

HMK DEĞİŞİKLİĞİ

Av. Ender DEDEAĞAÇ* – Stj. Av. Elçin SANAL**

İşbu yazı Ankara Barosunda 18 Mart 2015 tarihinde Av. Ender Dedeagaç tarafından sunum olarak gerçekleştirilmiştir.

HMK'nın 109. maddesi ve 47. maddesinde yapılan değişiklik TBMM tarafından kabul görmüş ve Resmi Gazetede yayınlanmıştır. HMK 109. maddesinde yapılan değişiklikten ötürü mutlu; HMK 47. maddesi bakımından ise, hem mutlu hem de mutsuz olduğumuzu öncelikle belirtmek isteriz.

1 – HMK 109. MADDESİNDEKİ KISMİ DAVA İLE İLGİLİ DEĞİŞİKLİK

HMK'nın 109. maddesinde yapılan değişiklik ile söz konusu maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*Takip konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz.*” hükmü kaldırılmıştır.

Kanımızca, yapılan bu değişiklik ile kısmi davaya ilişkin yasal düzenleme, hukukun bütünlüğüne uygun hale getirilmiştir. Hatta, HMK 107. maddesinde düzenlenen belirsiz alacak ve tespit davasına ilişkin farklı yorumlamaların, kısmen de olsa ortadan kalkması olanağı bile doğmuştur.

Bilindiği gibi, HMUK döneminde, kısmi davanın yasal bir tanımı bulunmamaktaydı. Kısmi dava, Yargıtay içtihatları ile benimsenen ve ilmi içtihatlarla desteklenen, bir dava türü olarak doğmuş ve yaşamıştı. HMUK dönemindeki bu gelişmede, kısmi davaya, kanımca doğru bir yaklaşım olmamakla birlikte, HMUK 4. maddesi usul hukuku kuralı ve BK 84.

* Ankara Barosu.

** Ankara Barosu.

maddesi ise maddi hukuk kuralı olarak hukuki dayanak oluşturmuştu. Biz, BK 84.maddesine dayalı olarak oluşturulan bu görüşü, doğru bir yaklaşım olarak kabul etmemekteyiz. Çünkü BK 84. maddesi, borçlunun kısmi ödemesini düzenleyen bir maddedir. Üstelik söz konusu maddenin uygulanabilmesi için, borçlunun temerrüde düşmemiş olması gerekmektedir. BK 84. maddesi TBK 100.maddesi olarak yasalaşmıştır. Kanımca, HMK 109. maddesi hüküm altına alınmasaydı; HMUK m.4'ün karşılığı HMK'da yer almadığı için, kısmi davayı sadece, TBK m.100'e göre çözmek zorunda kalacaktık. Bu çözüm ise, bizim katılmadığımız bir çözüm olacaktı. Çünkü TBK m.100, BK m.84'te olduğu gibi, borçlunun vadesi gelmemiş borçlarının ödenmesine yönelik bir maddedir ve alacaklı ile ilgili bir hüküm içermemektedir.

HMUK uygulamasında, kısmi dava açılabilmesi için, asıl alacağın bilinmesi ve dava dilekçesinde belirtilmesi zorunluluğu bulunmaktaydı. Çünkü HMUK m.4'e göre görevli mahkemenin belirlenmesi ve HMUK m.426'ya göre kanun yollarına başvurma sınırlarının saptanmasında, derdest olan kısmi davanın değerinin değil, asıl alacağın dikkate alınması yasanın emri olup, Yargıtay kararlarınca da benimsenen bir koşuldur.

HMUK dönemine ait bu konudaki görüşümüzü, YHGK 17.10.2012 gün ve 2012/9-838 E. 2012/ 715 K. sayılı kararında yer alan ifadeler ve yapacağımız alıntılarla kuvvetlendirmemiz mümkündür.

Söz konusu karara göre; *“Alacağın yalnızca bir bölümü için açılan davaya kısmi dava denir. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden doğmuş olması ve alacağın şimdilik belirli bir kesiminin dava edilmesi gerekir. Diğer bir söyleyişle, bir alacak hakkında daha fazla bir miktar için tam dava açma imkânı bulunmasına rağmen, alacağın bir kesimi için açılan davaya, kısmi dava denir. Kısmi dava açılabilmesi için talep konusunun bölünebilir olması gerekli olup, açılan davanın kısmi dava olduğunun dava dilekçesinde açıkça yazılması gerekmez. Dava dilekçesindeki açıklamalardan davacının alacağının daha fazla olduğu ve istem bölümünde “fazlaya ilişkin haklarını saklı tutması” ya da “alacağın şimdilik şu kadarını dava ediyorum” demesi, kural olarak yeterlidir.”*^[1]

HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki bir tarihi taşıyan bu kararda, HMUK döneminin YHGK kararına ve o dönemin bilimsel görüşlerine atıf

[1] **Ayrıca bkz.** YHGK 02.04.2003 gün ve 2003/4-260 E. 271 K. sayılı ilamı;
Pekcanitez H./Atalay M./Özkes M.- Medeni Usul Hukuku, 12.Bası, s.320;
Kuru/Arslan/Yılmaz- Medeni Usul Hukuku, 22.Bası, s.286

yapılmış olmasını değerlendirdiğimizde, iki dönem arasında bir farklılığın olmaması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız. Zaten bir şeyin kısmi olduğunu söyleyebilmek için, tümünün bilinmesinin bir zorunluluk olduğu inkar edilemez bir gerçektir. Bu durumda, yürürlükten kaldırılan HMK m.109/2, var olan bir yanlışın düzeltilmesi anlamına gelmektedir.

Ancak, HMUK döneminde uygulamada, özellikle iş mahkemelerindeki uygulamalarda, davanın değeri ne olursa olsun iş davalarının mutlaka iş mahkemelerinde görülmesi zorunluluğu olduğu için, yani dava değerinden ötürü, göreve ilişkin bir sorun yaşanmadığı için; kısmi dava, hem ilmi ve kazai içtihatlar da benimsenen şekline hem de yasaların aradığı koşullara aykırı bir gelişme göstermiştir.

HMK hazırlanırken dava türlerinin yasal tanımlarının yapılması, bir ilke olarak benimsendiği için, yeni HMK'da, hukuk sistemimizde yer alan davaların tanımına yer verilmiştir. İşte bu tanımlamalar yapılırken, kısmi dava da bir dava türü olarak HMK'da yer almıştır. HMK, TBMM'ye sunulduğunda, komisyon çalışmalarında, mevcut dava türlerine, o güne kadar bilmediğimiz bir dava türü olan, belirsiz alacak ve tespit davası da eklenmiştir. Yapılan bu ekleme, kanımıza göre, HMK m.106'da yer alan tespit davası, HMK m.107'de yer alan belirsiz alacak ve tespit davası ile HMK m.109'da yer alan kısmi davanın uygulamacılar arasındaki yorumunda uçurumların oluşmasına neden olmuştur. Bu farklı yorumlarda, yorumcuların maddi yararları bir etken olduğu gibi, HMK m.109/2'de yer alan ve bugün kaldırılmış olan yasaklama hükmü de rol oynamıştır.

Kanımızca, HMK m.109'da yapılan bu değişiklik ile madde içeriğinde oluşan kısmi davaya ilişkin çelişki giderilmiş olacağı gibi, HMK 106. ve 107. maddelerinin daha doğru uygulanması olanağı doğacaktır.

Yukarıda da söylediğimiz gibi, HMK m.109'da yapılan değişiklik ile madenin ikinci fıkra hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, dava konusunun taraflar arasında tartışmasız olması ve dava konusunun açıkça belli olması halinde kısmi dava açılmayacağına ilişkin yasaklama kaldırılmış ve kısmi dava gerçek anlamına kavuşmuştur. Yani dava konusunun açıkça belli olması ve bunun taraflar arasında tartışmasız kabul edilmesi halinde, kısmi dava açılabileceği hükme bağlanmıştır. Böylece, bölünebilir bir alacağın varlığı halinde, bunun bir kısmı dava konusu edilebilecek hale gelmiştir. Üstelik HMK m.4'e göre görevin belirlenmesinde parasal sınırlamalar kaldırılmış olduğu için, görevin belirlenmesinde de bir problem olmaksızın kısmi dava açılabilecek hale gelmiştir. Elbette, kanun yoluna başvurmada, kısmi davada yer alan değer değil, davanın bütünü içerdiği değer dikkate alınacaktır. Diğer bir anlatımla, HMK m.109

-HMUK döneminde, gerek ilmi gerekse kazai içtihatlarla benimsendiği gibi-
“kısmi dava, dava konusunun bölünebilir olması koşulu ile, belli bir alacağın bir kısmının talep edilebilmesidir” tanımlamasına uygun hale gelmiş olmaktadır.

1.1. Kısmi Dava İle Belirsiz Alacak Ve Tespit Davası Farkı

Özellikle belirtmek isteriz ki, bizim kanımıza göre, alacağın belirsiz olması halinde, kısmi dava açılması söz konusu olamaz. Çünkü kısmi dava, bir eda davasıdır. Bu davada da, her eda davasının içeriğinde olduğu gibi, tespit davası özelliği vardır. Ancak, buradaki tespit, belirsiz olan alacağı belirgin hale getirmek özelliğini taşımamaktadır. Buradaki tespit, talep edilen kısmi alacağın var olup olmadığını saptamak için yapılmaktadır. Kısmi davanın, yani talebin dışında kalan kısmın tespiti yapılmamaktadır. Bu nedenle, bizim kanımıza göre, kısmi davanın açıldığı gibi, yani kısmi dava olarak kesinleşmesi halinde; daha sonra alacağın kalan kısmı için açılacak olan davada, kısmi davadaki bilirkişi raporu ve diğer delillerin kesin delil olup olmadığı ya da kısmi dava hükmünün kesin hüküm olup olmadığı bile tartışma konusu oluşturabilecektir.

Bu konuda, Baki Kuru'dan^[2] yapmış olduğumuz özeti bilginize sunmakta yarar bulunmaktadır:

- Kısmi davanın kabulü halinde, kısmi dava için verilen karar, davanın saklı tutulan kısmını oluşturan ve ek davaya konu yapılan alacak bakımından kesin hüküm oluşturmaz. Ancak hakim, kesin delil olarak değerlendirebilir.
- Ancak kısmi davanın reddi halinde, bu ret kararı, saklı tutulan ve ek davaya konu yapılan alacak için kesin hüküm oluşturur.
- Kısmi davanın içinde yer alan tespit bölümü, sonradan açılan ek dava için kesin delil teşkil eder.
- Kısmi davada alınan bilirkişi raporunun içeriğinde yer alan, ancak kısmi davanın konusunu aşan (talep edilen alacak değerini aşan) kısım bakımından, bilirkişi raporu bağlayıcı nitelikte olmadığından ötürü, ek dava için yeniden bilirkişi incelemesi yapılabilir. (Yargıtay 9.H.D.'nin aksi yönde kararları bulunmaktadır).
- Bilirkişi raporu, takdiri delil olduğu için; hakim, kısmi davada alınan bilirkişi raporunu, ek davada da kabul edebilir.

[2] Prof. Dr. Baki Kuru–Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Altıncı Bası, s. 1548 ve 2801

- İşçi ile işveren arasındaki davada alınan bilirkişi raporu, SSK tarafından açılan rücu davasında kesin delil olur.

Ancak, kısmi davanın karara bağlanması aşamasından önce, ıslah yaparak talebin artırılması yoluyla alacak miktarı arttırılırsa; kısmi ıslah niteliğinde oluşan bu arttırmadan sonra, dava yeni değeri ile değerlendirileceği için, kısmi dava içinde yer alan bilirkişi raporu bu artırılan kısım için de geçerli olacaktır.

1.2. HMK m.109/2'nin Yürürlükten Kalkmasından Sonra Kısmi Dava Tanımı

Getirilen yenilik, kısmi davanın yanlış olarak hükme bağlanan tanımını, doğru hale getirmiştir. Yoksa bunun belirsiz alacak davalarında da kullanılabilmesinin yolunu açmamıştır.

Yapılan bu değişiklikle birlikte, kısmi davaya ilişkin olan HMK m.109/3'ü de göz önüne olarak, kısmi davaya ilişkin hükmü bir bütün olarak değerlendirmek ve tanımlamak istersek; Kısmi dava, dava konusunun bölünebilir ve belirgin olması halinde, davacının, fazlaya ilişkin haklarını saklı tuttuğunu belirtmesine gerek olmadan, alacağının tamamı belirgin olmasına rağmen, alacağının bir kısmını dava etmesi halidir, diye tanımlanabilmelidir.

1.3. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süre Yönünden Kısmi Dava

Hemen hatırlatmak isteriz ki, kısmi dava, hak düşürücü süre ve zaman aşımı bakımından, davacıyı koruyucu bir hüküm içermemektedir. Diğer bir anlatımla, gerek hak düşürücü süre gerekse zamanaşımı, kısmi dava açılması ile ortadan kalkmaz. HMK 109/3.maddesinde yer alan kısmi dava açılmakla, davanın kalan kısmı için açıkça feragat edilmedikçe, feragatten söz etmek; yani HMUK döneminde kabul edildiği gibi, zımni feragatten söz etmek mümkün değildir. Ancak hak düşürücü süre ya da zamanaşımı süresi dolmadığı takdirde, 'alacağın kalan kısmından açık bir feragat varsa feragat hükümleri uygulanır' kuralı geçerlidir.

