

**6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU MADDE 76
DÜZENLEMESİ : "GEÇİCİ ÖDEME"**

*The Regulation in Article 76 of Turkish
Code of Obligations, No: 6098: "Temporary Payment"*

*Prof. Dr. Gökhan ANTALYA**

I. GENEL OLARAK

TBK m. 76 hükmü, ön ödeme (verläufige Zahlungen) kurumunu düzenlemektedir¹.

Ön ödeme kurumu, genellikle bir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte² somut olayda uğradığı zararın giderilmesi veya artmaması için acilen parasal desteğe ihtiyaç duyan zarar görenlerin korunmasının amaçlamaktadır.

Tazminat davalarında yargılama süresinin uzun sürmesi sebebiyle zarar görenin zararının giderilmesi için uzun süre beklemek zorunda kalmakta ve zararının giderilmesine ondan kaynaklanmayan sebeplerle geç giderildiğinden, zarar gören bir kez daha mağdur etmektedir³. Özellikle zarar, niteliği gereği ağır ve sürekli

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

¹ İsviçre Hukukunda ZGB. Art. 281/II ve 283, Zarar Görenler Yardım Kanunu'nun 15. maddesi, Sosyal Sigortalar Hukuku'nun Genel Hükümlerine İlişkin Federal Kanun Tasarısının 77. maddesi, Atom Enerjisi Sorumluluk Kanunu'nun 28. Maddesi benzer ön ödeme kurumlarını düzenlemektedir.

² Sosyal güvenceden yararlanmakla birlikte sosyal güvencenin yetersi olduğu durumlarda da ön ödeme söz konusudur.

³ WIDMER/WESSNER, s. 254-255; KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 175.

gelişen veya artan bir yapıya sahipse zararın dava aşamasında giderilmesi daha önem arz etmektedir. Zarar gören bu durumuna rağmen zararının giderilmesi için uzun süre beklememesi gerekebilir; hatta bu süre zarfında zarar gören herhangi bir sosyal yardım veya özel bir yardım almıyorsa zararını gideremediğinden, örneğin mali zorluklar sebebiyle yarasını tedavi ettiremediğinden zararı artabilir, bu da haksız filin yarattığı zararlar zarar görenin zarar tazmin edilinceye kadar yaşaması gibi dramatik sonuçlar doğurabilir. Diğer yönüyle ön ödeme kurumu zararın kapsamının artmasının engellenmesi yönünden de davalı lehinedir⁴. TBK m. 52’de düzenlenen birlikte kusur durumunda zarar görenin zararı artırmama yükümlülüğü kapsamında, kendini tedavi ettiremeyen kişilerin ekonomik yoksunluk sebebiyle zararın artmasına yol açılması da önlenmiş olur.

Madde gerekçesinde bu düzenlemeyle, geçici ödeme kararıyla kesin hüküm sonucunun, eda amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesi amaçlanmadığı ifade edilmiştir⁵.

TBK. Tasarısının TBMM. Adalet komisyonunda tartışılması esnasında bir kısım komisyon üyeleri tarafından ön ödeme kurumu, geçici ödemenin miktar bakımından ölçütleri yasada yer almaması, hakime takdir hakkı sınırlarını zorlayacak keyfilik alanı bıraktığı, tazminatın tahsilini imkânsız kılacak şekilde borçluya imkan vermesi; ön ödeme kararının hakimi ihsas-ı reye zorladığı, tazminatın geçici ödemeye meşruiyet zemini oluşturmadığı, bu tür atipik düzenlemenin mukayeseli hukukta örneğinin bulunmadığı şeklinde eleştirilmiştir⁶. *Hatemi*’ye göre, TBK m. 76 hükmü dayanaksız tazminat davalarının açılmasının teşvik edecek niteliktedir; ön ödemeyi davalı değil, bizzat sosyal devletin yapması gerekir⁷.

Bu eleştirilere katılmaz mümkün değildir. Zira aile hukukunda tedbir nafakası gibi kurumlarla zaten geçici ödemeye benzer

⁴ BURCUOĞLU, s. 90-91.

⁵ Madde gerekçesi için bkz. ANTALYA, *Mevzuat*, s.136-137.

