. Buradaki amaç, kanun koyucunun amacı aslında dediğim gibi kısıtlanan kişinin ayırt etme gücünün kaybı durumunda da ayırt etme gücünü kaybeden kişinin mümkün olduğunca kendisini ilgilendiren hususlarda kendi kararını bizzat verebilmesini sağlamaktı. Devletin müdahalesini bir anlamda en aza indirmek ama bir taraftan da denetimi muhafaza edip bu kişinin haklarının da ihlal edilmesini diyelim engellemek. Dolayısıyla oluşturulan yeni yapıda kişinin önceden ayırt etme gücünü kaybedebileceği ihtimalini düşünerek bir takım tasarruflarda bulunabilmesinin yolu açıldı. Hasta tasarrufu diye isimlendirdiğimiz uygulamada kurumda mesela, kişi bir hastalık sebebiyle ayırt etme gücünü kaybetmesi ihtimalini önceden düşünüyor ve bununla ilgili bir takım hasta vasiyeti de deniyor buna, bir anlamda yaşayan vasiyet diye İngilizce karşılığı yaşayan vasiyet, bir anlamda vasiyette bulunuyor. Neler yapılacağını önceden belirliyor. Bizi daha çok ilgilendiren, bu bağlamda daha çok ilgilendiren, tedbir vekâletinde de kendisinin hem şahsının korunması hem mal varlığının korunması hem de hukuki işlemlerde temsil edilebilmesi için bir vekil tayin ediyor. Bu yaptığı işlem tedbir vekâleti dediğimiz bu işlem kişinin ayırt etme gücünü kaybetmesi erteleyici şartına bağlı. Ayırt etme gücünün kaybı ile birlikte yürürlüğe giriyor. Aslında dediğim gibi teknik anlamda vekâlet sözleşmesi değil ama

yine de İsviçre hukuku terminolojisi ile konuşuyorum. Erişkinlerin korunması hukukuna özgü bir sözleşme benzeri kurum olarak nitelendiriliyor.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Tam bir uygulamasını bir anlatır mısın? Yani bakıyorum mesela hasta kötüye doğru gidiyor. Erteleyici şarta bağlı olarak böyle bir tasarrufta bulunup ondan sonra şart gerçekleşince de hüküm ve sonuç mu doğuruyor? Böyle bir şey mi yapıyor?

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Aşağı yukarı böyle ama şeye gerek yok. Yani hastalanmasına gerek yok. Ben bugün mesela bir tedbir vekâleti düzenleyip...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Organ bağışı gibi bir şey bu ya.

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Aslında çok uzak da değil. Yani önceden yapıldığı için çok uzak değil. Bugün tedbir vekâletini düzenliyorum ve diyorum ki mesela alzheimer gibi bir hastalık var. Yaşam süresinin uzaması tabii bugün baktığımızda hepimize çok uzak görünüyor ama yaşam süresinin uzaması alzheimerin çok yoğun görülmesine yol açıyor ve bu hastalık bir anda gerçekleşmiyor ama ne zaman gerçekleşeceği de belli değil. Ayırt etme gücünün hangi andan itibaren yok olacağı da belli değil. Bunun gibi bir takım hastalıklar, kazalar kişilerin ayırt etme gücünü kaybetmesine yol açabiliyor. Önceden böyle bir ihtimali düşünüp, ortada henüz hiçbir tehlike yokken, böyle bir ihtimali düşünüp böyle bir sözleşme düzenlemek, bir kimseyi önceden tespit edip bu durum gerçekleştiğinde bizim isteklerimize, ihtiyaçlarımıza en iyi cevap vereceğini tahmin ettiğimiz düşündüğümüz kişinin yetkilendirilmesini sağlıyor. Bizimle ilgili kararları o kişinin vermesini sağlıyor aslında. Tasarrufu önceden yapıyoruz ama bu kişinin haberdar olmasına gerek yok. Ben tasarrufu yaptım, tedbir vekâletini düzenledim. İsviçre'de erişkinlerin korunması makamı diye bir makam oluşturuldu son değişikliklerle. Bu erişkinlerin korunması makamı, bu olay gerçekleştiğinde ayırt etme gücünün kaybı gerçekleştiğinde, sözleşmenin karşı tarafının muhatabı oluyor. Dolayısıyla ben tedbir vekâletini yaptım, temsil etkisini şarta bağlı olarak verdim. Karşı taraf hemen bu temsil etkisi ile ilgili bir kabul beyanında bulunamıyor, zaten haberi olmayabilir. Fakat erişkinlerin korunma makamı haber veriyor buna. Kabul beyanı erişkinleri koruma makamına yönelik olarak oluyor. Dolayısıyla bu bir vekâlet sözleşmesi değil. İşlemin yapılması tarihi ile kabul beyanında bulunması tarihi arasında yıllar olabiliyor. Bu sebepten de bu iradelerin zaman bakımından birbirini takip

etmesi irade açıklamaları bu şartta gerçekleşmiş olmuyor. Bu sebepten de vekâlet sözleşmesi değil. E bizim vekâlet sözleşmesinde alışkın olduğumuz hani istendiği zaman vekilin azledilebilmesi, vekilin istediği zaman istifa edebilmesi. Bu durum da burada söz konusu değil. Bu da bunun vekâlet olarak nitelendirilmesinin önüne geçiyor. Ama şu anda bizim kısıtlama durumunda kısıtlananın kaderinin vasinin ellerine bırakılması şeklinde özetleyebileceğimiz ve bizzat karar verme hakkının ihlali niteliği taşıyan, dolayısıyla kişilik hakkı ihlali anlamına da gelen durumun önüne geçmek için başvurabileceğimiz tek kurum bu gibi görünüyor, vekâlet sözleşmesi. Erteleyici şarta bağlı bir vekâlet sözleşmesi yapılabilir taraflar arasında. Bu vekâlet sözleşmesi ile de İsviçre'de doğrudan kanunla düzenlenmiş olan bu görüntüye benzer bir görüntü oluşturulabilir diye düşünülüyor.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet kabul etmezse ne oluyor şey karşı taraf?

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Kabul etmezse bu iş bitiyor. Yapacak bir şey yok. Kabul etme yükümlülüğü yok yani. Herhangi bir sonuç doğurmuyor.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Erişkinler kurumu İsviçre'de acaba bir ikame bir usul geliştirmiş mi diye?

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Bir yetkisi var erişkinleri koruma kurumunun. Bu şekilde bir yetkisi var. Ama çok kullanılmak tercih edilmiyor. İşte bu zaten amaç kişinin kendi kararını verebilmesi kendi kaderini belirleyebilmesi olduğu için. Yine buradan dışarı çıkmış olunuyor. O yüzden siz tercih edilen bir yöntem değil.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Peki siz bununla bu kanunla bir hüküm mü koyalım diyorsunuz yani?

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Şimdi ben aslında bu tedbir vekâletinin şu anda yürürlükte olan vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerle karşılanamayacağını düşünüyorum. Erişkinleri koruma makamının koruyucu yetkileri olmadan, müdahalesi olmadan bu işin sıkıntılı olabileceğini düşünüyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Bir de kurum kurmak gerekiyor yani.

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Ben böyle düşünüyorum ama bir sunmak istedim ki belki de böyle düşünmeyen hani bunların da çözülebilmesini mümkün gören fikirler olabilir diye. Bir dikkatlere sunmak istedim bu meseleyi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet yani ilginç bir kurum. Yani ihtiyaç da var görünüyor gerçekten.

Yıldız SOMUNCU TARIM (İstanbul BAM 43. Hukuk Dairesi Başkanı):

Söz alabilir miyim pardon?

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Efendim buyurunuz.

Yıldız SOMUNCU TARIM:

Siz tedbir vekâleti diye bahsedince makalenizi okudum şimdi. Güzel, tebrik ederim. Güzel bir çalışma ama şimdi irade kudretinin veya temiz kudretinin kaybedilmesi erteleme şartına bağlı diyorsunuz. Veleve ki atadı, vekil görevini kabul etti. Safahatta vekil görevini kötüye kullandı. Bunun azil işlemleri değiştirilmesi yine bir vasi gerekecek.

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Zaten iki sorunumuz var. Bir tanesi...

Yıldız SOMUNCU TARIM:

Yani temyiz kudretine haiz olmayan bir insan temyiz kudreti varken bir vekil atadı. Temyiz kudreti gitti bu alzheimerın başlangıcında olabilir. Hani ileride kaybedersen diye. Peki, o atandı. Vekil görevini kötüye kullandı. Kim azledecek?

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

İşte bu sebepten işte erişkinlerin korunması makamının varlığı, bu sebepten çok önemli. Evet denetim makamı. Zaten koruma makamı diye geçiyor, erişkinlerin korunması diye geçiyor.

Yıldız SOMUNCU TARIM:

Vesayet altına alınacak kişinin önceden vasisini seçmesi, belirlemesi, şu şansları istiyorum diye.

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Zaten bizim şu andaki yasal düzenlememizde böyle bir imkân yok.

Yıldız SOMUNCU TARIM:

Ama böyle bir sözleşme yaptığını düşünün noterden. Bunu da vesayet altına alındığı zaman da mahkemeye yakınları sundu. Muhakkak vesayet makamı bunu dikkate alır diye düşünüyorum.

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

İşte ben de bunları görmek için zaten, yani uygulamayı görmek için.

Yıldız SOMUNCU TARIM:

Yani böyle bir tercihte bulundu dedi ki kız kardeşim, kızım benim vasım olsun.

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Tamamen üçüncü bir kişi olsa akrabası, yakını.

Yıldız SOMUNCU TARIM:

O da olur ya da bir avukatını, güvendiği bir avukatını verdi. Böyle bir noterden bir belge düzenledi vasiyetname gibi. Bu durum hâsıl olduğunda ilgili kişi mahkemeye iletti. Muhakkak mahkeme bunu dikkate alır diye düşünüyorum.

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Ben de teşekkür ediyorum bu katkı için. Bir sorunu daha aslında bu konuyla ilgili...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Bir ara verelim. Bir katkı olacak herhalde tekrar. Buyurun.

Tamer KOÇAN

(İstanbul Anadolu 7. Tüketici Mahkemesi Hâkimi):

Burada hocamın da dediği gibi esasında bir vekâlet sözleşmesi değil de kişinin akıl sağlığı yerindeyken kendisine ileride atanacak vasiyi belirleme hakkı tanınması söz konusu. Bizde de şöyle olabilir. Zaten şu anda hürriyeti bağlayıcı ceza nedeniyle veyahut alkol bağımlılığı, uyuşturucu bağımlılığı nedeniyle veyahut kişinin kendi isteği üzerine kısıtlanması durumunda, kısıtlının kısıtlı adayın seçilecek vasi konusunda bir beyanı alınmıyor bildiğim kadarıyla. Sadece akıl hastalığı durumunda beyanı alınmıyor veyahut alınmıyor. Burada direkt yani şöyle olabilir bizde de. Kişi yine böyle bir tasarrufta bulunur. Ancak bu vekâlet değil de sadece ileride akıl hastalığı sebebiyle kısıtlanması durumunda, kendisine atanacak vasiyi seçme hakkı o kişiye tanınmış olur. Ve bu kişi ileride akıl rahatsızlığı nedeniyle kısıtlandığında nasıl ki vasiyetnamelerde kişi öldüğünde sulh hukuk mahkemesinde bildiriminde bulunuluyor. Bu şekilde de yine sulh hukuk mahkemesine bir bildirimle, işte bu kişinin kendisine, işte oğlunun, kızının, eşinin vasi olarak atanmasını istiyor şeklinde bir bildirimde bulunulur.

Vesayet makamı da o kişinin iradesini göz önüne alır. Eğer bir engel yoksa öncelikli olarak o kişiyi vasi olarak atayıp, vasinin işlemlerini de denetlemeye devam edebilir. Mesela bu şekilde olabilir diye düşünüyorum. Hani direkt vekâlet sözleşmesi şeklinde değil de. Bizde belki böyle uygulanabilir.

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Teşekkür ediyorum. Ama şöyle bir sorun...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Bir cevap daha alalım şeyden. Siz onu unutmadınız şeyleri.

Av. Oya ŞAHİN MCCARTHY:

Şimdi ben grupta paylaştığınız zaman gördüm ve hani teklif ve öneri gerçekten hoşuma gitti. Çünkü böyle bir ihtiyaç var. Niye var? Bir kişiye vasi tayin ettirmek için yaptığımız müracaatta hemen sonuç alamıyoruz. Çünkü

bayağı ciddi uzun bir prosedür var. O geçen süreç içerisinde zaten kişi son derece sahipsiz kalıyor. Vasi tayini başvurusunda bulunanlar da bazen o kişinin hani elindekini avucundakini almaya çalışan yakınları olabiliyor. Dolayısıyla yani şu anda, mesela şu aralar benim önümde böyle bir problem var.

Çok yakınında olan bir kişinin getirdiği, giderek hani böyle yavaş yavaş demans sorunları var gibi geliyor. Yasal olarak ne yapabiliriz, hani bu soru bana geldi. E düşündüm ben. Yani yasal olarak müracaat edebileceğimiz yegâne yol gerçekten vasi tayin ettirmek ve vesayet makamının eline şey yapmak. Ama o süreçte ne olacağı soru işareti. Bir taraftan belki gerçekten hakikaten akli melekelerini yitirmiş olabilir. O arada çok borçlanmaya başlayabilir. Siz müracaat edip kararı alıncaya kadar hani zaman geçer. Bir böyle hani ihtiyati tedbir gibi belki bilemiyorum, hani bir mekanizma olup derhal birinin yetkilendirilmesi uygun olur. O yetkilendirme de hani öncesinde böyle bir vekâletname verilmişse eğer yapılabilir. Belki bu öneri hani bir Medeni Kanun değişikliği ile birlikte düşünülebilir. Aslında bizdeki vesayet makamı şu an hani o erişkinlerin korunması makamına benzer bir rolü üstlenebilir gibi görünüyor. Tam karşılığı değil belki ama yani ben öneriye çok sıcak baktım gerçekten. Hani bunun konuşulması şey olabilir. Bizde de nüfus giderek yaşılanıyor artık. Hani bizde alzheimer sorunları çok sıkça karşımıza geliyor. Bu konulardan çıkan çok da uyumsuzluk ve bir yani hak arayışı var. Ve kişiler de bunu yine bir yaşlı müvekkilim mesela o da giderek demans sorunları başladığında bir bakım evine yatırılmasını istedi. Bakım evini de kendisi seçti o aşamaya geldiğinde ne yapacağımızı bilemedik mesela. Hani nasıl işi organize edeceğinizi bilemedik. Çoluğu çocuğu da burada olmuyor. Yani gerçekten böyle çokça sorunlar yaşanabiliyor. Ben çok teşekkür ederim öneriniz için kendi adıma.

Prof. Dr. Azra ARKAN SERİM:

Sayın Hocam ben de bir söz rica edebilir miyim?

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Buyurun Azra Hanım.

Prof. Dr. Azra ARKAN SERİM:

Şöyle şimdi Türk Borçlar Kanunu 513'te aslında tabii hüküm var. Yani kişinin ehliyetini kaybetmesine rağmen eğer sözleşme ile böyle bir arzusu varsa vekâletin devam edebileceğine ilişkin. Dolayısıyla tabii burada çok çaresiz değiliz. Yani şarta bağlanır bağlanmaz falan o ayrı bir konu. Niye bağlanmasın? Bağlanabilir bence de. Ama 513'te zaten bizim bir hükmümüz var bize yardımcı olabilecek. Ona dikkatinizi çekmek istedim. Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

Ben de teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

513 ile ilgili bir diyeceğin var mı?

Doç. Dr. Ayşe Dilşad KESKİN:

513'ü zaten değerlendirerek yani çalışma yaparken de değerlendirmiştim. Hocama tabi ki katılıyorum. Burada sadece yapılmış olan bir vekâlet olmalı ve vekâletin devamı ile ilgili bir imkân sağlıyor 513 bize. Farklı bir alternatif aslında benim söylediğimde. Yani ortada henüz böyle bir vekâlet yokken erteleyici şarta bağlı bir vekâletin vekâlet sözleşmesinin yapılması yönünde başka bir ihtimal sadece. Bir iki şey daha söyleyip kapatacağım. Bir, vasinin kimliği ile ilgili mahkemenin vesayet makamının huzurundayken hani şu olabilir vasi diye teklifte bulunmak. Evet, ama ayırt etme gücünün varlığı gerekiyor böyle bir teklifte bulunabilmek için. Ayırt etme gücün ortadan kalktığı hallerde bu mümkün değil. Onu bir kere daha hatırlatmak isterim. İki, şu kişiyi bana vasi atayın tarzında ayırt etme gücüne henüz sahip olduğu dönemde ortada bir sözleşme olmaksızın dileğini ifade edebilir. Ama tabii burada da bağlayıcılık sorunu var. Yani yakınlarınıza böyle bir isteğinizi ifade ediyorsunuz. Sonra ayırt etme gücünden yoksun kalıyorsunuz. Yakınlarınız sizin bu isteğinizi yerine getirmek zorunda değil. Bunu sağlayacak bir yapı belki işte böyle bir sözleşme olabilirdi. Burada biraz da ne diyelim kendi kendimi ben eleştireyim, bu görüşü ben eleştireyim. Şöyle bir sıkıntı da doğabiliyor. Böyle bir vekâlet sözleşmesi yapılırsa bile tabii vesayet süreci diğer taraftan işleyecek. Tayin edilen vasinin bu vekâlet sözleşmesi ile ilgili tutumunu da kontrol edemiyoruz biz mevcut durumda. Bu da bir sıkıntılı nokta olarak yerini alsın. Tekrar benim amacım aslında bu durumu, burada bir sıkıntı olduğunu ve bu sıkıntının çözümünde Borçlar Kanunundaki vekâlet hükümlerinden yararlanılabileceğini, ama bunun da bir takım başka sorunlara yol açabileceğini ve hepsinin üstünde de bugünkü vesayet sisteminin, kişinin bizzat karar verme hakkını kullanmasına engel olan bir yönünün bulunduğunu. Bunu artık belki biraz daha vurgulamak gerektiğini ifade etmekte. Çok teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim Dilşad Hocam sağ olun. Evet, buyurunuz lütfen.

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe TEKBEN:

Hocam ben bu konuyla ilgili bir şeyler söylemek istiyorum. Tuğçe Tekben, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hocam. Ben de vekâlet

alanında çalıştığım için öncelikle şimdi bu tedbir vekâleti, evet genel olarak vekâlet sözleşmesi değil. Ama 502 nci maddenin ikinci fıkrası vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri zaten bütün kanunda düzenlenmemiş olan ve düzenlenip de aslında hüküm olmayan hallerde bile kıyasen uygulanabilecek hükümler getirdiğini, iş görme sözleşmelerinin hepsinin kapsayıcı olduğunu söylüyor. Dolayısıyla vekâlet ilişkileri sınırlı sayıda değil ve bu tedbir vekâleti bir iş görme ilişkisi olarak kabul edilirse vekâlet hükümlerinin gösterdiği yerden kıyasen yararlanabiliriz diye düşünüyorum ben de. Yani onların uygulama alanı tabii ki azil ve istifanın mümkün olmaması gibi karakteristik özelliklerine uymuyor belli noktalarda ama yine de uygulanabilir. Bir de birkaç husus daha var hocam. Eğer izniniz olursa onlardan da vekâlet sözleşmesine gelmişken bahsetmek istiyorum. 513 üncü madde vekâlet sözleşmesinin, ölüm, ehliyetin kaybedilmesi ve iflas halinde sona ereceğini düzenliyor. Ancak mevzuatla ilgili aslında benim söyleyeceğim bir husus. Ehliyetin kaybedilmesi halinde yani vekilin ya da vekâlet verenin bir anda tam ehliyetsiz gelmesi halinde sözleşmenin sona ermesi kabul ediliyor ama sözleşmeden aksi anlaşılabilir diyor kanun. Şimdi sözleşmede biz acaba bunu nasıl kararlaştırabiliriz? Yani vekil tam ehliyetli iken bunu yaptı, bir anda tam ehliyetsiz olduğunda sözleşmenin sona ermeyeceği, yani tam ehliyetsiz vekil ya da vekâlet verene rağmen vekâlet sözleşmesinin sona ermeden devam edeceğini, başlangıçta kararlaştırma imkânı veriyor kanun koyucu. Bunun ben temel prensiplere birazcık ters düşüğünü düşünüyorum. Yani o noktada zaten yasal temsilcinin devreye girmesi, ister tam ehliyetsiz olsun ister sınırlı ehliyetsiz olsun. Birinde doğrudan zaten yasal temsilci devreye girecek, diğerinde yasal temsilcinin izni icazeti ile bu sözleşmenin devam edeceğini söylemek lazım. Yani böyle kesin net olarak sözleşmeden aksi anlaşılır, tam ehliyetsiz hale geldi sözleşme devam eder demek biraz temel prensiplere aykırı düşüyor bu hükümle ilgili. Onu her iki taraf açısından da söyleyebiliriz. Bir de Hocam, 509 uncu madde, edinilen hakların vekâlet verene geçişi maddesi. Dolaylı vekâlete ilişkin. Son fıkrasında taşınır eşyanın alınması durumunda iflas masasından bahsediyor ama iflas etmediği ihtimalde ne olacak onu söylemiyor. Vekilin iflas etmemesi. Vekil hep iflas edecek değil, iflas masasından ayrılarak isteyebilir. Burada bir eksiklik olduğunu söyleyebiliriz. Bir de hapis hakkından bahsediyor bu madde. Bu hapis hakkı acaba teknik anlamda hapis hakkı mı yoksa alıkoyma hakkı mı? Bunu da yine söylemek istiyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Hapis hakkında ne, bir daha söyler misiniz?

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe TEKBEN:

Hapis hakkı diyor ya Hocam, hapis hakkı teknik anlamda hapis hakkını mı kastediyor acaba kanun koyucu? Yoksa hapis hakkının verdiği o teminat fonksiyonu burada yok mu? Onu bir düşünmek lazım diye...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet tamam mı?

Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe TEK BEN:

Bir tane daha var Hocam. Şu 505 inci maddenin son fıkrası. Burada da bir ifade ile ilgili bir şey söylemek istiyorum. Vekilin talimattan ayrılması durumunda son fıkrada bundan doğan zarar karşılanmadıkça işi görmüş olsa bile vekâlet borcunu ifa etmiş olmaz gibi bir ifadesi var kanun koyucunun. Ve burada aslında vekâlet verenin uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür demiş olsaydı, daha isabetli olurdu. İş görmüş olsa bile vekâlet borcunu ifa etmiş olmaz. Biraz kafa karıştırıcı gibi geliyor bana. Söyleyeceklerim bu kadar vekâlet sözleşmesi ile ilgili Hocam. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Sağ olun. Tuğçe Hocanın söyledikleri hakkında dikkat çeken bir husus var mı başka uygulamada vesairede? Yok. Tekrar bir daha öneriz olmazsa. Teşekkür ederiz. Levent Hoca gitti mi? Yan tarafa da bir gideyim orada benimle ilgili bir konu var falan diyordu da acaba oraya mı gitti? Evet, başka görüş öneri arkadaşlar? Türk Borçlar Kanununun 589 uncu maddesini açar mısınız? Bu sizin Başkanım dairenin tartıştığı bir konu var galiba. Şu dönme mi fesih mi diye, nereye kadar etkili diye. Evet evet. Şu harçta da var Başkanım bak. Sözleşme açıklanmamışsa... Bak kefilin asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesine sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür diyor ya burada. Burada şimdi hükümsüzlüğün türleri arasında bir ayırım yapmak lazım mı diye bildiğim kadarıyla sizin dairede bir tartışma var. Yani burada sadece dönme mi olsun yoksa fesih de yani ileriye etkileyen sona erme sonucu doğuran bir durum söz konusuysa da bu son fıkra uygulanır mı? Bildiğim kadarıyla başkanımızla, oy çokluğu ile mi çıkıyor bu kararlar? Nasıl olduğunu bir anlatabilir misiniz hatırlıyorsanız? Ya da bir şey söylenebilir mi burada?