Ne gariptir ki, Baki Kuru'ya ait eserde yer alan 10.11.1954 gün 18/23 sayılı YİBGK kararında^[3] “*Davacının fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmadığı için dava dışı kalan alacak kesiminden feragat etmiş sayılabilmesi için, dava açarken fazlaya ilişkin haklarının (alacak kesiminin) gerçekleşmiş ve bilinmekte olması gerekir.*” şeklinde bir kararı olmasına ve yine söz konusu eserde Çenberciye yapılan atıfla örnek karar olarak gösterilen 10 HD 17.3.1975 gün ve 421/1496

[3] Prof. Dr. Baki Kuru – Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Altıncı Baskı, Cilt II, s.1537

sayılı kararda da aynı görüş benimsenmiş olmasına rağmen, başka hiçbir şart aranmaksızın sadece fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğunu belirten bir ifadenin yer almamasını feragat için yeterli görmekteydik. Hatta, feragat için avukatın özel yetkilendirilmiş olması gerekir şartının varlığına rağmen, açtığı davada, avukatın böyle bir yetkisi olup olmadığına bakmaksızın, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğu belirten bir ifadenin yer almamış olmasını da yeterli görmekte idik.^[4]

Kısmi davadan sonra, ek dava yolu ile açılacak olan talepler için, hak düşürücü sürenin ve zamaşımı süresinin açılan yeni davanın dava tarihinden itibaren hesaplanması gerektiğinde bir tartışma söz konusu değildir. Ancak, ıslah yolu ile kısmi davada alacak miktarının, yani talep sonucunun değiştirilmesi söz konusu olduğunda, zamaşımı ve hak düşürücü sürelerin başlangıç tarihlerinin ne olacağı konusunda, ilmi ve kazai içtihatlarda çelişkiler olduğu herkes tarafından bilinmektedir.^[5] Kısacası, zaman aşımı ve hak düşürücü süre yönünden avukatlar için var olan tehlike, kısmi dava türünde ortadan kalkmamaktadır. Üstelik Yargıtay kararları arasındaki çelişkiler nedeni ile daha da büyümektedir.

Elbette, kısmi dava aşamasında, yargılamanın gereksiz uzaması nedeniyle, adil yargılanmanın ilkelerinden biri olan, makul sürede yargılanma kuralı ihlal edilmiş ve bu nedenle zamaşımı ya da hak düşürücü süre meydana gelmiş ise, devlet aleyhine tazminat ve hakim hakkında ceza davası düşünülebilir.

Ayrıca Yargıtay'ın kararlarında var olan bu çelişki, AİHM 2.Daire 27.Mayıs.2014 günlü Nejdet ve Perihan Şahin-Türkiye, 3.Daire 31.Mart.2015 S.C. Uzenexport AŞ-Romanya kararlarında, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruya ilişkin olan Genel Kurul 6.1.2015 günlü 2013/6932 sayılı, 2.Bölüm 18.9.2013 günlü 201373351 sayılı, 2.Bölüm 10.12.2014 günlü 201371995 sayılı ve 1.Bölüm 15.10.2014 günlü 2013/1660 sayılı kararlarında belirtildiği gibi, adil yargılama açısından hak ihlaline neden olmaktadır. Bu ise devletin ve elbette ki hakim sorumluluğuna yol açmaktadır.

[4] Prof. Dr. Bilge Umar'ın HMK Şerhinde Postacıoğlu'na yapmış olduğu göndermeye göre, bu yanlış uygulamanın kaynağı, HGK 8.3.1967 tarihli kararıdır. Kanımızca, HMK 109/3. maddesi bu sakıncaları giderecektir.

[5] Söz konusu çelişkiler hakkında daha geniş bilgi isteyenlerin, enderededeğaç.blogspot'ta Ekim 2011'de yayınlanan "Islah Kısmi Eda Davası Ve Belirsiz Alacak Ve Tespit Davasının Birlikte İncelenmesi", Ocak 2012'de yayınlanan "HMK ve Zamaşımı İtirazı", Ağustos 2012'de yayınlanan "Islah ve Zamaşımı" ve Kasım 2014'de yayınlanan "Belirsiz Alacak ve Tespit Davası, Kısmi Davası ve Islahla Zamaşımının İlgisi Konularındaki Yargıtay Kararlarının İrdelenmesi" başlıklı yazıları incelemelerini önermekteyiz.

1.4. Belirsiz Alacak Ve Tespit Davasında HMK 115/2.Maddesinin Uygulanabilirliği

Kısmi dava ile belirsiz alacak ve tespit davasının uygulamasının yeni olmasından ötürü, gerek avukat olan meslektaşlarımız gerekse hakim olan meslek kardeşlerimiz, pek çok hata yapmakta ya da yapılan hataları katı bir mantıkla yorumlamaktadır. Bu nedenle, HMK m.109/2'nin yürürlükten kaldırılmasından önceki döneme ait olması nedeni ile kısmen de olsa geçerliliğini yitirmiş bir kararı, bilginize sunmak isteriz.^[6] Bu kararda, kısmi dava ya da belirsiz alacak davası niteliklerini taşımadığı halde, kısmi dava ya da belirsiz alacak davası olarak açılan davanın hemen reddedilmesi yerine, HMK m. 115/2 gereği davacıya süre verilmesi gerektiği hükme bağlanmaktadır. Bu kararda ve benzer kararlarda yer alan görüşe katıldığımızı beyan etmek isteriz. Çünkü böylece, taraflarca yapılmış olan usulü hatalar nedeni ile tarafın hakkından olmasının önüne geçilecektir. Zaten HMK m.33/1'de yer alan "Hakim Türk hukukunu resen uygular." kuralının varlığı da, tarafların, hukuk bilgisi olmaması nedeniyle yapmış oldukları hatalardan ötürü hak kaybını yaşamalarını önlemek için değil midir?

1.5. Kısmi Eda ve Külli Tespit Davası Tanımı

Yine yukarıda sözünü ettiğimiz Yargıtay 9.H.D.'nin 26.11.2014 gün 2014/31734 E. 2014/35646 K sayılı kararında, yasanın gerekçesinde yer alan "kısmi eda ve külli tespit" davası sözcükleri ile ifade edilen bir tanımlama yapılmıştır. Bu tanımlama, 17 Ekim 2011 ve 8 Şubat 2012 tarihinde enderededeğaç. blogspot'ta yayınlanan belirsiz alacak ile ilgili iki ayrı yazıda^[7] da benimsenmiş bir tanımlama olduğu için, sevindiğimizi belirtmek isteriz. Ancak blogda yer alan tanımlamada, belirsiz alacak ve tespit davasının içeriğinde yer alan eda davasının kaynağı, HMK m.107'de yer alan "asgari" sözcüğüne dayandırılmış olup, davacının, alacağın belirgin olan kısmı için eda davası olarak açması ve bu kısmı da asgari değer olarak belirtmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu açıklamada, iki temel öge dikkate alınmıştır. Bunlardan biri, asgari deyimine bir anlam yüklemekten kaynaklanmaktadır. Diğeri ise, o dönemde, alacağın bilinen kısmı için var olan kısmi dava açma yasağından ötürü, alacağın bilinen kısmının aynen asgari değer olarak yazılması ile yasanın bu yasağına aykırı

[6] Yargıtay Kararlar Dergisi (Şubat 2015)–Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin 26.11.2014 gün 2014/31734 E. 2014/35646 K sayılı kararı

[7] Ender Dedeğaç–Belirsiz Alacak ve Tespit Davası, Kısmi Dava, Islahla Zamanaşımının İlgisi Konularındaki Yargıtay Kararlarının İncelenmesi, Kasım 2014

Ender Dedeğaç–Islah, Kısmi Eda Davası ve Belirsiz Alacak ve Tespit Davasının Birlikte İncelenmesi, Ekim 2011

davranmak endişesinden kaynaklanmıştır. Ancak bugün bu kısıtlama, HMK 109/2.maddesinde, yapılan değişiklikle, yürürlükten kalktığı için, bu endişeye gerek kalmamıştır. Yine de, kısmi dava açılırken, alacağın tamamının belirtilmesinin, kanun yollarına başvurunun değerlendirilmesi bakımından önem taşıdığına inanmaktayız. Üstelik bu belirtme sulh yolunun açılmasına da yarar sağlayacağı gibi, davalı vekili meslektaşlarımızın akdi vekalet ücreti taleplerini somut hale getirecek, Av. K. m.164’te yer alan sınırlamalar nedeniyle mağdur olmasını da önleyecektir. Bu düşüncemiz nedeniyle, belirsiz alacakta yer alan “asgari bir miktar ya da değer” koşulu belirtilirken, davacının iradesinin geçerli olacağını kabul etmekte olup, belirgin haldeki alacağın da tamamının, en azından bilgi olarak, dava dilekçesinde gösterilmesinden yana olduğumuzu ifade ederiz.

1.6. Kısmi Dava İle Belirsiz Alacak ve Tespit Davasının Farkları

HMK m.109/2’nin yürürlükten kalkmasından sonra, meslektaşlarım ve meslek kardeşlerim, bu değişikliği, belirsiz alacak ve tespit davasında oluşmuş bir değişiklik olarak yorumladılar. Bu nedenle, belirsiz alacak ve tespit davasına, hatta tespit davasına değinmeden, konunun tam olarak anlaşılacağına inanmadığımız için bu konulara değinmekte de yarar görmekteyiz.

Hemen belirtmek gerekir ki, kısmi dava ile belirsiz alacak ve tespit davasını karıştırmak mümkün değildir. Çünkü kısmi davada, davacı, talep konusunun tamamının ne olduğunu bilmesine rağmen, kanunun kendisine tanıdığı olduğu bir olanaktan yararlanarak, alacağının belirli bir kısmını dava konusu yapmaktadır. Halbuki belirsiz alacak ve tespit davasında, davacı, alacağını bilmemektedir ve bilmesine olanak da yoktur. Bu nedenle, dava konusunun belirsiz olması halinde yapılması gereken şey, HMK m.107’de yer alan belirsiz alacak ve tespit davası açmaktır. Çünkü bu dava türünün hukuk sistemimize kazandırılmasının temel amacı, “davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu hallerde” davacının, hak düşürücü süre ve zamanaşımı korkusu olmaksızın dava açabilmesini sağlamaktır.

Yasa koyucu, HMK m.107’de, davanın açılabilmesi için, yukarıda belirttiğimiz iki koşulun yanı sıra, davacının hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmesi şartını da aramıştır. Böylece, dava açmak için aranan koşulların sayısı üçe ulaşmıştır.

Yasanın yürürlüğe girdiği 1.10.2011 tarihinden sonra, bozma sonrası incelemeyi içeren bir HGK kararı bulunmaktadır. Yargıtay 9.H.D.’nin görüşünü benimseyen bu karar, içtihadı birleştirme kararı niteliğini taşıdığı için,

bazılarına göre, 22.Hukuk Dairesi ile 9.Hukuk Dairesi'nin kararları arasında çelişkiler oluşmuştur.

Kanımızca ise, daire kararları arasında var olan bu çelişki, kanunda yer alan “davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkansız olduğu haller”den ne anlaşılması gerektiği ve bunun somut olaya nasıl uygulanacağı hususundan kaynaklanmaktadır.

Gerek daire kararlarında gerekse hukuk genel kurulu kararında, belirsiz alacak ve tespit davasının açılabilmesi için, davanın açıldığı tarihteki alacağın miktarının yahut değerinin belirlenememesi halinin, davacı için objektif bir imkansızlıktan kaynaklanmış olması, koşulu aranmaktadır. Yine bu kararların hepsinde, objektif imkansızlığın belirlenebilmesi için her bir somut olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Diğer bir anlatımla, bu koşul açısından kararlar arasında bir fark ya da çelişki bulunmamaktadır.

Yargıtay 9.H.D.'ye göre, “*Dava konusu edilen alacak, yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektiriyor veya miktar veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun tespit edilmesini gerektiriyor ise talep konusu alacağın tartışmalı veya açıkça belirlenemeyeceği kabul edilmeli ve kısmi dava olarak görülmelidir.*” Yargıtay 9.H.D.'nin bu saptamasının yanı sıra “...alacak miktarı veya değerinin takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapıldığı durumlarda alacak belirsizdir.” saptamasını da yapmaktadır.

Doktrinde, talep konusunun miktarının, tarafların anlaşmasına gerek kalmaksızın objektif olarak belirlenebilmesi için, İİK m.67 hükmünde öngörülen icra inkâr tazminatına ilişkin “likit alacak” kavramının yol gösterici olabileceği ileri sürülmüştür^[8]. Genel bir kavram olarak likit (ligiude) alacak; “tutarı belli(muayyen), bilinebilir, hesaplanabilir alacaktır”. Likit bir alacaktan söz edilebilmesi için, ya alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesi zorunluluğu olması gerekmektedir. Böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması, başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilecek durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez^[9]. Likit alacak bakımından aranan “borçlunun, talep edilen alacağı veya alacağın bütün unsurlarını bilmesi

[8] Kuru/Budak–Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı, 2011/5, s. 11

Prof. Dr. Ejder Yılmaz–Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012 s.737 vd.

[9] YHGK 14.07.2010 gün ve 2010/19-376 E. 397 K. sayılı ilamı

veya bilmek (kolayca hesap edebilmek) durumunda olması; bu bağlamda alacağın miktarının belirlenmesi için tarafların ayrıca mutabakata varmasına (anlaşmasına) veya mahkemenin tayin edeceği bilirkişi eliyle bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmaması, diğer bir anlatımla borçlunun, yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması” ölçütü, birçok tartışmayı sona erdirmekle beraber, uygulamada davada bir bilirkişi incelemesinde gidilmesinin alacağın likit olup olmadığı ile ilgili başlı başına bir kıstas olarak kabul edilmesi de doğru değildir. Çünkü mahkeme uygulamasında, “hesap işi” çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerden olduğundan, borçlunun kendi başına hesaplayabilecek durumda olduğu asıl alacak ve temerrüt faizine itiraz etmesi halinde, mahkemece alacaklının alacağının miktarı bizzat tespit edilmeyip bilirkişi vasıtasıyla belirlenecek; bu nedenle de likit olan bir alacağın sırf bilirkişi incelemesi yapıldığı gerekçesi ile likit sayılmaması şeklinde yanlış bir sonuç söz konusu olacaktır.^[10] Doktrinde, talep konusunun belirlenmesinin imkansız olduğu durumlara örnek olarak: Biyolojik nedenlere bağlı imkânsızlık hali (ağır yaralanan kişinin tedavisi sonuçlanmadan zararının belirlenmesinin mümkün olmaması; TBK m.75, mülga BK m.46/2 gibi), hukuki anlamda imkansızlık hali (davacının talep sonucunu belirleyebilmesi için gereken bilgilerin üçüncü kişi veya davalının bünyesinde olması, hakimın takdir yetkisinin bulunduğu gibi durumlar), sübjektif imkansızlık hali (kullanılmış bir aracın kısmen zarar görmüş olması durumunda, araç değerindeki azalmanın tespit hali gibi) hususlar gösterilmektedir.^[11] Görüldüğü gibi, likit kavramı, günlük dilde özellikle bankacılıkta kullanılan “paraya kolayca çevrilebilen varlık” anlamından uzaklaştırılmış ve ona yeni bir anlam yüklenmiştir.