⁶ Eleştiriler için bkz. KAPLAN, s. 23 vd. Eleştirilere cevap için bkz. ERİŞİR, *İhtiyati Tedbir Türleri*, s. 357; TOPUZ, s.

⁷ HATEMİ, *Seliçi’ye Armağan*, s. 229.

hükümler yer almaktadır. Hakimin geçici ödemeye karar verebilmesi zarar görenin inandırıcı deliller sunulması ve zarar görenin ekonomik durumunun bu ödemeyi gerekli kılması gibi koşullara bağlandığı ve bu şartlarda yapılacak ödemelerin kapsamı da bu şartla içinde olacağından, ön ödeme miktar olarak tam tazmin niteliğinde de olmayacak, tazminat davalarının açılmasında da sebep olmayacaktır.

II. İSVİÇRE SORUMLULUK HUKUKU ÖNTASARISI MADDE 53 DÜZENLEMESİ

TBK. m. 76, İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesi Öntasarısı'nın (HPG.Art.) 53. maddesiyle İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenmek istenen 56h maddesinden esinlenilerek düzenlenmiştir⁸. TBK m.76'nın birinci fıkrası HPG Art. 56h hükmünün tekrarı niteliğindedir. TBK m. 76'nin ikinci fıkrası ise HPG mevcut değildir.

HPG. Art.53 hükmüne göre, TBK.m.76/I paralel şekilde, zarar gören kişi davasının haklılığını ispatladığı ve ekonomik durumunun da gerekli kılması halinde, zarar görenin talebi üzerine mahkeme nihai kararın verilmesini beklemeksizin davalının geçici ödeme yapmasına karar verebilir⁹. Hükmün devamında ise TBK'dan farklı olarak geri iadenin sebebi belirtilmek şekilde, davanın reddi halinde davalının aldığı ön ödemeleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre davacıya iade edilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

III. TANIM

Geçici ödeme, haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan zararın önceden giderilmesi amacıyla tazminat davası görülmekte iken, zarar görenin (davacının) talebi üzerine, zarar görenin haklılığı gösteren delillerin bulunması ve ekonomik durumunun da bu ödemeyi gerektirmesi durumunda hakimin hükmettiği bir ön ödemedir¹⁰.

⁸ HPG tarihsel gelişimi için bkz. IMMERHAUSER, s. 15.

⁹ WIDMER/WESSNER, s. 254 vd.

¹⁰ Diğer tanım denemeleri için bkz. WIDMER/WESSNER, s. 244; KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 173; TOPUZ, Sempozyum, s. 257.

IV. HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrinde geçici ödemelerin hukuki niteliğine ilişkin öne sürülen görüşleri üç başlık altında inceleyebiliriz¹¹:

A. GEÇİCİ ÖDEMELERİ İHTİYATİ TEDBİRİN ÖZEL BİR TÜRÜ KABUL EDEN GÖRÜŞ

Geçici ödemeyi ihtiyati tedbirin özel bir türü sayan görüşe göre, TBK. m. 76/I ile getirilen düzenleme HMK. m. 389 ve devamında düzenlenen ihtiyati tedbirin özel bir türü olarak kabul edilmelidir¹². Ayrıca bu görüşe göre, geçici ödeme bir maddi hukuk kurumu değil, usul hukuku kurumu niteliğine sahiptir. TBK. m. 76 ile beraber tüm tazminat alacaklarının geçici olarak icrası kanuni olarak düzenlenmiştir.

Bu görüşe göre, geçici ödeme özel bir tedbir hükmüdür ve davacının haklılığını gösteren olgular veya deliller ortadan kalkar ise hâkim yeni bir tedbir kararı alarak geçici ödemenin iadesine karar verebilir¹³.

Görüşümüze göre geçici ödemeye karar verilmesi, ilaveten veya ön ödemeden bağımsız olarak HMK.m.389 vd maddelerine göre ihtiyati tedbir talep edilebilmesine ve mahkemenin de karar vermesine engel değildir. Ön ödeme ile birlikte hakim işin nitelik özelliğine uygun başka bir/bir kaç ihtiyati tedbir kararı da verebilir. Bazı durumlarda, ihtiyati haciz kararı veya bu nitelikli ihtiyati tedbir kararları ön ödemenin şartları dikkate alındığında ön ödeme kararı verilmeyi gereksiz kalabilir. Hem ihtiyadi tedbir, hem de ön ödeme talep edilmişse, hakim önce geçici ödeme talebini değerlendirecek, bundan sonra HMK anlamında tedbir taleplerini geçici ödemeye ilişkin kararı kapsamında ayrıca değerlendirecektir.