Ahmet TUNCAY:

Teşekkür ederim Başkanım. Buradaki asıl problemler bizim bayilik sözleşmelerinden kaynaklanıyor aslında. Akaryakıt bayilik sözleşmeleri bize geldiği için, tedarik edici firmayla bayiler arasındaki sözleşmelerde sözleşmeye kefil imza atmışsa bir kişi kefil olarak burada bayilik sözleşmesi geçersiz hale gelip feshedildikten sonra, bu fesih nedeniyle doğan menfi müspet zararlardan ve cezai şart alacağından dolayı acaba kefil sorumlu tutulacak mı tutulmayacak mı? Uyuşmazlık konusu oydu. Şimdi burada borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesine sebep oldu. Şimdi burada borç hükümsüzlük kavramı tartışıldı. Bu Borçlar Kanununun, şimdi ben yenisini bilmiyorum, eski 19 ve 20.

Şimdi kaç oldu Hocam? Hükümsüzlük halleri. İşte ahlaka aykırılık, Kanuna açıkça aykırılık, 27 nci maddesindeki hükümsüzlük mü anlaşılacak? Yoksa sözleşmenin feshi halinde, haklı fesih veya haksız fesih halinde meydana gelen zarar da buna girer mi? Yani hükümsüzlük anlamına. Bir grup arkadaşımız dedi ki buradaki hükümsüzlük hali, işte Borçlar Kanununun 41 inci maddesindeki, yani başlangıçtan beri aslında sözleşme hükümsüz ise bu zarardan ve ceza koşulundan dolayı anlaşmalarda kefil sorunu tutulamaz denildi. Bir kısım arkadaşlar ise hükümsüzlük kavramını daha geniş yorumladı. Yani başlangıçtaki o 41'deki koşullar değil de sonrasında sözleşme ifa edilebilir duruma gelmemişse herhangi bir şekilde burada şeyin kusuru, akaryakıt bayisinin kusuru nedeniyle, bir imar problemi çıkmıştır veya işte üçüncü kişiye devretmiştir. Sözleşme bir şekilde uygulanamaz hale geldi, hükümsüz hale geldi. Buradaki hükümsüzlük de buradaki, maddedeki anlama girer mi, bu durumda da yine kefil bu şeyden cezai şarttan ve zarardan sorumlu tutulamaz mı diye tartışma konusu oldu. Dedğim gibi bir kısım üyeler yani çoğunluk olan, dediler ki hükümsüzlük kavramı burada geniştir, ister baştan itibaren hükümsüz olsun sözleşme, isterse sözleşme kurulduktan sonra hükümsüz hale getirilsin. Buradaki zarardan ve ceza koşulundan kefil hükümsüzdür gibi bir görüş oluştu. Ancak buradaki bizim uyuşmazlık konusu sadece cezaydı, ceza koşuluna ilişkili somut davada. Onun için menfi ve müspet zarar konusunda bir görüş belirtildi ama karar çıkmadı. Sadece ceza koşuluna ilişkin bir karar çıktı. Burada ceza koşulundan sorumlu olmayacağına dair Hocam. Hükümsüzlüğün de işte sonradan hükümsüz hale gelirse...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Anladım Başkanım. Üzerinde konuşuyoruz madem, menfaatler dengesi, bu çünkü bir kanunun yorumlanmasına ilişkin teknik bir tartışma. Hükümsüzlük işte geçmişe etkili sonuç doğuran şeyleri veya ileriye etkili durumları kapsar mı bu teknik. Peki, menfaatler dengesi açısından sizce kefilin sonraki bir sebeple meydana gelmiş bir fesih sebebiyle sona ermesi halinde, şeyden, bu sorumluluktan kurtulması mümkün olmalı mı olmamalı mı?

Ahmet TUNCAY:

Benim şahsi görüşüm Hocam, şimdi buradaki hükümsüzlük anlamının sözleşmenin başlangıçtaki hükümsüzlük hali diye ben yorumladım. Bu sözleşme baştan beri hükümsüz ise artık bunun hükümsüz hale gelmesinde ve şey sorumluysa bayi, biliyorsunuz buna ilişkin menfi zararı karşılamak zorunda. Ama burada dedim kefil karşılamak zorunda değildir. Niye? Başlangıçtan beri hükümsüz olduğu için bu sözleşme zaten...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Peki sonra fesih olsaydı?

Ahmet TUNCAY:

Sonraki fesih değilse zaten oradaki yorum da şuydu Hocam. Tedarikçi firma burada kefil olmasaydı zaten alt bayiyle sözleşme imzalamayacaktı. Oradaki menfi müspet zarar yani sözleşmenin haklı fesih nedeniyle sona ermesinden dolayı da kefilin hem cezayı koşuldan hem de sözleşmenin haksız fesihe sebebiyet verilmiş olan asıl borçlunun eylemi nedeniyle sözleşme haksız feshedilmişse buradaki zarardan da sorumlu olacağını düşüncesindeyim ben şahsen. Hocam ama o birinci şeyle ilgili, zararla ilgili dediğim gibi içtihat çıkmadı.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Anladım. Peki, ama o zaman bildiğim kadarıyla dairede bu görüş biraz şeyde kalıyor değil mi, hâkim kanaati değil gibi biliyorum ben. Buraya bir şey söylememize gerek var mı, Kanuna bir açıklık getirilmesi konusunda sizce?

Ahmet TUNCAY:

Hocam şimdi, uygulama bu şekilde geliyor. Buraya belki şu yazılabilir Hocam. Kefilin asıl borç ilişkisinin sözleşmesinin kurulmasından sonra yazılırsa o çok açık olur ve uyuşmazlıkları giderir. Bence olur. Niye olur? Yani kurulmasından önce hükümsüz ise dersek zaten sözleşme zaten kurulduğu anda hükümsüzse, tabii ki kefil de o zararlardan sorumlu tutulmaması bence hakkaniyete uygun olur. Ama sözleşme yapıldıktan sonra dönme yani haksız fesihe sebebiyet verilirse dönme olursa, burada kefilin artık bu dönmeden dolayı meydana gelen zarardan sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyim.

Katılımcı:

Dönme halinde ama sözleşme geçersiz olduğu için.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Baştan itibaren geçersiz ya nasıl sorumlu tutulacak?

Ahmet TUNCAY:

Baştan itibaren geçersiz de değil Hocam. Fesih diyorum dönme değil. Haksız fesih halinde Hocam. Mesela orada haksız fesihte borçlu, sözleşme haksız fesih diyor. Hükümsüz hale geliyor veya kendi eylemi nedeniyle sözleşme hükümsüz hale geliyor diyelim, fesih de demeyelim de. Kendi eylemiyle sözleşmenin artık hüküm sürmesi mümkün hale gelmiyor. Orada tabii ki bir menfi zarar oluşuyor.

Katılımcı:

Ama işte baştan itibaren hükümsüz olması falan gibi bir cümle koymak çok bence Yasaya doğru değil. Bütün bu halleri birbirine karıştırılabilir yani. Dönme durumunda ne olacak vesaire. İlk başta kurulduğu anda hükümsüz olması başka bir şey, sözleşmeden dönmek başka bir şey. Ama sonuç itibariyle farklı değil. Çünkü cezai şartın kaderi asıl sözleşmeye bağlı yani, borca bağlı.

Ahmet TUNCAY:

Ama baştan itibaren hükümsüz hale gelmişse, bu sözleşmeye güvenilerek yapılan zararları kim karşılayacak? Kefil sorumlu olacak mı?

Katılımcı:

O zaten bambaşka bir şey var. Yani sözleşme geçerliliği belli bir zaman koruduğu için o zaman içinde cezai şartı...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Hükümsüz hale gelmesi demiş ya, hükümsüz hale gelmesi yani sonradan meydana gelen bir olay var...

Ahmet TUNCAY:

Ben öyle anlıyorum Hocam. Yani bu yazımdan onu öyle anlıyorum. Yani başlangıçtan hükümsüz hale gelen de zaten sorun olmaz ama...

Katılımcı:

Yani şöyle temel prensibe bağlı kalmak doğru. Cezai şart asıl borcun kaderine bağlı. Sona ererse ermezse... Yani onun için baştan itibaren şöyle ya da böyle demek doğru değil. Ama fesih karışmaz Hocam.

Ahmet TUNCAY:

Karışıyor Hocam. İlişkinin diyor hükümsüz hale gelmesinin diyor. Asıl yani başlangıçta geçerli, sanki geçerli olan sözleşme daha sonra hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Dönmede hüküm ifade etmez şeyi ve fesihte farklı olur hükmü genel kabul görmüyor. Orada bir sıkıntı var. Onun için söyledim.

Ahmet TUNCAY:

Bizde dönmeyeyle ilgili bir tartışma yapılmadı zaten Hocam. Bizde fesihle ilgili yapıldı.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Dönmede şüphe yok zaten.

Katılımcı:

Hocam dönmede de geçerli olması gerektiğini söyleyenler var.

Katılımcı:

O mümkün değil tabi.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

O artık yani başka bir şey yani. Ana eksenini değiştirmek kıta Avrupası hukukundan çıkıp Anadolu Sakson'a geçmek olur yani. Hâkim Bey size bir şey söyleyecek miydiniz?

Katılımcı:

Hükümsüz hale gelmesi. Hale gelmesi deyince öbür türlü baştan hükümsüzse, hükümsüzse deyip geçerdi. Hale gelmesinin demezdi gibi geliyor.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Tamam orada bir geçiş lafı var ama yine de şey yok

Katılımcı:

Hale gelmesi deyince sanki feshi kapsıyor gibi.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Feshi de kapsıyor diyorsunuz.

Katılımcı:

Baştan olsaydı hükümsüzse deyip geçmesi lazımdı. Hala gelmesi lafını kullanmazdı gibi.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

İşte menfaatler dengesine uymuyor Başkanım. Onu sordum ya özellikle uygulamada. Tamam, teknik olarak tartışalım ama menfaatler dengesi ne durumda yani. Diyor ki kefil o zaman tamamıyla kurtuluyor. Sorumluluk almıyor.

Katılımcı:

Yani hükümsüzse sorumlu olmaz gibi geliyor.

Prof. Dr. Ömer ÇINAR:

Ömer Çınar, İbn Haldun Üniversitesi. Şimdi bu konuda kanun koyucunun buradaki amacı aslında menfi zararın öngörülemezliği. Özellikle ben Nevzat Hoca'nın asistanıydım, Nevzat Koç Hoca'nın. Hoca da komisyon başkanıydı. Şimdi Hoca şey dedi. Menfi zararın öngörülemezliği söz konusu. O komisyondaydı. Kefaleti, bu konuyu konuşurken. Menfi zarar dedi kefil tarafından öngörülemez. Yani menfi zarar nedir? Yani hepimiz biliyoruz ama hatırlamak adına, sözleşmenin hükümsüz olması nedeniyle, sözleşme hiç yapılmıyorsa uğranılmayacak kısaca. Sözleşme hiç yapılmıyorsa uğranılmayacak zarar. Burada en büyük zarar menfi kalemiye kaçırılan sözleşme fırsatı olarak biz söylüyoruz. Kaçırılan sözleşme fırsatların ne olduğunu kefil bilemez. Onun için menfi zarardan sözleşmeden dönme veya fesih olsun, bu hak kullanılmışsa bu zarar kapsamından kefaletin limiti belli olsa bile, yani sonuçta kefilin sorumluluğu azami tutar yazsa bile, sonuçta kefil sözleşmenin ifa edileceği güvencesi ile kefil oluyor. Hiç kimse edilmeyecek bir sözleşmeye kefil olmak istemez. İfa edilmemesi halinde de ben şuna kadar riski üstleniyorum diyor. Bu anlamda sözleşmenin bu müspet zarar kapsamında kefil, kefil olurken bunu düşünerek oluyor ve bu azami limiti bunun için veriyor. Dönme veya fesih halinde bunu öngöremeyebilir. Zararın başına ne geleceğini bilemeyebilir. Kaçırılan sözleşme fırsatının ne olduğunu bilemeyebilir. Çünkü sözleşmenin asıl borca ilişkin tarafı değil. Bu nedenle burada biz sınırlama yapma gereği duyduk demişti Hoca. Feshi de içine dâhil ederek. Ama ben o kanaatte miyim? Ben aynı kanaatte değilim. Dönmenin de feshin de, ya bunun çok talihsiz bir madde olduğunu düşünüyorum. Kapsam dâhilinde olması gerektiği. Çünkü kefilin azami limiti zaten sözleşmede yazıyor. Ben satış sözleşmesini örnek veriyorum. Satış sözleşmesinde iki tarafa borç yüklenen sözleşmelerde ben aynen ifa veya müspet tazminat hakkımı kullanmıyorum da sözleşmeden dönüp menfi tazminat hakkımı kullanıyorum. Kanunun bana tanıdığı bir hakkı ben illa niye kefil sorumlu tutacağım diye kullanamıyorum. Burada bir kanun koyucu başlangıçta söylediğim gibi,

temel ilkelerden ayrılarak aslında bir dengeyi bozuyor. Burada hani kanun koyucu komisyonun görüşü, burada hem dönme hem feshin de bu kapsamında olduğu noktasında bu hükmün getirildiğini ben Hocadan anlıyorum. Ama burada ikincisi ceza koşulu. Çok ilginçtir Hocam, ceza koşulu takdir edersiniz ki aslında müspet zarar kapsamındadır. Yani ceza koşulu, biz borçlar hukuku anlatırken cezai şartı müspet zarar kapsamında anlatırız. Zaten fesih durumunda ceza da geçersizdir talilik ilkesi gereği. Fakat fesih durumunda cezai şart istenebileceği kararlaştırılmışsa istenebilir diyoruz ve Yargıtay uygulaması da bu noktada. Özellikle eser sözleşmelerinde dönme de olsa cezai şart ister. Bize yazıyorsa istenebiliyor. Bu anlamda müspet zarar kapsamındaki cezai şartı niye kapsam dışı bırakıyor? Sonuçta azami sınıra kadar sorumlu bir kefil için ben onu da anlamış değilim. Bu anlamda asıl hani burada hani bu hüküm olmalı mı olmamalı mı? Bu anlamda tartışılması gerekir diye düşünüyorum. Teşekkür ederim Hocam.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet yani ben bu konu konuşulsun diye aklımda dönüyordu. Bunu ek bir konu olarak koydum da şimdi komisyondaki hocamızın da bunu bilerek ve isteyerek değil mi açıklamış olması da dikkatimi çekti. Bilmiyordum böyle olduğunu. Yani feshi de öngörerek herhalde. Siz yakınında gördünüz yani. Bunu da bir biraz sonra bir not alalım bunu da. Şimdi bir de aramızda çok tüketici mahkemesi başkanı, hâkimi var. Bir konu daha gündeme getireyim ben. Madem boşluk var. Şimdi Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 50 nci maddesini açar mısınız? Çünkü mevzuattaki genel şeyler de konuşulacak burada. Aslında tam torba şey biziz. Yani bütün ayrıksı durumları konuşabileceğimiz bir yer burası. Demin şeyde bahsetmiştim ya size de bahsetmiştim bir dışarıda bu konuyu. Şimdi bakayım. 50 nci maddenin birinci fıkrasında devre tatil sözleşmesini tanımlıyor, onu geçtik. İkinci fıkrasına geldiğimizde, birinci cümleyi geçiyorum. İkinci cümle; kooperatif veya ticaret şirketi ortaklığı ya da dernek veya vakıf üyeliği suretiyle devre tatil hakkı tanınmaz. Kooperatif veya ticari şirket ortaklığı verilmek suretiyle devre tatil hakkı tanınmaz diye bir hüküm konulmuş. İlerleyen maddelerde de bunun cezai hükümlere tabi tutulacağı, cezai takibata maruz bırakılacağına ilişkin hükümler var. İlgili yönetmelik de bunu aynen tekrar etti. Şimdi burada çok önemli bir sorun var. Ben bunu görünce sistemi de takip ettiğim için bazı arkadaşları aradım komisyonda bulunan. Ya dedim benim bildiğim ticaret şirketi ortaklığı ya da kooperatif ortaklığı üyeliği vermek suretiyle devre tatil ilişkisini sürdüren yerler var. Çok itibarlı şirketler var. Mesela bir tanesi benim bildiğim İsviçre'nin Hapimag şirketi. Dünyanın 20 ayrı ülkesinde 68 tesisi ile Orlando, işte Hide Park, Berlin'de hayvanat bahçesinin karşısında, Yunanistan'da, Türkiye'de, Bodrum'da, efendim Almanya'da, Mayorka'da falan sistem bu. Siz dedim bunu nasıl yaptınız? Ya dedi, biz onları düşünmedik. Biz sadece ne demiştik, şeydeki Yalova Termal'de işte adam 50 tane şey yapıyor. 5000 kişiye satıyor. Bu iş artık dolandırıcılık haline geldi. Baş edemedik ve bunu böyle kestirdik, attık. Ya dedim ben de bunu yapıyorsunuz ama hiç olmazsa bir kötüye kullanım ya da hukuk tekniğine uygun bir şeyle nitelendirseydiniz iyi olurdu. Evet, ama burada gördüğünüz

gibi kooperatif üyeliği veya şirket ortaklığı deyince mesela benim bildiğim o şirket Türkiye operasyonlarını durdurdu şu anda. Yabancı da şirket yani. Bunlar her şeye böyle, toza tüye her şeye dikkat ediyorlar. Yani olsun da yürüsün gitsin falan demiyorlar. Her şeyi mevzuat uygun olarak yapmak istiyorlar, yabancı esaslı çünkü. Pek çok Türk de yararlanıyor tabii yani hem yurt içinden hem de yurt dışından. Dolayısıyla burada da acaba özellikle tüketici başkanlarımız bir fikir geliştirebilirler mi? Ne dersiniz benim bu anlattıklarımı? Tartışmaya açıyorum yani. Yani burada nasıl bir yol çizileceği belli değil. Yani burada yaşla kuru tamamıyla ayrılmış, şey birbirine karışmış durumda. Evet, onu da yazmış da hadi onu da çok genişlemesin diye söylemedim onu. Bir de şey 2022'nin 3. ayında değişmiş 3. ayın 24'ünde. Ama dediğim gibi ben arka planı da araştırdım. Tüketici Genel Müdürlüğü var Ticaret Bakanlığında. Orayla bir konuştum. Onlar da ikiye ayrıldılar, şaşkınlılar. Onlar da diyorlar ki bizim hazırladığımız taslak böyle değildi. Orada nasıl olduysa bir taslak çıktı, kabul edildi, gitti, biz kalakaldık. İlerleyen maddelerde cezai hükümler var. İki seneyi bulan hapis cezaları var, bunun satışını yaparsanız diyor. Bir de şey de diyor, ona bakarsanız. Önceden ödeme yapmak suretiyle devre tatil hakkı tanınmaz diyor. O da bir ayrı hüküm yani. Benim bilmediğim bir şey yoksa önceden ödeme olmadan nasıl oluyor bu? Tanımlar bölümünde, önceden ödemeyi de koymuş oraya. Önceden ödeme yapılmak suretiyle devre tatil hakkı tanınmaz diyor. Yani tamamıyla bir sinek öldürmek için bütün bir şeyi katliama gitmiş ormanı yani. Yani benim konuşmalarında aldığım sonuçlar da şeydi yani iyi değildi. Hani biz şunun için yaptık, bunu düşünmedik falan gibi bir şey. Yani kanun koyucu sonuçta. Şimdi bizim rahmetli Fahrettin Hocayla biz çok çalıştık, Fahrettin Aral'la. Mertz bir ara demiş ki İsviçre'de Mertz, derslerde de anlatırım. Hocam demiş, bir de gizli kanun koyucular vardır demiş. Yani bizim bildiğimiz kanun koyucu biliyorsunuz Türkiye Büyük Millet Meclisinin kanun adı altında gerekli usullere uyarak çıkarttığı metinler kanun adını alıyor. Ama şimdi onu hazırlayan adamlar var. Onlar sizsiniz biziz değil mi? Bakanlığın ilgili uzmanları. İşte bunlar gizli kanun koyucular. Şimdi gizli kanun koyucular iyi çalışmayınca yani meclis kanun koyucusu ne yapsın?

O zaman ona da şöyle... Buyur Başkanım. Şurada yazıyor bak, çok açık. Şu bak görüyor musun kooperatif veya ticaret şirketi ortaklığı ya da dernek veya vakıf üyeliği suretiyle devre tatil hakkı... Dolanmayı önlüyor ama orada bir kötüye kullanım lafı veya bir şey olsaydı.

İlker KOÇYİĞİT (Ankara BAM 3. Hukuk Dairesi Başkanı):

Hocam şöyle. Şimdi devremülk sözleşmeleri, avukat hanım da söyledi, yanlış söylüyorsam çok özür dilerim. Göremiyorum orayı. Devre tatil sözleşmeleri özellikle çok kötüye kullanıldı. Dolayısıyla Kat Mülkiyeti Kanununun ilgili hükümlerini de dikkate aldığımızda biz bunlara diyoruz ki bunlar resmi şekilde yapılmadıkça geçersiz diyoruz. Resmi şekilde yapılmadığı için önemli bir kısmı geçersiz ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre diyoruz ki tüketici bu sözleşme kapsamında yaptığı ödemeyi ister diyoruz. Talep olursa da denkleştirici adalet ilkesi kapsamında iade yaptırıyoruz. Uygulama o yönde. Yargıtay kararları da bölge kararları da ilk derece kararları da böyle, sıkıntı yok. Şimdi bunu gören şeyler

devremülk üreticileri dediler ki biz size peşin tapuyu veriyoruz hemen. Kat irtifakını oluşturuyorlar. Tapuyu verdiler. Geçersizlik sorununu aşalım ki bu şeyden kurtulalım, bu baskıdan kurtulalım diye. Baştan alayım o zaman. Devremülk sözleşmeleri ile ilgili gerçekten çok kötü bir uygulama var ve çok ciddi tüketici mağduriyetleri var. Ben de komisyona davet ettiler ama ben de gitmedim. Biraz biliyorum konuyu, detayı da biliyorum. Onlarla görüştüğümde sadece bunu değil şeyi de kaldırdılar, ön ödemeli devremülk satış sözleşmesini de kaldırdılar, onu da yasakladılar. Oralarda bir yerde olması lazım.