Davacının ücretini gösteren bordro ve banka hesap ekstresi arasındaki farklılık ve davalı tarafından 4857 sayılı yasanın 8/3 maddesi gereğince mahkemeye sunması gereken belgelerin sunulmamış olması, yerel mahkemece, talep konusunun belirsiz olmasını gerektirmemesine rağmen, Yargıtay 9.H.D. ve Yargıtay Genel Kurulu bu iki olguyu talep konusunun belirsiz olmasına yol açtığı şeklinde değerlendirmiş ve bu nedenle davanın kısmi dava olarak kabul edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Hemen belirtmek isteriz ki, kanımızca, burada kullanılan kısmi dava tanımlaması, belirsiz alacak ve tespit davası yerine hatalı olarak kullanılmış bir hukuki deyimdir.

22.Hukuk Dairesi 20.05.2014 gün ve 2014/12235 E. 2014/13282 K. sayılı kararı ise şöyledir; “*Davacı vekili, müvekkilinin davalı işyerinde 01.06.1996 tarihinden iş sözleşmesinin sona erdirildiği 28.01.2013 tarihine kadar çalıştığını,*

[10] Prof. Dr. Ejder Yılmaz–Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, S.737, 740

[11] Prof. Dr. Hakan Pekcanitez–Belirsiz Alacak Davası, Ankara, 2011, s.43,44

kıdem ve ihbar tazminatı adı altında kısmi ödemeler yapıldığını, müvekkilinin ihtirazi kayıtlarla düşük ücret ve yevmiyeden hesaplanan tazminatları aldığını, ancak müvekkilinin gerçek ücretinin 1.200,00 TL olduğunu, davalı işverenin yıllık ücretli izin alacağını da düşük ücretten ödemediğini, bu sebeple fark alacakları için Kayseri 7. Noterliğinin ihtarnamesi ile işçilik alacakları ve faizinin talep edildiğini, ancak ihtara rağmen ödeme yapılmadığını, gerçek ücreti yargılama sonunda gerek ilgili kurumlara yazılacak yazı sonucu ve gerekse bilirkişi raporu ile ortaya çıkacağından davalarını belirsiz alacak davası olarak açtıklarını ileri sürerek, ihbar tazminatı farkı, kıdem tazminatı farkı, yıllık izin ücreti fark alacağı, fazla çalışma ücreti alacağı ve ödenen fazla çalışma ücreti fark alacağı istemiştir” . Daireye göre, “Öncelikle, taraflar arasında ücret miktarı tartışmalı ise de, salt söz konusu tartışmanın varlığı alacağı belirsiz hale getirmez. Keza davacı, çalışma süresini ve ücretini belirleyebilmektedir. Davacının ne zamandan beri çalıştığını veya ücretinin ne kadar olduğunu bilmemesi aynı zamanda hayatın olağan akışına da aykırıdır. Davacı işçinin kendisinin bilmediği çalışma süresini, tanıkların bildiğini veya bilirkişinin bileceğini farzetmek ispat kurallarına da hayatın olağan akışına da aykırıdır. Keza tarafın yeterli şekilde somutlaştırıp kendisinin bilgisinde dahi olmadığını belirttiği bir hususu mahkemeye bilinmesini beklemek de mümkün değildir.

Diğer taraftan davacı, dava konusu alacakların miktarlarının belirlenmesinde, işverenin elinde bulunan bilgi ve belgelere dayanmamaktadır. İşverenin maddi hukuktan doğan yükümlülüklerini (belge ve bordro düzenleme gibi) yerine getirmemesi, tuttuğu belgelerin gerçeği yansıtmaması, davadan önce işçinin alacaklarını inkar etmesi ya da ikrar etmekle beraber yerine getirmemesi davacıya kural olarak belirsiz alacak davası açma imkanını vermez. İşçi bu durumlarda dahi, alacağının miktarını veya değerini belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açamaz.”^[12]

Görüldüğü gibi, 9.H.D. taraflar arasında ücretin çekişmeli olmasını belirsiz alacak davası açmak için yeterli görmesine rağmen, 22.H.D. bu durumun belirsiz alacak ve tespit davası açmaya olanak vermeyeceğini belirtmiştir.

22.H.D.’nin bu gerekçesine bir cümle de biz eklemek isteriz, eğer davacı işçi, kendisine ödenen kıdem ve benzeri alacakları için, kendisine ödenenlerin hak ettiğiinden az olduğunu belirtip fark talep ediyorsa, ücretini de bilmektedir. Bu ise bir fiili karinedir.

Ayrıca, işçinin bordro ücretinin düşük gösterilmesinde, tek sorumlu işveren değildir. İşçi de işverenle aynı oranda olmasa bile sorumludur. İşçi, bu davranışı

[12] Dr. Cemil Simil – Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s.412

benimseyerek, kamu alacakları yönünden devletin zarara uğramasına neden olmaktadır. Olaya çözüm aranırken bu husus da unutulmamalıdır.

Yukarıda alıntı yaptığımız Yargıtay kararında, işçi, ücret alacağını kanıtlamak için, bordroya ve benzer işveren kayıtlarına dayanmamış, tanık ve bilirkişi deliline başvurmuştur. 22 Hukuk Dairesi'ne göre bu davranış, hayatın olağan akışına aykırı olduğu gibi, hukuken de kabul edilmesi mümkün bir davranış değildir. Diğer bir anlatımla, 22.H.D.'ye göre, işçi, bu davada, ispat ve delil yükü açısından kendisine yasalarca yüklenen yükümlülüğü yerine getirmemiş olduğu için davayı kaybetmiştir.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 13.01.2015 gün ve 2014/36316 E 2015/283 K sayılı kararı ile, konunun özünde bir farklılık yaratmamakla beraber, daha geniş bir açıklama yapmak gereğini duymuştur. Bu karara göre;

“Belirsiz alacak davasını düzenleyen HMK'nun 107 nci maddesinin gerekçe-sinde, birçok kez hak arama özgürlüğüne vurgu yapılmıştır. Yapılan bu vurguya göre,” alacaklının hukuki ilişkiiyi, muhatabını ve talep edebileceği asgari tutarı bilmesine rağmen “alacağın tamamını tam olarak” tespit edemeyecek durumda olması da belirsiz alacak davasının nedenleri arasında sayılmıştır. Bu itibarla belirsiz alacak davasıyla ilgili yoruma gidildiğinde, alacaklının hak arama özgürlüğünün değerlendirilmesi gerekir. Bunun aksine ilgili hükmün, alacaklının hakkına ulaş-masını kısıtlayan şekilde ele alınması doğru olmaz.

Konuyu iş mevzuatı açısından ele aldığımızda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 3, 8, 22, 28, 32, 37, 67. maddelerinde işverene çalışan her bir işçi yönünden kayıt tutma ve işçiye belge verme yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. Bütün yasal yükümlülüklere uyan işveren bakımından kural olarak işçi alacaklarının belirsiz olduğundan söz edilemeyecektir. Zira işçinin çalışma süresinin tam olarak kayda geçirildiği, iş sözleşmesi ile ücreti, ücretin ekleri ve çalışma koşullarının belirlendiği, işçiye her ay ücret hesap pusulası verildiği, günlük ve haftalık iş sürelerinin işçiye önceden bildirildiği, işçinin yaptığı olağanüstü çalışmalar için kendisine belge verildiği durumlarda, işçinin bir çok alacağı belirli ya da belirlenebilir durumdadır. Sadece hakimin takdirine kalan bazı alacaklar bakımından yine de başlangıçta bir belirsizlikten söz edilebilecektir.

İşçilik alacaklarının hesabı genelde iki kritere tabidir. İşçinin işyerinde geçen çalışma süresi ve ücreti ile ekleri bilindiğinde işçilik alacakları belirlenebilir durumdadır. Bu yüzden özellikle kamu kurumlarında işçinin çalışmalarının tam olarak Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirilmesi ve işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçinin ücreti ile eklerinin toplu iş sözleşmesinde yer alması sebebiyle işçilik alacakları belirlenebilir durumdadır. Yine de hakimin takdir alanına giren manevi tazminat, takdiri indirime tabi fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, bayram ve

genel tatil ücreti, cezai şart, sözleşmenin kalan süresine ait ücret gibi alacakların başlangıçta tam olarak ve tamamen belirlenmesi mümkün değildir. Nitekim 107 nci maddenin Adalet Komisyonu gerekçesinde de, alacaklının “talep edebileceği miktarı asgari olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağın tamamını tam olarak tespit” edememesi halinde belirsiz alacak davası açılabileceği ifade edilmiştir.

Gerekçede örnek olarak “keşif ve bilirkişi raporu” ile alacağın miktarının tespit olunmasından söz edilmiştir ki, iş yargısında bilirkişi hesap raporu alınması çok yaygın bir uygulamadır. Yine 107 nci maddenin ikinci fıkrasında “karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu” alacak miktarının belirlenmesinden söz edilmiştir ki, yukarıda sözü edilen yasal yükümlülükler sebebiyle işçiye çalışırken belge vermekle yükümlü olan işveren bunu yerine getirmediğinde, işçinin alacağın miktarını tam olarak belirlemesini beklemek doğru olmaz.

Belirsiz alacak davasını öngören hükümden biri subjektif, diğeri objektif iki unsur karşımıza çıkmaktadır. Alacağın veya dava değerinin belirlenmesinin objektif olarak imkansız olması halinde belirsiz alacak davası açılabilecektir. Örneğin iş kazası geçiren işçinin açacağı davada işveren ve işçinin karşılıklı kusur oranları, kusursuz sorumluluk olup olmadığı ve varsa kaçınılmazlık durumu ile maluliyet oranlarının dava açma aşamasında belirlenmesi imkansızdır.

Subjektif unsur ise alacaklının talep konusu miktarı belirlemesinin alacaklıdan beklenmemesidir. İşçinin yasal hakları ödenmeksizin işten çıkarıldığı bir durumda yukarıda belirtilen masraflara ek olarak uzman hesap raporu alarak olası işçilik alacaklarını belirlemesi de hak arama özgürlüğü önünde engel olarak değerlendirilebilir.

İşyerinde sendikasız çalışan ve yasal işçilik alacakları konusunda ayrıntılı bilgi sahibi olması beklenmeyen bir işçinin, alacakları doğru şekilde adlandırması dahi mümkün olmazken doğru hesap yöntemiyle birlikte ve tam olarak belirlemesi mümkün görülmemelidir. Ancak işyerinde hukuk müşaviri, personel uzmanı, muhasebe müdürü gibi bir konumda çalışan işçi bakımından aynı sonuca varmak mümkün olmayacaktır.”

Yargıtay 9.H.D. bu kararında, yukarıda alıntı olarak bilginize sunduğumuz genel açıklamanın yanı sıra, işçi alacaklarının her bir kalemi için dairece benimsenen ilkelerin de açıklamalarına yer vermiştir.

Bunlardan en fazla kullanılan ve diğer hesaplamalara baz olan ücretle ilgili kriterleri bilginize sunmakta yarar bulunmaktadır:

“İşçinin ücretini ve çalışma süresini bilmesi gerektiği varsayımı ile ihbar ve kıdem tazminatının her durumda belirli olduğunu söylemek isabetli bir yaklaşım olmaz. Çalışma süresine ve ücreti ile eklerine dair yasal yükümlülüğe rağmen işverence belge verilmemiş bir işçinin, işverende mevcut işyeri şahsi sicil dosyasına ulaşmadan ve işverence bilgi ve belge sunulmadan önce henüz dava açma aşamasında bu tür tazminatların tamamını ve tam olarak hesaplamasını beklemek ve bunu bir dava şartı olarak kabul etmek, hak arama özgürlüğünü zedeler. Bu konuda alınacak olan uzman raporu da hesap noktasında aynı belge eksiklikleri sebebiyle yeterli olmayacağı gibi, iş sözleşmesi yasal hakları ödenmeksizin feshedilen işçiden dava öncesinde alacaklarını belirleyebilmek için hesap raporu almak yönünde bir masraf yapmasını beklemek de doğru olmaz.”

Görüldüğü gibi, 9.H.D. ücrete ilişkin bu saptama ile belirsiz alacak ve tespit davasını doğru bir zemine oturtmak yerine, tüm işçi alacaklarına ilişkin davalarda belirsiz alacak ve tespit davası yolunu açık tutarak, yasa koyucunun amacına aykırı bir gelişmeye neden olmuş ve tartışmaların devamına olanak tanımıştır.

Yukarıda, iki dairenin yasayı somut olaya uygulamada esas aldıkları kriterler bakımından farklılık olduğunu belirttik. İki daire kararları arasındaki bir diğer temel uyumsuzluk, bir davanın belirsiz alacak ve tespit davası olarak açılması mümkün olmamasına rağmen tarafların belirsiz alacak ve tespit davası açması halinde, HMK m.115/2 uygulanarak tarafa davasını tam eda davası olarak açmasına olanak verilip verilmeyeceği noktasında toplanmaktadır. 9.H.D.’ye göre bu olanak tanınmalı ve tarafa davasını tam eda davası olarak açmaya olanak verilmelidir. 22.H.D.’ne göre ise, bu davranış yanlıştır. Dava şartı yokluğu olarak değerlendirilen bu husus nedeniyle, dava daha baştan reddedilmelidir. Bizim kanımıza göre, bu konuda 9.H.D. kararı yerindedir.