HMK. dışında kalan geçici hukuki korumaların aslında ihtiyati tedbire benzemekle birlikte teknik anlamda bir ihtiyati tedbir

¹¹ Bkz. ANTALYA, CH.GH., C.I, s. 783 vd.

¹² KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 179; ERİŞİR, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 361-362.

¹³ KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 179.

olmadığından, ihtiyadi tedbire ilişkin geçici hukuki korumaların farklı olması yanında, uygulama alanı da daha genişir¹⁴.

TBK. m. 76'nın getirdiği düzenlemenin ihtiyati tedbirlerden farklı yönleri bulunmaktadır.

BK. m. 76 geçici ödemenin talep edilebilmesi için davalı ve davacıdan bahsetmekte ve bu talebin dava açıldıktan sonra talep edilebileceğini düzenlemektedir. Hâlbuki ihtiyati tedbir talebi yargılama esnasında talep edilebileceği gibi, dava açmadan önce de talep edilebilir. İhtiyati tedbir kararı karar kesinleşinceye kadar devam edebilir.

Hakim karar şekli anlamda kesinleşinceye kadar ön ödemeye karar verilebilir. İrat şeklinde tazminata karar verilmesi durumunda, kararın kesinleşmesine kadar da ön ödemenin devam ettirilmesi de mümkündür.

HMK.'daki genel tedbir hükümlerinden farklı olarak TBK. m. 76'ya istinaden mahkemenin hükmedeceği geçici ödemenin koşullarının değişikliğe uğraması halinde geçici ödemenin iadesine, diğer bir ifadeyle tedbir kararının kaldırılabilmesine ilişkin düzenleme TBK m. 76'da bulunmamaktadır. Bunun yanında durum ve koşulların değişmesi nedeniyle geçici ödeme kararının değiştirilebilmesine ilişkin bir hükümde TBK. m. 76 da yer almamaktadır. Hâlbuki HMK. m. 396 bu durumları düzenlemiştir. Hakim ön ödemeyi yargılama aşamasında karar kesinleşinceye kadar azaltabilir, arttırabilir; hatta kaldırabilir.

TBK. m. 76/II düzenlemesinde davada tazminata hükmedilmez ise yapılan geçici ödemeler yasal faiziyle birlikte iade edilmesine yönelik hâkimin bir karar vermesi gerektiğini düzenlemektedir. Hâlbuki ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümlerde bu tür bir düzenleme yoktur.

HMK. m. 392 de ihtiyati tedbirde teminat gösterilmesine ilişkin düzenlemeler TBK. m. 76 da yer almamaktadır. Bu yönüyle de

¹⁴ TOPUZ, Sempozyum, s. 258.

ihtiyati tedbir ile geçici ödemeler farklılaşmaktadır. Ön ödeme kararı için teminat aranmaz; ön ödeme kararı teminat kaydıyla verilemez.

B. ÖN (GEÇİCİ) TAZMİNAT GÖRÜŞÜ

Tazminat davalarında dava sürerken zarar görenin iddialarının haklı olduğunu gösteren inandırıcı deliller varsa ve davacının ekonomik durumu da bunu gerekli kılıyorsa talep üzerine hâkim davacı lehine geçici ödemeye karar verebilecektir. Eğer yargılama sonunda davacı haklı çıkarsa burada hükmedilen ön/geçici tazminat nihai tazminata dönüşecektir. Eğer davacı haksız çıkarsa aldığı bu ön/geçici tazminatın kanuni faiziyle beraber geri ödemesine karar verilecektir.

TOPUZ'un belirttiği üzere, henüz yargılama bitmeden, davalının zarardan sorumlu olup olmadığı kesinleşmeden, davalının tazminat borçlusu ilan edilmek suretiyle tazminata geçici olarak mahkûm edilmesi ne yargılama hukukunun esasları ne de sorumluluk hukukunun esasları ile bağdaşır¹⁵.