Dolayısıyla tüketici mağduriyetlerini gidermeye çalışıyor Ticaret Kanunu. Şimdi bu düzenlemeyi de ben ilk defa gördüm. Birincisi dediğim gibi geçersiz sözleşme sebepsiz zenginleşmeye göre aldığını her zaman ister tüketici diyoruz. Bunu açmak için devremülk üreticileri hemen peşine tapuları vermeye başladılar. Tapuları verdiler ama biz dedik ki Yargıtay uygulamasını da dikkat alarak, biz demeyelim yargı uygulamasını, kendimi kastetmiyorum biz derken. Biz dersem yargı uygulamasını kastettiğimi onu söyleyeyim. Yargıtay 13. Hukuk ve Yargıtay 3. Hukuk Dairesi şöyle dedi. Dedi ki ya bunlar iş yeri dışında kurulan sözleşmeler. Kabulü şarta bağlı sözleşmeler bunlar. Tamam, sen geçerli koşulunu tapuyu vererek aşmışsın ama kabulü şarta bağlı bozucu şart, teslim, muayene teslim kadar kullanılabilir. Uygulamamız o yönde. Tapuyu vermem bir anlam ifade etmez. Bu tecrübe muayene yoksa o süreye kadar bozucu şart her zaman ileri sürülebilir ve sözleşmeden dönülür. Bu kez dönerseniz yine tüketici olarak verdiğiniz istersiniz diyoruz. Fakat sürekli kendilerini yeniliyorlar. Bu kez kooperatif kuruyorlar. Biliyorsunuz kooperatif üyeliği herhangi bir şekle falan tabi değil. Üye oluyorsunuz. Kooperatif üyeliğinden çıkmanız da o kadar kolay değil. Tamam, siz ben üyelikten istifa ettim diyorsunuz ama alacak haklarınızı alabilmeniz için istifayı takip eden yılın genel kurulunu bekleyeceksiniz. Genel kurulda netleşecek kooperatifin faaliyet kar ve zararı netleşecek. Ona göre çıkma pay alacaksınız. Ama bu da yetmez. Kooperatifler Kanuna göre kooperatif, benim ödeme güçlüğü var derse genel kurul kararı ile ödemeleri de 3 yıl erteleyebiliyor. Dolayısıyla bunu kullanmasın diye demişler ki kooperatif üyeliği, tahminen ama bu benim kişisel tahminim onu söyleyeyim, sonuçtan giderek bir yerlere varmaya çalışıyorum. Kanun gerekçesini falan da görmedim. Dolayısıyla bu dolanmayı bu kefalette olduğu gibi bu da dolanmayı önlemek amacıyla kooperatif çok kullanılıyor çünkü kooperatif üyeliği. Hatta bugünlerde konut satışında da çok kooperatif üyeliği kullanılmaya başlandı. Çok entresan, mesela ön ödemeli konut satış sözleşmeleri falan gelmiyor. Yükleniciler bir kooperatif kuruyor, dolanıyor Tüketici Kanunu, sizi üye yapıyor. Siz üye olduktan sonra kolay kolay üyelikten de çıkamıyorsunuz. Çıkarsanız da sadece yaptığınız katkıları takip eden yılın genel kuruluna göre kar zarar durumunu netleştirdikten sonra alabiliyorsunuz. Yani sadece devremülklerde değil, başka bir tehlike daha var. Bence bu kooperatif işini kapatalım demişler. Kooperatif kurularak devremülk hak falan tanınmasın demişler. Aynı yaklaşım tahmin ediyorum ticaret şirketlerinde de var. Çok fazla uygulaması yok ama ticari şirket ortaklığıyla da bu tür dolanmalar başladı. Benzer şey, yaklaşım dernek ve vakıfta da var. Dernek ve vakıf benim çok hani bildiğim şey değil ama dernek kurularak da yapılabilir mi? Bir engel yok herhalde. Sonuçta bir ana sözleşme ile kuruyorsunuz ya da

vakıf senedi ile vakıf kuruyorsunuz. Bence kanun koyucu tüketiciyi korumak amacıyla bu tür dolanmaların önüne geçmeye çalışıyor gibi geliyor. Kişisel tahminim bu yönde.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Benim yaptığım konuşmalarda da böyle söylüyorlar da hani bir kanun kuyucudan beklenen titizlik yani görülmüyor burada şimdi. Tamam, bazı kötüye kullananlar var. Ama diğerleri yani doğru işleyen, mesela bir tane bu heyette bulunan arkadaşlardan birisi meşhur tüketici hukukçusu ve Yargıtay üyemiz, ben konuyu anlatınca ya bak ne kadar düzgün çalışanlar da varmış, ne kadar isabetliymiş falan deyip anlatabiliyor muyum. Şimdi anladım da şimdi onun da bir dikkate alınması ve ona da bir şey verilmesi gerekirdi. Yani biliyorsunuz normalde hukuki düzenlemelerde normal işleyiş esas alınır. Öyledir tabii öyledir, kitabında böyle. Ama onun dışında da istisnalarla ve istisnaların istisnalarıyla demin konuştuğumuzdan beri, uzun süreden beri konuşuyoruz. Durum araziye uydurulur yani somut olay adaleti dediğimiz hakkaniyet de sağlanmaya çalışılır. Şimdi burada demin söylediğim temsili olduğu gibi bir sinek veya sinek biraz büyük olabilir, orada olabilir ama bir ormanda gitmiş gibi görünüyor. Ona da bir teklif arz ederim ben biraz sonra olmazsa. Şimdi benim başka notlarım vardı ama birkaç daha rica var konuyla ilgili. Yeni konu olması bakımından. Ama bunun sahibi yok şimdi bu teklifin. Vekâletin kötüye kullanılması ve adi ortaklık. Akın Hocam sen mi söyledin?

Doç. Dr. Akın ÜNAL:

Adi ortaklıktaki rekabet yasağını söyledim ben, o rekabet vesaire ile beraber.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Orada vekâletin kötüye kullanılması ve adi ortaklığı da bir inceleseniz iyi olur diyorlar şeyden, genel düzenleyici kurumdan, yukarıdan. Evet, vekâletin kötüye kullanılması bir başlık olsun yine aşağıya. Evet, bir de adi ortaklık ve diyelim oraya yukarıya da bir üsttekine. Adi ortaklık ve bu ortaklıklarda rekabet yasağı. Şimdi onunla öyle belirledik. Konuyu tamamlamak için bir yukarı kaydırır mısınız? Elektronik sözleşmeler mi var arada incelemediğimiz?

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

O konuların arasında şeyi de koyabilir miyiz arkadaşlar? Türk Borçlar Kanunu madde 589/son diyelim. Madde 589/son hükmü. Bir de şu kefilin hukuki durumu diyoruz evet. Bir aşağı geçelim. Devre tatil sözleşmelerinde kooperatif veya ticaret şirketi ortaklığı üzerinden devre tatil tanınamaması, devre tatil hakkı verilememesi. Dernek vakıf da var da çok uzatmayalım diye

şey yapmadım. Şimdi bunları da konuşalım da biraz biraz da not alalım diye bizim hâkim arkadaşlar uyarıyorlar. Levent hocam ilk şey sizin de ilk baştan başlayarak yavaş yavaş şey yapalım mı biraz? Kısa bir teklif yazmamız gerekiyormuş. Tamam, 1. bölüm bir bakalım. Hizmetin sona ermesinden kaynaklanan sorunlar, hepsi var orada değil mi? Tamam, o konuda bir itiraz olmadı galiba. Siz bir zenginleştirdiniz değil mi Hocam onu bazı yerlerde? Ama ne zaman yapacağız bunu? Ama atma değil bu akşam üçte şey olacak, sunuma konulacak. Ha şimdi yapalım. Siz de ilavelerinizi yapın. Başka varsa onları da şey yapalım. Sonra redaksiyonunu yaparız. Birinci bölümü geçtik. Kelepçeleme sözleşmesinde ne konuşmuştuk?

Katılımcı:

Görevi konuşmuştuk Hocam. Asliye ticaret mi bakacak iş mahkemeleri devam edecek mi?

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Onu birisi formül edebilir mi? Konuşuldu diyelim o zaman. Nasıl yazalım orayı? İkinci kelepçelemeyi Havva Hanım yazdırıyor şimdi. Bu vekâletsiz iş görmeye yeni getirdik daha. O dursun. Kefalet konuşmadık mı? Konuşmadık.

Katılımcı:

Hocam vekâletsiz iş görmeyle ilgili şöyle söyleyebiliriz tabii. Yani genel kısımda düzenlenmesi uygun olur. Çünkü ayrı bir borç kaynağı bildiğiniz gibi. Yeni kanunda da eski yerinde kalmış ama bu isabetli değil. Aynı sözleşmeden doğan sorumluluk, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi. Bu da bir ayrı borç kaynağı olduğu için genel kısma alınması lazım.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Şimdi şöyle yapalım isterseniz Hocam çok özür dileyerek. Kefalet sözleşmesinden kaynaklanan anlaşmazlıkları siz mi söylemiştiniz Hocam? Onu bir kısaca bir özetleyelim orayı. Ne demiştik?

Katılımcı:

Türk Borçlar Kanunu 586 ncı maddesinde müteselsil kefalet halinde müteselsil kefaletle takip yapma.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Konu Türk Borçlar Kanununun 586 ncı maddesinde düzenlenmiştir. İkinci cümle?

Katılımcı:

İkinci cümle, burada müteselsil kefile başvurma, alacağın tahsili için başvurma hakkı. Taşınmaz rehinin paraya çevrilmesinden önce müteselsil kefile başvuru hali.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Taşınmaz rehinin paraya çevrilmesinden önceki dönemde tanınmıştır değil mi, önceki dönem için tanınmıştır.

Katılımcı:

Taşınır rehni ve alacak rehinlerinde başvuramıyor, ancak taşınmaz rehni varsa başvurabiliyor müteselsil kefillerde. Şeyi diyelim o zaman Hocam. Müteselsil kefile başvurulmadan önce taşınmaz rehnine başvurulması zorunluluğu getirilmesi gerekir. Taşınmaz rehinin paraya çevirmesinden önce takip edilebilir diyor ya Hocam, o zaman diyeceğiz ki müteselsil kefile başvurmadan önce taşınmaz rehinin paraya çevrilmesi gerekir. Yani ikinci cümleyi onu ekleyeceğiz Hocam. Alacak, taşınmaz rehni ve teslim bağli taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, yani ikinci cümleye onu eklersek zaten olur. Taşınmazı oradan çıkarırsak yukarıdan. Kefile başvurulamaz diyor ya ikinci fıkrada Hocam. Buraya taşınmaz rehni de eklersek.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Kanunda 586 ncı maddenin birinci fıkrasını kopyalayalım. Ya da hepsini al. Oraya tırnak içinde koyalım.

Katılımcı:

Şimdi Hocam benim önerim, alacak diyor ya ikinci fıkrada Hocam, tamamı değil de yukarıda borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden kısmı, o kelime dizisini yani “veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden”i çıkarıp, alacak taşınmaz rehni diye eklersek, güvenceye alınmışsa işte...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Şimdi orayı şöyle yapmamız lazımdı bizim. Değişiklikleri takip et formatı var ya, değişiklikleri takip et. Tabii o çizilmiş görünsün. Geçmişe dönelim. Biraz geriye dönelim. Böyle daha iyi olur. Takip edilir yani ne yaptığımız. O “veya”dan itibaren çiz deminki yeri. Şimdi onu aşağı bir yere taşıyacağız.

Katılımcı:

Yok taşımayalım hocam. Şuraya sadece alacak taşınmaz rehni.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Şimdi alacak, virgül dedik ya oraya yazacağız. Taşınmaz rehni... Benimki açık da uzaktan mı konuşuyorum acaba.

Katılımcı:

Şimdi alacak taşınmaz rehni teslim bağli diye devam edecek Hocam.

Katılımcı:

Başkanım tamamen değıştirdik ama şu anda kuralı teklif olarak.

Katılımcı:

Hayır tamamen değıştirmedik. Sadece taşınmaz rehnini de paraya çevirmeden takip...

Katılımcı:

Taşınmaz rehni açısından durumu tamamen tersine getirdik. Taşınmaz rehnine başvurulsun, kefile gerekirse sonra gidilsin.

Katılımcı:

Şimdi yani teslim bağli taşınır rehni ve alacak rehni madem varsa, takip yapılamıyorsa, taşınmaz rehninde varsa niye takip yapılabiliyor diye bunu bir gerekçesi yok diye ya aslında onu tartıştık.

Katılımcı:

Yani taşınmazın paraya çevrilmesi daha meşakkatli bir iştir artık o noktada. Kefile öncelik vermeyip taşınmazın paraya çevrilmemesine öncelik vermek gibi bir mantık olabilir mi orada Başkanım?

Katılımcı:

Ama asıl borçları da biliyorsunuz, eğer asıl borçlu lehine taşınmaz rehni verilmişse asıl borçluya başvuramıyorsunuz. Ancak taşınmaz rehnine konu taşınmaz borcu karşılamıyorsa veya paraya çevrildikten sonra rehin

açığı belgesi alırsa asıl borçluya gidebiliyorsunuz. Buna paralel bir düzenleme oluyor aslında kefile ilgili. Asıl borçta bu var. Mesela asıl borçta taşınmaz rehni varsa asıl borçluya taşınmaz rehni varken ilamsız takip yapamıyorsunuz. Öncelikle taşınmaz rehnini paraya çevrilmesine göre takip yapıyorsunuz. Asıl borçluda güvence olmasına rağmen kefile bunun olmaması menfaatler dengesine aykırı diye düşünüyorum ben. Siz asıl borçta taşınmaz rehnini paraya çevirmeden takip yapılamaz diyorsunuz. Ama kefile gelince müteselsil kefile, taşınmaz rehnini paraya çevirmeden doğrudan gidebilirsiniz diyorsunuz madde hükmüne göre.

Katılımcı:

Çünkü orada teminatlar arasında bir kıyas yapıyor. Öbüründe asılı borçluyla teminat arasında kıyas yapıyor.

Katılımcı:

Asıl borçluya gidemiyorsunuz ama taşınmaz rehni varsa.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Şimdi bunu Başkanım, gerekçesini yazalım. Niye bunu yazdık şimdi? Hem böyle somut olunca daha iyi oluyor. Bakın demin bir havada uçuşuyordu. Şimdi madde koyacağım deyince hemen birisi oradan ne yapıyoruz diye değil mi?

Katılımcı:

Şimdi İİK 45 inci maddesi var Hocam. Şimdi rehne bağlı alacaklarda, taşınmaz rehnine bağlı alacaklarda öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçeceksiniz. Ya rehin miktarı borcu karşılamaya yetmeyecek ya da paraya çevirmede tüm borç ödenmediği sürece asıl borçluya ilamsız takip yapılamaz diyor. Şimdi burada asıl borçluyu koruyan bir hüküm var, İcra İflas Kanunu 45'te. Burada müteselsil kefil aslında nedir? Asıl borçlu borcu ödemezse aslında borcu ödemek zorunda olan kişi. Gerçi müteselsil kefalette birlikte sorumlu ama müteselsil kefaletin anlamı asıl borçluya bağlı. Şimdi siz orada asıl borçluyu koruyorsunuz. Asıl borçlu lehine verilmiş bir taşınmaz ipoteginde rehnin paraya çevirmesi yolunda takip yapmadan ilamsız takip yapamazsınız diye açık yasa hükmü var. Burada kefalette niçin müteselsil kefalette taşınmaz rehni başvurmadan önce doğrudan kefile başvurulsun Hocam. Bu menfaatlerden dengesine aykırı düşer diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

O zaman şöyle diyelim mi? İcra İflas Kanunu 45 inci maddesinde...

Katılımcı:

Taşınmaz rehni asıl borç için veriliyor, kefilin borcu için verilmiyor. Herhalde asıl borç için verildiğinden dolayı mı, ondan dolayı mı, asıl borçlu yönünden takibe giderken önce ipotek yoluna gidiliyor. İpotek yoluyla takip yapıp sonra asıl borca gidiyor. Diğer banko sözleşmesi de yazdırmaz ya bankacılar. Yazılıydı kefilin borcu için de bu ipotek alınmıştır. O zaman kefile de direkt gidemeyecekti. Önce İpoteğin paraya çevrilmesi yolu na gidecek, sonra kefile gidecek.

Katılımcı:

Şimdi Hocam İİK 45/1'de rehinde ayırım yapmamış. Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu, iflasa tabii şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Ancak rehinin tutarı borcu ödemeye yetmezse alacaklı kalanı iflas veya haciz yoluyla takip edebilir. Burada asıl borçlu lehine verilmiş bir ipotekten bahsediyoruz yani rehinden bahsediyor. Şimdi asıl borçluyu bu madde koruyor İİK 45 madde hükmü. Müteselsil kefil niye korumayalım. Alacak rehni veya taşınır rehninde takip yapılamaz diyoruz ama taşınmaz rehninde takip yapılabilir diyoruz. Ben bunu vurgulamak istiyorum Hocam, menfaatler dengesi açısından. Şeyde ayırım yok İİK 45'te taşınır taşınmaz rehni diye bir hiçbir ayırım yok. Rehinin temin edilmiş bir alacak diyor rehinin temin edilmiş bir alacağın bu. Gerekçemiz bu olması lazım Hocam. Asıl borçlu lehine getirilmiş bir hükmün müteselsil kefil lehine getirilmemesi...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

İİK 45/1 inci maddede rehinle temin edilmiş bir alacağın... Devam et abi.

Ahmet TUNCAY:

Rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibi yapılmadan önce, rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu, yani asıl borçlu oluyor bu, yalnızca alacaklı yalnız rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Yani rehinle temin edilmişse bir alacak...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Alacaklı sadece rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilmektedir. Bu düzenleme ile

586 ncı maddedeki madde düzenlemesi menfaat dengeleri bakımından çelişki oluşturmaktadır. Bu durum kefil aleyhine sonuç doğurmaktadır. Başka bir şey var mı? Bu durumun düzeltilmesi ve İİK 45 inci maddeye paralel bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Bunu hallettik mi? Tamam. Diğerine geçelim. Ara zamanı geldi mi arkadaşlar?

O zaman öğleden sonra devam edelim biz buna.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Şimdi hem iyi hem kötü haber. Saat 3'te salonları birleştirecekleri için yaklaşık 35 dakikamız var. Yani yetiştiririz canım şov bitmiş zaten ya ne kalmış. Ben bir kitap falan yazarken girişini, sonucunu yazarım önceden arada yapabildiğim kadarını yaparım. Son anda girişle uğraşmayım diye. Tabii sonuç değişiyor ama önemli değil. Değiştiririz onu, kolay değişiyor ama format olarak olacak orada yani. Öbür türlü her işi bitiriyorsun bir de girişle, sonuçla uğraşıyorsun. Yani böyle akışını bozuyor. Değerli arkadaşlar, katılımınız için yine teşekkür ederiz. Biz böyle olduğu kadar ilerleyelim. Bir sayfamızı bir görelim. Nerede neyiz kalmış, eksik kalmış? Tamam, çok iyi. Tek sayfa olacak zaten herhalde. Şimdi diğer toplantıların birinde 11'e kadar hangi konuyu konuşacağız diye konuşmuşlar. Onun için Levent, senin gideceğin yere, haksız fiile bir türlü sıra gelmemiş. Şimdi gabinle ikrah konuşuyorlarmış şimdi. Bizim böyle yine de bir böyle önceden bir yazışmamış falan şey oldu. Hani üç beş konu önceden belirlendi. Sağ olun siz de. Evet, pratigiz yani. Eskiden daha pratiktim ama şimdi. Hani orada niye yazmıyor Levent, senin şeyler? Ama bunu buraya koyun. Tamam, çok güzel tamam. Şu senin teklif ettiklerin mi? Biz bir de bunu yansıya verirse yan tarafta toplantıda en havalı biz olacağız yani. Millet okurken falan biz buradan şeyden. Ya artık bundan sonra olsa da olmasa da yani. Üç kadar boşaltabilir misin, masalar şeyi birleştireceğiz dedi. Ben de olur, uyarız dedim ya. Bu adi ortaklıkla vekâletin kötüye kullanılması kalacak herhalde.

...

Meltem ALTUNDAĞ

(Ticaret Bakanlığı Ticaret Uzman Yrd.):

Hocam devremülkle ilgili bir beyanda bulunacaktım izniniz olursa. Ticaret Bakanlığı Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü. Arada görüşmüştük sizinle devremülk hakkında. Beyanda bulunacaktım. Ne zaman takdir ederseniz o zaman bulabilirim beyanda. Nasıl ilerleyeceğiz bilmiyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Sizin görüşünüzle benimki uyuşmuyor.

Meltem ALTUNDAĞ:

Ama benim de tutanağa geçirmem gerekiyor nihayetinde.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Öbür tarafa yazdınız mı onu?

Meltem ALTUNDAĞ:

Yok hayır.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Bakanlığın görüşünü biliyorum ben. Bakanlık biz bir şey yaptık, çok güzel yaptık, işinize bakın diyor.

Meltem ALTUNDAĞ:

Ben kısaca açıklayabilirim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Biz de diyoruz ki uygulamada çok önemli sorunlar var. Bu hızlı hazırlanmış diyoruz.

Meltem ALTUNDAĞ:

Kısaca açıklayabilirim derseniz, hem gerekçenize değmiş olurum. Hem kısaca açıklayıp hem de gerekçemize değinmiş olurum. Hem de bir aslında bir karşı oy olarak da fikir beyan etmiş olurum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Ya işte zamanımız sınırlı olduğu için. Ona bakıyorum bir akışa bakayım da. Yani son anda kapıda bana şey dediler. 3'te bitirebilir misiniz orayı birleştireceğiz dediler. Ben o zaman... Şimdi şey, görüntü sağlam olsun, az olsun ama ayakları yere bassın yani şeyin. Şimdi böyle derme çatma kurarsak da çok konuya temas etsek bile şey olmaz. İyi bir izlenim vermez. Sizde şey yapabildiniz mi tamamlayabildiniz mi konuları? Siz hangi gruptaydınız? Bir de mi? Zaten buradasınız. Arkadaşınız mı oradaydı? Benimle konuşurken bir şey söylemedin sen.

Meltem ALTUNDAĞ:

Şimdi şöyle. Gerekçeyi edinmek istedim. O sırada da araya girdik aslında söz alacaktım yine. Gerekçeye dayanarak konuşmak istedim. Duyamadım hocam maalesef.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Asansörde karşılaştık da diyorum, daha önce siz söylemeyince, bir şey söylemeyince arkadaşlar anlatıyorum. Asansörde karşılaştık Ticaret Bakanlığı temsilcisi, uzmanlar. Onlara bir daha konuyu anlatınca oradan mı şey oldu acaba, mülhem oldu diye konuşuyoruz.

Meltem ALTUNDAĞ:

Hocam takdir edersiniz Genel Müdürlük görüşüne aymak hani öncesinde bir çalışma gerektirdiği için öncesinde bir gerekçe yedirmek İstedim açıkçası. Sonra da araya girdik.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Ne diyor gerekçede? O sırada anlatsana.

Meltem ALTUNDAĞ:

Ben bir bahsedeyim o zaman kısaca. En başta konuya değinmek istedim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Şu devre tatilin hikâyesi. Hani kooperatifler, şirketler, dernekler ve vakıfların üyelik dolayısıyla şey yapamaması, devre tatil yapıp yaptıramaması. Evet buyurunuz.

Meltem ALTUNDAĞ:

Devre tatil satışlarında, sizin bahsettiğiniz konuya değinmek istiyorum. 50 nci maddenin ikinci fıkrasında yer alan. Kooperatif veya ticaret şirketi ortaklığı ya da dernek veya vakıf üyeliği suretiyle devre tatil hakkı tanınmaz. Bu düzenlemenin amacı aslında şu şekilde gerçekleşiyor. Kooperatif veya ticaret şirketi ortaklığı ya da dernek veya vakıf üyeliği suretiyle devre tatil hakkının tanınmasına yasaklamadan Kanunun getirdiği korumadan tüketicilerin yararlanması amaçlanmaktadır. Burada ne demek istiyorum. Aslında 6502 sayılı Kanunun...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Neyi amaçlamaktadır dediniz anlayamadım?

Meltem ALTUNDAĞ:

Tüketicilerin korumadan yararlanmasını amaçlamaktadır. Çünkü şöyle, biz Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü olarak aslında ana mevzuatımız 6502 sayılı Kanun. 6502 sayılı Kanunun Kapsam başlıklı 2 nci maddesinde; Kanunun uygulamalarının tüketici işlemlerini ve tüketiciye yönelik uygulamaları kapsayacağını beyan ettiler. Bu sebeple aslında bu şekilde yapılan devre tatil satışlarında Kanunun uygulamasından çıktığı için ve tüketiciler bu korumadan yararlanmadığı için böyle bir düzenleme öngörülmüş. Diğer taraftan şuna da değinmek istiyorum. Ön ödemeli devre tatil satışının yasaklanması. Ön ödemeli devre tatil satışının yasaklanması da ön ödemeli devre tatil satışları ile alakalı çok sayıda şikâyet intikal ettiği için Genel Müdürlüğümüze böyle bir aksiyon alındı. Tesisler atıl kalıyor, bitirilemiyor. Bu durumda da çok fazla mağduriyet yaşanıyor. Bu mağduriyetlerin önlenmesi ve atıl kalan tesislerin de önlenmesi bu bağlamda, milli servetin de korunması amacıyla böyle bir düzenlemeye gidildi. Bu hususta da şunları da söylemek istiyorum, kendi Genel Müdürlüğümüzün görüşü olarak. Bu Kanun değişikliği Nisan ayında yapıldı Bakanımızın ve Bakanlığımızın takdiri doğrultusunda. Bizim gündemimizde böyle bir değişiklik bulunmuyor, yeni yapılan bir değişiklik. Gerekçesini de az önce izah ettiğim üzere tüketiciyi korumaya yönelik olduğunu düşünüyoruz. Bu sebeple sizin değerli görüşlerinizi, fikirlerinizi not aldım ben. Tabii Genel Müdürlük işine göre değerlendirmeye alacağız. Bunu da ifade etmek istedim ama tabii ki biz Genel Müdürlük açısından katılmadığımızı da beyan etmek istiyorum. Fakat genel müdürlüğümüz her türlü eleştiri ve öneriye açık olduğu için bunu da not olarak değerlendireceğimizi beyan etmek istedim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Teşekkür ederim. Bu genel hükümler filan diye başlıyor Levent, ne yaptın? Makaleden kopyala yapıştır mı yaptınız? İyi olur güzel tamam, elinize sağlık. Yine okuyacaksa işimiz var yani onun için. Ben kendimi düşünüyorum şu anda. Yok canım artık okunur geçer ya. Elektronik sözleşmelere öneri olmuş muydu? Siz miydiniz? Nasıl durum orada? Ne diyeceksiniz?