Daha önce söylediğimiz gibi, çelişkinin sürdürülmesi halinde, AİHM’ne başvuru olanakları doğacak ve Türkiye zarar görecektir. Üstelik çelişkinin giderilmesi için içtihadı birleştirme yoluna gidilmesini düzenleyen, Yargıtay kanunundaki hüküm bir öneri olmayıp emredici niteliktedir. Yargıtay’ın buna uymamış olması kanımızca, görevi savsaklama suçunun oluşmasına ve tazminata hükmedilmesine de neden olacaktır.

Olayı, bir kez de HMK’da yapılan yeni değişiklikle, yani HMK 109/2. maddesinin yürürlükten kaldırılmış hali ile düşünmekte yarar bulunmaktadır. Bir alacağın tamamının bilinmesi halinde kısmi dava açmayı yasaklayan bu maddenin kaldırılmış olması ile alacağın tamamının bilinmesi halinde de kısmi dava açılabilecektir. Üstelik HMK m.109/3 gereği, alacağın geriye kalan kısmından açıkça feragat edilmemiş olması halinde, kısmi dava açıldığının belirtilip belirtilmediğine bakılmaksızın, geriye kalan kısmına ilişkin haklarını

talep edilebilecektir. Bu gerçeği dikkate aldığımızda, işçi, tam eda davası görünümünde kısmi dava açabilecek, davanın sonucuna göre, HMK m.109/3'ten yararlanarak yeni bir eda davası ile alacağını mahkemeye tespit ettirdikten sonra talep eder hale gelecektir. Diğer bir anlatımla, HMK öncesi duruma dönülmüş olacak, hatta kısmi dava ibaresine yer verilmesi koşulu aranmadığı için, daha geniş bir uygulama olanağı bulunacaktır.

Bu yeni durum, iş davalarında işçinin, diğer davalarda davacının hak kaybını önleyen bir tutum gibi görünmekle beraber, taraflar arasında arabuluculuk dahil sulh yöntemlerinin uygulanmasını nerede ise olanaksız hale getirecektir. Davalının sulhü değerlendirebilmesi için, gerçek talebi bilmesinin zorunluluk olduğunu düşündüğümüz için bunu bir sakınca olarak belirtmek istedik.

Olayı usul hukukunun temel kurallarından biri olan ispat ve delil yükü açısından değerlendirmekte yarar bulunmaktadır. İş yasasına göre, işverene getirilen yükümlülük, işçiye ait kayıtların tutulmasıdır. İşverenin bu yükümlülüğü, aynı zamanda, vergi yasaları ve TTK'da da hükme bağlanan bir yükümlülüktür. Yasalarımızda iş hukukuna ilişkin özel usul hükümleri olmadığına göre, bu davalarda da HMK'nın ispat ve delil yükü kuralları uygulanacaktır. Bu nedenle, işçi alacaklarına ilişkin bir davada, işçi, işverenin bu yükümlülüğünden ötürü, ispat ve delil yükümlülüğünden kurtulmaz. Yargıtay 15.H.D. 16/12/1977 gün ve 2104-2280 sayılı kararında da belirtildiği gibi, hakim, ön inceleme duruşmasında, ispat ve delil yükünü belirlerken bu yasal zorunluluğu dikkate almalıdır.^[13] İşçi ispat yükü kendisinde olmak koşulu ile işverenin elindeki belgelerin mahkemeye sunulmasını talep edebilir^[14]. Bu talep, aynen ticari bir davada, davacının davalının defter ve belgelerini delil olarak göstermesi gibidir.

İspat ve delil yükü konusunda, Şahin Çil, “İş sözleşmesinin unsurları olan iş görme, ücret ve bağımlılık kriterlerinin kural olarak her birinin ayrı ayrı işçi tarafından ispatı gerekir” diyerek bize katılmanın yanı sıra, bunun Yargıtay 9. H.D., 7.12.2009 gün, 2008/11830 E., 2009/33853 kararında benimsenen, esneklikle yorumlanmasının hayatın gerçeğine uygun olacağını da belirtmektedir.^[15]

Burada sözü edilen hayatın gerçeği, ülkemizde yaşanan kayıt dışılıktır. Ancak unutulmamalıdır ki işçi ile işveren arasındaki uyumsuzlıklarda kayıt dışılık ne ise, ülkemizdeki diğer pek çok uyumsuzlıktaki kayıt dışılık da aynıdır. Örneğin, stopaja konu bir kira sözleşmesindeki yazılı değerler gerçek değer arasındaki farklılık hepimizin bildiği bir gerçektir. Bu gerçek bilinmesine rağmen, kiraya

[13] Umar/Yılmaz – İspat Yükü, Büyükçekmece 1980, s.26

[14] Şahin Çil, İÜHF C. LXXII, S.2, 102, s.91

[15] Bkz. Dipnot 12

vereni korumayan, sadece işçiyi kollayan bir uygulamayı benimsemenin kabul edilebilir bir yönü bulunmamaktadır. Daha öncede söylediğimiz gibi, bu kayıt dışılığın tek sorumlusu işveren değildir.

Eğer davalı işveren, davacının talebi doğrultusunda yukarıda sözünü ettiğimiz kayıtları mahkemeye sunmaz ise, HMK m.220 uygulanmalıdır. Davacı işçinin, bu belgeleri mahkemeye sunmasını işverenden talep etmesi, HMK m.220'ye uygun bir taleptir. Çünkü söz konusu maddede ifade edildiği gibi, bu belgeler davanın ispatı için zorunludur ve belgelerin davalıda bulunması kanun gereği olmanın yanı sıra, sunulması isteği de kanuna uygun bir istektir. Belgelerin sunulmaması halinde, işverenin tacir olup olmaması hali dikkate alınarak, işveren için, HMK m.220 ya da m.222 uygulanmalıdır.

Belge sunulması, davacı tarafından talep edilmesine rağmen, işverence belge sunulmamış ise, hakim HMK m.220/3 ve m.222/5'i uygularken, işçinin talebinin iyi niyet kuralları ve hayatın olağan akışı ile uygun olup olmadığını belirlemeli, gerekirse bu konuda uzmanlardan/meslek kuruluşlarından, hatta kamudan ihale alınması halinde asgari ücreti belirleyen İLO sözleşmesinden yararlanmalı ve takdir hakkını kullanmalıdır.

İş davaları ile ilgili dilekçe hazırlayan meslektaşlarımıza ve bu konuda karar oluşturan hakimlere, haddimiz olmayarak bir öneride bulunmak istiyoruz. Avukat meslektaşlarımız dava dilekçelerini oluştururken, HMK'nın getirdiği somutlaştırma kuralı ve delillerin dilekçeye eklenmesi kuralına uygun davranırsa, hakimler ise HMK'ya uygun olmayan dilekçeler bakımından davalıya tebliğden önce, HMK'nın kendilerine tanıdığı aydınlatma, açıklatma ve soru sorma vb haklarını kullanarak davanın elle tutulur hale gelmesine olanak verilerse, aynı uygulamayı cevap dilekçeleri içinde gerçekleştirirlerse; hem bu dava türü için hem de diğer dava türleri için, kanımızca en sağlıklı yolu seçmiş olurlar.^[16]

HMK m.115/2'nin uygulanmasının benimsenmemiş olması halinde, bunu ön inceleme duruşmasında belirterek karara bağlamayan hakim, hak düşürücü süre ya da zamanaşımı nedeniyle davanın kaybına neden olmuş ise, bizim kanımıza göre, hakim hakkında tazminat davası açılabilmesi durumu gündeme gelir. Böylesi bir durumda hakim, en azından avukatla birlikte müşterek ve müteselsil sorumlu olmalıdır.

Tüm bunlara ek olarak, belirsiz alacak ve tespit davasının hiç değinilmeyen iki sorusu olduğuna inanmaktayız.

[16] Son paragrafta yer alan önerimizi daha açık ve net şekilde, yukarıda kaynağını gösterdiğimiz Sayın Şahin Çil'in makalesinde bulacaklarını da belirtmek isteriz–Bkz. Dipnot 12

Bunlardan birincisi, alacak ne zaman belirli hale gelmiş kabul edilecektir sorusudur. Kanımızca, bunu belirleyecek olan hakimdir. Hakim, tarafın kendi imkanları ile elde etmesi mümkün olmayan bir belgenin mahkemeye sunulmasından sonra ya da bilirkişi raporunu karar vermeye elverişli bulunduğu aşamada, hatta takdir hakkının limitlerini belirleyen unsurlar ortaya çıktığında, alacağın belirgin hale geldiğini ve belirginleşen değeri de gerekçeleri ile birlikte taraflara bildirmekle yükümlüdür. Hakimin bu yükümlülüğü, HMK m.27’de yer alan hukuki dinlenilme hakkının bir sonucudur. Üstelik hakim, bu aşamada, kimin haklı kimin haksız olduğunu değil; sadece, uyuşmazlığın harca esas olacak değerini belirtmektedir. Aynen bir taşınmazın değerinin belirlenmesinde yaptığı gibi, harca esas değeri saptamaktadır. Yani ihsası rey söz konusu değildir.

İkinci soru, davanın gerçek değeri belirlendikten sonra, davacı taraf, HMK m.107/2’ye dayanarak, iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın, davasını mahkemece belirlenen değere göre devam ettirmek istemez ise ne olacaktır sorusudur.

HMK m.109/2 yürürlükte iken, bu soruya, “Talep konusunun miktarı taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz” hükmüne dayanılarak, davanın dava şartı noksanı nedeniyle usulden reddi gerekir cevabını vermek mümkündür. Ancak bugün söz konusu hüküm yürürlükten kaldırıldığına göre, nasıl bir yorum yapılması gerekmektedir sorusunun cevabını aranmalıdır. Kanımıza göre, madem ki, talep konusunun miktarının tartışmasız olarak taraflarca bilinmesi, hatta sadece davacı için bilinir olması halinde, kısmi dava açmak hakkı mevcuttur, öyle ise talep konusunun yargılama aşamasında bilinir hale gelmesinde de aynı kuraldan yararlanarak, davacının talep konusunu değiştirip değiştirmeyeceği yolundaki beyanını alarak davaya devam edilmesi gerekmektedir. Davacının bu beyanı, alacağın kalan kısmından açıkça feragat olarak mı değerlendirilecektir, yoksa HMK m.109/3 hükmü gereği, davacı davasına, kısmi dava olarak devam ediyor diye mi değerlendirilecektir? Kanımızca, kısmi dava olarak devam ettiğini kabul etmek HMK m.109 değişikliğine uygundur. Ancak davacı, bu aşamadan sonra, HMK m.107’de hükme bağlanan hak düşürücü süre ve zamanaşımı engeline takılmaksızın dava açma olanağından mahkum bırakılmalıdır.

1.7.Tespit Davası İle Belirsiz Alacak ve Tespit Davası Farkı

HMK ile tanımı yapılan dava türlerinden biri de tespit davasıdır. Bu davanın belirsiz alacak ve tespit davası ile karıştırılması olasılığı nedeni ile açıklanmasında yarar görmekteyiz.

HMK'nın 106.maddesinde düzenlenen tespit davası, bir hakkın veya hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin bir dava türüdür. Bu dava yoluyla mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi yahut da bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir.

Tanımdan da anlaşılacağı gibi, HMK 106.maddesinde yer alan tespit davasında, bir hakkın varlığı ya da hukuki ilişkinin var olup olmadığı tespit edilmektedir. Halbuki belirsiz alacak ve tespit davasında, dava konusunu bir alacak oluşturmaktadır. Belirsiz alacak ve tespit davası ile bu alacağın belirlenmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenle her iki dava türü birbiri ile karıştırılmayacak kadar farklıdır.

1.7.a. Tespit Davası Hakkında Genel Bilgi

Tespit davası, HMUK döneminde, her ne kadar tespit davasını düzenleyen bazı özel kanun hükümleri bulunmaktaysa da, HMUK'da sayılan dava türlerinden biri olarak açıkça düzenlenmemiştir. Ancak uygulamada ilmi ve kazai içtihatlarla oluşturulup, üzerinde tam bir görüş birliği bulunduğundan, adeta kanunda tespit davalarını düzenleyen genel bir hüküm varmış gibi uygulanmaktaydı^[17]. HMK'da ise, uygulamada sıkça başvurulmuş bu dava, tespit davasını düzenleyen özel kanun hükümleri saklı tutularak, dava türleri arasında yer alan genel ve ayrı bir maddeyle düzenlenmiş ve bir anlamda açıklığa kavuşturulmuş istenmiştir. Kanun koyucu, yeni HMK'da bu düzenlemeyi getirmekle, tespit davasının geçici bir hukuki koruma türü olan delil tespiti davasıyla karıştırılmasını ve kanunda düzenlenmiş belirli bir tanımını olmadığı için yaşanan tereddütleri ortadan kaldırmayı amaçladığını 106.maddenin gerekçesinde belirtmiştir.

Tespit davasının işlevi, bir hakkın veya hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespiti ile sınırlı olduğundan, tespit edilen hak veya hukuki ilişkinin edasını sağlayan ve daha geniş kapsamlı bir dava türü olan eda davasının öncüsü olarak kabul edilmektedir. Çünkü eda davası, tespit davasındaki tespit işlevini de yerine getiren daha geniş kapsamlı bir dava türüdür.

Tespit davasının, eda davasının öncüsü olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak, görevli mahkemenin belirlenmesinde, eda davasının açılabilmesi hallerde görevli olacak olan mahkeme esas alınır ve davanın bu mahkemede açılması

[17] Baki Kuru – Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Altıncı Bası, Cilt II, s.1411

gerekmektedir. Tespit davasının eda davasının öncüsü olmasının bir başka sonucu ise, eda davası gibi harca tabi olmasıdır^[18].

1.7.b. Tespit Davasının Şartları

Tespit davası, istisnai durumlarda başvurulması mümkün olan bir yol olduğundan, HMK'da sayılan diğer dava türleri gibi HMK m.114'te sayılan genel dava şartlarına tabi olmanın yanı sıra, ek olarak iki özel dava şartına daha tabidir. Bunlardan ilki 106.maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen bir hakkın veya hukuki ilişkinin var olup olmadığının hemen tespitinde davacının hukuki yararı bulunması şartıdır. İkincisi ise, yine 106.maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen dava konusunun ancak bir hakkın veya hukuki ilişkinin tespitine ilişkin olması, yani maddi vakıaların tek başına tespit davasının konusu olamamasıdır.