C. ÖN ÖDEME GÖRÜŞÜ

Widmer/Wessner'e göre, geçici ödeme, haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan zararın giderilmesi amacıyla açılan tazminat davası esnasında hükmedilen ve yargılama sonunda hükmedilecek tazminata mahsuben yapılan ödemedir¹⁶.

Ön ödemeye ilişkin karar geçici bir karar olup, eğer geçici ödemenin miktarı nihai tazminat miktarından fazla ise bunun iade edilmesi gerekir. Mahkemenin geçici ödemeye karar verilebilmesi için zarar görenin ekonomik durumunun bu ön ödemeyi gerekli kılması gerekir.

İsviçre Tasarısı'nda 56h hükmü düzenlenirken ve bu hükmün konuluş amacı açıklanırken benzer düzenlemelere yer veren özel kanunlar ve hükümler emsal gösterilmiştir. Bunların başında da İMK

¹⁵ TOPUZ, Sempozyum, s. 262.

¹⁶ KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 173; TOPUZ, s. 263-266.

m. 281 ve 282 (TMK.m.332 ve 333) gelmektedir. TMK.m.332 v3 333 çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin kurulması şartına bağlı olarak geçici bazı ödemeleri düzenlemektedir¹⁷.

IV. ŞARTLARI¹⁸

A. ZARAR GÖRENİN DAVADA GEÇİCİ ÖDEME İSTEMİNDE BULUNULMASI

TBK m. 76'ya göre, hâkimin geçici ödemeye karar verebilmesi için bunun mutlaka yargılamada talep edilmesi gerekir. Hâkim geçici ödeme için gerekli koşulların oluştuğunu dava dosyasından anlasa bile re'sen geçici ödemeye karar veremeyecektir.

Zarar dava açmadan önce ön ödeme talebinde bulunamaz. Dava dilekçesi ile birlikte veya davanın kesinleşmesine kadar her aşamada ön ödeme talebinde bulunabilir.

Ön ödemeye gerek duyan davacının geçici ödeme talebini koşullar oluşunca ileri sürmesi gerekir. Geçici ödeme talebinin bilerek geciktirilmesi olayın durumuna göre ekonomik gerekliliğin oluşmadığı konusunda hâkimi kanaat oluşmasına sebep olabilir¹⁹.

Davacıya yapılan geçici ödeme zararı bertaraf etmeye yetmediyse veya yapılan talep reddedildiyse yargılama devam ederken yeniden ek geçici ödeme talep edilebilir.

Diğer taraftan davacının geçici ödeme talebi yasal şartları oluşmadığından reddedilmişse yargılamanın devam eden aşamalarında da şartların oluşması durumunda yeniden talep edilebilir. Hâkimde davacının haklılığı konusunda yeterli kanaat oluşursa geçici ödemeye karar verilebilir.

¹⁷ ERİŞİR'e göre, TMK m. 332 ve 333'deki düzenlemeler nitelik olarak ihtiyati tedbir niteliğinde bir geçici hukuki korumadır. Nafakanın depo edilmesi teminat amaçlı ihtiyati tedbir iken, geçici olarak ödeme ifa amaçlı ihtiyati tedbirdir ERİŞİR, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 232-233.

¹⁸ Bkz. ANTALYA, CH.GH., C.I, s. 785 vd.

¹⁹ ERİŞİR, İhtiyati Tedbir Türleri, s. 362.

TOPUZ davalının yargılama esnasında davacıya geçici ödeme yapmayı teklif edebilmesine imkan vermektedir²⁰. Halbuki TBK.m.76 zarar görenin talebi halinde ön ödemeye karar verebileceğini düzenlemektedir. Taleple bağlılık ilkesi gereğince davalının istemi yeterli değildir. Davalının talebi üzerine davacının kabulü söz konusu ise bu takdirde hakim geçici ödemeye karar verebilir. Artık davalının önerisinin davacı tarafından kabulü, hakimden ön ödeme talebi niteliğindedir.

Hâkim re'sen geçici ödemeye karar veremez.