Katılımcı:

Yani tabii şimdi herhalde bir konu başlığı olarak ele almak lazım. Bizim Borçlar Kanunundaki sözleşme sistemimizde özellikle imza bakımından, biliyorsunuz ıslak imza, gerçi güvenli elektronik imza geldi ama güvenli elektronik imzayı da herkes kullanamıyor. Uygulamada dijital imza diye bir şey çıktı mesela. Dijital imzanın ne olduğunu da ben tam olarak şey yapamıyorum. Ama mailler üzerinden artık sözleşmeler kurulmaya başlandı. Dolayısıyla bir hem elektronik sözleşmenin tanımının Borçlar Kanununda belki yapılması lazım. Sözleşmenin kurulması anı çok önemli. Ayrıca özellikle tüketici hukuku alanında çok güncel muhtemelen Ticaret mahkemelerine de yansiyacak bir versiyonu. Şu an mesafeli

sözleşmelerde çok ciddi şöyle bir sorun yaşıyor. Biz daha önce cayma hakkının kullanılması ile ilgili hani bedeli iadesi talepleri varsa bunlarla meşgul olurken şimdi şöyle taleplerle karşılaşyoruz. Tüketici ürünü görmüş, fiyatını görmüş, onay vermiş, bedeli ödemiş. Ya bir gün sonra veya bazen 3-5 saat sonra bedel tekrardan tüketiciye iade edilmiş ve satıcı tarafından satış iptal edilmiş. Tüketici ürünün kendisine aynen teslim edilmesini istiyor. Satıcı ise diyor ki hayır diyor, işte bazen benim stoklarımda yok diyor bu mal. Sonra bir bakıyorsunuz, internet sitesine giriyorsunuz aynı mal orada var. Yani muhtemelen ticaret mahkemelerine de bunun bir boyutu yansıyacak. Çünkü ürünün fiyatı birdenbire bir artış göstermiş. Satıcı artık eski yani icapta bulunmuş aslında. O icapla kabul gerçekleşmiş. Hani bizim anlayışımıza göre Borçlar Kanunu klasik kuralları çerçevesinde sözleşme kurulmuş, herkes karşılıklı edimlerini yerine getirmesi gerekir. Ama satıcı özellikle bu ücretin, bazen iki katına çıkıyor, artırılması nedeniyle o şeyle, icabıyla icabından dönmek istiyor. Mümkün değil. Ürünün tekrar aynen iadesi ile ilgili yani karşılıklı edimlerin ifası suretiyle o bedelin ödenmesi ve satıcının da malı teslim etmesi ile ilgili hükümlerin kurulmasında bir takım sorunlar var. Bir başka boyutu da mesela şu an hakem heyetlerine bütün Türkiye'deki hakem heyetlerine yansıyan bir sorun var. İşte ismini vermeyim. Firmalardan biri diyor ki, ben bu ürünün fiyatını böyle ilan etmek istemedim, 20 sayfalık da bir bilirkişi raporu hazırlanmış, teknik bir takım aksaklıklar nedeniyle fiyat benim iradem dışında böyle ilan edildi sistemde. Onun hani bir tartışılır yanı var ama işte bu teknolojik aksaklıklar nedeniyle gerçekten satıcının icabı ile bağlı olup olmayacağı ile de ilgili birtakım tartışmaların yapılması gerekir. Bir de akıllı sözleşmeler ile ilgili düzenleme olması lazım diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

O zaman şöyle diyelim mi? Dijital dönüşüm sebebiyle elektronik sözleşmelerinin sayısının çok artması ve kapsamın çok artması sebebiyle Borçlar Kanununda ayrıca düzenlenmesi isabetlidir diyelim.

Katılımcı:

Kesinlikle yani, hani elektronik sözleşmenin kurulması...

Katılımcı:

Bir yönetmelik var tabii yeni biliyorsunuz hocam Elektronik Ticaret Yönetmeliği var ama...

Katılımcı:

Ama orada elektronik sözleşmenin tanımı yok zaten.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Ama buna paralel de diyorlar ki Borçlar Kanununun genel sistematığı bizim bu elektronik sözleşmelere uymuyor.

Katılımcı:

Tabi farklı şekilde yani icabın kabulünün ne olduğuna ilişkin Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanununda da tabii farklı düzenlemeler var.

Katılımcı:

Hayır. Tüketicinin Korunması Kanununda hiç hüküm yok. Tamamen Borçlar Kanununa dönüyoruz yani alım satım akdi hangi aşamada kurulmuştur. İcap ve kabulle ilgili falan Tüketici Kanununun hiçbir düzenlemesi yok. Mesafeli satış sözleşmesi Tüketici Kanununun tek düzenlemesi.

Katılımcı:

Özel icaba yönelik özel düzenlemeler var Tüketici Kanununda.

Katılımcı:

Hayır, özel bir düzenleme yok icaba yönelik.

Katılımcı:

Bulayım buradan hemen size nerede olduğunu söyleyeyim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Dolaylı ticaret, doğrudan ticaret gibi kavramlar var.

Katılımcı:

Bu konuda Hocam izninizle beyanda bulunabilir miyim? Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinde bahsettiğiniz hususlarla ilgili düzenleme var. Ayrıca malın stokta bulunmaması durumu ile ilgili şunu söylemek istiyorum. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliğinin 16 ncı maddesini dördüncü fıkrasının son cümlesinde, malın stokta bulunmaması durumunun mal ediminin yerine getirilmesinin imkânsızlaşması olarak kabul edilmez diye ayrıca özel bir düzenleme olduğunu belirtmek isterim.

Katılımcı:

6 ncı maddesinde, Tüketicinin Korunması Kanununun, Türk Borçlar Kanunundan farklı. İcapla alakalı özel düzenleme içeriyor Hocam biliyorsunuz. Şöyle diyor; vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir örnek herhangi bir yerde teşhir edilen malın satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz. Bu Türk Borçlar Kanununa göre farklı bir hükümdür. Ama tabii sadece tüketicilerle alakalı.

Katılımcı:

Zaten söylemeye çalıştığım şey o. Bakın söylediğiniz düzenleme yine fiyat etiketi altında da bir takım düzenlemeler var. Yani Tüketici Kanunu parça parça hani elektronik ortamda kurulan sözleşmelerle ilgili bir düzenleme getirmiş vaziyette. Fakat Tüketici Kanunu, mesela eksik ifa ile ilgili bir düzenlemesi olmadığı için genel hükümlere giderek sorunu çözüyorsunuz. Alım satım akdinin kuruluş anına ilişkin icap ve kabulün hazır olmayanlar arasında nasıl gerçekleştiğine ilişkin Tüketici Kanununda herhangi bir hüküm bulamıyorsunuz. Yani sözleşmenin kuruluş anına ilişkin satıcının ve alıcının borçlarının hangi anda doğduğuna ilişkin düzenlemeler Borçlar Kanunu hükümlerine gidiyorsunuz. Orada da elektronik sözleşmelerle ilgili, daha doğrusu şöyle, salt bu değil aslına bakarsanız. Elektronik sözleşme başlığı altında çok fazla sorun var. Sorunlardan bir tanesi bu Covid nedeniyle de e-maillerle sözleşmeler kurulmaya başlandı. Yargıç olarak sizlerin karşısına gelecek sonuçta o sözleşmeler.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Anladım. Aslında Hocam, demin formüle ettiğimiz gibi bir şey yazmamıza taraftar değil misiniz genel olarak?

Katılımcı:

Ben şöyle, yani bunları bir bütün olarak hani bir cümle ile Kanunda düzendlensin değil, çok değişik yerlerde Hocam, bunlara ilişkin düzenleme var. Şimdi yeni yönetmelik var işte biliyorsunuz en son Aralık ayında Resmi Gazete’de yayımlanan. Bu yani şeyce bakmak lazım etraflıca.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Zaten düzendlensin diyoruz, biz bir öneri getirmiyoruz. O zaman şöyle söyleyelim. Elektronik sözleşmelerin sayı ve kapsamının artması, Azra Hocamın dediği gibi buna ilişkin düzenlemelerin çok farklı yerlerde parçacıl çözümler sunması sebebiyle, değil mi Borçlar Kanununda genel olarak düzenlenmesinde yarar görülmektedir diyelim. Başlıyor muyuz? Dijital dönüşüm nedeniyle elektronik sözleşmelerin, sayı ve kapsamının artması,

mevzuatta soruna ilişkin münferit ve ayrıntıya ilişkin düzenlemelerin bulunması nedeniyle Borçlar Kanununda genel olarak düzenlenmesinde yarar görülmektedir. Adi ortaklığı geçelim. Onu toparlayamayız şimdi. Biraz aşağı inelim. Adi ortaklıklarda rekabet yasağına ilişkin bir müeyyide ve buna ilişkin zamanaşımı hükmü bulunmadığından konunun Kanunda düzenlenmesinde yarar görülmektedir.

Katılımcı:

Yukarıda Sayın Başkanım mı söylemiş ama orada da içtihadı birleştirme kararı değil de sanki Hukuk Genel Kurulu kararı olacaktı.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

İBK'yı bekliyorlarmış.

Katılımcı:

Yok ben aradım yazı işleri müdürümüzü. Alınmış raportör üye görevlendirilmek üzere.

Katılımcı:

Hukuk Genel Kurulu değil o zaman. İBK yani. Çünkü o başka yani genel işlem şartları meselesini tek yönlü cezai şart olup olmama meselesini de etkileyecekti.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Vekâletin kötüye kullanılmasını şey yapmadık, konuşmadık. Borçlar Kanunu 589/son'a gelelim. Şimdi öbür taraftan da 589'u bulalım, Kanundan. Altıncı fıkrayı keselim oradan. 589/son yani. Kefilin diye başlıyor. En son bir cümle var ya onu keselim. Öbür tarafa yapıştıralım. Tabii bunların şimdi hepsi değiştirdikleri takip et formatında kaldı şimdi. Bunların normal formatta olup siyah olacak. Tamam, şimdi maddeye gelelim. Ne konuşmuştuk, kefilin asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. Ama baştan itibaren geçersizse nasıl kefil sorumlu olacak? Tamam, şey yazalım, anlaşıldı, metne gelelim. Diyelim ki söz konusu düzenleme, borçlar hukukunun genel ilkelerine ve menfaatler dengesine aykırıdır. Bu nedenle borç ilişkisinin sonradan hükümsüz hale gelmesi halinde kefilin sorumluluğunun kaldırılması isabetli görülmemiştir. Dönme falan da gidiyor, emin misin? Çünkü orada asıl tartışma dönmede olsun da fesihte olmasını yani. Ama kefil hiçbir alacağı yok vereceği yok adam girmiş şeye. O zaman onu nerede kabul etmiyor muyuz? Gerekçe koyalım o zaman. Burada müspet zarardan sorumlu oluyor mu

kaldırdığımız zaman? Nitekim bu tür durumlarda kefil, müspet zarardan sorumludur. Nasıl bağdaştıracamız onu? Böyle bir durumda kefilin menfi zarardan sorumlu tutulmaması isabetli görülmemiştir. Şu devre tatile gelelim onu konuştuğumuz için. Oradaki maddeyi okuyalım şimdi. Kooperatif veya ticari şirket ortaklığı tesis etmek suretiyle Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 50/2 nci maddesinde düzenlenen devre tatil hakkı tanınmaz hükmünün geçiş hükmü olmadan ve bütün bir ilişkiyi yasaklaması ve cezai hükümlere bağlaması nedeniyle değiştirilmesine dair görüşler ileri sürülmüştür. Heyetin Ticaret Bakanlığı temsilci üyesi ve bazı diğer heyet üyeleri bu öneriye katılmamıştır. Tabii buyurunuz.

Nevzat BOZTAŞ:

Bu aslında kefaletin fer'iliğine dayanan bir düzenleme. Yani hükümsüz hale gelen bir sözleşmede asil dahi sorumlu olmayacak. Burada ifa imkânsızlığı da olabilir vesaire. Şimdi buradaki gibi asilin dahi sorumlu olmadığı bir şeyde kefil sorumlu tutacak bir anlaşmayı geçersiz sayan bir amaç görüyorum ben. Hükümsüz hale gelen diyor. Yoksa haksız feshedilmişse kefil elbette ki sorumlu olur. Haklı feshedilmişse asil sorumlu olmayacağı için zaten kefil sorumlu olmaz. Ama bir objektif ifa imkânsızlığı ortaya çıkmışsa, sözleşme bu nedenle hükümsüz hale gelmişse veya emredici bir Kanun hükmü çıktı ve buna aykırılık söz konusuysa, şimdi bunun yaratacağı olaydan kefil sorumlu tutmamayı hedefleyen...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Bir cevap alalım sonra devam edelim.

Katılımcı:

Sayın Başkanım tartışmalarda buradaki Başkanımın dediği sorunlar değil de tam tersi sorunlar bahsettiği sorunlarda haksız fesih halinde kefil sorumlu tutulamaz gibi görüşler ortaya çıktı. Onun için diyorum. Evet. Çok ileriye gidiyor başkanım. Sizin dediğiniz gibi değil, çok sakıncalar ortaya çıkıyor. Tabii ben de aynı fikirdeyim de karşı fikirde olan arkadaşlar var öyle de çıkabilir içtihat. Onun için dedim ben. Baştan itibaren hükümsüzlükte zaten sorumlu olmaz. Tabii sonradan haksız fesihte bile sorumlu tutulamaz diye kefile, ona giden görüşler var onu engellemek amacıyla bu değişiklik gerekir diye. O zaman kefaletin tüm şeyleri ortadan kalkmış oluyor.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Tamam hükümsüzlük kavramını açığa kavuşturulsun diyelim burada.

Katılımcı:

Hocam zaten sonraki borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığında TBK 598'e göre zaten kefil sorumluluktan kurtulur. Asıl borç ilişkisi her ne sebeple olursa olsun sona ererse kefil sorumluluktan kurtulur diyor TBK 598/1'de. Sonraki ifa imkânsızlığı da borçlunun sorumlu olmadığı bir ifa imkânsızlığıysa zaten kurtuluyor. Yani bu aslında borçlunun sorumlu olduğu hükümsüzlük hallerini kapsıyor bu, TBK 589 uncu madde. Öbürü zaten genel hüküm açık yani o anlamda. Buradaki hükümsüzlüğün oradaki ifa imkânsızlığı ile alakası yok yani.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Anladım da bu genel düzenleme olduğu için tek bir olay üzerinden düşünmeyelim. Genel anlamı da kapsıyor. Söz konusunun başına gel. 818 sayılı Mülga Borçlar Kanununda bulunmadığı halde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa alınan söz konusu düzenleme... Tamam. Aşağı inelim. Tüketicinin korunması hükmü olmadan ve bütün diyor ya. Hükmü olmadan virgül yapalım onu ve yerine. Cezai müeyyideye bağlaması diyelim. O hükümleri silelim şimdi.

Meltem ALTUNDAĞ:

Hocam izninizle bir şey daha belirtmek istiyorum. Bu geçiş hükmü olmadan kısmına bir parantez açmak istiyorum. Çünkü Geçici Madde 3'ün ikinci fıkrasında; bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla yapı ruhsatı alınmış olan devre tatile konu taşınmazlarda, bu maddenin yayımı tarihinden itibaren beş yıl süresince ön ödemeli usulle satış da dâhil olmak üzere devre mülk, mülkiyet payına bağlı aynı hak sağlayan devre tatil veya şahsi hak sağlayan devre tatil satışı yapılabilir, hükmü var. O sebeple.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

O şey için yani inşaat için. Yani yürüyen ilişkiler için değil de. Onu görmüştüm. Tamam mı? Bir bakalım yukarıdan aşağı şimdi. Vaktimiz 5 dakika geçti. Arkadaşlar çok teşekkür ederim. İnşallah kısa zamanda bir daha toplanır, bunları revize ederiz diyor Başkanımız. Dileklerine katılıyorum. Zahmet verdiniz. Ayağınıza, beyninize, aklınıza sağlık. Çok teşekkür ederim. İnşallah en kısa zamanda yine görüşelim. Sağ olun.

IV. GRUP SONUÇ BİLDİRGESİ

1.Hizmet sözleşmesinin sona ermesinden kaynaklanan sorunlar (TBK m.420)

Görüş ve öneriler:

Üzerinde değişiklik önerilen düzenlemeler ve gerekçeleri:

1) Düzenlemede geçersizliğin geçmişe yürümesinin sebep olacağı sorunların giderilmesi, işini iyiniyetle gören işçinin bu sebeple mağduriyete uğramaması ve dahası, geçersizliğin geçmişe yürütülmesi halinde, uygulanması mümkün olmayan bir tasfiye sisteminin ortaya çıkması engellenmektedir.

B. Kurulması

MADDE 394- Hizmet sözleşmesi, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça özel bir şekle bağlı değildir.

Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır.

Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, **iş görme edimi iyi niyetle yerine getirildiği sürece**, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.

2) Düzenlemede esasen ifa düzenlenmektedir. İbra'da makbuz olarak gösterilmiştir. O sebeple maddenin ibra'yı düzenlemesi sağlanmakta ve kötüye kullanılmasını engellemeye yönelik bir önlem getirilmektedir.

V. Ceza koşulu ve ibra

MADDE 420- Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.

İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, **ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi**, ödemenin **hak tutarına nazaran noksansız** ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan, gerçek alacakla fahiş fark yaratan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür.

Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.

İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanır.

3) Düzenleme ile devre ilişkin rızanın sözleşmenin kurulmasında alınması ile ortaya çıkacak mağduriyetin engellenmesi amaçlanmaktadır.

I. Sözleşmenin devri

MADDE 429- Hizmet sözleşmesi, ancak işçinin **devir tarihinde** yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir.

4) İfade isabetli olmadığı için ve gerçek kavram “fesih bildirim süresi” olduğu için bu şekilde yazılması doğru olacaktır.

II. Belirsiz süreli sözleşmede

1. Genel olarak fesih hakkı

MADDE 431- Taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih **bildirim** sürelerine uyarak feshetme hakkı vardır.

5) Fesih bildirim sürelerinin her iki taraf içinde birlikte belirlenmesi, aksine uygulamanın da net bir sonuca bağlanması amaçlanmaktadır.

2. Fesih bildirim süresi

a. Genel olarak

MADDE 432- Belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinden önce, durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir.

Hizmet sözleşmesi; bildirimin diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer.

Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle **her iki taraf için birlikte** artırılabilir.

İşveren, fesih bildirim süresine ait ücreti **peşin vermek suretiyle** hizmet sözleşmesini feshedebilir.

Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, ~~her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır~~. Bu değişiklik geçersiz sayılır ve yasal bildirim süreleri uygulanır.

6) BK.m.448-460 da düzenlenen **pazarlamacılık sözleşmesi**, çalışma yaşamının ihtiyaç duyduğu bir düzenleme değildir. Yıllardır uygulanan pazarlamacılık ilişkisi zaten iş sözleşmeleri ile yürütülmektedir ve bir sorun da yaşanmamaktadır. Ancak burada yer verilen düzenlemeler, hem getirdiği yeni mükellefiyetlerle uygulamada sorun yaratabilecek niteliktedir hem de sözleşmelerle yürüyen sisteme müdahale ihtimali doğurarak genel düzenleme görünümü sergilemektedir. Tümüyle yasadan çıkarılması daha uygun olacaktır.

7) BK.461 vd. da düzenlenen **evde hizmet sözleşmesi**, çağdaş çalışma ilişkilerinin evden icra edilebilmesine hizmet edebilecek içeriğe sahip değildir. Özellikle evden çalışmaların uzaktan çalışma kapsamında görülmesi, daha çağdaş hükümlere ihtiyaç duyulmasına neden olmuştur. Bu durumda, tıpkı uzaktan çalışma yönetmeliğinde olduğu gibi burada yere alan düzenlemelerin de çağdaş iş ilişkilerine hizmet verebilecek içeriğe kavuşturulması gereklidir. Kapsamlı şekilde tüm sözleşmenin yeniden düzenlenmesi gereklidir.

Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümler:

I- Genel Olarak

TBK- İş Kanunu İlişkisi:

TBK-İş Kanunu ilişkisi her ne kadar ilk bakışta genel-özel kanun ilişkisi ile sınırlı görülse de, İsviçre’den alınan mehz kanun hükümleri ile getirilen ayrıntılı düzenlemeler, iş hukuku alanında gerek akademi gerekse de yargı kararlarında farklılıklar doğmasına yol açmıştır. İsviçre’de özel bir iş kanunu olmaması, ülkemizde ise ayrıntılı bir İş Kanunu olmasına rağmen TBK içerisinde bu hükümlerle yeterli bağlantı kurulmaksızın düzenleme getirilmiştir. Sonuç olarak, TBK’nun genel kanun içerisinde özel hükümler getiren ve sonraki kanun niteliğine sahip olması hangi halde hangi kanunun uygulama alanı bulacağının tespitini güçleştirmektedir. Bu çerçevede hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin tamamının iş mevzuatı ile uyumu açısından kapsamlı değerlendirilmesi gerekmektedir. TBK genel gerekçede her ne kadar iş kanunu kapsamı dışında kalanlar ifadesi yer almışsa da, yeterli olamamıştır.

Genel Gerekçe: “Altıncı Bölüm ‘Hizmet Sözleşmeleri’ başlığı altında üç ayrımdan oluşmaktadır. Hizmet Sözleşmeleri, 4857 sayılı İş Kanununun kapsamı dışında kalan işçileri kapsamaktadır. Bu işçiler ile İş Kanununun kapsamına giren işçiler arasında çok büyük farklılık yaratılmamaya çalışılmıştır” .

Hükümler Bağlamında:

1- Kişisel verilerin kullanılmasında

“MADDE 419- İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir.

Özel kanun hükümleri saklıdır.”

İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde ~~kullanabilir.~~ **işleyebilir.**

KVKK’na göre, veri kullanımı “veri işleme”nin sadece bir alt başlığıdır. Hüküm işçinin kişisel verilerinin korunmasında iş kanunu ve KVKK

mevzuatında başkaca hüküm olmadığı için önem arz etmekte olup, Mehaz Kanun doğrultusunda düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

2- “Ceza koşulu ve ibra

MADDE 420- Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir.

İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür.

Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu hâlde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.

İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanır.”.

İbraya ilişkin kısmın iş ilişkilerinde uygulama alanı neredeyse kalmamış, ibranın geçersizliğinin ikale sözleşmesinin geçersizliği sonucuna yol açıp açmayacağı tartışma konusu olmuş, işverenler ise farklı alternatif çözümler üretmektedir. Hükmün gözden geçirilmesi gerekmektedir.

Cezai şartın tek taraflı kararlaştırılamaması özellikle rekabet yasağı sözleşmeleri ve eğitime bağlı cezai şart kararlaştırılması bakımından yargı kararları ile istisna olarak değerlendirilmekte olup, hükmün lafzı ile örtüşmemekle birlikte uygulamada geliştirilen çözümün dikkate alınması gerekmektedir.

3- Fesih bildirim süresi

a. Genel olarak

MADDE 432

İş Kanunu düzenlemeleri ile uyumlu olmayıp, tartışmaya yol açmaktadır.

4- “İşçinin haksız olarak işe başlamaması veya işi bırakması

MADDE 439- İşçi, haklı sebep olmaksızın işe başlamadığı veya aniden işi bıraktığı takdirde işveren, aylık ücretin dörtte birine eşit bir tazminat isteme hakkına sahiptir. İşverenin, ayrıca ek zararlarının giderilmesini isteme hakkı da vardır.

İşveren zarara uğramamışsa veya uğradığı zarar işçinin aylık ücretinin dörtte birinden az ise, hâkim tazminatı indirebilir.

Tazminat isteme hakkı takas yoluyla sona ermemişse işveren, işçinin işe başlamamasından veya işi bırakmasından başlayarak otuz gün içinde, dava veya takip yoluyla bu hakkını kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, tazminat isteme hakkı düşer.”

İş Kanunu kapsamındaki işçilere uygulanıp uygulanmayacağı, tartışmaya yol açmıştır.

5- Kurulması

MADDE 394- Hizmet sözleşmesi, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça özel bir şekle bağlı değildir.

Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir iş belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır.

Geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi, hizmet ilişkisi ortadan kaldırılincaya kadar, geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.

TBK m. 394/III hükmünün geçersizliğin sonradan anlaşılması koşulu yerine Mehaz Kanuna uygun olarak, işçinin iyi niyetle iş görme borcunu ifa etmesi şeklinde düzenlenmesi önerilmiştir.