HMK m.106/3 hükmü gereğince, bir tespit davasının konusu, sadece bir hak ya da somut bir olaydan doğan bir hukuki ilişki olabilir. Buna karşılık somut bir olaydan doğmayan soyut bir hukuki ilişkinin tespiti ya da bir maddi vakıa tek başına tespit davasının konusunu oluşturamaz. Tek başına tespiti için ayrı bir tespit davası açılmayan maddi vakıalar, ancak belli bir hak veya hukuki ilişki ile birlikte tespit davasının konusu yapılabilir.

HMK m.106/2 hükmü gereğince, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar saklı kalmak üzere, tespit davasını açan davacının, davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır. Yani tespit davasının konusunu oluşturan, hak veya hukuki ilişkinin var olup olmadığının mahkemece hemen tespitinde, davacının hukuki yararı bulunmalıdır. Bir hak veya hukuki ilişkinin hemen tespit edilmesinde hukuki yararın bulunması da üç şartın birlikte varlığına bağlıdır. Bunlar;

1. Dava konusu hak veya hukuki ilişkinin güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş olması,
2. Halihazırdaki tehdit nedeniyle, davacının hukuki durumunun tereddüt içinde olması ve bu tereddüt hususunun davacıya zarar verebilecek nitelikte olması,
3. (Sadece kesin hüküm etkisine sahip olan ve icraya konulamayan) tespit hükmünün yalnızca bu tespit niteliği ile tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olması şeklindedir.

[18] Baki Kuru – Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Altıncı Bası, Cilt II, s.1412

Hukuki yarara ilişkin bir başka önemli husus da davacının tespit davası ile elde etmek istediği hukuki korumayı diğer dava çeşitlerinden biriyle sağlayabildiği durumlarda, tespit davası açmakta hukuki yararının olmadığı kabul edilmesidir. Buna karşılık, istisna olarak, HMK'nın 107/3. maddesinde ise kısmi eda davasının açılabilirdiği hallerde tespit davasının da açılabilirdiği ve bu durumda hukuki yararın var olduğunun kabul edildiği düzenlenmiştir.

Yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz tespit davasının açılması için aranan, dava konusunun hak veya hukuki ilişki olması ve davacının tespit davası açmakta hukuki yararı bulunması şartları, HMK m.114/1/h gereğince, dava şartı olup, bu iki şartın birlikte bulunup bulunmadığı, davanın her aşamasında mahkemece resen gözetilir. Bu şartlardan birinin eksik olduğu hallerde, mahkeme, esas hakkında incelemeye girmeden, davayı usulden reddetmelidir.^[19]

Kanunlarda, bir kanun hükmü ile açıkça düzenlenen özel tespit davalarında, hem HMK m.106/2'de aranan hukuki yarar hem de HMK m.106/3'de aranan hukuki ilişki şartı, kural olarak aranmaz. Çünkü bu tespit davalarında, davanın, ilgili kanun hükmünün öngördüğü biçimde açılmasıyla, dinlenme/dava şartları var sayılır ve esas hakkında incelemeye geçilir.

1.7.c. Tespit Hükümünün Niteliği

Tespit hükmü HMK m.303 anlamında kesin hüküm niteliğinde olup, aynı zamanda da kesin delil teşkil eder.

HMK'nın 26.maddesi gereği, mahkemece talepten fazlasına karar verilemeyeceği düzenlendiğinden, tespit davasında, yalnızca tespit hükmü verilir, ayrıca eda hükmü de verilemez.

Tespit hükmünde eda emri bulunmadığından, ilamlı icra yoluyla icraya konulamaz. Ancak borçlunun belli bir paranın borçlusu olduğunu gösteren müspet tespit hükmü, İİK m.68/1 anlamında, resmi dairelerin yetkileri dahilinde ve usulüne göre verdikleri belge niteliğinde olduğundan, bu hükmeye dayanarak alacaklı tarafından ilamsız icra takibi yapılabilir. Böyle bir durumda borçlu ödeme emrine itiraz ederse icra mahkemesinden ya da genel mahkemelerden itirazın kaldırılması da istenebilir. İtirazın kaldırılması davasında icra inkar tazminatı talep edilebilir. Çünkü, tespit davası ile alacak likit hale gelmiştir. Bunu inkar etmek kötü niyetli bir davranış oluşturur.

[19] Baki Kuru - Ramazan Arslan - Ejder Yılmaz – Medeni Usul Hukuku, 22.Baskı, s.275

Müspet ve menfi tespit hükümlerinin yargılama giderlerine ilişkin olan bölümü, yani var olup olmadığı tespit edilen hukuki ilişkinin dışında kalan bölümü, eda hükmü olduğundan, bunların ilamlı icra yoluyla icraya konulması mümkündür.

1.7.d. Tespit Davası Türleri ve HMK m.106’ya Göre Zamanaşımına Etkileri

Tespit davası müspet tespit davası ve menfi tespit davası olmak üzere iki şekilde açılabilir. Bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının tespiti için açılan dava müspet tespit davasıdır ve bu davanın açılması ile zamanaşımı kesilir.^[20] Bir hakkın veya hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespiti için açılan dava ise menfi tespit davasıdır ve bu davanın açılması ile zamanaşımı kesilmez. Ayrıca menfi tespit davası açılabilmesi için, davalının daha önce o hukuki ilişkinin varlığını iddia etmesi şartı aranmaktadır.

1.7.e. HMK 107/3 Maddesinin Uygulanabilirliği

HMK 107/3 maddesi “Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir.” hükmünü içermektedir.

Öncelikle, bu madde içinde yer alan “tespit davasının” HMK m.107’de düzenlenen “belirsiz alacak ve tespit davası” mı, yoksa HMK m.106’da düzenlenen “tespit” davası mı olduğunu saptamamız gerekmektedir.

HMK m.106 ile ilgili açıklamalarımız dikkate alındığında, HMK m.107/3’te sözü edilen tespit davasının, HMK 106.maddesinde sözü edilen tespit davası olmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Çünkü HMK m.106’daki tespit davası ile bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. Zaten bir hakkın varlığının kısmen tespitinin istenmesi, mantığa uygun gelmediği gibi, hukuki yarar ilkesi açısından da hukuka aykırı bir istemdir. Bu nedenle, böyle bir belirlemenin kısmi dava yolu ile yapılması mümkün değildir.

HMK m.107/3’teki hükmü, kendi içinde, yani HMK 107.maddesi içinde değerlendirdiğimizde ise, bir başka çelişki ile karşılaşmaktayız. Çünkü kısmi davanın açılabilmesi için, bütünü bilmesi ve bütün içinden bir kısmın dava konusu yapılması gerekmektedir. Bütünü bilindiği bir yerde, belirsiz alacak ve

[20] Baki Kuru – Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Altıncı Bası, Cilt II, s.1465

tespit davası yolu ile bütünü belirlenmesini talep etmek, biraz önceki olayda belirtildiği gibi en azından hukuki yarar ilkesi ile bağdaşmaz.

HMK m.107/3'e ilişkin madde gerekçesi incelendiğinde, şu ifadelerin yer aldığı görülmektedir;

“Tasarıya, 112 nci maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki gerekçelerle, “Belirsiz alacak ve tespit davası” başlıklı yeni 113 üncü madde ilave edilmiştir.

“Hak arama durumunda olan kişi, talepte bulunacağı hukukî ilişkiyi, muhatabını ve bu ilişkiden dolayı talep edeceği miktarı asgarî olarak bilmesine ve tespit edebilmesine rağmen, alacağının tamamını tam olarak tespit edemeyebilir. Özellikle, zararın baştan belirlenmediği, ancak bir incelemeden sonra tam olarak tespiti mümkün olan tazminat taleplerinde böyle bir durumla karşılaşılabilmesi söz konusudur. Hukuk sistemimiz içinde, böyle bir durumla karşılaşan kişinin hak arama bakımından birçok güçlük söz konusudur. Öncelikle kendisinden aslında tam olarak bilmediği bir alacak için dava açması istenmekte, ayrıca, daha sonra kendi talebinden daha fazla bir miktar alacağının olduğu ortaya çıktığında da bunu davayı genişletme yasağı çerçevesinde ileri sürmesi mümkün olabilmekteydi. Böyle bir durumda, gerçekten bilinmeyen bir alacak için dava açmaya zorlamak gibi, hak aramanın özünü izah edilemeyecek bir yol ve aslında tarafın kendi ihmali ya da kusuru olmadığı hâlde bir yasakla karşılaşması gibi de bir engel söz konusuydu. Oysa, hak arama özgürlüğü, böyle bir sınırlamayı ve gerçek dışı davranmaya zorlamayı değil, gerçekten hakkı ihlâl edilen veya ihlâl tehlikesi altında olan kişiyi, mümkün olduğunca geniş şekilde korumayı amaçlamalıdır. Son dönemde, gerek mukayeseli hukukta gerekse Türk hukukunda artık salt hukukî korumanın ötesine geçilerek “etkin hukukî koruma”nın gündeme gelmiş olması da bunu gerektirir.

Kaldı ki, miktar ya da değeri belirsiz bir alacak için dava açılması gerektiğinde birtakım sınırlamalar getirmek, dava içinde yeni taleplere veya o davanın dışında yeni davalara yol açarak, usûl ekonomisine aykırı bir durum da meydana getirecektir. Ayrıca, miktarı veya değeri bilinmeyen bir alacak için klasik kısmî davanın da tam bir çözüm üretmediği gerçektir.

Belirsiz alacak ve tespit davalarına ilişkin hükümlerin mukayeseli hukukta da yer aldığı dikkate alınarak, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenebileceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklının, hukukî ilişki ile asgarî bir miktar ya da değer belirterek belirsiz alacak davası açabilmesi kabul edilmiştir. Alacaklının bu tür bir dava açması için, dava açacağı miktar ya da değeri tam ve kesin olarak gerçekten belirlemesi mümkün olmamalı ya da bu objektif

olarak imkânsız olmalıdır. Açılacak davanın miktarı biliniyor yahut tespit edilebiliyorsa, böyle bir dava açılmaz. Çünkü, her davada arandığı gibi, burada da hukukî yarar aranacaktır, böyle bir durumda hukukî yararın bulunduğundan söz edilemez. Özellikle, kısmî davaya ilişkin yeni hükümler de dikkate alınıp birlikte değerlendirildiğinde, baştan tespiti mümkün olan hâllerde bu yola başvurulması kabul edilemez.

Belirsiz alacak davası veya tespit davası açılması hâlinde, alacaklı, tüm miktarı belirtmese dahi, davanın başında hukukî ilişkiyi somut olarak belirtmek ve tespit edebildiği ölçüde de asgarî miktarı göstermek durumundadır.

Maddenin ikinci fıkrasında, belirsiz alacak veya tespit davası açılabilen durumlarda, miktar ya da değer tespit edildiği anda, alacaklının iddianın genişletilmesi yasağından etkilenmeksizin talebini artırabileceği belirtilmiştir. Kural olarak, bir davada başlangıçta belirtilen miktar veya değer artırılması, iddianın genişletilmesi yasağına tâbidir. Bunun amacı, davacının dava açarken hakkını kötüye kullanmaması, daha özenli davranması, yargılamayı gereksiz yere uzatmamasıdır. Oysa, baştan miktar veya değeri tam tespit edilemeyen bir alacak için, davacının böyle bir ihmal ya da kusurundan söz edilemez. Bu sebeple, belirsiz alacak veya tespit davası açıldıktan sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında, karşı tarafın verdiği bilgiler ve sunduğu delillerle ya da delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemleri sonucu (örneğin, bilirkişi ya da keşif incelemesi sonrası), baştan belirsiz olan alacak belirli hâle gelmişse, davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilmesi benimsenmiştir. Davacı, sınırlama ve yasağı tâbi olmadan, sadece talepte bulunmak suretiyle yeni miktar üzerinden yargılamaya devam edilmesini isteyebilecektir. Şüphesiz, alacağın belirli hâle gelmesini müteakip ortaya çıkan yeni talep eksik belirtilmişse, bundan sonra yeni bir artırma isteği iddianın genişletilmesi yasağıyla karşılaşacaktır. Çünkü, bu hâlde belirsizlik değil, davacının kendi ihmalinden kaynaklanan bir durum söz konusudur.

“Edâ davasının açılabilirdiği hallerde tespit davası açılmaz” yollu önermenin hak-arama özgürlüğünün ulaştığı kapasite ve hukuki yarar koşulunun muhtevası karşısında geçerliği yoktur.

Miktarı belirsiz alacaklarda zamanaşımının dolmasına çok kısa sürenin varolduğu hallerde yalnızca tespit yahut kısmî edâ ile birlikte tespit davasının açılabilirdiği genel olarak kabul edilmektedir.

Davacı, söz gelimi bir tazminatın tahsili yerine alacağın miktarının ve borçlunun sorumlu olduğunun tespitini hedefleyen bir dava açabilir, açabilmelidir. Bu dava, zamanaşımını kesecek, davada istihsal olunan ilam genel haciz yoluyla takibe konabilecek, itiraz halinde borçlunun göze alamayabileceği icra-inkar tazminatı

yaptırımı devreye girebilecektir. Öte yandan tespit davası, dava ekonomisi yönünden edâ davasına nazaran taraflar için daha avantajlıdır. Tespit davasının taraf barışını kolaylaştıran bir karakteri de vardır.

Alacaklı, yalnızca edâ davası veya yalnızca tespit davası yahut kısmi edâ ile birlikte külli tespit davası açabilme seçeneklerine sahiptir. Hak-arama özgürlüğünün (Any.m.36, İHAS.m.6) özünde varolan bu seçenekler, yasa veya içtihat yoluyla yasaklanamaz. Model, belirtilen seçenekleri alacaklıya usûlî bir hak olarak tanımaktadır.