B. DAVA TARAFLARI ARASINDA (HAKSIZ FİLDEN KAYNAKLANAN) BORÇ İLİŞKİSİNİN BULUNMASI

TBK. m. 76, haksız fiillerden doğan borçlara ilişkin yargılamalarda şartları varsa geçici ödemeye karar verilebileceğini düzenlemiştir. O halde geçici ödeme talebi için haksız fiilden kaynaklanan bir borç olmalıdır.

Gerek sözleşmelerden gerekse işlemde doğan borçlara ilişkin yargılamalarda hakim geçici ödemeye TBK. m. 114/II'ye göre, hükmü gereğince TBK. m. 76 kıyasen hukuki işlemlere, sözleşmelere de uygulanacak ve geçici ödeme talebi mümkün olacaktır²¹.

Sebepsiz zenginleşmede iadesinde geçici ödeme uygulaması kötüniyetli zenginleşen yönünden kabul edilebilir.

C. ZARAR GÖRENİN İDDİASININ HAKLILIĞINI ORTAYA KOYAN İNANDIRICI DELİLLERİ MAHKEMEYE SUNMASI

Zarar gören burada bir haksız fiilin varlığını şartlarını ispat etmelidir (TBK.m.50/BK.m.52). Zarar gören iddialarının haklılığı ispat edebilecek deliller sunması gerekir.

²⁰ TOPUZ, Sempozyum, s. 282.

²¹ KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 176-177, 181; ERİŞİR, İhtiyati Tedbirler Türleri, s. 357-358; ERİŞİR, Konuralp Anısına Armağan, s. 250; TOPUZ, Sempozyum, s. 273-274.

Hakim bu durumu titizlikle değerlendirmeli ve haklılığı ortaya koymada zayıf kalan delillere dayanarak geçici ödemeye karar vermemelidir. TBK. m. 76'da belirtilen "iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu" ifadesi ile iddianın haklılığını gerçeğe yakın bir biçimde gösteren kanıtlar sunulması kastedilmektedir. Bu düzenleme ile geçici ödemeye esas teşkil eden maddi hukuk istemi içinde özel bir kanıt ölçütü düzenlenmiş bulunmaktadır.

HMK.'nın geçici hukuki korumalara ilişkin m.390/III düzenlemesinde ise, inandırıcı kanıt kavramı değil, *yaklaşık ispat* kavramına yer verilmiştir. TOPUZ, iddianın haklılığını gösteren inandırıcı kanıt ölçüsü ile yaklaşık ispat ölçüsü aynı şeyi ifade ettiğini ve aynı ölçüyü verdiğini kabul etmektedir. Görüşümüze göre, geçici korumalarda karşı taraf tam olarak dinlenememesi ve tüm deliller tam olarak ayrıntılı bir biçimde incelenebilmesi için zaman bulunmaması nedeniyle yaklaşık ispat yeterli görülmüştür. Ancak ön ödeme için yaklaşık ispatın ölçüt olarak daha inandırıcı olması aranmış, hâkimde oluşacak kanaatin derecesine ihtiyati tedbire göre arttırılmıştır.

D. ZARAR GÖRENİN EKONOMİK DURUMUNUN GEÇİCİ ÖDEMEYİ GEREKLİ KILMASI

Mahkemenin geçici ödemeye karar verilebilmesi için zarar görenin ekonomik durumunun bu geçici ödemeyi gerekli kılması TBK m.76/I'de diğer bir koşul olarak öngörülmüştür²².

Hâkimin geçici ödemeye karar verebilmesi için zarar görenin haksız fiil neticesinde düştüğü davadaki ekonomik durum nazara alınmalıdır. *Kılıçoğlu'* nun belirttiği üzere, haksız fiil olmasaydı davacı ekonomik açıdan kötü duruma düşmeyecek idiyse, zarar görenin ekonomik durumu geçici ödemeyi gerekli kılıyor demektir.

Davacı geçici ödemenin ekonomik bir gereklilik olduğunu aynı zamanda özel veya sosyal güvenlik kurumundan yardım almadığıyla veya aldığı yardımın yetersiz olmasıyla da ispatlaması gerekir²³.