6- Ölüm Tazminatı

1. İşçinin ölümü

MADDE 440- Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer. İşveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına, yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere, ölüm gününden başlayarak bir aylık; hizmet ilişkisi beş yıldan uzun bir süre devam etmişse, iki aylık ücret tutarında bir ödeme yapmakla yükümlüdür.

İş Kanunu kapsamındaki işçilere de uygulanıp uygulanmayacağı, kıdem tazminatı ile benzerlik arz edip etmediği tartışmaya yol açmıştır. Uygulanacağının açıkça düzenlenmesi yarar sağlayabilecektir.

7- ÜÇÜNCÜ AYIRIM

Evde Hizmet Sözleşmesi

Bu ayırmadaki düzenlemelerin tele çalışmaları da kapsadığı dikkate alınarak, gözden geçirilmesinin yararlı olabileceği, her ne kadar Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinde düzenleme getirilse de, Yönetmeliğin de TBK hükümleri ile uyumlu olmadığının göz önünde bulundurulmasının yararlı olabileceği ifade edilmiştir.

2.Kelepçeleme (Rekabet Yasağı) Sözleşmesinin uygulanmasında yaşanan sorunlar (TBK m.444-447)

Görüş ve öneriler

Görüşmeler sırasında rekabet yasağına ihtilaflarda görevli mahkemenin Asliye Ticaret Mahkemesi mi yoksa İş Mahkemesi mi olduğu hususu tartışmaya açılmış, ancak konunun Yargıtay 1. Başkanlık Kurulunca İçtihadı Birleştirmeye esas alındığı bilgilendirildiğinden bu aşamada konu hakkında düşünce beyanına gerek duyulmamıştır.

3.Kefalet sözleşmelerinden kaynaklanan anlaşmazlıklar

Görüş ve öneriler:

Türk borçlar kanunun 586 maddesin de düzenlenmiştir
Müteselsil kefile başvurulmadan önce taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi gerekir.

2. Müteselsil kefalet

MADDE 586- Kefil, müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girmeyi kabul etmişse alacaklı, borçluyu takip etmeden kefilin takip edebilir. Ancak, bunun için borçlunun, ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması gerekir.

Alacak, taşınmaz rehni, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvurulamaz. Ancak, alacağın rehlin paraya çevrilmesi yoluyla tamamen karşılanamayacağının önceden hâkim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi ya da konkordato mehli verilmesi hâllerinde, rehlin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurulabilir.

İİK 45/1.Maddede rehinle temin edilmiş bir alacaklı sadece rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilmektedir. Bu düzenleme ile 586. Maddedeki düzenleme menfaat dengeleri bakımından çelişki oluşturmaktadır. Bu durum kefil aleyhine sonuç doğurmaktadır. Bu durumun düzeltilmesi ve İİK 45 maddeye paralel bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

4.Vekâlet sözleşmesinin şarta bağlanması ve tedbir vekâleti

Görüş ve öneriler:

Ayırt etme gücünün kaybı halinde hukukumuzda TMK m. 405 vd. hükümleri çerçevesinde kısıtlama söz konusu olur, kısıtlama halinde kişiyle bir vasi tayin edilir. Bu vasinin belirlenmesi aşamasında her ne kadar TMK. m. 414 ve m.415 hükümleri vesayet altına alınan kişinin veya eşinin ya da yakınlarının etkili olmasına imkân tanımakta ise de madde 415 hükmünün uygulanması için ayırt etme gücünün varlığı gerekmektedir, madde 414 hükmünün uygulanması ise vesayet altına alınan mal varlığının önemli olduğu hallerde sorun yaratmaktadır. Böylece ayırt etme gücünü kaybeden kişi vesayet altına alınmakta ve bu aşamadan sonra ne vasinin belirlenmesinde nede diğer tasarruflarda söz hakkına sahip olabilmektedir. Oysa bu durum “kişinin bizzat karar verme hakkının” ihlali anlamına gelmektedir. Bu sorunun çözülmesi için İsviçre Hukukunda “Erişkinlerin Korunması” başlığı altında bir dizi düzenleme yapılmış, vesayet hukuku bütünüyle değiştirilmiş, kişinin ayırt etme gücünden yoksun olduğu hallerde de bizzat karar verme hakkını kullanabileceği kurumlar oluşturulmuştur. Bunlardan biri tedbir vekâletidir. Tedbir vekâleti fiil ehliyetine sahip bir kimsenin ileride ayırt etme gücünün kaybettiği takdirde şahsi bakım ve korumasını sağlamak, mal varlığının yönetmek ve kendisinin hukuki işlemlerde temsil etmek üzere bir temsilci belirlemesidir. Tedbir vekâleti, İsviçre Hukukunda vekâlet sözleşmesi olarak değil erişkinlerin korunması hukukuna özgü sözleşme benzeri bir hukuki ilişki olarak nitelendirilmektedir. Türk hukuku bakımından ise ayırt etme gücünden yoksun kimselerinde bizzat karar verme hakkını kullanabilmelerinin sağlanması gerekmektedir. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde bunun erteleyeceği şarta bağlı bir vekâlet sözleşmesi aracılığıyla kısmen de olsa gerçekleştirilmesi mümkün görülmektedir.

5.Elektronik Sözleşmeler

Görüş ve öneriler:

Dijital dönüşüm nedeniyle elektronik sözleşmelerin sayı ve kapsamının artması, mevzuatta soruna ilişkin münferit ve ayrıntıya ilişkin düzenlemelerin bulunması nedeniyle borçlar kanununda genel olarak düzenlenmesinde yarar görülmektedir.

6.Adi ortaklık ve bu ortaklıklarda rekabet yasağı yaptırım usulünün düzenlenmesi

Görüş ve öneriler:

Adi ortaklıklarda rekabet yasağına ilişkin bir müeyyide ve buna ilişkin zamanaşımı hükmü bulunmadığından konunun kanunla düzenlenmesinde yarar görülmektedir.

Borçlar kanunu madde 589/son

Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.

818 sayılı mülga Borçlar Kanununda bulunmadığı halde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa alınan Söz konusu düzenleme borçlar hukukunun genel ilkelerine ve menfaatler dengesine aykırıdır. Bu nedenle borç ilişkisinin sonradan hükümsüz hale gelmesi halinde kefilin sorumluluğunun kaldırılması isabetli görülmemiştir. Nitekim bu tür durumlarda kefil müspet zararlardan sorumludur. Böyle bir durumda kefilin menfi zarardan sorumlu tutulmaması isabetli görülmemiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 50/2 maddesinde düzenlenen devre tatil sözleşmelerinde kooperatif veya ticari şirket ortaklığı tesis etmek suretiyle devre tatil hakkı tanınamaz hükmünün geçiş hükmü olmadan, bütün bir ilişkiyi yasaklaması ve cezai müeyyideye bağlaması nedeniyle değiştirilmesine dair görüşler öne sürülmüştür. Heyetin Ticaret Bakanlığı temsilci üyesi ve bazı diğer heyet üyeleri bu öneriye katılmamıştır.

ORTAK OTURUM

(GRUP BAŞKANLARININ SUNUMLARI)

Sunucu:

Değerli Katılımcılar, Çalıştay programımızın ikinci günündeyiz. Tekrar hoş geldiniz. Efendim şimdi eş zamanlı olarak gerçekleştirilen grup çalışmalarında sonuç bildirelerini sunmak üzere Prof. Dr. Sayın Gökhan Antalya, Prof. Dr. Sayın Şahin Akıncı, Prof. Dr. Sayın Haluk Burcuoğlu ve Prof. Dr. Sayın Hasan Ayrancı'yı kürsüye davet ediyorum.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Biz akademik teamüle uygun olarak bir, iki, üç, dört diye sıralansak da en kıdemli hocamız olarak bu sonuç bildirelerinin yönetimini Haluk Burcuoğlu Hocamıza bırakıyoruz. Sayın Hocam buyurun.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Efendim çok teşekkür ederim. Gökhan Antalya her zamanki zarafetiyle topu bana attı. Doğrudur benim yaşı 73 efendim. Sakın bana kalkıp da göstermiyorsunuz falan demeyin. Nüfus kâğıdı öyle yazıyor, onun için boş verin yani. Çünkü alay edilmiş gibi addediyorum. 60 gösteriyorsun yalan, 73 yani onu için boş verin. Kendisine çok teşekkür ediyorum. Efendim beni bu Çalıştayda kira hukuku ile ilgili bölümde grup başkanı yapmışlar. O da doğaldır. Benden kart kimse yok zaten. Hani istesek de istemesek de ne yapıyoruz bu, bunu yaptık ve samimi söylüyorum benim için çok olumlu bir toplantı oldu. Öğrenmenin yaşı yok hani atıp tutuyoruz ya. Ama birçok şey yeni öğrendik. Ben çok mutlu oldum ve özellikle tabii yargıyla bayağı didiştik. Didiştik derken sakın yanlış anlaşılmasın, son derece saygılı biçimde kaldık İki taraf da. Ben çok şeyler öğrendim ve bir de şurada bir kere daha gördüm. Bunu bu tarafa üzüntü kısmıdır. Yargıya bunlar yanlışdır dediğimiz zaman “efendim biz uzun senelerdir böyle uyguluyoruz” şeklinde cevaplar verildi. “Yanlış uyguluyorsunuz” dedik, neredeyse “Olsun efendim biz böyle yapıyoruz” gibi bir yaklaşım içinde girildi. İnşallah ileride daha iyi anlaşırız diye umuyorum. Ümit ediyorum daha doğrusu. Elbette ki yargıya sonsuz saygımız var ama her iki tarafın da bunda büyük kusuru var. Hoca taifesi şimdiye kadar belki yargıyı fazla küçümsedi, “Bunlar ne anlar?” dedi. Yargıda bize döndü, “Bunlar ayda geziyor” dedi. İki taraf da belki kısmen haklı ama bizim aslında iç içe olmamız hem farz, hem sünnet arkadaşlar. Yani uygulamasız hocalık, hele hele medeni hukukta, genel anlamda medeni hukukta böyle bir şeyin olabileceğini ihtimal dahi vermiyor, vermiyor. Hani

belki çoğunuz bilirsiniz benden daha Avrupalı kimse yok. Avrupa hukuku benim hiç umurumda değil. Kusura bakmasınlar. Ben orada okudum. Yüksek lisans, doktora, lisans hepsi orada. Beş sene asistanlık yaptım. Benim derdim değil. Ya burası Türkiye. Biz 86 milyon kişiye. Koskoca bir ülkeyiz biz. Mesela bizde çok benim yadırgadım şu var, Alman hukukunda böyle. Ne yapayım? Alman hukukunda böyle mi? Biz alalım mı, almayalım mı ben bunu istiyorum. Alacaksak aman alalım, alınca aman almayalım ya da şöyle alalım, biz bunu görmüyoruz. Almanlar bir şey söyledi, bize de uygundur. Niye ya? Arkadaşlarım en büyük eleştirim de özellikle genç arkadaşlarıma, ben yüzden fazla uluslararası kongreye katıldım ve şunu gözlerimle gördüm ve büyük mutluluk duyuyorum. Büyük bir onurla da aktarıyorum. Benim genç çocuklarım Avrupalılardan çok daha iyi. Eksiğimiz ne? Açık söyleyeyim sadece şu, efendim biz acaba ne bilim mesela Fransızcada le yerine la dersek ne olur? Hiçbir şey olmaz yahu. Hiçbir şey olmaz. Bunu bir kırabilirsek bizim elimize bile gelemeler. Bizim düzeyimizde değil onlar. Bana mesela bir kompleks geldi, belki ayıp ama ben yavaş yavaş benim ne işim var buralarda yahu demeye başladım. Ben gidiyorum. Benim doktora yapıp buraya döndükten sonra ilkokula başlamış bir İsviçreli profesör çıkıyor karşıma. Şimdi bu adamı ciddiye almam mümkün mü yahu? Almam, ama biz bunu bir yaralım. Şimdi arkadaşlarım, bu girişten sonra şunu söyleyeyim. Bir defa şunu memnuniyetle gördüm. Kira ister istemez herkesin uzaktan yakından ilgili olduğu bir konudur. İki tane konu var ki bundan kaçamazsınız ve bununla da popüler olursunuz. Nutuk atmak istiyorsanız ya kirada atacaksınız ya boşanma da atacaksınız. Mutlaka taraftarı, dinleyici sayınız olur. Ama ne bileyim franchising ya da faktoring sözleşmesini anlatırsanız o kadar dinleyici bulamazsınız. Biz hep popüleriz o yüzden. Kira, boşanma, yürü aslanım. Ve gördüm ki büyük bir şeyle hani kaç saattir tartışıyoruz bizim borçları hukuku, Borçlar Kanunu düzenlememizi kimse alıp da yere falan vurmadi. Oradaki arkadaşlarım hararetle, çok sevinerek de gördüm bunu. Onun için biz ne yaptık? Şimdi söyleyince şaşıracaksınız zaten, belki benim ki en kısa olacak. Bizde neredeyse yaşasın Borçlar Kanununun kira düzenlemesi deyip nara atıp gideceğiz. Bizim başka yaptığımız bir şey yok. Öneriler oldu mu? Olmadı ama bu öneriler dikkat ederseniz uygulama ile ilgili kimse Kanuna pek fazla kafa tutmadı. Demek ki biz Borçlar Kanununu çok iyi yapmışız. En azından kira düzenlemesi bakımından. Ben bundan da büyük mutluluk duyuyorum. Gökhan Kardeşim de bilir, biz bir sürü arkadaş Borçlar Kanunu tasarısında 11 yıl çalıştık ama özellikle kira bölümünde rahmetli Turgut Akıntürk'ün hükümet dediği İstanbul'dan gelenlerin çok büyük rolü var. Yani o bölümü biz yaptık desek pek yanlış olmaz değil mi? Benim büroda, Cevdet'in bürosunda, Ankara'da ayrı yerlerde biz bunları yaptık ve gayet de iyi yaptığımızı görüyoruz. Şimdi biz neleri tartıştık onu da söyleyeyim. Bir defa arkadaşlarım bizim tartışma bölümlerimizden bir tanesi kiranın nasıl sona ereceği yönündeydi. Burada Yargıtay ile birtakım uyuşmazlıklara düştüğümüzü gördük. Şu anlamda gördük; mesela Borçlar Kanunu kira düzenlemesi, ancak bu kadar açık olabilir. Konut ve çatılı işyeri kiralardan iki türlü sona erme sebebi diye yazıyor. Bunlardan birisi bildirim yoluyla sona erme, diğeri dava yoluyla sona erme. Ve biz de 347 de zaten önceye gönderiyor. 315, 316, 331 vesaire. Bunlar bildirim yoluyla sona erme düzenlemesine ilişkin hükümler ve tabii 347 nci maddede 10 uzama yılından sonraki yıldaki bildirim. Bu da aynı şey ve ondan sonra hemen

ardından dava yoluyla sona erme diye. Demek iki türlü sona erme şeyimiz var ve dava yoluyla sona erdirmeden söz ederken hangi davadan bahsediyoruz ister istemez tahliye davasından bahsediyoruz. Eğer tahliye davası sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik bir dava ise benim fesihten sonra açacağım davanın adı tahliye davası olamaz. Kimse kusura bakmasın. Temerrüt nedeniyle tahliye davası olmaz. Sözleşmeye aykırılık nedeniyle tahliye davası olmaz. Çünkü bize bizim hep unutulmuş eski 266 ncı maddemiz yeni 334 üncü maddemiz var. Kira sözleşmesinin bitiminde kiracı kiralananı aldığı gibi geri verir diyor. Benim elimde böyle bir madde varken ben ne diye tahliye davası açayım ya. Bu bildirim yoluyla sona ermesine rağmen orada kalan vatandaş nasıl oradan çıkartırım. Bunun adı tahliye davası değil. Ben ona dava açarım ve benim dava açtığım kişi sözleşmeyi bildirim yoluyla sona erdirmişsem artık olsa olsa benim eski kiracımdır. Kira bitti. Mahkemenin yapması gereken nedir? Mahkeme aslında şuna karar vermeli; kira sözleşmesinin feshedildiğinin tespitine, kiralananın geri verilmesine. Yoksa mahkeme kira sözleşmesinin feshine karar veremez. Fesih tek yanlış bir hukuki işlemdir. Karşı tarafa ulaştığında sonuçlarını doğurur. Mahkeme feshe karar veremez, vermemelidir. Tek istisnası var, adi ortaklıkta. Adi ortaklıkta önceden de vardı değil mi? Yedinci bent galiba kaçınıcı madde olduğunu unuttum. Mahkeme fesih eder diyor. Orada tamam, özel bir istisna var. Bunun dışında fesih mahkemenin yapacağı iş değil. Mahkeme sadece feshedildi mi edilmedi mi ona bakar. Feshettim diyorsun ama kardeşim sen şekle uymamışsın mesela. Demek ki feshedememişsin. Ama ben öyle feshetmişsem mahkeme feshe karar vermedi. Mahkeme feshedildiğinin tespitine diyecek ve devam edecek kiralananın geri verilmesine. Fakat 40 yıllık avukat olarak da uygulamanın içinde olduğum için kendime karşı da bir sahtekârlık yapıyorum. Bunu zaten orada da söyledim. Ben ne yapıyorum biliyor musunuz? Mesela böyle bildirim yoluyla sona erme hallerinde, mahkemeye başvuruyorum dava açacağım ya, kira sözleşmesinin feshedildiğinin tespitine, parantez açıyorum feshine, kiralananın geri verilmesine parantez tahliyesine diyorum. Hani ben spor yapacağım, teori yapacağım diye el âlemi yakmayayım diye ikisini birden kullanıyorum. Bu benim için ayıp ama maalesef ben de bunu yapıyorum. Çünkü uygulamada yerleşik şey bu. Biz bunu gördük. Hani burada pek anlamaya vardığımız söylenemez ama yani iki tarafta kendi görüşünü koydu. Ben yanlış hatırlamıyorsam bir tek galiba Murat İncioğlu Kardeşim, orada tahliye davalarında da aslında sözleşme sona erdikten sonra açılan davalardır diyor. Ona katılmadığımı da yazdım ama Murat'ın kitabı bana göre fevkalade iyi bir kitaptır. İki cilt kira hukuku. Çok güzel bir kitaptır. Onu da eleştireyim. Şu ikinci baskıyı bir türlü yapmıyor, yeryüzünde kitabı yok. Çok isterdim ikinci baskıyı yapsın diye ama maalesef yapmıyor. Biz ondan sonra ne yaptık? Bu gayet olumlu bana göre tartışmalardan sonra. Geldik kira sözleşmesinin sona ermesinden başka kira sözleşmesinde çok üzerinde durduğumuz şu oldu; alternatif çözüm yolları diye bir şeye girdik biz. Alternatif çözüm yolları deyince çok moda olan bir arabuluculuk denen bir kavram var. Arabuluculukta da genelde arabuluculuk olsun dendi. Hele hele kira tespiti bakımından ya da kira bedelinin belirlenmesi bakımından arabuluculuk galiba hiçbir sınırsız olsun dendi. Buna karşılık tahliye ile ilgili olarak orada biraz tereddütler uyandırıldı ve orada dendi ki acaba? Ve orada iki görüş oldu. Tahliye konusunda arabulucuya gitmeyelim dendi. Bir

üçüncü alt görüş, diyelim ki son derece haklı. Eğer bir an için tahliye konusunda da oraya gitmeyi kabul ediyorsak, en azından kiracı lehine olan bugünkü düzenleme hükümlerinin aşılmaması kaydıyla diye bir kayıt getirildi. Yani kiraya verenler, ikisi oturup, yani arabulucu yeni bir tahliye nedeni yaratamasın dendi ki son derece doğrudur. Onu da söyledik biz ve üçüncü bir yol olarak yeni tartışmada bu alternatif çözüm yollarında şuna da bakıldı; acaba yani kira tespiti dışında da arabulucuya gidilsin mi gidilmesin mi? Orada dediğim gibi bu ikilem çıktı. Gidilsin oldu, gidilmesin oldu ama her halükarda dendi ki kiracı lehine olan Borçlar Kanunu hükümleri sınırı aşılmayacak. Yine hatta şimdi tartışmada bir de tahkim yolu geldi. Alternatif çözüm yolu olarak tahkim. Acaba kira hukukundaki uyuşmazlıkların çözümünde hakeme gidilsin mi, gidilmesin mi tartışıldı. Burada Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin önceki uygulamalarında hatırladığım kadarıyla hakeme gidilmez deniyordu. Bu kamu düzenindendir deniyordu. Fakat Baki Kuru Hocamız, Allah rahmet eylesin, kitabında bunu da eleştirmişti. Niye gidilmesin diyordu. Ve burada da yine görüşler ikiye ayrıldı. Burada tahkime gidilmesin dendi. Fakat buna karşılık arabuluculuğa gidilebiliyorsa, eğer gidilecekse tahkime niye gidilmesin dendi. Arabuluculukta da taraflar arabulucu Ahmet olsun diye anlaşıyorlarsa oraya gidiyorlarsa, niye Ahmet yerine, mesela üç tane hakime, hakeme gidilmesin dendi. Bu da böyle ortada kaldı. Ama biz görüşlerimizi bu yönde açıkladık ve tartışmalar bu yönde gelişti. Bir başka şey üzerinde durduk. O meşhur 346 ncı maddemiz var. 346 ncı maddemizdeki o efendim içini bir yasak var ya işte, bir muacceliyet şartı var. İki ceza koşulu. Aslında tabii muacceliyet şartının da ceza koşulundan başka bir şey olmadığı görüşüne varıldı. Öyle değil mi? Efendim iki ayı ödemezseniz, bütün hepsi şey olacak, muaccel olacak. Bunun da adına isterseniz başka bir şey deyin ama bu da bana göre bir ceza koşuluymuştu. Bunun üzerinde de duruldu ve bunun muhafaza edilmesi gerektiği konusunda neredeyse oy birliği vardı değil mi Hikmet Bey yanlış aklımda kalmadıysa bu şekilde idi. Bir başka konu; şunun üzerinde durduk, daha doğrusu durduk demeyim. Durmadık ben biraz öttüm ama karşı taraftan birtakım sesler geldi. Ama ne olursa olsun hiç olmazsa tartışma konusu yapıldı. Ürün kiralalarında Yargıtayın yerleşik müthiş bir içtihadı var. Halil Akkanat Kardeşim de burada onun da ismini zikrettim. Efendim, işletme ruhsatı devredilmeden ürün kirası olmaz diyor Yargıtay. İşletme ruhsatını devredebilen varsa Allah aşkına bana da söylesin. Yani Yargıtayın bu görüşüne bakarsak ürün kirası yok. Böyle bir şey olamaz. Halil Akkanat Kardeşim çok güzel, harika bir makale yazmış. Ruhsatın devredilmesinden ne anlaşılması gerektiğini fevkalade yazmış. Ama ne anlarsanız anlayın ben kendi adıma ruhsat çıkarmadan orayı işletmem. Halil diyor ki haklı olarak, kardeşim oraya zaten Ahmet'e ruhsat verilmişse demek ki ruhsat verilmek için aranan fiziki koşullar varmış. Şimdi Haluk Burcuoğlu başvuruyor, tekrardan onları aramasanız da olur. Ama dikkat ruhsatı kime vereceksiniz? Bana. Ben kimim? Kiracı. Ruhsat kiracıdaysa ürün kirası olmaz dediğiniz sürece ürün kirası ancak bağ bahçede olur, başka bir yerde olamaz. Kusura bakmasınlar. Yargıtay buna da pek yanaşmadı gördüğüm kadarıyla. Ama ben Halil'in de adını vererek yani çok desteklediğim bir görüş. Zaten senelerdir bunu söylüyordum. Bir de biz buna baktık. Son olarak da yine yanlış aklımda kalmadıysa Hikmet Üstadım burada beni düzeltsinler, 355 inci madde tartışıldı. Şimdi hani o tahliye halinde üç yıl süreyle başkasına kiraya