Esasen tam veya kısmi olmasına bakılmaksızın her edâ davasının temelinde bir külli tespit unsuru vardır. Başka deyimle edâ hükmünde tertip olunan her durumun arkasında sorumluluk saptanmasını içeren bir zorunlu ön tespit kabulü mevcuttur.

Tasarıda öngörülen modelde, tespit davasının hukuki ilişkilerin tespiti yanında hakkın tespitinin de istenebilmesi, edâ davasının açılabilirdiği hallerde hukuki menfaat koşulunun gerçekleşmiş sayılması kabulü çözümünü (paradigmayı) güçlendirmektedir.

Bir davanın açılması ile doğacak olan maddi ve şekli hukuk sonuçlarının (zaman aşımının kesilmesi ve diğerleri) tespit davalarında aynen geçerli olacağı kuşkusuzdur.

Önerge ile varolması gereken bir usulî imkân hukukumuzda kazandırılmış olacaktır. "...”

Buraya kadar yaptığımız saptamalarla, yasa koyucunun, alacağın tamamının objektif imkansızlık nedeniyle belirlenememesi halinde, davacının hak kaybını önlemek için, belirsiz alacak ve tespit davasını yasalastırdığını anlamaktayız. Yine bize göre, yasa koyucu, bu dava türünde alacağın belirli hale gelmesi ile davacıya, hak düşürücü süre ve zaman aşımı tehlikesi olmadan davasının talep bölümünü belirlenen alacak miktarına göre düzeltmek olanağını tanımıştır. Gereğenden anladığımız kadarı ile yasa koyucu, alacağın belirli hale gelmesinden sonra alacak miktarının artması halinde, davacıyı korumak istemiştir. Bu istem, hukuka uygun bir istemdir. Ancak bu gerçekleşirken, karşı tarafın elde etmiş olduğu hukuki yararların da korunması gerektiğini düşünüyoruz. Bu düşüncemiz ışığında, maddeyi gerekçesi ile birlikte yorumlamak istemekteyiz.

Madem ki HMK 107 maddesinde düzenlenen belirsiz alacak ve tespit davası içinde hem alacağın gerçek miktarının belirlenmesi için bir tespit davası hem de bu alacağın tahsili için bir eda davası vardır; o halde mahkeme, öncelikle tespit davasını çözüme kavuşturmakla yükümlüdür.

HMK m.107/1 ve m.107/2’de yer alan tespit davası, bir anlamda, eda davası için bekletici meseledir. Hakimin tespit davasını çözüme kavuşturduğunda, bunu taraflara beyan etmesi, tespit davasının hüküm kısmını oluşturmaktadır. Bu hüküm, eda davasının kabul ya da reddi anlamına gelmemektedir. Bu hüküm, davanın harca esas değerinin saptanması anlamına gelen bir hükmüdür. Hakim bu aşamadan sonra yapacağı değerlendirme ile, eda davasının kabul ya da red kararını oluşturacaktır. Taraflar bu tespit hükmünü, aynen görev itirazının reddi kararının bağımsız olarak temyiz edilemeyip davanın sonunda temyize konu edilmesinde olduğu gibi, davanın sonunda, eda davasına ilişkin kararlar bitlikte temyiz edeceklerdir. Bu durumda, belirsiz alacağın belirlenmesinde taraflara yüklenilmesi mümkün olmayan yargısal hatalardan kaynaklı bir hatalı tespit varsa ve buna dayalı olarak alacağın belirlendiği belirtilmiş ise, davanın bozulması ile birlikte, dava tespit aşamasından itibaren yeniden görüleceği için, tarafların bir hak kaybından söz etmek mümkün olmayacaktır.

İşte HMK m.107/3’teyer alan tespit davası, HMK m.107/1 ve m.107/2’de ifade edilen belirsiz alacak ve tespit davasının, tespit davasıdır. Yasa koyucu, alacak bölünebilir bir alacak ise ve kısmi dava açmanın diğer koşullarını taşıyorsa, HMK m.107’de yer alan belirsiz alacak ve tespit davasının bir bölümünü oluşturan tespit davasının, tek başına açılabileceğini hükme bağlamıştır. Gereğe göre, bu nitelikteki tespit davası da zamanaşımını ve hak düşürücü süreyi önler.

Ancak gerekçede yer aldığı gibi, davacının hatasından kaynaklı talebin eksik belirtilmesinden ötürü davacının uğrayacağı zararları bu dava ile çözmek mümkün değildir. Çünkü davalıyı koruyan, iddianın genişletilmesi yasağı, zamanaşımı ve hak düşürücü süre kuralları, bu eksik talep için devreye girecek ve davalıyı koruyacaktır.

Burada belirtilmesinde yarar görülen bir husus, eksik talebin fark edildiği anda açılan davanın zamanaşımı ya da hak düşürücü süre yönünden görülmesinde bir sakınca bulunmaması halinde ne yapılabileceğidir. Kanımızca bu durumda, davacı yeni bir dava yolu ile bu hakkını dile getirebilecektir. Çünkü ya söz konusu talep, önceki davada incelenmeyen bir talep olacaktır ve bu nedenle, derdest dava ve kesin hüküm kapsamı dışında kalacaktır; ya da HMK m.109/3’ten yararlanılarak, eksik talep nedeni ile zımnı feragat hükümlerinin uygulanamayacağı savunması dile getirilecektir.

HMK, dava türlerini tanımladığına ve bundan böyle bu dava türleri ile ya da diğer yasalarda belirtilen dava türleri ile sınırlı kalmamız gerektiğine göre, HMK m.107’nin gerekçesi ve HMK m.107/3’e dayalı olarak dava üretmek, kanımızca yasanın ruhuna aykırıdır.

2 – HMK 47. MADDESİNDEKİ DEĞİŞİKLİK

HMK m.49’da yapılan değişiklik ile adalete erişimde, bir parçacık da olsa kolaylık sağlanmıştır. HMK m.47’nin eski haline göre, hakimlerin sorumluluğuna ilişkin davalarda, Yargıtay Başkan ve üyelerinin yargılanması, ilk derece sıfatı ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda yapılmakta idi. Yapılan değişiklik ile bunların ilk derece sıfatı ile yargılanmasının, Yargıtay 4.H.D.’de yapılması olanağı sağlandı. Yargıtay 4.H.D. başkan ve üyelerinin ise, Yargıtay 3.H.D. tarafından yargılanacağı hükme bağlandı.

HMK m.46/1’de sınırlı olarak sayılan hakim sorumluluk hallerinden bir tanesini olan “Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması” nedenine dayalı olarak sorumluluk davası açabilmek için, tüm kanun yollarının tüketilmiş olması, HMUK dönemine ilişkin yerleşmiş Yargıtay kararları gereğidir.^[21] Bu nedenle, açılacak olan sorumluluk davalarında, ilgili Yargıtay dairesindeki üyelerin hatta zaman zaman HGK ya da CGK üyelerinin tamamının dava edilmesi gerekecektir.

Bu durumda, yasaların doğru uygulanmamasından kaynaklanan davalarda hakim sorumluluğuna gitmek, HMK m.47’de yapılan değişikliğe rağmen, nerede ise imkansız olacaktır.

Halil İnalıcık’a göre, hakim sorumluluğuna ilişkin ilk yazılı kural, 1850 tarihli Ceza Kararnamesinde yer almaktadır.^[22] Söz konusu kararname, hakim sorumluluğunu düzenlemenin yanı sıra, hakim tayin edilemeyeceğini de hükme bağlayan, hakim teminatı için de örnek bir yazılı kaynaktır.

Hakim sorumluluğuna ilişkin kuralların konulmasında gözetilmesi gereken ilkeler, hakim karar vermede özgür olabilmesi ve hakkında hüküm verilenin adil yargılanmasının sağlanmasıdır.^[23]

[21] YHGK 26.09.2007 gün 2007/4-669 E 2007/608 K sayılı kararı

[22] Halil İnalıcık – Adalet ve Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet eserleri

[23] Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz.–Dr.Emcet Belgesay – Türk Hukukunda Hakim Hukuki Mesuliyeti, AÜHF 1955, Cilt XII, Sayı 3-4, s.247

Prof. Dr. Erdal Tercan – Hakimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Hakim Kavramı Açısından Uygulama Alanı, AÜHF 1995, Cilt 44, Sayı 1-4, s.233

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu – Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, AÜHF 1974, Cilt XXXI, Sayı 1-4, s.395-446

Ancak yukarıda sözünü ettiğimiz iki ilkenin dengelenmesi, her zaman kolay olmamıştır. Bu nedenle, bu yönde kural oluştururken çok dikkatli olmak gerektiğine inanmaktayız. Ayrıca, hakimlerin sorumluluğunda devlete karşı dava açılması ve tazminatın devlet tarafından ödenmesinin Anayasamızın 9,138/1-2 ve 140.maddelerine aykırı olup olmadığı, kuvvetler ayrımı ilkesi ile bağdaşır bağdaşmadığının, hakimin bağımsızlığını etkileyip etkilemediğinin tartışılması gerektiğine inanmaktayız.

Bize göre, yapılan bu değişiklik, yargının erk olma özelliğini ortadan kaldıracığı gibi, yargı bağımsızlığını da zedeleyecektir. Bu nedenle değişikliğe katılmamaktayız. Bu konuda, Yargıtay HGK 14.1.1987 gün bidayet 1986/1 E. 1987/1 K. sayılı kararının incelenmesini önermekteyiz. Aksi düşüncede olanlar ve de yasanın gerekçesindeki görüş ise, bu değişikliğin Anayasanın m.129'a uygun bir değişiklik olduğunu belirtmektedirler.

Üstelik HMK m.47'de değişiklik yapılmadan kısa bir süre önce, Hakimler ve Savcılar Kanunu 93/A.maddesinin yürürlükten kaldırılmasını göz önüne aldığımızda; hakimlerin sorumluluğuna ilişkin kuralların oluşması aşamasında, sadece yargılayan/hüküm veren ile yargılananın yararlarının dengelenmesinin değil, siyasi iktidarın kendi yararlarının da gözetildiğini görmekteyiz. Elbette siyasi iktidarlar, daha doğrusu gücü elinde bulunduran kişiler ya da gruplar kendi yararlarını ön plana çıkarmak isteyecektir. Bunun bir örneği, HMUK döneminde Yargıtay üyelerinin yargılanması ile uygulamanın ve yasal kaynakların değişiminin izlenmesiyle görülebilmektedir. Kişisel kanımıza göre, bu dönemde Yargıtay üyeleri, kendilerinin yargılanmalarını oldukça zora koşmuşlar ve nerede ise dokunulmazlık elde etmişlerdir. Bilindiği gibi, HMUK'da ve HGK'nun 22/01/1975 tarih 972/4-26 E. ve 39 K. sayılı kararında, hakimlere karşı açılacak olan tazminat davalarında, ceza davası açılması ve bu davada sorumlu bulunmaları zorunluluğu yer almamaktaydı. Ancak buna rağmen, HGK 14/01/1976 975/5 E. ve 4 K. sayılı, 22.06.2005 gün 2005/2 E. 2005/2 K., 14.1.1987 gün bidayet 1986/1 E. 1987/1 K. ve 13.6.2007 gün 2007/1 E. 2007/1 K. sayılı kararlarında böyle bir zorunluluk getirilmiş ve tazminat davalarının açılması, diğer bir anlatımla hak sahiplerinin hak aramaları sınırlandırılmıştır. Daha sonra bu sınırlama, Yargıtay Kanunu m.13/2, m.15/3. ve Anayasa m.148/3'de hukuki dayanağını bulmuş, HMK'ya kadar süregelmiştir. HMK m.46/2, bu yanlışa son vermiştir.

Ancak gerek siyasi iktidar gerekse yargı, millet adına hareket ettiğine göre, kendi çıkarlarından önce milletin çıkarlarını gözetmelidir. Yapılacak değişikliklerde bu ilke benimsenmelidir.

HMK m.47’de yapılan bu değişiklikle birlikte değerlendirilmesi gereken diğer bir husus, Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun m.93/A’nın yürürlükten kalkması ile ilgili değişikliktir. Bilindiği gibi, 93/A.maddesi Hakimler ve Savcılar Kanunu’na HMK’nın kabul edilip, Cumhurbaşkanı’na imzaya sunulduğu ancak yürürlüğe girmediği bir tarihte, yani kısaca HMK uygulamasının başlamasına 7-8 ay gibi bir süre kaldığında yürürlüğe girmiştir. Hakimler ve Savcılar Kanunu m.93/A’yı düzenleyen torba yasanın 13.maddesi, o tarihte uygulamakta olduğumuz ve Ekim ayına kadar uygulayacağımız 1086 sayılı HUMK adlı yasanın 573. maddesinin birinci fıkrasını değiştirmektedir. Değişiklikten önce, bu fıkra gereğince, m.573/2’de belirtilen koşullar oluştuğunda, hakimler aleyhine tazminat davası açılabilirdi. Değişiklik ile bu fıkra hükmü, aynen 6100 HMK’nın 46. maddesinde olduğu gibi “Hakimlerin yargılama faaliyetlerinden dolayı aşağıdaki sebeplere dayanılarak Devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.” şekline dönüştürülmüştür. Böylece, hakimlerin sorumluluğuna yönelik olan 1086 sayılı yasa hükmü, 6100 sayılı yasa yürürlüğe girmeden önce değiştirilip, 6100 sayılı yasa ile kabul gören prensip hemen uygulamaya alınmış ve tazminat davalarında, hakimlerin yerine devletin davalı olması kabul edilmiş olmaktadır.

HUMK m.575/2’nin yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, hakimlere karşı açılacak olan tazminat davalarına hangi mahkemelerde bakılacağı konusunu düzenleyen hüküm kalmadığı için; yasa koyucu, 6110 sayılı torba yasanın geçici 2. maddesi hükmünü kabul ederek bu boşluğu doldurmuştur.

6110 sayılı kanunun geçici 2. maddesine göre, ilk derece mahkemelerinin hakimlerine karşı açılacak olan tazminat davalarına da bundan böyle Yargıtay’da bakılacaktır. Hakimin unvanı–görev yeri, davanın Yargıtay’da hangi kurul tarafından görüleceğinin belirlenmesinde etkili olacaktır.