²² WIDMER/WESSNER, s. 255.

²³ WIDMER/WESSNER, s. 255; KILIÇOĞLU, s. 178.

Hükümde geçen ekonomik durumdan kastedilen, kanaatimizce ekonomik olarak bir zaruret halinde bulunması gerekli değildir²⁴. Zarar görenin ekonomik durumunun zararın sonuçlarını telafi edecek şekliyle ön ödemenin “gerekli” olması yeterlidir. Gereklilik zaruret hali olarak anlaşılmalıdır. Ancak zaruret haline ön ödemeye ihtiyacı olan zarar gören için zaten ön ödeme gereklidir.

Widmer/Wessner’e göre de, davacı zararın neticelerini bertaraf edemeyecek bir durumda olmalıdır²⁵.

Davacı ekonomik durumunun bu geçici ödemeyi gerekli kıldığını gösterdiğini ispatlaması gerekir. Ayrıca bu gerekliliği açıkça ispat edecek delilleri sunmalıdır, Örneğin özel veya sosyal bir güvenlik kuruluşundan yardım almadığını, zararın sonuçlarını bertaraf edebilmek için bir gelir veya malvarlığına sahip olmadığını ispat etmelidir.

Gelecekte oluşacak zarar görenin ekonomik durumunun gerekliliği için geçici ödeme talebinde bulunulabilir; Gelecekteki oluşacak gereklilik yargılama dönemi içine gerçekleşeceği kuvvetle bekleniyorsa ve ispat edilebiliyorsa hakim bu durumu dikkate alabilir. Ancak müstakbel ekonomik gereklilik için geçici ödemeye karar verilmemesi gerekir.

V. GEÇİCİ ÖDEME ŞEKLİ VE MİKTARI

Olayın durumuna göre hâkim, eğer şartları oluşmuşsa geçici ödemeye hükmedecek; Bu ödemenin miktarını ve şeklini de hâkim takdir edecektir(TMK.m.4)²⁶.

Hakim davadaki tazminat talebinden fazla ön ödemeye karar veremez. Davacının ön ödemeye ilişkin talebiyle de bağlıdır. Bu talep sınırları içinde olmak kaydıyla ön ödeme şeklini ve miktarını takdir eder.

²⁴ Zarureti arayan yaklaşım için bkz. KILIÇOĞLU, *Geçici Ödemeler*, s. 178; ERİŞİR, s. 251; TOPUZ, s. 279.

²⁵ WIDMER/WESSNER, s. 255.

²⁶ Bkz. ANTALYA, CH.GH., C.I, s. 788 vd.

Hâkim gerek ödeme şeklini değerlendirirken gerekse ödeme miktarını takdir ederken somut olaydaki tüm hal ve şartları değerlendirmeli, özellikle ön ödeme şartlarından ve de hükmün amacından hareket etmelidir²⁷. Örneğin, zarar görenin zarar veren fiil nedeniyle bir kayıp yaşayıp yaşamadığı, zararın niteliği ve özelliği, zararın ağırlığı, zararın etkileri, zarar veren davranışın etkilerinin devam edip etmediği gibi.

Ön ödemenin şartlarında hareketle hakim tazminatın şekli ve miktarını davalının kanıtlayabildiği ekonomik durumunun gerektirdiği şekliyle ve miktarıyla karar verecektir.

Ayrıca hâkim TBK. m. 51hükmünü de nazara alarak, durumun gereğini, özellikle kusurun ağırlığını da dikkate alarak geçici ödeme miktarını ona göre tayin etmelidir. TBKm.52 hükmünü dikkate alarak ön ödeme miktarını indirebilir.

Buna yanında hâkim zarar verenin ekonomik durumu ve zarar verici fiilin bu ekonomik duruma dava sürecindeki etkisini nazara almalıdır²⁸.

Hakim ödemenin miktarını tayin ederken, bunun nihai karar neticesinde vereceği tazminat miktarından fazla veya ona eşit ya da ona çok yakın olmamasına dikkat etmelidir. İddiaların inandırıcılığı konusunda kuşkuya düşerse geçici ödeme talebini kabul etmemeli veya ödemenin miktarını minimum düzeyde tutmalıdır²⁹.