veremez falan diye bir şey var ya, acaba orada ille de yani Yargıtayca aranan icra kanalı ile çıkarmış olmayı mı arayacağız? Yoksa adam kendiliğinden çıkarsa da yine aynı yaptırımı yani aynı şeyden yararlanсын mı kiracı? Ve benim de savunduğum görüş oydu. Yanlış aklımda kalmadıysa 93'te yazdığım takdim tezimde ben de diyordum ki; adam kiracı kiraya verene efendilik edip çıkmışsa da bundan yararlanmalı. İlle de yani orada sille tokat icra kanalı ile çıkınca yararlanacak da niye daha saygı değer bir insan olan kiracı bundan yararlanmasın demiştim. Bunun sebebi de şuydu arkadaşlarım; hatırlarsanız eskiden boşalttıktan sonra aynı kiracı dışında başka birine kiraya verirsiniz, ne yapıyordunuz bir cezai yaptırım vardı. Özel hukukta ceza falan olmaz arkadaşlar. Özel hukukun hiçbir alanında ceza olmaz. Ne aile hukukunda olur, ne mirasta hiçbir yerde olmaz. Bizde suç ve ceza yok. Bizde kusur ve tazminat var. Yani olsa olsa bu olur değil mi? Yani o cezai yaptırıma karşı Yargıtay haklı olarak 1000 sene, yani ceza yaptırımı uygulamamak için adeta hukuk yarattı. Yüzde yüz destekliyorum. Efendim sandalyeyi bırakmış bu tahliye demek değildir falan gibi harika böyle mecburiyetten. Kendilerine yüzde yüz katılıyorum. Bir şeyler yaratıyor ama artık bunu yaratmaya da gerek yok. Şimdi artık ceza yaptırımını kaldırdık, ceza lafı yok. Özel hukukta zaten cezanın olması ayıptır. Son olarak da arkadaşlarım bir şey söyleyeyim. Özel hukuk budur arkadaşlar. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunudur. Gerisi hepsi safsatadır. Hiç olmasa da olur. Bu altyapıdır. Ticaret kanunu başta olmak üzere hepsini çöpe atabilirsiniz. Hepsini. Hiçbir şey kaybetmeyiz. Finansal kiralama atın, tüketici atın, İş Kanunu atın. Hepsini burada var yahu hepsi var. Ne diye uğraşıyorsunuz? Tüketici unutun. Böyle bir şeyi düşünmedik. Aklımızdan çıkartalım, hafızayı silelim. Benim kanun çok daha iyi koruyor ya. Yani ben bunu da savunuyorum. Arkadaşlarım, hakikaten böyle çok yasama hareketi de insanı boğuyor ya. Ne demek ya bu, her şeye bir yasa, bir de buna benzer olarak mahkemelerin çeşitliliği var. Avukat olarak biz dağılıyoruz Tüketici Kanunu sayesinde, ya da yüzünden demek daha doğru, ben nereye başvuracağımı bilmiyorum. Vekâlet sözleşmesi orada, bilmem nereden avukat vekâleti olmuşsa şuraya gider, oradan olmazsa buraya gider filan gibi içinden çıkılamayacak sorunlar getiriyorsunuz ya. Niye bunu yapıyorsunuz? Niye deniz iş mahkemesi falan var değil mi? Nedir bu ya? Bir taraftan da şöyle bir şey anlayışımız yok mu bizim? 40 senelik ceza hâkimini birden ticaret mahkemesine başkan tayin etmiyor musunuz? Öyle değil mi? Hâkim her şeyi bilir demiyor muyuz biz. Bu ne o zaman yahu? Ya da 40 sene ticaret mahkemesi başkanı ağır cezaya üye. Örnek istiyorsanız vereyim. Göksun Hanım Bakırköy'de. Senlerce ticaret mahkemesi başkanlığı yaptı. Sonra 3. ağır cezaya üye yaptılar. Göksun Hanım aslanlar gibi gitti. O zaman arkadaşlarım bunlara da dikkat edin. Yani eğer yargıda bir şey yapacaksak önce bunlara bir bakalım. Tabii bir de benim o çok sevdiğim ama maalesef hala anlayamadığım istinaf denen bir olay var ki yararlanan arkadaşım varsa kendilerini tebrik ediyorum. Neyi engelledi bu bilmiyorum. Yargıtayın işini azaltmış. Azalttı diyen varsa Hikmet Bey burada Allah aşkına bana söylesin. Bir faydası olması lazım bunun. Acaba Yargıtayın işi diyelim ki azaldı. İstinaf mahkemeleri çok refah içindeler mi? İstedikleri zaman sinemaya mı gidiyorlar, yemeğe mi gidiyorlar? Bunlar yok arkadaşlar. Yani tabii bunu yapan arkadaşlarım kendilerini çok seviyorum yanlış anlaşılmasın. Hakan Pekcanitez, canım ciğerim ben de sıkışınca o adama telefon ediyorum. Açık

açık söylüyorum ama Hakan kaç defa duruşmaya çıkmıştır hiç sordunuz mu? Kaç defa adliye girmiştir bir sordunuz mu? Yani bu hani o işin ustası olmak, o işin âlimi olmak başka, adliye denen yer başka arkadaşlar. Ben onu söylüyorum. Mesela benim için baro bilmem ne kurulu, avukatlık yapmıyorsanız oraya hakkınız yok bana neci olursanız dünyanın en büyük hukukçusu olabilirsiniz. Dert değil. Adliye girdiniz mi? Adliyenin tozunu yuttunuz mu? Hâkim ile yüz yüze geldiniz mi? Gelmediyseniz bana name yapmayın. İstedğiniz kadar avukat ruhsatınız olabilir dert değil. Ben bir de avukatlıktan bunları anlıyorum. Tekrar söylüyorum. Ben başkan olarak atandığım için çok mutluyum. Maalesef çenem çok düşük ve ağzıma geleni söylüyorum. Eğer kırılan arkadaşlarım varsa bir kere daha burada herkesten özür diliyorum. Ben kendilerinden çok şey öğrendim. Kendilerine de sonsuz teşekkürler. Sağ olun var olun arkadaşlar.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

İsterseniz borçlar hukuku özel hükümlerden başladık. Oradan devam edelim. Sıralamaya şey yapalım. Hocama kıdem dolay ile ayrıcalık ve önem verip ön planda birinci sıraya koyduk. Şimdi Şahin Akıncı Hocamı satış, eser ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi olarak dinleyelim.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU:

Gökhan böylece görüyorsunuz öfkeleri bu tarafa çekiyor. Bu açıdan çok ustadır kendisi. Kardeşimiz çok becerikli bir arkadaşır. İl sene beraber çalıştık biliyorum. Mesela siz hâkimevinde çay kahve isteyin. Getirmezler. Ben onu bir kere yaptım, kendisinden de izin almadım ama sonra söyledim. Gökhan yok. Biz telefon ediyoruz, Cevdet telefon ediyor, yok. Aklıma geldi ben Gökhan Antalya diye çay kahve ısmarladım. 10 dakika sonra hepsi gelmişti. Valla ya çok becerikli kardeşimizdir. Biz bile ondan yararlandık, açık söyleyeyim.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Çok teşekkür ediyorum. Ben de sizlerden yararlandım. Medeni Kanun Bilim Komisyonunda en genç üyeydim. Yardımcı doçenttim. Sağ olsun, çay getir, kahve getir, şunu yaz, kâğıt getir, kalem getir.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Ben yoktum ha onu söyleyeyim.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Borçlarda da hocamla beraberdim. Sağ olsun. İstanbul Komisyonunda da beraberdik. Orada her ne kadar artık yardımcı doçent olduğum için çay

getir, kahve getir muamelesi yoktu ama al şu kalemi, şunu tercüme et, şöyle yaz şunun müsveddesini yaz, şunun gerekçesini yaz, git evde temize çek getir. Başka ne işe yararım doğru. Kahveyi ama öncelikle, hizmetini her zaman için eksik etmem. Özellikle sabahları hocamın duble kahvesini. Hocam buyurun.

Prof. Dr. Şahin AKINCI:

Çok teşekkür ediyorum sayın hocalarım, değerli meslektaşlarım, hepinizi saygıyla selamlıyorum. Ben de son derece yararlı bir toplantı geçtiğini düşünüyorum. En azından kendi adıma biz de karşılıklı olarak hem akademisyen arkadaşlarımızın hem de yargı mensuplarının fikirlerinden istifade ettik. Bizim konularımız; eser ve kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde geriye etkili fesih diye düzenlenmiş, ön ödemeli konut satış sözleşmesi ve bu alanda yaşanan sorunlar, bilişim alanına ilişkin eserler hakkında uygulanacak hükümler ve yaşanan sorunlar, Blok zincir teknolojisinin hayatımızdaki yeri ve dijital varlığın ödeme aracı olarak kullanılıp kullanılamayacağı, bir de mevzuat ve uygulamadan kaynaklanan diğer sorunlar denilmiş. Tabi bir hayli konular kapsamlı konular. O yüzden dar bir zamanda hepsini tartışmak, konuşmak mümkün olmuyor. Zaten bu inşaat sözleşmesi dediğimiz zaman vaktimizin önemli bir kısmını da bu aldı. Eser ve kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar başlığı. Tabi burada özellikle kavram konusunda Şebnem Hocanın haklı bir itirazı vardı. Kat karşılığı değil buraya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi demek daha doğru olur. Geriye etkili fesih konusunda da yeri gelmişken söyleyeyim. Fesih geriye etkili olmaz. Fesih geleceğe etkilidir. Olsa olsa dönmeyen bahsedebiliriz böyle bir durumda diye haklı bir itirazı oldu. Şöyle ben ortaya çıkan görüşleri toparlamaya çalışacağım müsaadenizle. Öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi malumunuz Kanunda düzenlenmiş bir sözleşme değil. Burada kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu noktasında hemen hemen herkes hem fikirdi. Yani oy birliği ile burada bir düzenleme yapılması lazımdır denildi. Çünkü bu alanda gerçekten çok ciddi problemler var. En önemli problem en çok yoğunlaştığımız konu şu oldu. Vaktimizin çoğunu da oraya harcadık. Yargıtayın artık avans tapu uygulaması diye ünlenen kararları. Nedir o? Arsa sahibiyim. Yüklenici Gökhan Hocamla anlaştım. Tapuyu da devrettim peşin peşin ve Gökhan Hocam buraya 100 tane daire yapacağım dedi. Hepsinize birer tane daire sattı. Tapuya gittiniz. Malik olarak Gökhan Hocayı gördünüz ve tapudan bu daireleri satın aldınız. Fakat Gökhan Hoca bana karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmede. Sözleşmeden dönüyorum ve hepinize karşı dava açıyorum. Yargıtayın tabiriyle tapu iptali davası. O noktada da tabii yine Şebnem Hocanın haklı bir itirazı vardı. Tapu sicilinin düzeltilmesi ya da tashih davası demek lazım. Tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açıyorum ve Yargıtay diyor ki burada arsa sahibinin yapmış olduğu devir avans niteliğindedir. Bunu geri alabilir. Kaldı ki yükleniciden daire satın alan üçüncü kişiler yüklenicinin halefi sıfatını taşırlar. Dolayısıyla madem halefi onlara karşı da bu dava ileri sürülebilir diyor. Özetle bu şekilde Yargıtay'ın görüşünü ifade edebiliriz. Fakat bu alanda çok ciddi anlamda davalar var. Ciddi mağdurlar oluştu ve hala da yürüyen davalar var. Uzun tartışmalardan

sonra Yargıtayın bu görüşünün doğru olmadığı, oy çokluğuyla doğru olmadığına karar verildi. Oy çokluğu derken akademisyenlerin tamamı oy birliği ile bu görüşteydi Yargıtayın bu görüşünden dönmesi lazım dediler. Onun dışında akademisyenler dışında katılan değerli katılımcıların önemli bir kısmında öyleydi ama Yargıtaydan bazı arkadaşlar farklı kanaatte idiler. Bir BAM üyemiz dedi ki: “Ben bu kararları doğru buluyorum. Eğer biz üçüncü kişilere karşı dava açma yolunu kapatırsak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmaz hiç kimse. Bu da ciddi anlamda ekonomik sonuçları olur. O yüzden doğru bulmuyorum.” dedi. Peki karşı çıkanlar neleri söylediler ki ben de bu görüşten yanayım, yani Yargıtayın bu görüşünü değiştirmesi gerektiğini savunanlardan biriyim. En çok üzerinde durduğumuz konu burada bir yolsuz tescilin olmadığı. Yani 1023 üncü madde, Medeni Kanunun 1023 üncü maddesi uygulanır mı uygulanmaz mı? Yargıtay TMK 1023’ü uygulamıyor, peşinen diyor kötü niyetlidir. Daire satın alan üçüncü kişiler kötü niyetlidir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığını bilebilecek durumdadırlar, bile bile satın almışlardır, sonuçlarına katlansınlar. Fakat burada bir iyi niyet araştırması, kötü niyet araştırması yapmak gerekir mi? Buradaki ağırlıklı görüş buna bile gerek olmadığı yönünde. Çünkü ortada bir yolsuz tescilden bahsedemeyiz. Zira satışın yapıldığı anda sözleşme ayaktaydı. Sözleşme ayakta olduğu için yolsuz tescil yoktu. O zaman iyi niyet araştırması yapmaya bile gerek yok. Malikten satın alınmıştır. Tapu siciline güven ilkesi vardır. Bu güvenin korunması lazım. O sebepten dolayıdır ki bu tür devirleri geçerli saymak lazım. Arsa sahibi olarak tapuyu devir mecburiyetim olmadığı halde devretmişim. Geri alma hakkını koyabilirim. Ama geri alma hakkı da tanımamışım. Şerh bile vermemişim. Hiçbir şey yapmamışım. Üstelik o kötü müteahhidi seçen de benim. Ama bunun sonuçlarına üçüncü kişiler katlanıyor. Bunun doğru olmadığı ifade edildi. Dediğim gibi ağırlıklı görüş bu istikametteydi. Yargıtaydan bir arkadaşımız da “Bu görüşe katılmıyorum. Kararımızın arkasındayız.” dedi. Niye diye sorduk. Gerekçeniz nedir dedik? En sonunda tabi bu şekilde ifade edildi. “Biz hâkimler kararlarıyla konuşur, biz gerekçemizi yazdık. Dolayısıyla burada daha fazla bir şey söylemiyorum.” dediler. Durum bundan ibaret ama çoğunluk bu istikamette görüşünü ifade etti ve bunun bir kanuni düzenlemeye kavuşturulması gerektiği söylendi. Öte yandan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği meselesi de tartışıldı. Özellikle menfi ve müspet zarar kavramları üzerinde durduk. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden arsa sahibi, yüklenici edimini yerine getirmediği için arsa sahibi dönecek olursa bugünkü mevzuatımıza göre neyle yetinecek menfi zararlar yetinecek. Hâlbuki yüklenici üç sene, beş sene geciktirmiş. Bir de dava açılmış. Yıllar geçmiş. Yıllar sonra ciddi bir kaybı var. Zamanında teslim edilmiş olsaydı bir kira alacağı olacaktı. Hâlbuki kira alacağı nedir? Bir müspet zarar kalemidir, yoksun kalınan kâr olarak döndüğü zaman menfi zararlar yetinmek durumunda. Bu da önemli bir problem. Buna da bir düzenleme getirilmesi lazım. En azından yapılacak olan kanuni düzenlemede bunun ifasına başlanmışsa, edimlerin ifasına başlanmışsa, sürekli edimli bir borç ilişkisi sayılabileceği görüşü ağırlık kazandı. Yine benzer sıkıntılar yap-sat usulünde de var. Orayı ben hızlıca geçiyorum. Nama ifa meselesini tartıştık. Orada da problemimiz şu. Yine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici edimini yerine getirmeyip ortadan kaybolduğu zaman üçüncü kişiler diyorlar ki, hâkime

müracaat ediyorlar, eksik kalan kısmı biz tamamlayalım, bedelini ödeyelim, inşaatı bitirelim, inşaat ortada çürümesin. Fakat mahkemenin karar vermesi yılları bulabiliyor, kararın kesinleşmesi. Tedbir talebinde bulunuyorlar. Ama bu tür taleplerde reddediliyor. Reddedildiği zaman da üçüncü kişilerin yapacak bir şey yok. Eli kolu bağlı, eklemek durumundalar. İnşaatı devam edemezler. Diyelim ki gözlerini kararttılar, devam ettiler. İskân ruhsatını alamazlar. Çünkü ruhsat kimin üzerinde? Yüklenicinin üzerinde. Orada da bir problem var. Buna da çözüm bulunması icap ediyor. Tartıştığımız konulardan bir tanesi alacağın temlik konusu tartıştık. Onun bir görüş birliği de çok oluşmadığı için detayına girmiyorum. Görev meselesi tartışıldı. Bu tür davalarda görevli mahkeme neresi? Acaba arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi ile yüklenici arasındaki davada arsa sahibini tüketici sayabilir miyiz, sayamaz mıyız meselesi gündeme geldi. Yargıtayın kararlarına baktığımız zaman Yargıtay, tüketici olarak kabul etmiyor çünkü yüksek teknoloji ürünü falan diyor inşaatlar. Tüketici olarak kabul etmiyor ama burada duruma göre, mesela tek bir daire sahip olacak ve özel kullanım amacı var, duruma göre tüketici sayılabileceği görüşü ağırlık kazandı. Dönme meselesi acaba bu ileriye etkili mi? Yani fesih mi olmalı yoksa dönmeden mi bahsedebiliriz? Şu anda Yargıtay ani sürekli edim karmaşığı bir sözleşme olarak nitelendiriyor arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini. Bu tabii olayı çözebilmek açısından doğru bir görüş ama eğer bir kanuni düzenleme yapılacak ise burada artık tipik bir eser sözleşmesinin olmadığı, yani bunu ani edimli bir sözleşme olarak kabul etmenin doğru olmadığını, en azından ifaya başlanmışsa geleceği etkili bir biçimde bunun fesih olarak düzenlenmesinin doğru olacağı isabetli olacağı görüşünün yine ağırlık kazandığını ifade etmeliyim. Dönme için haklı sebep olur mu olmaz mı meselesini tartıştık. Bir hocamız haklı sebebe gerek yok, dönme ve fesihte dedi. Ama çoğunluk bir haklı sebebin olması gerektiği noktasında görüşlerini ifade ettiler. Onun dışında bir iki konumuz daha var. O da ön ödemeli satımlarda yaşanan problemlerle ilgili olarak bir değerli katılımcı; ön ödemeli satışlarda tüketicinin bir teminatının olmadığını, tüketicinin çoğu zaman mülkiyet hakkını kazanamadığını, bazen bağımsız bölümler üzerinde sınırlı aynı haklar özellikle ipoteklerin olduğunu, bu şekilde tüketiciye devir yapıldığını, proje değişiklikleri yapıldığını ama tüketiciye bilgi verilmediğini ifade etti. Bunun bir mağduriyete yol açtığını ifade etti. Finansal kiralama sözleşmeleri ile satışların yapıldığını, bunların da bir çeşit ön ödemeli konut satışı olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade ettiler. Ve sürecin başından sonuna kadar bir kayıt sisteminin oluşturulması halinde problemlerin çözülebileceği ifade edildi. Yine bu konuyla alakalı olarak ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde taşınmaz satış vaadi şeklinde bunların düzenlendiğini, cayma hakkı tanınmadığını, burada geçmişe etkili caymanın özellikle mülkiyet devredildikten sonra mümkün olmadığını, denetimin eksik olduğunu, sıkı bir denetim mekanizmasının olmadığını, bu konuda bir kanun değişikliği yapmanın isabetli olacağı ifade edildi. Ve en son olarak da kripto paralar, blockchain ve benzeri konular bunların üzerinde duruldu. Burada da ağırlıklı olarak şu görüşler ortaya çıktı: Her ne kadar kripto paralar bugün yönetmelikle bir ödeme aracı olarak kabul edilmese de dünya belli bir noktaya doğru gidiyor. Dolayısıyla bu konuda da bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç var. Fakat bunlar yapılırken işin uluslararası boyutu nazarı dikkate alınmalı. Hukuki mahiyetinin ne olduğunun açıklığa

kavuşturulması lazım. Acaba zilyetlik hükümleri uygulanır mı, mülkiyet hükümleri uygulanır mı, uygulanmaz mı meselesinin açıklığa kavuşturulması gerektiği ifade edildi. Yine bu konuda yapılan işlemlerin tüketici işlemi sayılıp sayılmayacağı meselesi üzerinde duruldu. Kripto varlıklarda merkezîyetçi bir yapı olmamasının beraberinde birtakım problemleri getirdiğini, vergilendirme hususunda da bazı sıkıntıların olduğu ifade edildi. Bunun bir tanımının yapılması gerektiği söylendi ama bunun da zor olduğu çünkü çok çeşitli kripto varlık olduğu ve teknolojinin de sürekli olarak değişip gelişmesi sebebiyle tanım yapmanın da bir hayli güç olduğu ifade edildi. Bizim tartışma konularımız özetle bunlardı. Arz ederim. Çok teşekkür ediyorum. Dinlediğiniz için.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Dördüncü grubumuzun oturum başkanı Sayın Prof. Dr. Hasan Ayrancı Hocamızın da kendisinin çalışma konuları, özel hukuk sözleşmeleri ve vekâletsiz iş görmeydi. Buyurun Sayın Hocam.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Evet, teşekkür ederim başkanım. Hazirunu hürmetle selamlıyorum, hocalarımla birlikte. Yansıya vermek mümkün olacak mıydı acaba? Biz maddeler üzerinde çalıştık ya. Evet muhterem hazirun hepinizi hürmetle selamladım hocalarımla birlikte. Tabi bizim heyetimiz biraz daha kompakt olmaktan ziyade yayılmış bir alana temas etmek zorunda kaldı. Sizin torba daireleriniz var ya Yargıtayda onun gibi torba daire gibi olduk. Dolayısıyla pek çok farklı konuyu pek farklı disiplinlerle birlikte konuşmak durumundaydık aynı zamanda. Onun için ne ararsan bulunur, derde devadan gayrı kabilinden pek çok konuya temas ettik. İş hukukundan elektronik sözleşmelere, efendim yargılama yetkisinden tüketicinin korunması, devre tatil sözleşmelerine kadar büyük bir alanda, yelpazede hareket etmek zorunda kaldık. İlk olarak iş hukuku bakımından değerli izleyiciler, katılımcılar, maddeler halinde de burada gösterdik. Öncelikle TBK 394 üncü maddede gördüğünüz gibi diyor ki; geçersizliği sonradan anlaşılan hizmet sözleşmesi hizmet ilişkisi ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir hizmet sözleşmesinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Çok güzel bir düzenleme. Fakat burada iş görme edimini iyi niyetle yerine getiren işçilerin korunması, onların daha korunaklı bir halde bulunmasının önemi uygulamada ortaya çıkmıştır. O nedenle biz burada iş görme edimini iyi niyetle yerine getirildiği sürece demek suretiyle kanunun daha adil uygulanmasını sağlamaya çalışan bir öneride bulunmuş oluyoruz. Bunun dışında yine Kanunumuzun 420 nci maddesinde burada ceza koşulu ve ibra başlığı altında, üzerinde görüyorsunuz çizili yerleri, yani kanun uygulanmaya imkân vermeyecek ölçüde yüksek oktavda deyip oranda yüklenmiş ve artık bu hükmün uygulanması mümkün olmayacak hale gelmişti. Hayatın gerçekleriyle uygulanmayacak, örtüşmeyecek haldeydi. Bu nedenle ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi hükmünün kaldırılması, hak tutarına nazaran noksansız ödemenin bankaya yapılması ibarelerinin çıkartılmasını teklif etti heyetimiz. Bu arada

heyetimiz çok farklı, demin söylediğim gibi uzmanlık alanlarından uğraşı oluştuğu için bize bu konuda yardımcı oldular. Hepsini ayrı ayrı teşekkür ediyorum. Bütün mesleki birikimlerini bu kısa zaman içerisinde buraya yansıtmış oldular. Bunun dışında arkadaşlar, bu uygulanması kabil olmayan hükümler yerine işte bu unsurları taşımayan gerçek alacakla fahiş fark yaratan İbra sözleşmeleri veya İbraname kesin olarak hükümsüzdür demek suretiyle daha uygulanabilir bir hükmü teklif etmeyi düşündük. Bunun dışında bir İfa düzenlemesinin olmasına rağmen tamamıyla düzenlemeyi bir makbuz düzenlemesine irca eden bu hükümlerinde uygulanma kabiliyetlerinin düşük olması nedeniyle kaldırılmasını teklif etmeyi uygun gördük. Bunun dışında sözleşmenin devrini düzenleyen TBK 429 uncu maddemiz var.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Hiç ilgilenmediğim bir alan ve haddimi bildiğim için Borçlar Kanununun bu bölümüne kesinlikle katılmadım. Çenemi tutamam, yalan yanlış bir şey söylerim diye gitmedim ama yapmış arkadaşlar. Şimdi bu 420. maddedeki acaba bir İbra mı ya?