Bilindiği gibi, 1086 sayılı HUMK uygulaması döneminde, ilçede görev yapan hakimlere karşı açılan tazminat davaları, ilde görülmekteydi. 6100 sayılı yasaya ilişkin tasarı düzenlenirken, bölge mahkemelerinin de kurulacağı dikkate alınarak; ilçe hakimleri için il, il hakimleri için bölge mahkemelerinde davaların görülmesi ilkesi benimsenmiş ve bu hüküm tasarının 53/1.maddesinde yer almıştır. Halbuki 6100 sayılı yasa, tasarıdan ayrılmış ve 6110 sayılı torba yasada da olduğu gibi, ilçede görev yapan hakimler de dahil olmak üzere tüm hakimlere karşı açılacak davaların Yargıtay’da görülmesi ilkesini kabul etmiş ve bunu m.47/1’de hükme bağlamıştır. Böylece 6110 sayılı torba yasanın yürürlüğe girmesiyle başlayan hakimlere karşı açılan tazminat davalarının Yargıtay’da görülmesine ilişkin uygulama, 6100 sayılı HMK’nın yürürlüğe girmesiyle günümüze kadar gelmiştir. Günümüzde yapılan değişiklik ile Yargıtay başkan ve üyelerinin yargılanmasında Yargıtay 4.H.D.’nin; Yargıtay 4 Hukuk Dairesi

üyelerinin yargılanmasında ise, 3.H.D.’nin yetkili olduğu benimsenmiş, maddenin diğer hükümleri aynen korunmuştur.

Torba yasanın geçici madde 2/1.b’sinde yer alan hüküm, 6100 sayılı HMK’nın 47/2.maddesindeki hükmün tekrarıdır. Her iki düzenlemede yer alan bu hükümlere göre, devlet tarafından açılacak olan rücu davalarına, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede bakılacaktır. Torba yasa, HMK ile aynı hükmü taşıdığı için, bu maddenin uygulanmasında bir kesinti olmadan günümüze kadar gelmiştir.

Torba yasa geçici madde 2/1.c’de yer alan hüküm ise, 6100 sayılı HMK m.48/2 hükmüyle aynıdır. Her iki hüküm de, hakimlere karşı açılan tazminat davalarının, ilgili mahkeme tarafından hakime resen ihbar edileceğine ilişkindir. Bu hüküm açısından da süreklilik oluşmuştur. Ancak bu hüküm doğrultusunda yapılacak olan ihbarın sonuçlarına ilişkin bir düzenleme, ne torba yasada ne de HMK’da bulunmamaktadır. Bu nedenle insanın aklına, 1086 sayılı HUMK’da bulunan davanın ihbarına ilişkin 49. vd. maddeleri ve yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı HMK’da aynı konuyu düzenleyen 61. vd. maddelerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorusu gelmektedir. Eğer bu soruya evet cevabını verirsek, bu kez devletin davalı olarak yer aldığı tazminat davasında tazminata konu eylemi gerçekleştiren ve kendisine ihbar yapılan hakim, yürürlükten kalkmış olan HUMK m.50’de olduğu gibi, davayı bizzat yürüteceği yolunda beyanda bulunursa ne yapılacaktır?

Torba yasa ile 2802 sayılı kanuna eklenen 93/A maddesine batığımızda, hakim ve savcılarının bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle devlet aleyhine açılacak tazminat davaları ile rücu davalarında bu madde hükümlerinin; bu maddede hüküm bulunmayan hallerde ise HUMK ile CMK hükümlerinin uygulanacağını görmekteyiz.

Gerek 93/A maddesi gerekse HMK hükmü gereği, hakimlerin sorumluluğundan kaynaklı devlete karşı açılan davalar ile bunların hakimlere rücu edilmesi yolunda açılacak olan tüm davalar, Yargıtay’da görülmektedir.

Anayasa m.129 ve Devlet Memurları Kanunu m.13 gereğince, Vali, Büyükelçi, Başbakanlık Müsteşarı da dahil olmak üzere tüm kamu personelinin görevlerinden ötürü vermiş oldukları zararlardan ötürü açılacak olan tazminat davaları da devlete karşı açılmaktadır. Bu davalarda da devlet, rücu hakkını kullanmaktadır. Ancak tüm kamu personeline açılan bu davalar, idari yargıda görülürken; hakimlere karşı açılacak davalar, adli yargıda görülmektedir. Üstelik kamu personeline karşı açılacak davalarda, davanın ihbarı koşulu da yoktur.

Görüldüğü gibi bu hükümlerle, hakimler ile diğer kamu görevlileri arasında bir fark yaratılmıştır. Elbette yargı erkini kullanan hakimlerin yargılanmasıyla, yürütmenin bir parçası olan kamu görevlilerinin yargılanması arasında bir fark olması gerekir. Ancak bu farkın da açıklanabilir nitelikte olması gerekmektedir. Biz, özellikle adli, idari ve askeri mahkeme hakimlerinin, hatta anayasa mahkemesi hakimlerinin Yargıtay'da yargılanmalarında, kabul edilebilir bir neden görememekteyiz. Dava devlete karşı açıldığına göre, kanımızca, genel ilke doğrultusunda bu davaların da idari yargıda çözümlenmesi gerekir. Üstelik bu uygulama, 93/A maddesi yürürlükten kalkmasına rağmen, devam edecek olan bir yasa hükmüne yani HMK m.47/2 hükmüne dayanmaktadır.

Torba yasa geçici madde 2/2'de yer alan hükümlere göre, derdest olan davalara da devlet aleyhine devam edilecektir. Üstelik bundan böyle bu davalara 6110 sayılı torba yasada yer alan hükümler uygulanacağı için, bunlara bakan yerel mahkemeler, bu davaları Yargıtay'a gönderecektir. Kanımızca bu hüküm ile özellikle savcılar ve müfettişler açısından, bir koruma zırhı oluşturulmuştur.

Torba yasanın geçici madde 2/2 hükmü gereği, bu davalara, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'na torba yasa ile eklenen 93/A maddesi uygulanacaktır. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'na eklenen 93/A maddesinin, 5.fıkrasına göre kanun yoluna başvurulması için miktar veya değere ilişkin olarak ön görülen sınırlamalar, hakim ve savcılarının işlem, faaliyet veya kararlarına dayanılarak açılan her türlü tazminat ve rücu davalarına uygulanmaz ve geçici madde 2/4'e göre 6110 sayılı torba yasanın yürürlüğe girmesinden önce miktar ve değeri açısından temyiz veya karar düzeltme yoluna başvurulamayan yani kesinleşen kararlar için bu torba kanunun yürürlüğe girmesini takip eden iki hafta içinde temyiz ve karar düzeltme yoluna başvurulabilir. Yani 10 sene önce kesin hükümlerle sonuçlandırılmış bir dava canlanabilecek ve usulün temel prensiplerinden biri olan kesin hüküm ilkesi çiğnenecektir. Ayrıca tüm davalar için var olan sınırlamalar hakimlere uygulanmayarak, kabul edilmesi mümkün olmayan bir eşitsizlik yaratılmıştır. Bu eşitsizlik ise, 93/A maddesinin yürürlükten kaldırılması ile giderilmiştir. Çünkü HMK'da böylesi bir madde yer almamaktadır.

Geçici madde 2/3 gereği bu olanak, torba yasanın yürürlüğe girdiği tarihte temyiz ve karar düzeltme süresi geçmeyen davalar için de sağlanmıştır. 2802 sayılı yasaya eklenen 93/A maddesi, 6110 sayılı torba yasanın geçici 2. maddesi gereği, torba yasanın yürürlüğe girmesiyle uygulanmaya başlamış, 6100 sayılı HMK uygulaması aşamasında da geçerliliğini korumuştur. Bu nedenle, 2802 sayılı yasaya eklenen 93/A maddesini çok iyi değerlendirmek gerekecektir. Böylesi bir değerlendirme yaptığımızda, 93/A'nın 5. fıkrasının da geçici madde 2'de

olduğu gibi kanun yollarına başvurmada ayrıcalıklı bir durum yarattığını ve hakimlere karşı açılacak olan tazminat davalarında kanun yoluna başvurulması için miktar ve değere ilişkin olarak öngörülen sınırlamaların uygulanamayacağını görmekteyiz. Yani tüm davalarda kanun yoluna başvurmada bir sınırlama olmasına rağmen, bu davaların istisnai sayılacağına hüküm altına alınmıştır. Anayasanın benimsediği eşitlik ilkesiyle bağdaşmayan bu eşitsizliğin 93/A maddesinin yürürlükten kalkması ile giderildiğini söylemek isteriz.

93/A maddesi, “hakim ve savcılarının bir soruşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle ancak devlet aleyhine tazminat davası açılabilirliğini” hükme bağlamıştır. Bu hüküm, torba yasayla değiştirilen 1086 sayılı HUMK m.573 ve 6100 sayılı HMK m.46/1’e benzerlik göstermekte ise de, temelde hakimlerin sorumluluğunu düzenleyen kurallar arasına savcılarının dahil edilmesi açısından bir yenilik getirmektedir.

Bilindiği gibi bugüne kadarki uygulamamızda, savcılar, 1086 sayılı HUMK m.573’teki hükümlerle yargılanmamakta, diğer kamu görevlileri gibi genel kurallara göre yargılanmaktadırlar^[24]. 93/A’nın ilk cümlesinde yer alan bu değişiklikte, savcılar da yargılanmaları açısından hakimlere tanınan özel hükümlerden yararlanmışlardır.

Torba yasanın gerekçesine baktığımızda, hakim ve savcılarının yargılanmalarına ilişkin bugüne kadarki uygulamanın özetlenmiş, savcılarının bu düzenleme içinde yer alma nedenlerini belirtebilmek için bazı ülkelerdeki gelişmelerin ve adı belirtilmeyen uluslararası belgelerdeki tavsiyelerin dikkate alındığı söylenmiştir. Bu gerekçe, kişisel olarak bizi tatmin etmemekte olup, uygulamadan dönülmüş olmasının nedenlerini anlamadığımızı da açıkça söylemek isteriz. Bizim kişisel kanımıza göre, savcı ile avukat, davanın taraflarını temsil etmektedir. Savcının sanığın aleyhine deliller kadar lehine de delilleri toplamasının yasalarca emredilmiş olması, geçmiş yıllara ilişkin bir alışkanlıktır. Her sanığa şüpheli olduğu aşamadan itibaren, gideri devlet hazinesinde karşılanacak bir müdafî tayini, artık yasaların emridir. Bu nedenle diyalektiğe aykırı şekilde savcıya yüklenen sanığın lehine ve aleyhine delil toplama ve beyanda bulunma görevi kanımızca tarihe karışmalıdır. Bu yüzden de savcının hakimle değil, avukatla aynı hükümler doğrultusunda görev yapmasını, sorumluluklarının bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Üstelik bildiğimiz kadarıyla, AB kuralları da bizim görüşümüzü destekler nitelikte olup, savcılarının hakimle beraber aynı kürsüde yer almalarını, yan yana odalarda oturmalarını

[24] YHGK 7.10.2009 gün 2009/4-361 E 2009/399K ve 7.10.2009 gün 2009/4-362 E 2009/400 K sayılı kararları bu yöndedir

eleştirmektedir. Anayasa mahkemesi de bu eleştirileri dikkate alarak, savcılara duruşma salonunda ayrı bir yer ayırmıştır.

Zaten 6100 sayılı HMK m.46/1'e baktığımızda, savcıların hakimlerle aynı madde içinde değerlendirilmediğini görmekteyiz. Bu nedenle torba yasa yoluyla 2802 sayılı kanuna eklenen madde HMK ile çelişki yarattığı gibi, bir-biri ardına irade beyan eden TBMM iradesinde de bir çelişki olduğu kanısını uyandırmaktadır.

Savcının tartışma sanatı içindeki yerinin devletin haklarını korumak olduğu, yani taraf olduğu bir gerçektir. Zaten Fransa'da 1200-1300'lü imparatorluk döneminde doğan ve Osmanlı döneminde 1870'de ilk kez ülkemiz uygulamasına kazandırılan savcılık kurumu, imparatorun ve padişahın haklarının savunulması ihtiyacından doğmuştur. Osmanlı döneminde savcılık ilk kez oluşturulduğunda, görevi temyiz yargılaması ile sınırlıydı. Daha sonra ise, 1876 Anayasasının 91.maddesi ile uygulamanın tüm Osmanlı topraklarında gerçekleşmesi hükme bağlandı. Bu döneme ait belgelerde savcı, memur olarak nitelendirilmekte idi. Halbuki kadılık, İlber Ortaylı'nın "Kadı" adlı makalesinde belirtildiği gibi, Osmanlı'nın kuruluşundan beri var olan bir kurumdur.^[25] Kadı, önceleri askeri işlerden sorumlu subaşilar ile mülki, beledi ve mahalli konularda birlikte sorumluydu. Bu nedenle, savcılığa ilişkin görevler de kadı tarafından gerçekleştirilmekteydi. Ayrılış 1870'de konulan kurullarla oluşmaya başlamıştır. Unutmamak gerekir ki, yakın tarihe kadar Adalet Bakanı ve valiler, savcılara soruşturma açmalarını emredebiliyorlardı. Kısacası yukarıda farklı açılardan işlevine değindiğimiz savcının, yargılamanın vazgeçilmezi olduğu konusunda hiç şüphe yoktur. Ancak üstlendiği görev nedeniyle hakim ile aynı konumda olmadığı gerçeği de söz konusudur.

Ancak Şerafettin Elmalı'nın "Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu Rejiminin Cumhuriyet Savcıları Bakımından Uygulanması" adlı makalesinde yer alan görüşler^[26] ve Sezai Aydınalp'in "Hakimlerin Sorumluluğu" kitabında yer alan Danıştay 10 Dairesi'nin 10.3.1988 gün 755/401 sayılı kararı^[27], bizimle aynı kanıda olmayıp savcılarında yargı erki kullandığını belirtmektedirler. Buna karşılık, YHG 2009/4-361 ve 2009/399 sayılı kararında ise, savcılarının yargı erki kullandıkları kabul edilmekle birlikte, HMUK m.573 hükmü gereği, savcılarının hakimlerin sorumluluğuna ilişkin kurullarla yargılanamayacağı belirtilmektedir.