Hakim geçici ödemeye oranlılık ilkesini ve tarafların menfaat dengesini nazara almalıdır³⁰. Geçici ödemenin miktarı tayin edilirken hakim, dava sonucunu öne çekecek tam tazmin niteliğinde geçici ödemeye karar vermemelidir.

Geçici ödeme miktarı hakkaniyet uygun olmalı, davacıyı yeterli derecede tatmin edici ve acilen giderilmesi gereken zararı giderici

²⁷ WIDMER/WESSNER, s. 255; TOPUZ, Sempozyum, s. 280.

²⁸ WIDMER/WESSNER, s. 255.

²⁹ KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 178.

³⁰ TOPUZ, Sempozyum, s. 279.

olmalıdır. Geçici ödeme davalıyı mağdur etmeyecek düzeyde olma-
dan taraf menfaatlerinin dengesini gözetecek miktarda olmalıdır.

Hakim ön ödemeyi maktu veya irat şeklinde belirleyebilir.

VI. ÖN ÖDEMENİN HÜKME ETKİSİ

A. HÜKMEDİLEN TAZMİNATA ÖN ÖDEMENİN MAHSUBU

Hâkimin hükmettiği tazminat miktarı geçici ödemelerden fazla ise burada sorun çıkmayacak, TBK m. 76/II uyarınca geçici ödeme ile hükmedilen tazminat miktarına mahsup edilecektir.

Hükümde eğer geçici ödeme miktarı hükmedilen tazminat miktarından fazla ise nasıl bir çözüm tarzı benimseneceği belirtilmemiştir. *Kılıçoğlu*'na göre, davacının esas tazminata nispeten fazla olan geçici ödeme miktarı davalıya iade edilmelidir. Bu nedenle TBK m. 76/II'deki "tazminata hükmedilmezse" ifadesi ile birlikte "daha düşük bir tazminata hükmedilirse" ifadesinin eklenmesi gerekirdi³¹.

Davacı haksız fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren geçici ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçen süre için kanuni faiz talep etmişse, haksız fiile kanuni faiz işleyecektir(TBK.m.117/II).

Yargılamayı yapan hakim, kararının öncesinden ön ödemelerin mahsubunu yaptıktan sonra kalan bakiye için hüküm kurmayacak, hükmünde tazminatı belirtmekle yetinecek, ara kararına atıfla verdiği ön ödemelerin mahsubu yapılacağına belirtecektir. Ön ödemelerin mahsubu hükmün infazında cebri icra takibi sırasında dikkate alınacaktır. Ön ödemelerin mahsubunu yapan icra memuru ön ödeme kararını değil, ön ödeme kararı uyarınca yapılan fiili ödemeleri, ön ödeme cebri icra dosyasını esas alarak, ön ödemeleri tazminatta indirecektir. Davacı tazminata faizi de hüküm altına almışsa, faize esas tazminat tutarında, önce tazminatın başlangıcı ile ilk ön ödemenin yapıldığı tarihe kadar hükmedilen tazminata faiz işletilecek; daha sonra ödenen ön ödeme miktarı düşülerek bir sonraki ödemeye kadar tekrar faizi işletilecektir.

³¹ KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 180.

B. DAVANIN REDDİ HALİNDE ÖN ÖDEMELERİN İADESİ

Tazminat davası tamamen reddedilirse yani tazminata yer olmadığına karar verirse davacının aldığı geçici ödeme miktarı haksız bir ödeme niteliğini alır. HGT Tasarısı madde gerekçesinde ortaya çıkan bu tür sorunların sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre çözüleceği belirtilmiştir³². TBK m. 76 sebepsiz zenginleşme hükümleri ile ilgili genel hükümlerle yetinmemiş ve özel bir sebepsiz zenginleşme hükmü kabul ederek, davacının aldığı geçici ödemeleri kanuni faiziyle birlikte geri vereceğini belirtmiştir³³.