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Esasen bir İfa düzenlemesi bu. Evet.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

İbra değil mi bu? İbra çünkü alacaktan vazgeçme değil mi? Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Esasen İfa düzenlemesi, evet, sağ olun. Aynen evet. Sözleşmenin devrini düzenleyen TBK 429 uncu maddeye geldiğimizde ise; bu devre ilişkin rızanın ne zaman alınacağı önemli bir ihtilaf konusuydu. Bu nedenle sözleşmenin devrinden kaynaklanacak rızanın çok erken alınmasından kaynaklanan işçinin mağduriyetini engellenmesi için de 429 uncu maddede yansıda gördüğünüz gibi hizmet sözleşmesi ancak işçinin devir tarihinde yazılı rızası alınmak suretiyle iş hukuku disiplinin kendine özgü özelliği de düşünülerek teklif edilmiş durumdadır. Bunun dışında belirsiz süreli sözleşme ve genel olarak fesih hakkına baktığımızda basit bir kelime hatası, fesih sürelerine uymak yerine fesih bildirimi demek suretiyle mevzuata ve diğer hukuki kavramlara uygun bir terkinin tercih edilmesinin daha isabetli olacağını da burada ifade etmiş oluyoruz. TBK 432 nci maddede fesih bildirim süresine ilişkin olarak önemli tartışmalar vardı. Fesih bildirim süreleri üçüncü fıkrafta bu süreler kısaltılamaz dendiikten sonra pek çok tartışma vardı bu konuda. Bir tarafın ki mi kısaltılamaz, diğer tarafın ki mi kısaltılamaz, ikisi birlikte mi kısaltılamaz, uzatılamaz. Onun için uzatma bakımından şurada bu süreler kısaltılamaz ancak sözleşme ile artırılabilir yerine ancak sözleşme ile her iki taraf için birlikte artırılabilir demek suretiyle yine bir menfaatler içtihadı bakımından sağlıklı bir düzenlemenin

önerildiğini düşünüyoruz. Bunun dışında onu takip eden fıkrada, işveren fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle ibaresiyle yine bir alana özgü isabetli bir öneride bulunduğumuzu düşünüyoruz. Çünkü kıdemin hesaplanması bakımından peşin ödenmenin önemi iş hukukçlarımızca bilinmektedir gayet yakından. Evet, oradan bir hızlı atlamayla Borçlar Kanununun 448 ila 460 ncı maddesi arasında düzenlenen pazarlamacılık sözleşmesine gidiyoruz. Bu düzenlemeler tabii ilk başta hepimizi sevindirdi. Yeni sözleşme türleri kanunla düzenlenmiş gibi hukukçuların işlerinin rahatlayacağı, daha aydınlatılmış bir sözleşmeler dizini ile karşı karşıya olduğumuzu düşündük. Ancak gördük ki uygulamada bu pazarlamacılık sözleşmesi tercih edilen bir sözleşme değil. Onun yerine taraflar daha pratik sonuçları olan alelade sözleşmeleri tercih ediyorlar. Dolayısıyla bu maddede 448 ila 460, yani yaklaşık 12-13 maddede böyle sonuç doğurmayacak şekilde düzenlenmiş oldu. Orada bir ağırlık sıklet meydana getirdi. Borçlar Kanununun 461 ve devamında, evde hizmet sözleşmesi düzenlendi. Evde hizmet sözleşmesi ilk bakışta evde çalışan hanımlara beylere hitap ediyormuş gibi görünse de hepinizin bildiği gibi bu uzaktan çalışmanın adı tele çalışma diye kısaltabileceğimiz, onun da aslında düzenlenmesindeki isabet ortada. Ancak çağdaş günümüz ilişkilerini tam yansıtmadığını, tarafların hak ve yükümlülükleri bakımından ve oluşturulan ortam bakımından mevcut durumu, gerçek durumu yansıtmadığını görüyoruz. O nedenle bu düzenlemelerin kalmasıyla birlikte yenilenmesi ve günümüzün ihtiyaçlarına uyulanmasının faydalı olacağını düşünüyoruz. Bunun dışında Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu arasındaki ilişkinin biraz daha eskilerin tabiriyle Hocam siz anlarsınız tebellür edilmesi, açığa kavuşturulması gerekiyor. Siz de kendinizi ifade ettiniz. Biz medeni hukukçular, borçlar hukukçular olarak efendim sürekli orada bir iş sözleşmelerine ilişkin hizmet akdine ilişkin hükümleri görürüz. Ancak fazla temas etmeyiz. Ama diğer yandan da yakından baktığınızda sınırların belirlenmesi bakımından önemli sorunlar olduğunu görüyorsunuz. Her ne kadar gerekçesinde Kanunun, bu İş Kanununun dışındaki iş ilişkilerine uygulanır gibi genel bir ifadeyle meseleyi çözmüş gibi görünse de ama her bir uygulama bakımından önemli sorunların bulunduğunu görüyoruz. Mesela spor iş hukukunda değil mi, hangi hükümlerin ne kadar uygulanacağı konusunda önemli sorunlar var. Ben Futbol Federasyonunda çalışırken uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından zorluk çektiğimizi hatırlıyorum. Evet, TBK 419 uncu maddeye geldiğimizde kişisel verilerin kullanılmasından bahsediliyor. Bunun da son fıkrasında işveren işçiye ait kişisel verileri kullanabilir demek suretiyle düzenlemiş. Fakat bu yeni KVKK mevzuatına uygun değil. Dolayısıyla Kişisel Verileri Koruma Kanunu mevzuatına uygun olarak bunu ancak işleyebilir demek suretiyle çözümlenmesinde yarar var. Evet, tamamıyla iş hukuku üzerinden gidiyoruz. Bir iki maddeyi de artık şeye bırakayım. Temsil olarak, efendim bakanlık yetkilerini bırakayım, onlar da baksınlar şeylere tekliflerimize. Ölüm tazminatı, efendim kelepçeleme sözleşmesine geleyim. Kelepçeleme sözleşmesi bakımından tabii içerik bakımından da çok konuşulacak konu vardı ama iş ister istemez halen çok güncel olan yargılama yetkisi bakımından tartışıldı. Asliye ticaret mahkemeleri mi yetkilidir, yoksa iş mahkemeleri mi yetkilidir sorunu tartışılırken Sayın Üyemizin yaptığı görüşmeler sonucunda Yargıtay'da bu konuda bir içtihadı birleştirme

faaliyetinin devam ettiği ve bunun esas numarası aldığı öğrenilince bunu sadece buraya dercetmek suretiyle geçtik. Bunu takiben kefalet sözleşmesinden kaynaklanan anlaşmazlıklara geldiğimizde Yargıtayın 11. Ticaret Dairesinin çok da üzerinde durduğu, özellikle bayilik sözleşmeleri bakımından önem arz eden TBK 586 ncı madde dikkatimizi çekti. 586 ncı maddede, onu biraz erken söyledim, o TBK 589 sondu. Bu TBK 586 ncı maddede taşınmaz rehine ilişkin bir düzenlemenin müteselsil kefalet bakımından isabetli olmadığı kanaatine vardık oy birliğiyle. Çünkü İcra ve İflas Kanununun 45 inci maddesinin birinci fıkrasına baktığımızda rehinle temin edilmiş bir alacak sadece rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip edilebilmekte iken TBK 586 ncı maddenin ikinci fıkrasında alacak deyip teslimine bağlı taşınır rehni diye devam edince burada taşınmaz rehninin dışarıda kaldığını gördük. Dolayısıyla İcra ve İflas Kanununun 45 inci maddesine paralel bir düzenlemenin müteselsil kefaleti düzenleyen 586/2'ye de getirilmesini, burada görülmemiş tam olarak benimkine çıkmamış değişiklikleri takip et bölümü, taşınmaz rehni şuraya taşınmış oldu ve maddenin içerisine yedirilmiş oldu. Vekâlet sözleşmesinin şarta bağlanması ve tedbir vekâleti en yeni konularımızdan bir hocamızın makalesi ve kitap çalışması var. O da bu bakımdan bize büyük bir katkı verdi ve ayırt etme gücünün kaybında daha önceden yapılan bir işlemle hukukunda bulunan bir düzenleme var. Örnek olarak görülebilir. Burada kişinin bizzat karar verme hakkını yerine getirilmesi, kendi geleceği hakkında karar vermesi yetkisi çerçevesinde bir düzenlemeyi önerdik. Bilindiği gibi yaşam uzuyor artık. 70'ler 80'ler neredeyse orta yaş haline geldi. Buna bağlı olarak uzun yaşamdan kaynaklanan ayırt etme gücüne ilişkin bazı zorluklar, zihin kaymaları, Alzheimer hastalığının yoğunlaştığını biliyoruz. O nedenle İsviçre'de bu düzenleme yapılmış çünkü Avrupa'da biliyorsunuz daha uzun bir yaşama periyodu var. Ben Avusturya'da falan bulunduğum zamanlarda hatırlıyorum. 90 yaşındaki hanım nineler 100 yaşındaki büyüklerini elinden tutup otobüsten indirirlerdi. O kadar şey var. Yaşam uzamış. Tabi sarımsak çok faydalı diye sarımsak yutmaktan dolayı keskin bir koku otobüslerde. Herkes sarımsak şeyi olmuş hayranı olmuş durumda. Her taraf sarımsak kitaplarıyla dolu ciltler dolusu böyle yani. Dolayısıyla insanlara sağlıklı demek suretiyle her şeyi yedirebiliyorsunuz böyle bir durum. Evet, bunun işte zaman içerisinde yaşama süresinin daha da artması sebebiyle bir müessesenin öngörülmesi ilerde erteleyici şarta bağlı bir efendim vekâletin verilmesi tedbir vekâleti önem arz ediyor gibi görünüyor. Tabii bunu destekleyecek bir de yine İsviçre'deki örneğine benzer şekilde erişkinlerin korunmasına ilişkin bir kurumun departmanında örgütlenmesinin sağlıklı olabileceği, en azından bir yeni teklif olarak size arz edilebileceği ve Sayın Bakanlığımıza arz edilebileceği düşüncesine varmış bulunuyoruz. Elektronik sözleşmelere geldiğimizde;

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Hasancığım çok affedersin, Türk hukuku bakımından ise ayırt etme gücünden yoksun kimselerin de bizzat karar verme hakkını kullanabilmelerini sağlanması gerekmektedir. Bu ne demek ya, yani ayırt etme.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Ayırt etme gücünü kaybetmeden daha sağlığında bir erteleyici şarta bağlı bir vekâlet veriyor, bu müesseseye göre.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Anladım kardeşim de burada siz burada onu mu anlıyorsunuz? Siz oradaydınız ben bunu okuduğum zaman başka bir şey anlıyorum. Yani sanki burada ayırt etme gücünden yoksun olanlar da...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Hayır.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Hasancığım anladım kardeşim ızdırabını ama yani bu cümle bu şekilde olursa aldatıcı bir cümle olur. Yani ben böyle okuyorum, bilmiyorum. Farklı okuyan var mı?

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Eksik mi yazmışlar?

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Ayırt etmeden yoksun kimseleri...

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Anladım, anladım ben. Tabii tartışmalardan konuşarak ezberden söylüyorum. Fakat tabii orada bir yazım ekibi var. Yazarken bir kelimeyi veya haklısınız, demek ki ben görmüyorum orayı. Yazım ekibinden kaynaklanan bir kelime hatası olabilir ama asıl şey bu yani. Anladım.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Asıl amacı anladım. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Biz teşekkür ederiz, uyardığınız için Hocam sağ olun. Ses kayıtlarıyla tamamlayacağız diyorlar Sayın Genel Müdürümüz. Dolayısıyla tekrar etmek

gerekirse ayırt etme gücüne sahip iken, ileride ayırt etme gücünü kaybedeceği ihtimalle binaen bir erteleyici şarta bağlı bir vekâlet vermek suretiyle ve bunun kişinin bizzat karar verme hakkını da temin eder şekilde bir işlemin yapılmasının mümkün olabileceği, bu ifade edilmiş oldu. Bunun da tek başına işleyemeyeceği ancak bir kurumla desteklenmesi suretiyle yürütülebileceği kanaati de burada size ve Sayın Genel Müdürlüğümüze, Bakanlığımıza arz edilmiş oluyor. Elektronik sözleşmeler bakımından baktığınızda dijital dönüşüm nedeniyle elektronik sözleşmelerinin sayı ve kapasitesinin çok gelişmiş olması, mevzuatta pek çok yerde parçacıl çözümlerin bulunmuş olması ancak bir bütünlük içerisinde olmaması sebebiyle konunun önemine binaen bir Borçlar Kanunu bir hükmün sevk edilmesinin isabetli olacağı da düşünüldü. Adi ortaklıkta rekabet yasağı bakımından vaktimizi iyice daralmıştı, dolayısıyla çok bariz olan ilk bakışta dikkati çeken rekabet yasasına ilişkin müeyyidenin bulunmaması ve buna ilişkin zamanaşımı hükmünün bulunmaması dikkatimizi çekti. Onu burada ifade ettik. Bildiğiniz gibi adi ortaklık çok önemli işlerin yaygın bir şekilde yapıldığı bir şey, şirket ortaklık. Dolayısıyla burada da bir düzenleme ihtiyacı olduğu düşünülüyor. Nihayet Borçlar Kanununun 589 uncu maddenin son fıkrasına göre bir sayfa eksik mi çıkmış? Bir de bizim devre tatilimiz vardı. Bakıyorum şöyle bir oraya gelmeden şu en son paragraf evet. Borçlar Kanununun 589 uncu maddesinin son fıkrasında, bu da Yargıtayın oldukça önemli konularından birisi ve önemli bir ihtilaf ortaya çıkartıyor. Burada diyor ki kefilin asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür. İlgili Yargıtay dairelerinin ve ilk derece mahkemelerinin tereddüt gösterdiği konu değerli izleyiciler, katılımcılar borç ilişkisi sonradan herhangi bir sebeple hükümsüz hale gelirse, bu durumda kefilin hiçbir şeyden sorumlu olmayacağı mı? Burada çeşitli seçenekler var. Ya baştan itibaren geçersizliğe yol açarak dönmenin efendim bu kapsamda olduğunu söylüyor bir görüş, feshi dışarıda bırakıyor, diğer bir görüş tamamını bırakıyor. Fakat bizim yaptığımız incelemelerde kefalete ilişkin diğer hükümler kefilin esaslı surette korumaktadır. Burada ayrıca 589 sonunda böyle bir hükmün bulunması mehz Kanunda da bulunmuyor. Bu sonradan başka bir sahihle getirilmiş, bunun yine menfaat dengelerini bozduğu kanaati hâkim oldu. Ve şimdi son olarak son olarak Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 50 nci maddesinin ikinci fıkrasında devre tatil sözleşmelerine ilişkin yeni bir hüküm getirildi. 2022'nin Mart ayında 23 Mart'ta galiba. Burada da çeşitli varyasyonlar kaleme alındıktan sonra devlet tatil sözleşmelerinin kooperatif üyeliği, şirket üyeliği, dernek üyeliği veya vakıf üyeliği tesis edilerek kurulmasının mümkün olmayacağı ifade edilmiş ve buna ilişkin de takip eden maddelerde ağır cezai müeyyideler öngörülmüş. Tabii bu devre tatil sözleşmesine ilişkin bu yeni 50 nci maddesinin ikinci fıkrasının düzenlenmesine baktığınızda iyi niyetle hareket edilmiş. Çünkü son zamanlarda belli bölgelerde çok az sayılı bir kooperatif veya şirket veya dernek kurup, ondan sonra bu 50 kişilik bağımsız birimi binlerce kişiye satma şeklinde büyük bir şey başlamıştı. Son zamanlarda, furya başlamıştı ve ne yaparsanız yapın bir yerinden uç verip yeniden o düzenlemeleri yasaklamaları bertaraf etme eğilimi vardı. Muhtemelen bu şeyi süreci dikkate alarak kanun koyucu, burada devre tatilin bu demin söylediği m şartlara üyelik tesisine bağlanarak kurulmasını kesin olarak

yasaklayıp cezayı müeyyidelere tabi tuttu. Fakat bizim bildiğimiz çok iyi uygulaması da var bunların. Yerli ve yabancı şirketler tarafından çok büyük şirketler tarafından uygulanan önemli uygulamalar var. Burada geçiş hükmü yoktur dedik ama sadece bir değil mi? İnşaat başlangıcı yani yeni başlanan bitirilmemiş yapılar bakımından bir geçiş hükmü öngörülmüş, fakat hâlihazırda yürürlükte bulunan yerli ve yabancı pek çok ve sağlıklı yüz akı olan uygulamalar dışarıda kalmış, burada bir kötüye kullanma ibaresi veya ifadesi koymak suretiyle bu 50 nci maddenin ikinci fıkrasının daha sağlıklı işler hale gelmesini önerdik. Ticaret Bakanlığı temsilcimiz burada kendileri ve bazı hâkim katılımcılar bu görüşe katılmadılar. Ama genel olarak böyle bir kanaate vardığımızı bildirmiş oluyorum. Ne kadar zaman geçtiğini bilmiyorum inşallah Hocam zamanında bütün özetlemeyi yapmışımdır buyurunuz Hocam.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Kusura bakmayın, turşucu gibi çıkıyorum. Ama yani.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Seni ikna etmek önemli.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Yine sağ olsun Gökhan Kardeşim beni afişe etti. Adım çıkmış dokuza inmiyor sekize. Şurada şimdi şöyle bir şey okuyoruz; “Bu nedenle borç ilişkisinin sonradan hükümsüz hale gelmesi halinde kefilin sorumluluğunun kaldırılması isabetli görülmemiştir.” Bir örnek verir misiniz bana, bu ne demek? Bundan ne anlıyoruz biz? Sonradan hükümsüz hale gelmesinde kefilin sorumluluğunun kaldırılması niye beğenilmedi bilmiyorum. Yani örnek olarak ne düşündünüz? Merak ediyorum.

Prof. Dr. Hasan AYRANCI:

Hayır hayır o amaçla değil bu. Şimdi anlamıyorum.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Bunu bir tartışma konusu bildirilerin bildirim noktasında şey yapalım arkadaşlar rica ederim. Bununla ilgili çıktıları ile ilgili bir değerlendirme şeyiniz varsa bunları bildirelim. Şimdi burada bunu tartışmasını açarsak her maddeyi yine grup olarak birer birer tartışmış olacağız. Müsaade ederseniz bunları diğer gruplarda bulunan başkanlarda alsınlar, gözden geçirsinler. Hatta üyelerde buna katkısı varsa bu uyarıları Bakanlığa iletsinler öbür türlü şey yapamayız. Yani bu işin sonu her maddeyi tek tek üzerinden değerlendiremeyiz. Benim maddelerin başlayınca Hocam daha çok...

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Hasan kardeşim oradaydı, biz orada değildik. Hasanın oradaki konuşmayı bize doğru bir şekilde aktarması çok daha iyi olur. Hani biz burada dışarıdan ben sadece bunu okuyorum. Ben de Halil gibi düşündüğüm için zaten noldu kefalet diye merak ediyorum.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Şimdi bu metinlerin de hocamın kontrolünden ve onun tartışmalardan sonra özümlemiş ve tam anlamıyla tamamlanmış metinler değil, taslak metinler olarak geldi.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Kardeşim taslak da olsa, iyi kötü 44 yıldır hocayım ben. Yani bana bir şey söylemeli bu. Ben şu anda bilmiyorum nasıl ne olabilir?

Ahmet TUNCAY:

Hocam ben Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesiyim. Ben öncelikle kefilin asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesi. Bu hükümsüz kelimesini biraz açıklar mısın Hocam? Ona göre bir yorum yapalım.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Bana mı soruyorsunuz? Geçersiz hale geliyor.

Ahmet TUNCAY:

Evet Hocam. Hangi maddeye göre geçersiz Hocam? Yani baştan itibaren mi geçersiz sonradan mı geçersiz hale geliyor?

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Burada siz sonradan geçersiz hale gelmesinden bahsediyorsunuz. Sonradan geçersiz hale gelmesi atıyorum, baştaki iradi sakatlığı sonradan ileri sürülür yani iptal edilir diye düşünüyorum. Veya ne bileyim sonradan geçersiz hale gelmesi paranın ödenmesi anlamındadır. Başka türlü nasıl anlatılır bilmiyorum.

Ahmet TUNCAY:

Hocam şimdi başta hükümsüz aslında ama sonradan mı anlaşılıyor hükümsüz olduğu?

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Peki siz bana sonradan hükümsüz hale gelmesi halini anlatırsanız ben hiçbir şey söyleyemeyim.

Ahmet TUNCAY:

Ben sonradan hükümsüz hale gelmesi, Hocam şimdi burada önemli olan bayilik sözleşmeleri bize geliyor. Sözleşmenin haklı fesih ve haksız fesih halinde zaten bu cezai koşullar ve tazminatlarla ilgili kararlar çıkıyor bizim dairede. Şimdi bu hükümsüzlük tartışıldığında, bu hükümsüzlüğün sanki sonradan hükümlü hale gelse, başta geçerli sözleşme, hükümsüz değil. Geçerli sözleşme devam ediyor. Sonra bir şekilde hükümsüzlük. Bu hükümsüzlük kısmı çok tartışmalı çıktı. Benim de bulunduğum bir görüş, bu dedim, hükümsüzlük durumu, sözleşmenin haksız feshi halinde istenecek tazminatları kapsamaz, kefilin sorumluluğu ilkesiyle bağdaşmaz dedim. Onun için diyorum, yani sonradan hükümsüz hale geldiğinin öğrenilmesi farklı bir şey, başlangıçta hükümsüz olması farklı bir şey. Bu hükümsüzlük hükümsüz değil, sözleşme geçerli ama öyle bir yöne gidiyor ki sanki sözleşmenin haksız feshi halinde de kefile gidilemez anlamı çıkıyor metinde.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Ya haksız feshi metinde bana söyler misiniz? Ben haksız feshi bir anlayayım.

Ahmet TUNCAY:

Hayır sözleşmeyi haksız fesihte alt bayi diyelim Hocam. Haksız fesih halinde siz asıl borçluya gidebilirsiniz deniyor. Kefile gidilemez demek isteniyor. Oraya kadar yorum yapıyor bu hükümde.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Sözleşmeyi siz alacaklı olarak haksız feshetmişseniz...

Ahmet TUNCAY:

Alacaklı değil borçlu olarak Hocam.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Borçlu mu sözleşmeyi feshediyor?

Ahmet TUNCAY:

Evet, beş yıllık sözleşme üçüncü yılda alt bayi borçlu diyelim ona sözleşmeyi feshediyor. Tabii ki buradaki müspet zarar menfi zarar istiyor. Hocam sözleşmeyi feshediyor süre dolmadan. Yani belli bir neden ileri sürülüyor ama nedeni haklı değil haksız yere feshediyor.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

O zaman siz buna fesih mi diyorsunuz feshedilmemiş demeniz lazım. Bunu anlamıyorum.

Ahmet TUNCAY:

Hayır feshedilmiş Hocam niye feshedilmiş olmasın? İrade beyanı ile ihtar çekiyor, ben sözleşmeyi feshediyorum diyor.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Haksız fesih halinde siz bu feshi geçerli mi kabul ediyorsunuz? Haksız olarak feshettim ben oynamıyorum diyor borçlu.

Ahmet TUNCAY:

Hocam sözleşmenin devamını zorlayamazsınız ki. Fesih halinde haksız fesihdir. Haksız fesih sonucu alacaklı da müeyyideleri farklıdır. Cezai tazminatı ister. Müspet zararını ister. Yani sözleşmeyi bilmem maddesi olan sözleşmeyi feshedemem diye bir madde yok ki hocam hukukta. Ben sözleşmeyi feshedebilirim. Ben müeyyidesine katlandıktan sonra sözleşmeyi niye feshedemeyeyim ki?