[25] İlber Ortaylı – Osmanlı Devleti'nde Kadı adlı eseri

[26] Şerafettin Elmalı – Cumhuriyet Savcıları Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu Rejimine Tabi Midir?, Ankara 2008, Yüksek Lisans Projesi

[27] Sezai Aydınalp – Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1997

Bu kararın vardığı sonuca katılmakla birlikte, içeriğindeki savcının talep eden olmasına rağmen karar veren gibi kabul edildiği görüşüne ve mevcut HGK kararları var iken yeni bir kararın Yargıtay Kanunu m.15’de belirtildiği gibi bir üst kurula sunulmamış olmasına katılmamaktayız.

2802 sayılı kanuna eklenen 93/A maddesi, sadece savcılar hakimlerin yargılanmasına ilişkin hükümlerin kapsamına almakla kalmamış, son fıkrasında yer alan “ hakimler ve savcılar yüksek kurulu müfettişleri ile adalet müfettişlerinin, yetkilerini kullanırken yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet ve verdikleri her türlü kararlar, nedeniyle açılacak tazminat davaları hakkında da uygulanır.” diyerek hakimlerin yargılanmasına ilişkin hükmün kapsamını bir kez daha genişletmiş ve 6100 sayılı HMK ile bir çelişki daha oluşturmuştur. Üstelik HMUK dönemindeki Yargıtay 4.H.D. 10.6.1999 gün ve 1999/4284 E. 1999/5514 K. sayılı kararında benimsenen ilkeye aykırı olarak bu konunun yasalştırılmasına olanak verilmiştir.

Bilindiği gibi, Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu m.15/e gereğince, jandarma birlik komutanları adli görevleri bakımından hakimlerin yargılanmasına ilişkin hükümlere tabidir. Bu nedenle yukarıda saymış olduğumuz tüm değişiklikler, bu kişiler için de geçerli olacaktır.

Kısacası hakimlerin karar verirken kendilerini güvende hissetmelerini sağlamak için getirilen hakimin sorumluluğuna ilişkin kurallar, Hakimler ve Savcılar Kanunu m.93/A ile genişletilerek hem topluma zarar verici hale getirilmiş hem de temel yasa konumunda olan HMK’ya aykırılıklar oluşmasına neden olunmuştur.

Tüm bunların yanı sıra, 93/A’nın getirdiği yeni bir hüküm ise, rücu davasının açılabilmesi için, hakim ve savcılar hakkında görevi kötüye kullanmaktan bir mahkumiyet kararının varlığının şart olmasıdır. Halbuki 6100 sayılı yasada, gerek davanın açılması için gerekse rücu için, görevi kötüye kullanmaktan mahkumiyet şartı yer almamaktadır. 93/A’da yer alan bu hüküm, 6100 sayılı yasanın 46/3. maddesine aykırıdır. Çünkü hakimin hukuki sorumluluğunu düzenleyen HMK m.46/3, “devlet, ödediği tazminat nedeniyle, sorumlu hakime ödeme tarihinden itibaren 1 yıl içinde rücu eder.” hükmünü taşımaktadır. Görüldüğü gibi HMK’nın hükmü, rücu davasının hiçbir şarta bağlı olmadan zorunlu olarak açılacağını hüküm altına almıştır. 93/A’nın şarta bağlı bu düzenlenmesi, yukarıda da söylediğimiz gibi çelişki yaratacak ve uygulamada problemlere neden olacak nitelikte idi. 93/A maddesinin kaldırılması ile bu çelişki de giderilmiş olacaktır.

Görüldüğü gibi, 93/A maddesinin yürürlükten kaldırılmış olması ile, hakimlere, özellikle de savcı ve müfettişlere HMK'ya aykırı olarak tanınmış olan imtiyazların kaldırılması sağlanmıştır.

Tüm bu hükümleri gözden geçirirken, 93/A maddesinin 2011 yılının Şubat ayında yürürlüğe girdiğini, kaldırılmasının ise 2015 yılının Mart ayında gerçekleştiğini unutmamak gerekir. Bu tarihlerin ülkemizin siyasal tarihi ile ilgisinin sorgulanması gerektiğini de hatırlatmak isteriz.

2.1.Hakimin Sorumluluğuna İlişkin Kuralların Günümüzdeki Hali

Hakimler ve Savcılar Kanunu m.93/A'nın iptalinden sonra, HMK 46. vd maddeleri hakimlerin hukuki sorumlulukları açısından uygulanması gereken tek maddi hukuk kuralını oluşturmaktadırlar.

Hakimlerin hukuki sorumluluğu, HMK'nın 46.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin yazılışına baktığımızda, sorumluluğun maddede yer alan koşullarla sınırlandırıldığını ve kapalı uçlu bir yasa maddesi olduğunu görürüz. Zaten HMUK m.573 ile nerede ise bire bir aynı olan bu madde bakımından, Ahmet Kılıçoğlu'nun yukarıda adı geçen eserinde yer alan YHGK 14.10.1967 gün 1966/2-1304 E. 1967/455 K. sayılı ve 29.3.1967 gün 1967/6-184 E. 162 K. sayılı kararlarında da aynı fikrin işlendiğini görmekteyiz.

HMK m.46/2'ye baktığımızda, "Tazminat davasının açılması, hakime karşı bir ceza soruşturmasının yapılması yahut mahkumiyet şartına bağlanamaz." Hükümünün yer aldığını görmekteyiz. HMK ile gelen bir yenilik olan bu hükme göre, Yargıtay üyeleri dahil bütün hakimler için açılacak tazminat davalarında bir ceza kovuşturmasına veya mahkumiyet kararına gerek olmadan dava açmak mümkün olacaktır. Aslında doğru olan da HMK hükmüdür. Çünkü sorumluluk doğuran her olay mutlaka bir ceza davasını gerektirmemektedir. Ayrıca ceza davasının açılması ve yürütülmesi kamu adına yapılmaktadır. Kamuya ilişkin bir yükün vatandaşı bağlar hale getirilmesi ise adil bir davranış değildir.

Madde gerekçesine baktığımızda, HMK 46. Vd. maddelerinde yer alan hakim kavramının Yargıtay, Danıştay vb. yüksek mahkeme hakimleri dahil olmak üzere tüm hakimleri kapsadığının hükme bağlandığını görmekteyiz. Bu husus, HMUK döneminde tartışılmış ve önce YİBGK 25.03.1931 gün ve 1931/19 E. 1931/35 K. sayılı kararı ile asliye ceza hakimlerinin de HMUK hükümleri doğrultusunda yargılanmaları gerektiğine karar verilmiştir. Bunu takiben, Erdal Tercan'ın kitabında yer alan Yargıtay 4.H.D. 29.01.1959 günlü

kararında^[28] ve Ahmet Kılıçoğlu'nun Hasan Karaoktan aktardığı Yargıtay 4.H.D. 2.1.1946 gün 5220-285 E. 67 K. sayılı kararında^[29], idari ve askeri yargıda görev alan tüm hakimlerin HMUK hükümlerine göre yargılanması kabul edilmiştir. HMK'nın bu yeni hali ise, bu tartışmaya son verecek bir hüküm taşımaktadır.

HMUK döneminde tartışılan bir başka konu ise, tetkik hakimlerinin konumu ile ilgilidir. 16.11.2009 gün ve 2009/2 E. 2009/3 K. sayılı YHGK kararı çıkıncaya kadar tetkik hakimlerinin eylemleri, Yargıtay Kanunu m.26'ya göre rapor düzenlemek olduğundan ve tetkik hakimleri yargılamada karara katılmadığından, yargılanmaları hakimlere ilişkin kurallara göre değil, memur yargılamasına ilişkin kurallara göre yapılmaktaydı. Ancak söz konusu kararla birlikte, tetkik hakimlerinin de asliye hukuk mahkemesi hakimleri gibi yargılanması gündeme gelmiştir. HMK bu konuda bir açıklık getirmemekle birlikte, gerekçede tüm hakimler dendiği için, tetkik hakimlerinin de HMK 46. Vd. maddelerine göre yargılanmaları gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak bunların yargılanmasına ilişkin mahkeme yasada belirtilmediği için, HMUK döneminde il asliye hukuk hakimi bakımından HGK kararında benimsendiği gibi yargılanmaları gerekeceğini düşünmekteyiz.

Dava, HMK m.46 hükmüne göre devlete karşı açılacak olup, eğer devlet bir tazminat ödemekle yükümlü olursa, rücu yolu ile bunu geriye alacaktır. HMK m.46/2'nin yazılımı emredici nitelikte olduğu için, devletin rücu davası açıp açmamakta bir takdir hakkı bulunmamaktadır.

HMK m.47/2'ye göre açılacak olan rücu davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür.

HMK m.48/2 gereği, devlete karşı açılan tazminat davasının, ilgili hakime resen ihbarı gerekmektedir.

HMUK döneminde m.575/1 dava dilekçesinin nasıl düzenleneceğini, hangi belgelerin eklenmesi gerektiğini açıkça hükme bağlamıştı. Bu koşulları taşımayan dava dilekçeleri, başkaca bir işleme gerek olmaksızın reddedilmekteydi. HMK bu konuda bir hüküm içermediği için, kanımızca, taraf dilekçeleri bakımından HMK'da yer alan 119. vd .maddeleri bu davada da uygulanmalıdır.

HMK m.49, HMUK m.576'dan farklı kaleme alınmış olup, davanın reddi halinde HMUK dönemindeki yasadan kaynaklanan tazminat hükmü, HMK'da

[28] Prof. Dr. Erdal Tercan – Hakimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Hakim Kavramı Açısından Uygulama Alanı, AÜHFD 1995, Cilt 44, Sayı 1-4, s.233

[29] Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu – Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, AÜHFD 1974, Cilt XXXI, Sayı 1-4, s. 395-446

yer almamaktadır. Bilindiği gibi HMUK döneminde ise, hem yasadan kaynaklanan tazminata hükmedilmekte hem de hakim dilerse ayrıca tazminat davası açabilmekteydi.

Dava, devlete karşı görülmekte olan bir dava olmasına rağmen; bu dava bakımından, idari yargıda yer alan hizmet kusuru yerine, adli yargıda yer alan kusur sorumluluğu uygulanmaktadır. Üstelik kusur sorumluluğu, HMK'da hüküm olmamasına rağmen, Yargıtay tarafından ağır kusur olarak değerlendirilmektedir.^[30]

93/A maddesinde, davanın 1 yıllık hak düşürücü süre içinde açılması hükme bağlanmış olmasına rağmen, HMK'da zaman aşımı ya da hak düşürücü süre yönünden bir hüküm yer almamaktadır. Ancak eskiden beri, bu yöndeki davaların haksız fiil davası olduğu ve haksız fiil davalarına ilişkin zaman aşımı kurallarının bu davalarda uygulanması gerektiği görüşü kabul olunmaktadır.

Ek olarak belirtmek isteriz ki, HMK 63.maddesinde hangi vekaletnamelerde özel yetki bulunması gerektiği hükme bağlanmış olup, bu maddede hakimlerin sorumluluğuna ilişkin dava bakımından özel bir yetki aranmamıştır. Ancak yerleşmiş Yargıtay kararlarında, bu tür davalara ilişkin vekaletnamelerde özel yetki aranmaktadır.

[30] Doç. Dr. Selda Çağlar – Türk Pozitif Hukukunda Yargıcın Yargılama Faaliyetlerinden Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 2, s.707-713

KAYNAKÇA

- 1 – Pekcanıtez /Atalay /Özeker – Medeni Usul Hukuku, 12.Bası
- 2 – Kuru/Arslan/Yılmaz – Medeni Usul Hukuku, 22.Bası
- 3 – Prof. Dr. Baki Kuru – Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 6.Bası
- 4 – Prof. Dr. Bilge Umar–Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2011
- 5 – Kuru/Budak – Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı 2011/5
- 6 – Prof.Dr.Ejder Yılmaz – Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012
- 7 – Prof.Dr.Hakan Pekcanıtez – Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011
- 8 – Dr.Cemil Simil – Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013
- 9 – Umar/Yılmaz – İspat Yükü, Büyükçekmece 1980
- 10 – Şahin Çil – İÜHFMD, C. LXXII, S. 2, s. 87-102, 2014
- 11 – Halil İnalçık:–Adalet
- Osmanlı'da Devlet Hukuk Adalet
- 12 – Dr.Emcet Belgesay – Türk Hukukunda Hakimin Hukuki Mesuliyeti, AÜHFD 1955, Cilt XII, Sayı 3-4, Sayfa 247
- 13 – Prof.Dr.Erdal Tercan – Hakimlerin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Hakim Kavramı Açısından Uygulama Alanı, AÜHFD 1995, Cilt 44, Sayı 1-4, Sayfa 233
- 14 – Prof.Dr.Ahmet Kılıçoğlu – Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, AÜHFD 1974, Cilt XXXI, Sayı 1-4, Sayfa 395-446
- 15 – İlber Ortaylı – Osmanlı Devleti'nde Kadı
- 16 – Şerafettin Elmalı – Cumhuriyet Savcıları Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu Rejimine Tabi Midir?, Ankara 2008, Yüksek Lisans Projesi
- 17 – Sezai Aydınalp – Hakimlerin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1997
- 18 – Doç.Dr.Selda Çağlar – Türk Pozitif Hukukunda Yargıcın Yargılama Faaliyetlerinden Sorumluluğu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 2, Sayfa 707-713
- 19 – enderededeğaç.blogspot:

Islah, Kısmi Eda Davası ve Belirsiz Alacak ve Tespit Davasının Birlikte İncelenmesi, Ekim 2011

HMK ve Zamaşıımı İtirazı, Ocak 2012

Islah ve Zamaşıımı, Ağustos 2012

Belirsiz Alacak ve Tespit Davası, Kısmi Dava, Islahla Zamaşıımının İlgisi Konularındaki Yargıtay Kararlarının İncelenmesi, Kasım 2014