TBK m. 76 ekonomik olarak güçsüz olan kimseleri koruma amacıyla getirilen bir hüküm olduğu için, davacının esas tazminat miktarından fazla miktarda ön ödeme aldığı durumda ne tür çözümün benimseneceği TBK m. 76'da düzenlenmemiştir³⁴. Bu durum davalının iade edilmesi gereken alacağını büyük oranda tehlikeye attığı, zira HMK m. 392 genel ihtiyati tedbirle ilgili teminat öngörülmüşken TBK m. 76'a böyle bir teminatın olmamasının bu tehlikeyi yarattığından bahsedilmektedir³⁵.

*Kılıçoğlu'*na göre, tazminat alacağına temerrüt faizinin ödenmesi veya temerrüdün şartlarının bulunmaması halinde geçici ödemeye ödeme tarihinden itibaren temerrüt faizi yürütülmesi ve bunun tazminat alacağından indirilmesine ilişkin düzenlemenin hükümde yer alması gerekirdi. Yazar bunu şu örnekle açıklamaktadır: Davacı temerrüt faizi talep etmemiş ve kendisine esas tazminattan daha yüksek miktarda geçici ödeme yapılmıştır. Esas tazminata hükmedilirken ödenen geçici ödeme miktarına hüküm anına kadar işlemiş bulunan temerrüt faizinin davalı lehine esas tazminattan indirilmesi gerekir³⁶.

³² WIDMER/WESSNER, s. 256.

³³ KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 180; TOPUZ, Sempozyum, s. 284vd.

³⁴ KOÇHİSARLIOĞLU/ERİŞGİN, s. 1271.

³⁵ KOÇHİSARLIOĞLU/ERİŞGİN, s. 1270-1271; KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 183.

³⁶ KILIÇOĞLU, Geçici Ödemeler, s. 182.

Görüşümüze göre, bu durumda cebri icra safhasında yapılacak olan mahsuplaşma aşağıdaki şekilde olmalıdır: Geçici ödemelere cebri icra safhasında mahsuplaşmaya tabi tutulacaktır. Önce hükmedilen tazminata fiili ön ödeme anına kadar faiz tahakkuk ettirilecek ve yapılan ön ödeme tazminat miktarından indirilecek, kalan tazminat tutarına birden fazla ön ödeme varsa tekrar faiz işletilecek ve faizler ayrı bir hesapta izlenecektir. Bu mahsuplaşma fiili ön ödemelerin hükmedilen tazminatı karşıladığı ana kadar devam edecek, tazminat fazlası ön ödemeler ise fazla verdiği andan itibaren yasal faizi ile hesaplanacak ve bu hesaplanma davacının tazminat faizi alacağına toplamı ile önce faizde sonrada geri iade edilecek fazla ön ödemede mahsuplaşması sonrasında davalının iadesini talep edebileceği alacak miktarı belirlenecektir.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, O. Gökhan**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 2. Bası, İstanbul, 2011 (Mevzuat)
- ANTALYA, O. Gökhan**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 2. Bası, 2013, İstanbul (BH.GH., C.I)
- BURCUOĞLU, Haluk**, "Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Haksız Eylem Sorumluluğu ve Kira ile İlgili Düzenlemesiyle Getirilen Yenilikler", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı, 80 Jahre Schweizerisches ZGB und OR in der Türkei, Symposium vom 28 April 2006, İstanbul 2007.
- ERİŞİR, Evrim**: İhtiyati Tedbir Türleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2010 (İhtiyati Tedbir Türleri).
- HATEMİ, Hüseyin**, Borçlar Hukuku'nun Genel İlkeleri Açısından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Borç İlişkileri (Borç Kaynakları) Bölümünün Değerlendirilmesi, Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006.
- KAPLAN, İbrahim**, "Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerim", THD, Sayı: 25, Eylül 2008. (Görüşlerim)
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, "Haksız Fiilde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler", Symposium anlässlich des 80. Jahrestages des Inkrafttretens des Türkischen Zivilgesetzbuch, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Ankara 2006.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/ ERİŞGİN, Özlem**, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Haksız Fiiller", Prof. Dr. Rona SEROZAN'a Armağan, İstanbul, 2011.
- TOPUZ, Murat**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Özel Hukuk Sempozyumları, Sempozyum No:III, Cevdet Yavuz' Armağan, 2. Bası, 2012, 253-292.

WIDMER, Pierre/WESSNER, Pierre, Revision und
Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht,
2004.