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Müsaade ederseniz şöyle yapalım. Bununla ilgili görüşlerin ve herkes görüşlerini saklı tuttuğunu ve bununla ilgili değerlendirmeye ilişkin görüşler varsa Bakanlığa bildirilmesini ve bunun bununla ilgili olarak da fikir söylemek isteyenler varsa metin orada. Çünkü metinler ham metinler ağızdan çıkanların aynı anda kâtip arkadaşlar tarafından metne düşülmüş şekli. Ne Başkan tarafından kontrol edilmiş, ne öneri sahipleri tarafından kontrol edilmiş metinler. Birtakım yanlış anlaşmalara sebebiyet verecek metinler olabilir. Onun için düzeltilmesi gerekebilir. Bu konuda Hocamın hassasiyet gösterdiği konular da varsa onları da iletirse veya diğer arkadaşların, bunlardan elbet Bakanlık yararlanacaktır diyerek...

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Bana bu metin gelirse ben bunu ne yapacağım ya? Bana bunu gönderirseniz benim yapacağım bir şey yok ki. Bu metin ise kusura bakmayın anlamıyorum.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Bu metin Hocam daha ham, yani daha sadece kâtip arkadaşların yazdığı metin.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Asıl metin ne zaman gelecek? Yani başka bir metin mi var?

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Evet, bunlar metinler daha oluşturulacak. Evet, 1. Grup olarak genel hükümler, özellikle sözleşmeden doğan borç ilişkileri, haksız fiilden doğan borç ilişkileri başlığı altında iki temel başlık altında çalışmamızı topladık. Aslında söylenecek şey vardı daha belki toplantıda sebepsiz zenginleşmeden doğan borç dolayısıyla fakirleşme şartı konulsun veya konulmasın noktasında bir ihtilaf vardı. O noktada biz Türk Medeni Borçlar Kanunu hazırlayan Bilim Komisyonu olarak farklı bir eğilimi, farklı bir bakış açısını kabul ettik ve fakirleşme şartını artık çıkardık ve böylelikle fakirleşmede bir tazminatın sınırı olmaktan ortadan kalktı. Bir bununla başlayarak geleyim ama başka bir şeye daha cevap vereyim: Dünkü tartışmalarla ilgili olarak belki konuyu açmak açısından en önemli. Türk Medeni Kanununun 4 üncü maddesi ile ilgili hukuka ve hakkaniyete göre karar verilir hükmünün yanlış olduğu sadece eski düzenlemesinde hak kavramının doğru olduğu iddia edildi. Hak kavramının halbuki hukukun sağladığı imkanlardan birisi olduğu, onun yanında yetki, ödev ve izin gibi başka şeyleri de kapsadığı düşünüldüğünde hak kelimesinin aslında hakkaniyetin kullanılması açısından daha sınırlı bir kavram olduğu görüşüyle bu değişikliğe gidildi. Artı hak dediğimiz vakit yine hukukun kapsayacak bir şekilde bir bakış açısı gelmez. Hâkim takdir yetkisini kullanırken, hukukun genel ilkelerine, hukukun temel değerlerine ki bu temel değerler arasında insan haklarına ilişkin temel değerler, Avrupa İnsan Hakları ve hatta buna Avrupa Birliğinin temel aldığı değerleri de dâhil ederiz. Bir de Anayasamızın değerlerini dâhil ederiz. Bu değerler itibarıyla da hâkim hakkaniyeti kullanırken bu değerlere uygun kullansın, bu sınırlar içinde kullansın diye hak kelimesi yerine hukuk kelimesini kullandık. Gerekçemiz tamamen bundan ibarettir. Ama gerekçelerimizin bazıları Kanun gerekçesine tam anlamıyla yansıtılmalı. Borçlar Kanununa geldiğimiz vakit yine sözleşmelerle ilgili yine metin olarak yazılmadı ama burada koymak istiyoruz. Bildiğiniz üzere bizim Borçlar Kanunumuz, sözleşmeden doğan borç ilişkileri diye başlar. Ama hepimiz biliyoruz ki; onun üst kavramı hukuki işlem. Biz aslında Borçlar Kanununun 1 inci maddesinin hukuki işlemle başlaması gerektiğini

düşünenlerden idik. Hatta Haluk Hocamın Tekinay'dan alıntılı bir güzel hukuki işlem tanımı vardı. Onun oraya alınması gerektiğini yaptık ve o maddeyi yazdık. Fakat sonradan bizim gelmediğimiz toplantıdan kalktı. Bakanlıkta kayboldu bilmiyorum. 1. madde hukuki işlemin tanım maddesi kalktı. Hatta bir de ek koymuştuk eski icap, yani yeni öneri, öneriye ilişkin hükümlerin hukuki işlemlerde de kıyas doğrudan uygulanabilir noktasını ile ilgili bir atfı şey yaparak Kanunumuzu da kendi içindeki bir bütünlüğü mükemmelliği de sağlamış idik. Söyleyecek şey var, şey var. Borçlar Kanunumuz, yeni Kanunla birlikte Türk kelimesini aldı ama onunla ilgili bir başka özellik daha var. Onu da belirtmem lazım. Ayrı bir kanunsuz olması için hukukun yeknesaklığı özellikle özel hukukun yeknesaklığını ve bütünlüğünü sağlayabilmek amacıyla Borçlar Kanunu da bir başka özel düzenleme daha getirdik, eskisinden farklı. Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanununun beşinci kitabıdır diyerek onun beşinci kitabı olduğunu Kanun olarak aslında şeklen ayrı bir Kanun olarak düzenlense de onun beşinci kitabı olduğunu da farklı olarak burada vurguladım. Bu beşinci kitabı olarak vurgulanmasının ayrı bir önemi var. Sebebi şu: Sözleşme hukuku ve haksız fiil ile ilişkin birçok hüküm, hem ticaret hukuku için hem de karşılıklı medeni borçlar ilişkisinde birbirine etki yapan ve birlikte uygulaması şansı olan, şansını tanıyan hükümlerdir. Bu yönüyle önemli. Çalıştayla çok başlığımız var. Biz yöntem itibarıyla şöyle yaptık: sorun kısa çözüm önerisi. Fakat çözüm önerisinin somut önerisini yapmadık. Çünkü o ayrı bir özel bir çalışma şekliydi. Bu noktada yine sabahki tartışmalarda gündeme gelen konulardan birisi ısmarlanmamış şey ile ilgili 7 nci maddeye ilişkindi. 7 nci maddedeki aslında eksiklik Bilim Komisyonunun eksikliği değildi. Bilim Komisyonunun hazırladığı düzenlemenin alınmamasından kaynaklanan bir eksiklikti. O eksikliğin tekrar Bilim Komisyonunun önerdiği şekliyle Kanuna ilave edilerek bu eksikliğin giderilmesi olarak ifade edildi. Güven sorununa ilişkin kanunda bir düzenleme olmadığına TMK madde 2'den hareketle bu düzenlemenin veya doktrinde hukuk yaratmanın gereksiz olduğunu, artık bunun Borçlar Hukukunda düzenlenmesi gerektiği ve bu düzenlemede de Alman Medeni Kanunun hükümlerinin dikkate alınması gerektiği dikkate alınması gerektiği dikkate alındı. Ve devam edersek hatadan doğan özellikle ikrah ile ilgili cebri icradan kaynaklanan sorunlar var, özellikle aşırı çözümler var. Bu cebri icradan dolayı acaba ikrah ne şekilde sorunlar yaratıyor. Bu sorunlara ile ilgili olarak İcra İflas Hukuku kapsamında icra dosyalarına verilen icrah beyanlarının özel hukuk anlamında etkisi ve sonuçlarının ne olacağına ilişkin bir fıkra ilavesi ile ilgili bir yaklaşım belirlendi. Sözleşmenin ile ilgili olarak yorumunu ve muvazaa başlığına geçtiğimiz vakit görülüyor ki muvazaa diye bir kenar başlığı var ama muvazaanın tanımı yok. Ne nispi ne de mutlak muvazaa. Aslında doktrinde ve yargı uygulamasında uzlaşmış hem nispi hem de mutlak muvazaanın tanımı var. Bu tanımların Kanuna konulması gerektiğini ve yaptırımının da ne olması gerektiğinin bu maddede ortaya konulması gerektiği söylendi. Özellikle üçüncü kişinin muvazaası iddiası yönünden acaba hukuki korumaya değer hukuki menfaatin olması gerekip gerekmediği hususunun buraya konulması mı gerektiği yoksa konulmaması gerektiği konusu açık kaldı. Tartışmalı bir şekilde kaldı. Zaten HMK bu işi çözer diyen yargı üyelerimiz de burada bulundu. Belki de tekrarında fayda var mıdır diye bilemeyiz. Şekille ilgili özellikle iki çelişki ortaya konuldu. Bir Borçlar

Kanununun şekle ilişkin hükümleri, iki noterin şekle ilişkin hükümleri. Özellikle görme engelliler açısından getirilen Borçlar Kanunu hükümleri. Okuma yazma bilmeyenler açısından getirilen Borçlar Kanunu hükümleri ile Noterlik Kanununun hükümleri birbirine çakışıyor. Diyebilirsiniz ki birisi maddi hukuk hükmüdür ve şekle aykırılığa yaptırım ile kesin hükümsüzlüğe gider. Diğeri ise idari niteliklidir. Maddi hukuka hiçbir etkisi yoktur ama asıl olan ikisi arasında uyumluluğun ve paralelliğin kurulmasıdır. Bu paralelliğin kurulması yönünden de Noterlik Kanunu idari nitelikte yazılı hükümleri olduğu için maddi hukuka uymasında da fayda vardır. Fayda olduğunu düşündük. Borçlar Kanunu temel alınsın dedik veya Borçlar Kanununda eksiklik varsa Noterlik Kanunundan esinlenerek buraya hükümler koyup ikisi arasındaki uyumu ve paralelliği yazalım. En önemli şey düzeni içerisinde temel kanunların birbirleri içerisinde çatışmasının engellenmesidir.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Temel Kanun diyorsun ya Borçlar Kanunundan daha temel bir kanun olabilir mi? Noterlik Kanunundan bana ne ya. Bizim kanunumuza karışmasın. Noterler ne istiyorlarsa yapsınlar. Bizim Kanuna eğer geçersiz diyorsan Noterlik Kanununa fevkalade geçerli de diyebilirsiniz.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

İşte onun için diyorum paralel olması gerekiyor uygun olması gerekiyor. Yine devam ettiğimiz vakit genel işlem koşullarının özellikle genel işlem sözleşmelerin uygulama alanının ticari satış sözleşmeleri ile ilgili uygulanması gerektiği konusundaki genel eğilim belirlendi. TBK 25 inci maddede benim önerim vardı ama kabul görmemişti. İçerik denetimi ile ilgili dürüstlük kuralına aykırılığın ne olması gerektiğine ilişkin temel kriterlerin bir fıkra halinde 25 inci maddeye ilavesinin gerektiği, özellikle bu konuda BGB'nin 307 nci maddesi Türk Ticaret Kanununun 55 inci maddesindeki haksız rekabetle ilgili hükümlerin şey olması gerekiyor. Hocam çok iyi bilecektir ki genel işlem koşulları yine İstanbul Alt Komisyonunda kendisi başkanlığında Alman Medeni Kanununda benim yaptığım çeviri üzerinden kanunlaşmıştır.

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU :

Alman Medeni Kanununun bu tip şeylerini almadık özel olarak. Bunların hepsi sınırlayıcıdır. 800 tane madde koyun oraya şu hallerde olur diye 801 koyamazsınız. Almanlar ne yapalım da anlaşılabilir hale getirilmesinin tipik örnekleridir. Benim elimde yetki olsa ben Alman Hukuku kitaplarını kesinlikle yasaklarım, dikkat Alman Hukukunu en çok inceleyen de Haluk Burcuoğlu'dur. Ben orada doktora yaptım. Şimdi bana kimse onu anlatmasın ben zaten biliyorum.

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA:

Dürüstlük kuralının aykırılığının ne anlama geldiği ve kriterlerin açıklanması gerektiği konusunda komisyonumuz kendi arasında mutabık. Orada bir sorunumuz yok. Beklenmeyen halle ilgili olarak maalesef TBK 138 inci madde, ara ara bazı maddeleri atladım ama tekrar dönerim, TBK 138 inci maddede Adalet Komisyonunda sadece belli bir hale insar edilen temel hata ve yanlış ile ilgili çelişen bir hüküm haline dönüştüğüydü. Maalesef bu Adalet Komisyonundaki bir tadil önerisi ile gerçekleşti ve önerimiz şu oldu. Tekrar TBK 138 inci maddenin 24 üncü maddedeki temel hatası ile çalışmıyacak, onu tamamlayacak bir şekilde diğer ihtimalleri de kapsayacak şekliyle yine Bilim Komisyonunun hazırlamış olduğu metne dönmek suretiyle hocama da atıf yapayım. Alman BGB'sindeki hüküm esas alınarak zamanaşımı ile ilgili özellikle zamanaşımında teselsül eden zararlar konusundaki düzenlemede zamanaşımının hangi andan itibaren başlayacağına ilişkin bir açıklayıcı hükmün olmamasının yarattığı sıkıntılardan bahsedildi. Özellikle bu noktada zararın tam anlamıyla oluştuğu son anın temel alınması gelişen zararlar açısından şey yapıldı. Bununla ilgili bir takım yargıyı yanlış uygulamalarının ancak bu şekliyle engellenebileceği savunuldu. Yine zamanaşımının sürelerinin uzatılması yönünde özellikle Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin süreleri sınırlı bulan hükümleri de dikkate alınarak yeniden gözden geçirilmesi gerektiği ifade edildi. Vekâletin kötüye kullanılması yine benim Türk Borçlar Kanunu, Bilim Komisyonunda önerdiğim bir hükümdü. Belki borçlar genel bölümünde değil ama vekâlet bölümünde vekâletin kötüye kullanılması şartları ve yaptırımları belirtilerek özel olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünüyorduk. Bizim görev alanımıza girmiyordu ama yeri gelmişken Sayın Komisyon Başkanına yine bilgilendirme yapalım diye buraya aldık. Zamanınızı alıyorum ama son toplantı biraz daha hızlı geçeyim isterseniz. Yine kâr mahkûmiyetine ilişkin düzenlemenin Borçlar Kanunumuzda olmaması dolayısıyla tazminat hakkının ve zarar kapsamının belirlenmesinin çözümlerini üretmek bakımından mukayese ve hukukun Alman Medeni Kanunu 252. paragrafının baz alınmasının uygun olacağını ve diğer mukayese hukuk düzenlemelerinden de yararlanması gerektiği düşünüldü. Cezai tazminat yeni bir kurum ve kavram olarak doktrinde şey yapıyor. Fakat cezai tazminatta ilgili düzenleme Türk Borçlar Kanunumuzda yok. Türk Borçlar Kanundaki düzenlemenin de yine mukayeseli hukuktan yararlanılarak alınması yönünde yarar olduğu düşünüldü. Ürün sorumluluğu ile ilgili Borçlar Kanunumuzda ayrı bir düzenleme yapılmasının gerekli olmadığını ama ürün sorumluluğuna ilişkin tüketici koruma hükümlerinin de Tüketici Kanunundan çıkartılması gerektiği ve ürün sorumluluğunun Avrupa Birliği'nin bu konuya ilişkin ismini şu anda numarasını hatırlamıyorum, yönergesi dikkate alınarak ayrı bir Kanun olarak altını çiziyorum ki bir birçok kıta Avrupa ülkesinde bu böyle bu şekliyle düzenlenmesi gerektiğini öneriyoruz. Geçici ödemeleri detaylı olarak tartıştık. Buna ilişkin önerilerimizi Bakanlığa sunuyoruz. Yine Adalet Komisyonunda Bilim Komisyonunun dışında ilave edilen meşhur 55 inci madde var. 55 inci maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi ile son fıkrasının çıkartılması. İkinci fıkranın ise Kanun yapma şekline uygun olarak Yargıtayın şu andaki aktüel uygulaması dikkate alınarak olumlu bir şekilde

kaleme alınması gerektiğini yine bakanlığımıza önerilmesi gerektiğini düşündük. Bir başka sorun da özellikle uzlaştırmaya tabi suçlar bakımından CMK 253/19 uncu maddenin sonuçları yönünden verilen kararlar ile ilgili olarak ceza yargılamasında özel hukuk sonuçlu karar verilmemesi gerektiği ve bununla ilgili uzlaştırma ile ilgili mevzuatta bu hususun düzenlenmesi gerektiği ve neler olması gerektiği. Bu tür maddi ve manevi tazminatla ilgili uyuşmazlıkların tamamen özel hukuka atfı yapılması ve ona bırakılmasının daha uygun olduğu noktasında şey yaptık. Ergün Özsunay Hocamıza ise burada huzurlarınızda teşekkür ediyoruz. Son gündem maddesi olarak elektronik skuterların trafik nedeniyle doğan değil sadece trafik ve diğer her türlü yönü itibarıyla kazalardan doğan sorumluluğa ilişkin özellikle Karayolları Trafik Kanununa bir hüküm konulması gerektiği, alt mevzuatı itibarıyla büyük iş yerleri ile bununla ilgili tazminat sorumluluğunun kullanma sorumluluğu bir takım idari düzenlemelerle birlikte bunun yerine getirilmesi gerektiği ve e-skuterların sorumlulukla ilgili olarak Borçlar Hukuku hükümlerine veya Karayolları Trafik Kanununun ilgili hükümlerine atfı yapılarak sorumluluk ile ilgili düzenlemelerin getirilmesine ilişkin detaylar ortaya kondu. Genel tehlike sorumluluğu, benim göz bebeğim olan hükümlerden birisi. Fazla oraya kimseyi müdahale ettirmek istemedim ama onunla ilgili arkadaşların görüşlerini de burada ifade edeyim; Kanun hükmü ile ilgili tipiklik unsurunun bana göre var. Ama arkadaşlar olmadığı konusunda yaklaşımları oluyor bazı akademisyenlerin. İşletmeden doğan tipik sorumluluğun kapsamının daha açığa çıkarılmasına ilişkin bir yaklaşımları söz konusu. Ama bazı arkadaşlar böyle bir genel sorun olmaması gerektiğini düşünüyor, ama genel eğilim olması gerektiği konusunda. Son fıkra ile ilgili olarak bazı arkadaşlar yanlış yorumlama yapıyorlar. Bu da bana göre bazıları kendilerinin doğru yorumladıklarını iddia ediyorlar. İzinli tehlikeli işletmeler, izinsiz tehlikeli işletmeler. Hayır öyle değil. Hocam burada izinli olsalar dahi genel tehlike sorumluluğuna sahiptir diyebiliriz. Yanlış anlaşılma olmasın hatta Yargıtay izinli olanları bu tehlike sorumluluğu dışına çıkartmasın diye biz son fıkrayı yazdık. Denkleştirme kelimesinin çıkarılması benim için önemli değil, çıkarabiliriz. Denkleştirme kelimesindeki o oradaki özellikle izinli dedikleri tehlike işletmeleri fedakârlıkların denkleştirmesi olarak anlaşılmasını sağlıyor. Hayır oradaki denkleştirme, fedakarlıkların denkleştirilmesi değil; denkleştirme tazminidir. İkincisi yine bir yanlış anlaşılma tehlike sorumluluğu ile ilgili bir hüküm var; tehlike sorumluluğunun genel sorumluluk olarak düzenlenmesi doğru. Fakat öyle bir genel sorumluluk ki özel hukuk sorumluluğu olsa bile yanında olup onunla yarışan bir sorumluluk olduğunu da burada belirtmek isterim. Hepinize sevgi ve saygılarımı sunarak teşekkür ederim. İkinci olarak yine bir teşekkür etmek istiyorum. Değerli bakanlık temsilcilerine bizleri buraya davet edip yargıyı ve yargı mensuplarının uygulamaları ile ilgili biz akademisyenlerinin hukuk görüşlerine bir arada bulundurdıkları ve tartıştıkları için Hegel'den alıntı yapacağım. Hegel'in diyalektiği yıkıcı bir diyalektik değildir. Hegel'in diyalektiği kavrayıcı bir diyalektiktir. Var olandan alıp, kendinde buluşturup, ileriye taşıyan bir şeydir. İnşallah bizde bugün karşılıklı bu tartışmalarımızda birbirimizden bir şeyler alıp bir yerlere taşımışızdır diyerek hepinize sevgi ve saygılarımı sunuyorum.

Sunucu:

Katkılarından dolayı hocamıza teşekkür ediyoruz. Hukuk İşleri Genel Müdürümüz Sayın Hakan ÖZTATAR'ı kapanış konuşmasını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum efendim.

O zaman plaket törenini şimdi yapıyoruz. Hukuk İşleri Genel Müdürümüz Sayın Hakan ÖZTATAR; Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU'na plaketlerini takdim ediyor.

Hakan ÖZTATAR:

Sayın Yargıtay Daire Başkanlarım ve sayın Yargıtay üyelerim, sayın akademisyenler, kıymetli meslektaşlarım ve çok değerli katılımcılar. Öncelikle bilgi yüklü değerlendirmeleriniz, anlamlı tartışmalarınız, çalıştayın her bölümüne aktif katılımınızdan ötürü çok teşekkür ediyorum. Bakanlığımız adına hepinizi saygıyla selamlıyorum. Gerçekten iki gündür bu saate kadar çok güzel tartışmalar oldu. Gerçekten iki gün içerisinde 10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayı başlığı altında birçok konu üzerinde çalıştık. Çalıştay sonunda çok değerli çalışma grup başkanlarımızın açıklamış olduğu nihai karar bildirilerinde Kanunu tatbik eden yargı mensuplarının, kurum ve kuruluşların, akademisyenlerimizin farklı tecrübelerini ve sorunlara bakış açılarını ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerini aktarma fırsatı bulduk ve beraber müşahade ettik. Gerek ilk gün yapılan Türk Ticaret Kanununun 10 yıllık yürürlük sürecinin değerlendirilmesine ilişkin genel oturum gerekse grup çalışmaları neticesinde alınan nihai kararların Türk Borçlar Hukuku alanında yaşanan sorunların giderilmesine yönelik atılacak adımlarda bir ivme kazandıracağına dair inancım sonsuzdur. 10. Yılında Türk Borçlar Kanunu Çalıştayı'nın verimli ve faydalı geçmiş olmasını temenni ediyorum. Tabi geri dönüşlere baktığımızda gerçekten uygulamacılar ile akademisyen hocalarımızın daha fazla bir araya gelmesinin ne kadar faydalı olduğunu bugün itibarıyla da anlamış olduk ve bu da bize esasında Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü görev tanımı da zaten budur. Ve inşallah daha fazla bu toplantıları yapmak konusunda çalışacağız. Ama Gökhan Hocamın bir talebi de olmuştu ve gerçekten güzel bir öneri. İnşallah Cumhuriyetimizin 100. yılında Türk Medeni Kanunu Çalıştayı, onu da Ankara'da inşallah yapalım. Ve arkadaşlar da en azından bunun hazırlıklarına başlasınlar. İnşallah bunu beraber gerçekleştirelim. Tabi burada elde ettiğimiz çıktılar konusunda şu açıklamayı yapma ihtiyacı duyduk. Bütün her şey kayıt altına alındı. Bunların çözümlemesini yapacağız. Ve bunu bir kitap haline getireceğiz bu anlamda. Onun için kitapları da buraya gelen bütün hocalarımıza, akademisyenlerimize, çok değerli Yargıtay üyelerimize vereceğiz ama aynı zamanda hukuk dünyamıza da bunu kazandırmış olacağız. Buradan elde etmiş olduğumuz çıktıları da Adalet Bakanlığı olarak, bizim Mevzuat Genel Müdürlüğümüz var kanunlaşma çalışmaları yapan Genel Müdürlüğümüz, biz bunları bir öneri olarak Mevzuat Genel Müdürlüğümüze de buradaki çıktıları, büyük bir ihtimal artık kanunlaşma süreci bu meclis döneminde sona erdi, ermek üzere. Seçim sonrası için inşallah bir tadilata ihtiyaç var mı Türk Borçlar Kanununda, bu öneriler ile ilgili neler yapılabilir, Mevzuat

Genel Müdürlüğümüz tarafından takip edilecektir. Ben Çalıştayın düzenlenmesini sağlayan başta Adalet Bakanımız Sayın Bekir Bozdağ Beyefendiye, yine teşrif eden Sayın Yargıtay Başkanımıza ve emeği geçen herkese, tüm katılımcılara çok teşekkür ediyorum. Katkıları için şükranlarımı ifade etmek istiyorum. Uygun görüyorsanız hep beraber bir hatıra fotoğrafı alarak toplantımızı bitirelim inşallah. Çok teşekkürler, çok sağ olun.

FOTOĞRAFLAR















ADALET BAKANLIĞI

www.adalet.gov.tr